HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Volume I

TEORIA GERAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL
E PROCESSO DE CONHECIMENTO

55ª edição
revista e atualizada

gen | Editora FORENSE

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe ***Le Livros*** e seus diversos parceiros, com o objetivo de oferecer conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudíavel a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O ***Le Livros*** e seus parceiros disponibilizam conteúdo de dominio publico e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: ***LeLivros.us*** ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

"Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não mais lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade poderá enfim evoluir a um novo nível."

Edições anteriores

1ª edição – 1985
2ª edição – 1986
3ª edição – 1987
4ª edição – 1988
5ª edição – 1989
6ª edição – 1991
7ª edição – 1991
8ª edição – 1992
9ª edição – 1992
10ª edição – 1993
11ª edição – 1993
12ª edição – 1993
13ª edição – 1994
14ª edição – 1994
15ª edição – 1994
16ª edição – 1995
17ª edição – 1995
18ª edição – 1996
19ª edição – 1997
20ª edição – 1997
20ª edição – 1997 – 2ª tiragem
21ª edição – 1997
22ª edição – 1997
23ª edição – 1998
24ª edição – 1998
25ª edição – 1998
26ª edição – 1998 – 2ª tiragem

27ª edição – 1999
28ª edição – 1999
29ª edição – 1999
30ª edição – 1999
30ª edição – 2000 – 2ª tiragem
31ª edição – 2000
32ª edição – 2000
33ª edição – 2000
34ª edição – 2000
35ª edição – 2000
36ª edição – 2001
36ª edição – 2001 – 2ª tiragem
37ª edição – 2001
37ª edição – 2001 – 2ª tiragem
38ª edição – 2002
38ª edição – 2002 – 2ª tiragem
38ª edição – 2002 – 3ª tiragem
38ª edição – 2002 – 4ª tiragem
38ª edição – 2002 – 5ª tiragem
38ª edição – 2002 – 6ª tiragem
39ª edição – 2003
39ª edição – 2003 – 2ª tiragem
39ª edição – 2003 – 3ª tiragem
39ª edição – 2003 – 4ª tiragem
40ª edição – 2003
40ª edição – 2003 – 2ª tiragem
40ª edição – 2003 – 3ª tiragem
41ª edição – 2004
41ª edição – 2004 – 2ª tiragem
41ª edição – 2004 – 3ª tiragem

41ª edição – 2004 – 4ª tiragem
41ª edição – 2004 – 5ª tiragem
42ª edição – 2005
42ª edição – 2005 – 2ª tiragem
42ª edição – 2005 – 3ª tiragem
43ª edição – 2005
44ª edição – 2006
44ª edição – 2006 – 2ª tiragem
44ª edição – 2006 – 3ª tiragem
45ª edição – 2006
46ª edição – 2007
47ª edição – 2007
47ª edição – 2007 – 2ª tiragem
47ª edição – 2007 – 3ª tiragem
47ª edição – 2007 – 4ª tiragem
47ª edição – 2007 – 5ª tiragem
47ª edição – 2007 – 6ª tiragem
48ª edição – 2008
48ª edição – 2008 – 2ª tiragem
49ª edição – 2008
50ª edição – 2009
50ª edição – 2009 – 2ª tiragem
51ª edição – 2010
51ª edição – 2010 – 2ª tiragem
51ª edição – 2010 – 3ª tiragem
52ª edição – 2011
52ª edição – 2011 – 2ª tiragem
52ª edição – 2011 – 3ª tiragem
53ª edição – 2012
53ª edição – 2012 – 2ª tiragem

54ª edição – 2013
55ª edição – 2014
CursoVol.

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

abdr
Respeite o direito autoral



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR
Professor Titular aposentado da Faculdade de Direito da UFMG.
Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.
Advogado. Parecerista.

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Volume I

TEORIA GERAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PROCESSO DE CONHECIMENTO

55ª edição

Edição revista e atualizada,
especialmente de acordo com a Lei nº 12.810, de 2013, que acrescentou o art. 285-B
ao Código de Processo Civil, e com a Lei nº 12.873, de 2013, que alterou o referido artigo.

gen | Editora FORENSE

Rio de Janeiro

■ A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição, aí compreendidas a impressão e a apresentação, a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo. Os vícios relacionados à atualização da obra, aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas e referências indevidas são de responsabilidade do autor e/ou atualizador.

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei n. 8.078, de 11.09.1990).

■ Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2014 *by*
EDITORA FORENSE LTDA.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ
Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896
forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

■ O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

■ Produção Digital: Geethik

1ª edição – 1985
55ª edição – 2014

■ CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.
T289c

Theodoro Júnior, Humberto.
Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Bibliografia
ISBN 978-85-309-5405-5

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

CDU: 347.9 347.9(81)
/341.46/

A meus pais,

HUMBERTO THEODORO GOMES

e

ZENÓBIA FRATTARI GOMES,

a homenagem da mais profunda
gratidão pela lição de vida que,
sabiamente, me prestaram e
continuam a prestar;

e

a tentativa modesta de externar
o verdadeiro afeto filial, em pálida
retribuição pelo irresgatável carinho
com que sempre me cercaram.

ÍNDICE DA MATÉRIA

Apresentação

Teoria Geral do Direito Processual Civil

Parte I – Noções Fundamentais

Capítulo I – Conceito, História e Fontes do Direito Processual Civil

§ 1º Direito Processual Civil
1 – Noções gerais
2 – Definição
3 – Natureza
4 – Relações com outros ramos do Direito
5 – Objetivo
5-a – Novos rumos do direito processual civil
5-b – Universalidade dos problemas do processo moderno

§ 2º História do Direito Processual Civil
6 – Origens
7 – Evolução: mundo clássico. Grécia
8 – O processo civil romano
9 – Processo comum
10 – O processo civil moderno (fase científica)
11 – Direito processual civil brasileiro
12 – Regulamento nº 737
13 – Códigos estaduais

14 – Códigos unitários
15 – O novo Código
15-a – A reforma do Código e a evolução do direito processual civil
15-b – A busca da efetividade da tutela jurisdicional

§ 3º Fontes do Direito Processual Civil
16 – Noções gerais
17 – Lei processual
17-a – A Constituição e os tratados
18 – A lei processual no tempo
19 – A lei processual no espaço
20 – Interpretação das leis processuais

§ 4º Princípios Informativos do Direito Processual
21 – Noções gerais: princípios universais
21-a – Princípios gerais específicos do direito processual civil
22 – Princípios informativos do processo: princípio do devido processo legal
22-a – Processo legal e processo justo
22-b – Direito e processo: instrumentalidade efetiva e celeridade procedimental
22-c – Processo justo e princípio constitucional da legalidade
23 – Princípio inquisitivo e princípio dispositivo
24 – Princípio do contraditório
25 – Princípio da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição
26 – Princípio da boa-fé e da lealdade processual
27 – Princípio da verdade real
28 – Princípios informativos do procedimento: princípio da oralidade
29 – Princípio da publicidade
30 – Princípio da economia processual
30-a – Duração razoável do processo
31 – Princípio da eventualidade ou da preclusão

Capítulo II – Jurisdição, Processo e Ação

§ 5º Jurisdição

32 – Imperatividade da ordem jurídica

33 – Justiça privada e justiça pública

34 – Jurisdição

35 – Características da jurisdição

36 – Imparcialidade e disponibilidade

37 – Objetivo da jurisdição

37-a – Efetividade da tutela jurisdicional

38 – Princípios fundamentais

39 – Jurisdição civil

40 – Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária

41 – Substitutivos da jurisdição

41-a – A evolução da jurisdição individual para a jurisdição coletiva

41-b – Panorama global do aprimoramento da jurisdição, na evolução do Estado de Direito

§ 6º Processo

42 – Conceito

42-a – A importância da definição e estabilização do objeto do processo

43 – Processo e procedimento

43-a – Características do procedimento

44 – Autonomia do processo

45 – Espécies de processo

46 – Funções do processo

47 – Independência dos processos

47-a – Tutela ordinária e tutelas diferenciadas

47-b – Tutela ordinária e tutela de urgência

47-c – Tutela sancionatória e tutela inibitória

§ 7º Ação

48 – O monopólio estatal da justiça

49 – A ação: direito subjetivo à prestação jurisdicional

50 – Autonomia do direito de ação

51 – A evolução do conceito de ação

51-a – Prestação jurisdicional e tutela jurisdicional

51-b – A constitucionalização do direito de ação. Restauração do conceito de ação de direito material

52 – Condições da ação

53 – Enumeração e conceituação das condições da ação

53-a – Condições da ação estatuídas pelo Código de Processo Civil

53-b – Limites temporais da apreciação das condições de ação

54 – Pressupostos processuais

54-a – Inter-relacionamento entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa

54-b – Os pressupostos processuais e a nulidade do processo

55 – Classificação das ações

55-a – Ação e pretensão

55-b – Ação e causa

55-c – Elementos identificadores da causa

56 – A defesa do réu

57 – Espécies de resposta

Capítulo III – Elementos e Efeitos do Processo

§ 8º Elementos do Processo

58 – Visão dinâmica e estática do processo

59 – A relação processual

60 – Classificação dos elementos do processo

§ 9º Efeitos da Relação Processual

61 – Noções gerais

62 – Direitos processuais

63 – Obrigações processuais

64 – Deveres processuais

65 – Ônus processuais

Parte II – Sujeitos do Processo

Capítulo IV – Partes e Procuradores

§ 10 – Partes
66 – Partes
67 – Nomenclatura
68 – Substituição processual
69 – Substituição de parte (alienação do bem litigioso)
70 – Capacidade processual
71 – Capacidade processual das pessoas casadas
72 – Curatela especial
73 – Representação das pessoas jurídicas e das pessoas formais
74 – Incapacidade processual e irregularidade de representação

§ 11 – Deveres e Direitos das Partes e Procuradores
75 – Deveres
75-a – Inovação da Lei nº 10.358, de 27.12.2001
76 – Responsabilidade das partes por dano processual
76-a – Direitos
76-b – Direito especial dos litigantes idosos e portadores de doenças graves

§ 12 – Despesas e Multas
77 – Ônus financeiro do processo
78 – Antecipação das despesas
79 – A sucumbência e as obrigações financeiras do processo
80 – Ressalvas aos efeitos da sucumbência
80-a – Extinção do processo por perda do objeto
81 – Sucumbência recíproca
82 – Realização da obrigação de pagar as despesas processuais
83 – Multas
84 – Honorários de advogado
85 – Cabimento dos honorários

86 – Inoperância da sucumbência
87 – Fixação dos honorários
88 – Alguns casos especiais de fixação de honorários
89 – Execução dos honorários de sucumbência
89-a – Inclusão dos honorários advocatícios no ressarcimento de perdas e danos
90 – Assistência judiciária

§ 13 – Advogados
91 – Capacidade de postulação
92 – O mandato judicial
93 – Direitos e deveres

§ 14 – Substituições das Partes e Procuradores
94 – Substituição de parte
95 – Substituição do advogado

Capítulo V – Pluralidade de Partes

§ 15 – Litisconsórcio
96 – Pluralidade de partes
97 – Classificações
98 – Espécies de litisconsórcio
99 – Sistema do Código
100 – Casos legais de litisconsórcio
101 – Litisconsórcio necessário
102 – Litisconsórcio necessário não observado na propositura da ação
103 – Litisconsórcio facultativo recusável
104 – Posição de cada litisconsorte no processo
105 – Autonomia dos litisconsortes para os atos processuais

§ 16 – Intervenção de Terceiros
106 – Conceito
107 – Classificações

§ 17 – Oposição
108 – Conceito
109 – Competência
110 – Procedimento
111 – Julgamento da oposição

§ 18 – Nomeação à Autoria
112 – Conceito
113 – Pressuposto da nomeação à autoria
114 – Procedimento
114-a – Recurso

§ 19 – Denunciação da Lide
115 – Conceito
115-a. Responsabilidade civil do Estado e direito regressivo contra o funcionário causador do dano
116 – Obrigatoriedade da denunciação da lide
116-a – Casos de não cabimento da denunciação da lide
117 – Objetivo do incidente
118 – Legitimação
119 – Procedimento
120 – Efeitos da denunciação da lide
120-a – Recursos
120-b – Execução da sentença
120-c – Execução da sentença pelo denunciante
121 – Denunciações sucessivas

§ 20 – Chamamento ao Processo
122 – Conceito
123 – Casos de admissibilidade do incidente
124 – Procedimento
124-a – Chamamento ao processo nas ações do consumidor
124-b – O chamamento ao processo em caso de seguro de responsabilidade civil

§ 21 – Assistência
125 – Conceito
126 – Pressupostos da intervenção
127 – Assistência simples e assistência litisconsorcial
128 – Cabimento e oportunidade da intervenção assistencial
129 – Procedimento
130 – Poderes e ônus processuais do assistente
130-a – Assistência provocada
130-b – O recurso de terceiro prejudicado

Capítulo VI – Sujeito Especial do Processo

§ 22 – O Ministério Público
131 – Conceito
132 – Funções
133 – Natureza
134 – Ministério Público como parte
135 – Ministério Público como *custos legis*
136 – Ausência do Ministério Público no processo
137 – Órgãos do Ministério Público
138 – Princípios e garantias

Capítulo VII – Juízes

§ 23 – Competência
139 – Conceito
140 – Distribuição da competência
141 – Classificação da competência

§ 24 – Competência Internacional
142 – Noções gerais
143 – Espécies de competência internacional
144 – Competência concorrente e litispendência

§ 25 – Competência Interna
145 – Noções gerais
146 – Competência em matéria civil
147 – Competência da Justiça Federal
148 – Competência das Justiças Estaduais

§ 26 – Critérios de Determinação da Competência Interna
149 – Generalidades
150 – Competência do foro e competência do juiz
151 – Divisão da competência do foro
152 – Cumulatividade de juízos competentes
153 – *Perpetuatio iurisdictionis*

§ 27 – Competência em Razão do Valor da Causa e em Razão da Matéria
154 – Competência em razão do valor da causa
155 – Competência em razão da matéria

§ 28 – Competência Funcional
156 – Conceito
157 – Classificação

§ 29 – Competência Territorial
158 – Conceito
159 – Foro comum
160 – Foros subsidiários ou supletivos
161 – Foros especiais
162 – Ações reais imobiliárias
163 – Foro da sucessão hereditária e da ausência
164 – Foro da União e dos Territórios Federais
165 – Foros *ratione personae*
166 – Foro das pessoas jurídicas
166-a – Foro dos Estados e Municípios
167 – Foros *ratione loci* em matéria de obrigações

168 – Foro relativo à arbitragem
168-a – Foro do idoso

§ 30 – Modificações da Competência
169 – Competência absoluta e competência relativa
170 – Prorrogação de competência
171 – Prorrogação legal
171-a – Intensidade da conexão
172 – Efeito prático
173 – Prevenção
174 – Outros casos de prorrogação legal
175 – Conexão entre ação penal e ação civil
176 – Prorrogação voluntária
176-a – Derrogação de foros especiais instituídos por leis de ordem pública
176-b – Prorrogação de competência em caso de foro de eleição ajustado em contrato de adesão

§ 31 – Declaração de Incompetência
177 – Verificação de competência
178 – Exceção de incompetência
179 – Incompetência absoluta
179-a – Foro de eleição e declinação de competência (contrato de adesão)

§ 32 – Conflito de Competência
180 – Noções gerais
181 – Procedimento do conflito
182 – Efeitos do conflito

Capítulo VIII – Órgãos Judiciários e Auxiliares da Justiça

§ 33 – Organização Judiciária
183 – O Poder Judiciário brasileiro
184 – Duplo grau de jurisdição

185 – Jurisdição extraordinária
186 – Competência
187 – Disciplina da magistratura

§ 34 – Órgãos Judiciários
188 – Juízes
189 – Requisitos de atuação do juiz
190 – Garantias da magistratura
191 – Poderes e deveres do juiz
191-a – Atividade criativa do juiz
192 – Responsabilidade do juiz
193 – Garantia de imparcialidade do juiz
194 – Casuísmo legal
194-a – Juiz-testemunha
195 – Exclusão do juiz suspeito ou impedido

§ 35 – Auxiliares da Justiça
196 – O juízo
197 – Escrivão
198 – Oficial de justiça
199 – Perito
200 – Depositário e administrador
201 – Intérprete
202 – Outros auxiliares eventuais

Parte III – Atos Processuais

Capítulo IX – Fatos Jurídicos Processuais

§ 36 – Atos Processuais
203 – Conceito
204 – Agentes
205 – Atos do processo e atos do procedimento

206 – Classificação dos atos processuais
207 – Forma dos atos processuais
208 – Publicidade
209 – Meios de expressão
209-a – O uso de sistema de transmissão de dados
209-b – O grande programa de implantação do processo eletrônico no Brasil
209-c – O processo eletrônico no STF

§ 37 – Atos da Parte
210 – Conceito e classificação
211 – Eficácia dos atos das partes
212 – Petições e autos suplementares
213 – Cotas marginais e lineares nos autos

§ 38 – Atos do Juiz
214 – Atividade processual do juiz
215 – Atos decisórios
216 – Definições legais
217 – Decisão interlocutória
218 – Despachos
219 – Sentença
220 – Atos não decisórios
221 – Forma dos atos decisórios

§ 39 – Atos do Escrivão ou do Chefe de Secretaria
222 – Documentação e comunicação dos atos processuais
223 – Autuação
224 – Termos processuais
225 – Forma dos termos

Capítulo X – O Ato Processual no Tempo e no Espaço

§ 40 – O Tempo e o Lugar dos Atos Processuais

226 – O tempo
227 – Feriados e férias forenses
228 – O lugar

§ 41 – Prazos
229 – Disposições gerais
230 – Classificação
231 – Natureza dos prazos
232 – O curso dos prazos
233 – Contagem dos prazos: termo inicial
233-a – Contagem dos prazos no processo eletrônico
234 – Prazos para recurso
234-a – Ciência inequívoca
235 – Termo final
236 – Preclusão
237 – Prazos para as partes
238 – Prazos para o juiz e seus auxiliares
239 – Prazos para o Ministério Público e a Fazenda Pública
240 – Verificação dos prazos e penalidades: prazos dos serventuários
241 – Inobservância de prazo da parte
242 – Inobservância dos prazos do juiz

Capítulo XI – O Intercâmbio Processual

§ 42 – Atos de Comunicação Processual e Atos Fora da Circunscrição Territorial do Juízo
243 – Intercâmbio processual
244 – Forma dos atos de comunicação
244-a – A comunicação eletrônica
245 – Atos processuais fora dos limites territoriais do juízo
246 – Requisitos das cartas
247 – Cumprimento das cartas

248 – Cartas urgentes
249 – Custas nas cartas
250 – Cartas rogatórias

§ 43 – Citação
251 – Conceito
252 – Suprimento da citação
253 – Destinatário da citação inicial
254 – Local da citação
255 – Impedimento legal de realização da citação
256 – Modos de realizar a citação
257 – Citação por oficial de justiça
258 – Citação com hora certa
259 – Citação pelo Correio
260 – Citação por edital
260-a – Citação por meio eletrônico
261 – Responsabilidade do promovente da citação-edital
262 – Efeitos da citação
263 – Prevenção
264 – Litispendência
265 – Litigiosidade
266 – Mora
267 – Prescrição
268 – Antecipação do efeito interruptivo da prescrição
268-a – A força de interpelação reconhecida à citação

§ 44 – Intimações
269 – Conceito
270 – Forma
271 – Intimação pelo escrivão ou oficial de justiça
272 – Aperfeiçoamento da intimação
273 – Intimação em audiência

274 – Intimação por edital ou com hora certa
275 – Efeitos da intimação
275-a – Intimação pessoal do órgão do Ministério Público, do Defensor Público e do Procurador da Fazenda Pública

Capítulo XII – Outros Atos Processuais

§ 45 – Registro, Distribuição e Valor Da Causa
276 – Noções introdutórias
277 – Registro
278 – Distribuição
279 – Distribuição por dependência
279-a – Distribuição por dependência como medida de coibição à má-fé processual
280 – Valor da causa
281 – Impugnação ao valor da causa

Capítulo XIII – Vícios Do Ato Processual

§ 46 – Nulidade
282 – Conceito
283 – Espécies de vícios do ato processual
284 – Atos inexistentes
284-a – Noção de nulidade
285 – Atos absolutamente nulos
286 – Atos relativamente nulos
287 – Nulidade do processo e nulidade do ato processual
288 – Sistema de nulidades do Código
289 – Nulidades cominadas pelo Código
290 – Nulidades da citação e intimação
291 – Arguição das nulidades
292 – Momento da arguição
293 – Decretação de nulidade

294 – Efeitos da decretação

Parte IV – Instauração, Crise e Fim do Processo

Capítulo XIV – Formação, Suspensão e Extinção do Processo

§ 47 – Introdução
295 – Noções gerais

§ 48 – Formação do Processo
296 – O processo
297 – Sujeitos da relação jurídico-processual
298 – Início do processo
299 – Formação gradual da relação processual
300 – Estabilização do processo
301 – Alteração do pedido
302 – Alterações subjetivas

§ 49 – Suspensão do Processo
303 – Conceito
304 – Os casos de suspensão do processo
305 – Suspensão por morte ou perda de capacidade processual
306 – Suspensão por convenção das partes
307 – Suspensão em razão de exceção
308 – Suspensão por prejudicialidade
309 – Prejudicialidade e conexão
310 – Suspensão por motivo de força maior
311 – Outros casos legais de suspensão
312 – Férias e suspensão do processo

§ 50 – Extinção do Processo (I)
313 – Encerramento da relação processual
314 – Extinção do processo sem julgamento do mérito
315 – Indeferimento da inicial

316 – Abandono da causa
317 – Ausência de pressupostos processuais
318 – Perempção
319 – Litispendência e coisa julgada
320 – Condições da ação
320-a – Perda de objeto
321 – Convenção de arbitragem
322 – Desistência da ação
323 – Intransmissibilidade da ação
324 – Confusão entre autor e réu
325 – Efeito da extinção do processo sem julgamento do mérito
326 – Iniciativa da extinção do processo
326-a – Saneamento do processo, quando o defeito for suprível

§ 51 – Extinção do Processo (II)
327 – Extinção do processo com resolução de mérito
328 – Acolhimento ou rejeição do pedido
329 – Reconhecimento do pedido pelo réu
330 – Transação
330-a – Retratação e rescisão de transação
331 – Prescrição e decadência
331-a – A prescrição e os diversos tipos de ação
332 – Renúncia ao direito

Processo de Conhecimento

Parte V – Processo e Procedimento

Capítulo XV – Procedimento Comum e Procedimentos Especiais

§ 52 – Processo e Procedimentos de Cognição
333 – Processo
334 – Procedimento
335 – Procedimentos no processo de cognição

336 – Procedimentos especiais: jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária
337 – Esquema do procedimento ordinário
338 – Fases do procedimento ordinário
339 – Fase postulatória
340 – Fase saneadora
341 – Fase instrutória
342 – Fase decisória
342-a – Adequação do procedimento

§ 53 – Procedimento Sumário
343 – Causas de rito sumário
343-a – Elenco das causas sujeitas ao procedimento sumário
344 – Outras causas de procedimento sumário
345 – Indisponibilidade do rito sumário
346 – O procedimento
347 – A petição inicial e seu despacho
348 – A citação e a resposta do réu
349 – Audiência de conciliação
349-a – Audiência de instrução e julgamento
350 – Revelia
351 – Declaratória incidental, intervenção de terceiros, litisconsórcio e assistência
352 – Direito intertemporal

Parte VI – Procedimento Ordinário

Capítulo XVI – Fase de Postulação

§ 54 – Petição Inicial
353 – Petição inicial
354 – Requisitos da petição inicial
355 – Despacho da petição inicial
356 – Casos de indeferimento da petição inicial

356-a – Indeferimento da petição inicial com base em prescrição
357 – Extensão do indeferimento
357-a – Julgamento imediato do pedido na apreciação da petição inicial
357-a-1 – Intimação da sentença *prima facie*
357-b – Recurso contra o julgamento *prima facie*
357-c – Preservação do contraditório e ampla defesa
358 – Efeitos do despacho da petição inicial

§ 55 – O Pedido
359 – Petição inicial
360 – Pedido
361 – Requisitos do pedido
361-a – Pedido em ação relacionada com contratos financeiros
362 – Pedido concludente
363 – Pedido genérico
364 – Pedido cominatório
365 – Pedido alternativo
366 – Pedidos sucessivos
367 – Pedido de prestações periódicas
368 – Pedido de prestação indivisível
369 – Pedidos cumulados
370 – Espécies de cumulação de pedidos
371 – Interpretação do pedido
372 – Aditamento do pedido
372-a – Modificação do pedido
372-b – Antecipação de tutela no processo de conhecimento
372-c – Fungibilidade das medidas cautelares e antecipatórias
372-d – A efetivação da tutela antecipada
372-e – Tutela antecipada parcial
372-f – Recurso manejável diante do deferimento da tutela antecipada

§ 56 – A Resposta do Réu
373 – A defesa do réu

374 – A resposta do réu
375 – Espécies de defesa
376 – Defesa processual
377 – Defesa de mérito
378 – Reconvenção
379 – Síntese

§ 57 – Contestação
380 – Conceito
381 – Conteúdo e forma da contestação
382 – Ônus da defesa especificada
383 – Preliminares da contestação
384 – Conhecimento *ex officio* das preliminares
385 – Réplica ou impugnação do autor

§ 58 – Exceções
386 – Conceito
387 – Prazo
388 – Efeito da exceção
389 – Exceção de incompetência. Cabimento
390 – Procedimento
391 – Exceções de impedimento e de suspeição

§ 59 – Reconvenção
392 – Conceito
393 – Pressupostos da reconvenção
393-a – Reconvenção e compensação
394 – Procedimento
394-a – Reconvenção sem contestação
395 – Extinção do processo principal

§ 60 – Revelia e Reconhecimento do Pedido
396 – Revelia

397 – Os efeitos da revelia
398 – Alteração do pedido
399 – Reconhecimento da procedência do pedido

Capítulo XVII – Fase de Saneamento

§ 61 – Providências Preliminares
400 – Conceito
401 – Réplica do autor
402 – Revelia e provas
403 – Intervenção do Ministério Público
404 – Ação declaratória incidental
405 – Outras providências preliminares

§ 62 – Julgamento Conforme o Estado do Processo
406 – Conceito
407 – Extinção do processo
408 – Julgamento antecipado da lide
408-a – Audiência preliminar

§ 63 – Saneamento do Processo
409 – Despacho saneador
410 – Cabimento
411 – Conteúdo
412 – Efeito preclusivo
413 – Formas do despacho saneador

Capítulo XVIII – Fase Probatória

§ 64 – A Prova
414 – Conceito
415 – Características da prova
416 – Objeto da prova
417 – Finalidade e destinatário da prova

418 – Valoração da prova
419 – O sistema do Código
420 – Poder de instrução do juiz
421 – Ônus da prova
422 – Sistema legal do ônus da prova
422-a – Conflito de versões sobre o fato constitutivo do direito do autor
422-b – Distribuição dinâmica do ônus da prova
422-c – Ônus da prova nas ações do consumidor
423 – Convenção sobre ônus da prova
424 – Meios de prova
424-a – Prova por presunção
424-b – Presunção legal e ficção legal
425 – Procedimento probatório
426 – Instrução por meio de carta
427 – Dever de colaboração com a Justiça

§ 65 – Depoimento Pessoal
428 – Conceito
429 – Sanção decorrente do ônus de prestar depoimento pessoal
430 – Legitimação para o depoimento
431 – Objeto do depoimento pessoal
432 – Procedimento

§ 66 – Confissão
433 – Conceito
434 – Requisitos da confissão
435 – Classificações
436 – Efeitos da confissão
437 – Indivisibilidade da confissão
438 – Valor da confissão extrajudicial

§ 67 – Exibição de Documento ou Coisa
439 – Conceito

440 – Oportunidade da medida
441 – Legitimação
442 – Procedimento e efeitos da exibição requerida contra parte
443 – Procedimento e consequências da exibição requerida contra terceiro

§ 68 – Prova Documental
444 – Conceito
445 – Força probante dos documentos
446 – Documentos públicos
447 – Documentos particulares
448 – Valor probante do documento particular
449 – Telegramas, cartas, registros domésticos
450 – Livros comerciais
450-a – Documentos arquivados em meio eletromagnético
451 – Reprodução de documentos particulares
452 – Reproduções mecânicas de coisas ou fatos
453 – Documentos viciados em sua forma
454 – Falsidade documental
455 – Espécies de falsidade
456 – Ônus da prova
457 – O incidente de falsidade
458 – Procedimento do incidente de falsidade
458-a – Facultatividade do incidente de falsidade
459 – Produção da prova documental
460 – Desentranhamento de documentos

§ 69 – Prova Testemunhal
461 – Conceito
462 – Valor probante das testemunhas
463 – Direitos e deveres da testemunha
464 – A produção da prova testemunhal
464-a – Inovação do procedimento da prova testemunhal (Lei nº 10.358, de

27.12.2001)

§ 70 – Prova Pericial
465 – Conceito
466 – Admissibilidade da perícia
467 – O perito
468 – O procedimento da prova pericial
469 – Valor probante da perícia
470 – Nova perícia

§ 71 – Inspeção Judicial
471 – Conceito
472 – Procedimento

§ 72 – Audiência de Instrução e Julgamento
473 – Audiência
474 – Características da audiência
475 – Atos preparatórios
476 – Adiamento da audiência
477 – Antecipação de audiência
478 – Conciliação
479 – Procedimento da conciliação
480 – Instrução e julgamento
481 – Documentação da audiência

Capítulo XIX – Fase Decisória

§ 73 – Noções Introdutórias
482 – Conceito de processo
483 – Conteúdo e finalidade do processo

§ 74 – Sentença
484 – Definição legal e classificação doutrinária
485 – Natureza da sentença definitiva

486 – Função da sentença definitiva
486-a – Função da sentença terminativa

§ 75 – Estrutura e Formalidades da Sentença
487 – Conteúdo da sentença
488 – Relatório
489 – Motivação
490 – Dispositivo da sentença
491 – Condições formais da sentença
492 – Clareza
493 – Precisão
493-a – A precisão da sentença que tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer
493-a-1 – Regras especiais de tutela às obrigações de entrega de coisa
493-a-2 – Regras especiais de tutela das obrigações de quantia certa
493-a-3 – Sentença condenatória ilíquida
493-b – Princípio da demanda e princípio da congruência
494 – Publicação e intimação da sentença
495 – Efeitos da publicação
496 – Correção e integração da sentença
496-a – Nulidade da sentença *ultra petita*, *citra petita* e *extra petita*
496-b – Interpretação da sentença

§ 76 – Classificação das Sentenças
497 – Classificações
498 – Sentenças declaratórias
499 – Sentenças condenatórias
500 – Sentença constitutiva
501 – Momento de eficácia da sentença
502 – Multiplicidade de efeitos da sentença

§ 77 – Efeitos da Sentença
503 – Conceito

504 – Entrega da prestação jurisdicional
504-a – Classificação das sentenças quanto aos efeitos
505 – Hipoteca judiciária
506 – Outros efeitos secundários da sentença

§ 78 – Coisa Julgada
507 – A conceituação de coisa julgada no novo Código
507-a – Sentença, efeitos e coisa julgada
507-b – Coisa julgada administrativa
507-c – Coisa julgada total e parcial
508 – Coisa julgada formal e material
508-a – Terminologia do julgamento de mérito
509 – Fundamento da autoridade da coisa julgada
510 – Arguição da coisa julgada
510-a – Dimensões possíveis da exceção de coisa julgada
510-b – Efeitos positivos e negativos da coisa julgada
511 – Preclusão

§ 79 – Limites da Coisa Julgada
512 – Limites objetivos
513 – Motivos da sentença
514 – Verdade dos fatos
515 – Questões prejudiciais
516 – Questões implicitamente resolvidas
516-a – A eficácia preclusiva da coisa julgada
517 – Duplo grau de jurisdição (remessa *ex officio* ou reexame necessário)
517-a – Inovações da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, sobre reexame necessário
518 – Limites subjetivos
518-a – Expansão dos limites subjetivos para além das partes do processo
518-b – Coisa julgada nas ações coletivas
519 – Causas de estado
520 – Relações jurídicas continuativas e outros casos de rejulgamentos
520-a – Limites temporais da coisa julgada

520-b – Extensão da coisa julgada ao terceiro adquirente do bem litigioso
521 – Execução forçada e coisa julgada

Parte VII – Recursos

Capítulo XX – Sistema Recursal do Processo Civil

§ 80 – Recursos
522 – Conceito
523 – Fundamento do direito de recurso
524 – Atos sujeitos a recurso
525 – Recursos admissíveis
525-a – Reclamação
526 – Correição parcial
526-a – A técnica de julgamento dos recursos
526-b – *Reformatio in pejus*

§ 81 – Princípios Gerais dos Recursos
527 – Duplo grau de jurisdição
528 – Legitimação para recorrer
528-a – Particularidades do recurso de terceiro
529 – Legitimidade do Ministério Público para recorrer
530 – Pressupostos objetivos do recurso
531 – Recorribilidade da decisão
532 – Tempestividade
532-a – Recurso interposto antes da publicação do julgado
532-b – Recurso interposto antes do julgamento de embargos de declaração pendentes
533 – Casos especiais de interrupção do prazo de recurso
534 – Singularidade do recurso
535 – Adequação e fungibilidade dos recursos
536 – Preparo
537 – Motivação e forma

537-a – Efeitos do recurso
537-b – Efeito substitutivo
538 – Renúncia e desistência em matéria de recursos
539 – Aceitação expressa ou tácita da sentença
540 – Recurso adesivo
540-a – Julgamento singular e coletivo do recurso em segundo grau
540-b – A recorribilidade necessária da decisão singular do relator

§ 82 – A Apelação
541 – Conceito
541-a – A nova definição de sentença e sua repercussão na esfera recursal
542 – Interposição da apelação
543 – Efeitos da apelação
543-a – Inovação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, a respeito do efeito devolutivo da apelação
543-a-1 – Questão de fato e questão de direito
543-a-2 – Polêmica acerca da inovação operada no § 3º do art. 515
543-a-3 – Prescrição e decadência
543-a-4 – A apelação e as nulidades sanáveis do processo
543-b – Inovação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, a respeito do efeito suspensivo da apelação
544 – Recebimento da apelação
544-a – A irrecorribilidade da sentença proferida em conformidade com súmula do STJ ou do STF
544-b – Juízo de retratação: reexame dos pressupostos de admissibilidade da apelação já recebida
544-c – Juízo de retratação: reexame da matéria decidida na sentença apelada por ato de seu próprio prolator
545 – Deserção
546 – Prazo para interposição da apelação
547 – Julgamento em segunda instância

§ 83 – Agravo
548 – Conceito

549 – Espécies de agravo
550 – Agravo retido
550-a – Agravo retido interposto oralmente
550-b – Juízo de retratação no agravo retido
550-c – Agravo retido após a sentença
551 – Agravo de instrumento
551-a – Formação do instrumento do agravo
552 – Efeitos do agravo de instrumento
553 – Processamento do agravo de instrumento
553-a – Inovações registradas a partir das Leis nos 10.352/2001 e 11.187/2005
554 – O contraditório
554-a – Outras observações sobre o atual regime do agravo de instrumento
554-b – Formação da coisa julgada antes do julgamento do agravo

§ 84 – Embargos Infringentes
555 – Conceito
555-a – Embargos infringentes em julgamento de apelação
556 – Processamento
557 – Embargos adesivos
557-a – Outras observações sobre os embargos infringentes
557-b – Inovações da Lei no 10.352, de 26.12.2001, sobre os embargos infringentes
557-c – Legitimação para embargar
557-d – Particularidades dos embargos infringentes em face da exceção de prescrição

§ 85 – Embargos de Declaração
558 – Conceito
559 – Pressupostos dos embargos de declaração
559-a. Compreensão extensiva do cabimento dos embargos de declaração
560 – Procedimento
561 – Efeito interruptivo
561-a – Efeito suspensivo

561-b – Efeito integrativo
562 – Embargos manifestamente protelatórios

§ 86 – Uniformização da Jurisprudência

563 – Recurso de revista

564 – Uniformização da jurisprudência

565 – Pressupostos do incidente

566 – Legitimação para a provocação do incidente

567 – Apreciação do incidente

567-a – A uniformização de jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais

568 – Súmula jurisprudencial

568-a – Súmula vinculante
568-b – Regulamentação da súmula vinculante

§ 87 – Recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça

569 – Introito

570 – Recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal

571 – Recurso extraordinário

572 – Pressupostos do recurso extraordinário

572-a – Repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário
572-b – Conceituação legal de decisão que oferece repercussão geral
572-c – Procedimento no STF
572-d – Reflexos da decisão acerca da repercussão geral
572-e – O procedimento regimental de apreciação da arguição de repercussão geral pelo Plenário do STF
572-f – Formas de solução tácita da arguição de repercussão geral
572-g – Recursos manejáveis contra as decisões locais, após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a arguição de repercussão geral
572-h – Retenção dos recursos extraordinários repetitivos

573 – Função do recurso extraordinário

574 – Efeitos do recurso extraordinário

574-a – Obtenção de efeito suspensivo excepcional para o recurso extraordinário

575 – Processamento do recurso extraordinário
575-a – Agravo nos próprios autos contra a inadmissão do recurso extraordinário
575-b – O preparo dos recursos para o STF e para o STJ
575-c – O recurso extraordinário por via eletrônica
575-d – Julgamento do recurso e julgamento da causa
576 – Poderes do relator
576-a – Recursos para o Superior Tribunal de Justiça
576-b – Recurso especial
576-c – Jurisprudência formada antes da Constituição de 1988
576-d – Jurisprudência do STJ formada após a Constituição de 1988
576-e – Recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial
576-f – Obtenção de efeito suspensivo excepcional para o recurso especial
576-g – O recurso especial e as causas repetitivas
576-h – Procedimento traçado nas causas repetitivas para observância do tribunal de origem
576-h-1 – Desistência do recurso padrão
576-i – Procedimento traçado nas causas repetitivas para observância do STJ
576-j – Efeitos do acórdão da Seção ou da Corte Especial do STJ nas causas repetitivas
576-l – Regulamentação regimental e direito intertemporal nas causas repetitivas
576-m – Concomitância de recurso extraordinário e recurso especial
576-n – Concomitância de embargos infringentes e recursos para o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça
576-o – Embargos admissíveis nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça
576-p – Embargos perante o Supremo Tribunal Federal
576-q – Reclamação perante o STF e o STJ
576-r – Recurso especial ou extraordinário retido
576-s – Destrancamento dos recursos retidos
576-t – Força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal
§ 88 – Direito intertemporal em matéria de recursos
577 – Posição do novo Código
578 – Princípios norteadores do direito intertemporal dos recursos

Parte VIII – O Processo nos Tribunais

Capítulo XXI – Noções Gerais

§ 89 – O Processo nos Tribunais

579 – Duplo grau de jurisdição

580 – Competência dos tribunais

581 – Características dos processos de competência originária dos tribunais

582 – Casos de competência originária dos tribunais

583 – Posição da matéria no novo Código de Processo Civil

584 – O funcionamento dos tribunais

585 – O sistema de julgamento dos tribunais

585-a – Inovações da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, sobre os julgamentos pelos tribunais

585-b – Adiamento e retomada do julgamento de tribunal

§ 90 – Homologação de Sentença Estrangeira

586 – A eficácia da sentença estrangeira

587 – O sistema nacional

588 – A homologação da sentença estrangeira

589 – Natureza da decisão homologatória

590 – O procedimento

591 – A execução

§ 91 – Declaração de Inconstitucionalidade

592 – O controle da constitucionalidade no direito brasileiro

593 – Regulamentação legal

594 – O incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais

595 – Objeto da arguição de inconstitucionalidade

596 – Iniciativa de arguição

597 – Momento da arguição

598 – Competência para apreciar o cabimento do incidente

599 – O julgamento da arguição

§ 92 – Ação Rescisória

600 – Conceito

601 – Pressupostos

602 – Casos de admissibilidade da rescisória
603 – Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz (art. 485, I)
604 – Impedimento ou incompetência absoluta do juiz (art. 485, II)
605 – Dolo da parte vencedora (art. 485, III)
606 – Colusão para fraudar a lei (art. 485, III)
607 – Ofensa à coisa julgada (art. 485, IV)
608 – Violação de literal disposição de lei (art. 485, V)
608-a – Ofensa à norma constitucional (ainda o art. 485, V)
609 – Falsidade de prova (art. 485, VI)
610 – Documento novo (art. 485, VII)
611 – Confissão, desistência ou transação inválidas (art. 485, VIII)
612 – Erro de fato (art. 485, IX)
613 – Atos judiciais não sujeitos à ação rescisória
613-a – Sentença homologatória em processo contencioso
614 – Legitimação
614-a – Competência
615 – O pedido: *judicium rescindens* e *judicium rescissorium*
616 – Multa de 5% sobre o valor da causa
617 – A execução da sentença rescindenda
618 – Indeferimento da inicial
619 – Procedimento
620 – Natureza e conteúdo da decisão
620-a – A rescisória e os direitos adquiridos por terceiros de boa-fé
620-b – Preservação de efeitos da sentença rescindida
621 – Rescisória de rescisória
622 – Prazo de propositura da ação rescisória
622-a – Rescisão de sentença complexa ou de coisa julgada formada progressivamente
622-b – A Súmula nº 401 do Superior Tribunal de Justiça
622-c – Prorrogação de competência do STF e do STJ em matéria de rescisória
623 – Sentença nula de pleno direito

Nota da Editora: o acordo ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.

APRESENTAÇÃO

1. Introdução

O grande acontecimento de 2010 em matéria de direito processual foi a submissão ao Congresso Nacional do projeto de um novo Código de Processo Civil (Projeto Legislativo nº 166/2010, de iniciativa da Presidência do Senado Federal).[1] Sua tramitação já se concluiu perante o Senado, onde se aprovou o substitutivo do Relator, Senador Valter Pereira, o qual, atualmente, tramita pela Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.046/2010).

Muito se discutia sobre a conveniência, ou não, de dotar o País de uma nova codificação, tendo em vista o reconhecimento, pela maioria, da boa qualidade técnica do Código em vigor. No entanto, a frequência com que este vinha sendo submetido a constantes emendas acabou por gerar, nos últimos tempos, um clima social de desconfiança, com sérias repercussões sobre o sentimento de segurança jurídica em torno da prestação jurisdicional civil entre nós. Era, de fato, aconselhável que fosse aplacado o verdadeiro furor renovativo com que se comandava a onda de reformas parciais da atual lei processual civil. Nessa quadra, venceu a ideia de que a adoção de um novo Código, além de incorporar ao direito positivo institutos instrumentais modernos, realizaria a relevante tarefa de pôr cobro ao ambiente desagregador implantado pela onda cada vez mais intensa e desordenada de emendas pontuais.

2. Processo justo

A Comissão de Juristas, nomeada pela Presidência do Senado, orientou-se, na elaboração do anteprojeto, pelos princípios universalmente preconizados para as leis processuais, que aspirem a dotar o Estado Democrático de Direito de um *processo justo*, e que se apresentam, na ordem constitucional, como a garantia a todos de acesso a uma tutela jurisdicional *efetiva*. Como tal entende-se aquela que, a par de viabilizar a composição dos conflitos com total adequação aos

preceitos do direito material,[2] o faça dentro de um *prazo razoável* e sob método presidido pelas exigências da *economia processual*, sempre assegurando aos litigantes o *contraditório* e a *ampla defesa* (CF, art. 5º, LXXVIII).[3]

A propósito do ideário do *processo justo*, prevalece na consciência da civilização de nosso tempo a concepção de que um Código moderno, republicano e democrático, há de observar um "modelo social de processo", que esteja atento às exigências da instrumentalidade, da efetividade e da presteza na promoção da tutela aos direitos subjetivos em crise. Em tal modelo, como é inegável, não podem merecer guarida as espertezas do litigante no manejo das puras técnicas procedimentais e argumentativas como a causa do resultado da disputa traçada em juízo. Para o processo justo (aquele exigido pelo Estado Democrático de Direito), o mais importante é que o processo seja construído e manejado "para possibilitar a descoberta da verdade dos fatos", de maneira que só ganhe a causa a "parte que tiver a verdade do seu lado", esta e não a outra é a "parte que tem razão" e que, por isso, terá sua situação jurídica protegida pelo provimento judicial.[4] Foram esses os critérios a que recorreram os encarregados da redação da peça que se converteu no Projeto Legislativo nº 166/2010 do Senado (atual Projeto de Lei nº 8.046/2010 da Câmara Federal).

3. A divisão de matérias efetuadas pelo Projeto

No tocante ao Livro I do Código atual, a primeira grande inovação do Projeto, nos termos em que foi aprovado no Senado e encaminhado à Câmara Federal, é a criação de uma Parte Geral que se destina à definição e sistematização dos institutos processuais que serão aplicados aos diversos processos e procedimentos, regulados nos livros subsequentes e que, assim, passam a desempenhar o papel de Parte Especial. Dessa forma, a Codificação projetada desdobrou-se, originariamente, em cinco Livros, assim classificados:

I – Parte geral;
II – Do processo de conhecimento e cumprimento da sentença;
III – Do processo de execução;
IV – Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais;
V – Das disposições finais e transitórias.

O esquema aqui esboçado foi idealizado pelo Projeto visando atingir cinco

objetivos:

a) estabelecer, através, sobretudo, da Parte Geral, uma expressa e implícita "sintonia fina com a Constituição Federal";[5]
b) criar condições para que o juiz se aproxime ao máximo da verdade real e possa decidir a lide "de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa";[6]
c) simplificar e facilitar o acesso à tutela jurisdicional, "resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal";[7]
d) cumprir a garantia de duração razoável e de economia processual, dando "todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado";[8]
e) imprimir, em suma, "maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão".[9]

O Projeto ainda não teve sua discussão encerrada na Câmara Federal, mas a Comissão Especial designada para apreciá-lo já aprovou um substitutivo que ora se acha em debate no Plenário daquela Casa. O formato dado ao Novo Código pela Comissão Especial é bastante diferente daquele que foi votado no Senado, muito embora permaneça o seu conteúdo dentro das mesmas linhas mestras traçadas no Projeto originário. A distribuição da matéria é feita em uma Parte Geral e em uma Parte Especial, com as seguintes subdivisões:

PARTE GERAL, composta dos seguintes Livros:

LIVRO I – Das normas processuais civis;
LIVRO II – Da função jurisdicional;
LIVRO III – Dos sujeitos do processo;
LIVRO IV – Dos atos processuais;
LIVRO V – Da tutela antecipada;
LIVRO VI – Formação, suspensão e extinção do processo.

PARTE ESPECIAL, dividida nos seguintes Livros:

LIVRO I – Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença;
LIVRO II – Do processo de execução;
LIVRO III – Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais;
LIVRO COMPLEMENTAR – Das disposições finais e transitórias.

4. Supressões simplificadoras

Desaparecem os livros dedicados ao Processo Cautelar e aos Procedimentos Especiais. A tutela de urgência passa a ser abordada na Parte Geral como simples incidente processual, dispensando para sua administração o exercício de uma ação distinta e a formação de um processo separado do principal. Deu-se às medidas cautelares o mesmo tratamento incidental que hoje se dispensa à tutela antecipada pelo art. 273 do Código em vigor, tendo sido, assim, unificado o regime procedimental dessas duas modalidades da tutela de urgência. Ao lado das medidas de urgência propriamente ditas, disciplinou-se o regime particular da "tutela da evidência", prestável independentemente dos requisitos gerais das providências cautelares e antecipatórias, e em prestígio da presteza da resposta jurisdicional pronta e imediata.

Para ambas as tutelas de urgência somente se haverá de recorrer a uma ação, quando o provimento emergencial for postulado anteriormente à propositura da demanda principal. Não haverá, entretanto, dois processos. A petição inicial, quando posteriormente vier a ser formulada, será apresentada dentro dos próprios autos em que se deu trâmite à medida de urgência. Um único processo, portanto, será utilizado, quando necessário, para a apreciação dos pleitos de urgência e de mérito (Projeto, arts. 282 e 286).

O substitutivo aprovado pela Comissão Especial reuniu a tutela de urgência (medidas cautelares conservativas e as antecipatórias satisfativas) e a tutela da evidência num único Livro, a que atribuiu a denominação geral de "Tutela Antecipada" (Livro V da Parte Geral), desdobrando-o em dois Títulos: o primeiro cuida das Disposições Gerais observáveis tanto nas tutelas de urgência como nas de evidência; o Título II cuida da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. No Título I, há capítulos separados para a tutela de urgência e para a tutela da evidência, além de um capítulo para as disposições gerais pertinentes às duas modalidades de tutela antecipada.

Os Procedimentos Especiais, como variações da atividade cognitiva, deixarão de constituir objeto de livro próprio, passando a figurar em Título do Livro da Parte Especial dedicado ao Processo de Conhecimento (Título III do Livro I). Imaginou-se na primeira versão do Projeto que seria conveniente a redução dos procedimentos especiais. No entanto, o que prevaleceu no Substitutivo da Comissão Especial foi, ao contrário, a sua ampliação, de modo que passaram a figurar no novo Código dezesseis procedimentos, além do

comum. Dentre os novos, merecem destaque os destinados à "Ação de Dissolução Parcial de Sociedade" e às "Ações de Família".

Por sua vez, os recursos e a ação rescisória formarão o livro especial destinado à disciplina dos processos nos tribunais (Livro III da Parte Especial), ao qual se integram procedimentos importantes, como o da "Resolução de Demandas Repetitivas" e o da "Reclamação".

Manter-se-ão as duas vias de execução atualmente existentes: a do cumprimento das sentenças e a da execução dos títulos extrajudiciais. Aquela como incidente do processo em que a sentença tiver sido pronunciada (Título II, Livro I, da Parte Especial) e esta como ação executiva autônoma (Livro II da Parte Especial).

5. Constitucionalização do processo

Sendo certo que o processo civil contemporâneo se acha *constitucionalizado*, uma vez que seus princípios básicos correspondem a direitos fundamentais assegurados pelo Estado Democrático de Direito, o Projeto reserva um Título do Livro I da Parte Geral para enumerar as "Normas Fundamentais" que regerão a aplicação das normas processuais, todas diretamente inspiradas na Constituição, e de modo particular, nos "Direitos e Garantias Fundamentais", tudo com o propósito de ressaltar os vínculos obrigatórios entre a ordem processual e a ordem constitucional.

Vale a pena remontar ao texto dos artigos que compõem o Capítulo I do referido Título, na versão do Substitutivo aprovado pela Comissão Especial:

> **Art. 1º.** O processo civil será ordenado e disciplinado conforme as normas deste Código.
>
> **Art. 2º.** O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.
>
> **Art. 3º.** Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
>
> § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
>
> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
>
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público,

inclusive no curso do processo judicial.

Art. 4º. As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

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

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I – à tutela antecipada de urgência;

II – às hipóteses de tutela antecipada da evidência previstas no art. 306, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 716.

Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

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

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

Art. 12. Os órgãos jurisdicionais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

(...)

Duas inovações podem ser, de início, apontadas como consequências da visão constitucionalizada do processo civil: a) a regulamentação do incidente da *desconsideração da personalidade jurídica*, que, atualmente, à falta de sistematização legal, nem sempre tem se processado com a necessária submissão

aos ditames do *contraditório e ampla defesa* (CF, art. 5º, LV); b) a instituição de um incidente para superar a dificuldade e inconveniências das *causas repetitivas*, que não só atravancam o serviço forense, inviabilizando o ideal de celeridade da prestação jurisdicional, por seu elevado e incontrolável volume assumido na atual sociedade caracterizada pela massificação geral das relações de consumo e da interferência do poder público no domínio econômico, como acarretam, com inevitável frequência, quebra da garantia constitucional de *tratamento igual* para todos perante a lei (CF, Preâmbulo e art. 5º, *caput*).

6. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica

A desconsideração da personalidade jurídica é prevista, segundo os casos elencados no direito material, tanto para que se alcance a responsabilidade do sócio por obrigações contraídas em nome da sociedade, como a da pessoa jurídica por negócios realizados pelo sócio, individualmente, mas em prol de interesses da sociedade.[10]

O procedimento figura, no Projeto, entre os Capítulos da "Intervenção de Terceiros" (arts. 133 a 137 da versão substitutiva do Projeto) e seu objetivo é, acima de tudo, fazer com que a questão seja solucionada à luz das regras traçadas pelo direito material (Código Civil, art. 50) e que o provimento a seu respeito seja preparado e pronunciado com estrita observância à garantia constitucional do *devido processo legal* (CF, art. 5º, LIV) e especificamente com respeito ao *contraditório e ampla defesa* (CF, art. 5º, LV).

Não haverá necessidade de se promover uma ação ordinária apartada para que a desconsideração se dê. Mas o incidente, admissível em qualquer processo ou procedimento, haverá sempre de se desenvolver com obediência ao princípio do *contraditório*, tal como exige a Constituição.[11]

Em casos de urgência, em que se configure o risco de dano ou desvio de bens, o credor poderá se valer da tutela cautelar, observados os seus requisitos e procedimentos. O que não se tolera é que os atos executórios definitivos sobre bens de quem não é parte no processo sejam levados a efeito de forma autoritária e ao arrepio do direito de defesa em contraditório pleno. A responsabilidade do terceiro (sócio ou administrador) somente poderá encontrar reconhecimento e execução definitivos após solução do incidente processado segundo os ditames do *processo justo*.

Ainda visando evitar risco de dano aos interesses do credor, prevê o Projeto que, uma vez acolhido o pedido de desconsideração, "a alienação ou oneração de

bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente" (art. 137).

7. Incidente de resolução de demandas repetitivas

A era dos processos massificados levou à implantação, no regime atual do processo civil, de medidas que pudessem contornar a avalanche de feitos, tanto nas instâncias inferiores como nos tribunais superiores do País. Surgiram, nos últimos anos, para enfrentar esse gravíssimo problema, que prenunciava um verdadeiro impasse geral na prestação de justiça, medidas como a súmula vinculante do STF (EC nº 45/2004) e o regime de repercussão geral como pressuposto do recurso extraordinário (Lei nº 11.418/2006; CPC, art. 543-A), além da tramitação especial, com eficácia cumulativa para todos os recursos oriundos de causas repetitivas, tanto para o *extraordinário* (Lei nº 11.418/ 2006; CPC, art. 543-B) como para o especial (Lei nº 11.672/2008; CPC, art. 543-C). Ainda, no terreno das causas seriadas, inovações para abreviar julgamentos originários e recursais foram criadas para o primeiro e segundo graus de jurisdição, com o propósito de adotarem-se mecanismos para permitir a rejeição liminar das demandas iguais a outras já decididas pelo mesmo juiz (Lei nº 11.277/2006; CPC, art. 285-A) e para vedar recurso de apelação contra a sentença pronunciada em conformidade com súmula do STF ou do STJ (Lei nº 11.276/2006; CPC, art. 518, § 1º).

Nessa mesma linha de racionalização do tratamento das demandas massificadas, o Projeto substitutivo cria um incidente, a ser instaurado nos tribunais de segundo grau, a que atribui o *nomen iuris* de "Incidente de resolução de demandas repetitivas" (arts. 988 a 999). Por seu intermédio, os processos identificados como relativos à mesma questão de direito são paralisados até que o tribunal julgue a tese comum, com eficácia para todo o conjunto de demandas iguais.

Além de evitar o inconveniente de decisões conflitantes, o incidente de resolução de demandas repetitivas enseja enorme economia processual, uma vez que dezenas, centenas ou até milhares de demandas iguais poderão ser resolvidas praticamente de uma só vez.

8. Estímulo à justiça coexistencial

O Projeto valoriza e estimula a prática da justiça coexistencial, dando ênfase

às soluções conciliatórias, para facilitar que a composição do litígio seja construída pelas próprias partes, na medida do possível.

Para tanto, o processo de conhecimento principiará, em regra, por uma audiência preliminar, a que as partes deverão comparecer pessoalmente e na qual se buscará a solução conciliatória, com o auxílio de conciliador ou mediador (art. 335). Prevê a participação, nessa fase processual, de auxiliares da justiça, especializados em conciliação e mediação, sempre que possível (arts.166 a 176), com o que se aliviará o juiz do esforço conciliatório e prestigiará a contribuição de agentes capacitados à busca de solução consensual para os litígios. Caberá aos Tribunais empenharem-se na instituição desses quadros especializados, cumprindo programas de otimização dos serviços judiciários estimulados pelo Conselho Nacional da Justiça.

Ainda dentro da perspectiva social da composição do litígio, o Projeto Substitutivo prevê e amplia as hipóteses de intervenção do *amicus curiae*, tornando-a possível em todos os graus de jurisdição (art. 138).

9. Simplificação do procedimento comum

Não haverá mais dois ritos para o procedimento comum. Aboliu-se o procedimento sumário e o procedimento unificado foi simplificado e compatibilizado com as metas da eficiência e economia processual.

O prazo de contestação será contado da audiência de conciliação, se esta não chegar à solução negocial (art. 336). Quando o juiz reconhecer que o caso não comporta conciliação, não promoverá a audiência preliminar e ordenará a imediata citação do réu, caso em que o prazo para contestação será contado a partir da juntada do respectivo mandado ou de outros comprovantes legais do ato citatório (arts. 336, III, c/c art. 231).

Não haverá mais reconvenção em peça separada. Em qualquer ação será lícito ao réu, se for o caso, formular pedido reconvencional na própria contestação (art. 344). O Projeto Substitutivo acolhe a tese atualmente admitida pela doutrina de que o réu pode apresentar reconvenção independentemente de formular contestação (art. 344, § 7º).

10. Simplificação das intervenções de terceiro

Desaparecerá a figura autônoma da nomeação à autoria, passando o seu objeto a ser tratado em preliminar da contestação, com possibilidade de emenda

da inicial para correção do defeito da propositura da ação (art. 339).

Os atuais “Chamamento ao processo” e “Denunciação da lide” se manterão regulados em Capítulos distintos. O “Chamamento”, segundo o texto oriundo do Senado, teria seu alcance ampliado, de modo a alcançar, expressamente, não só os devedores solidários, mas todos os que, por lei ou contrato, possam ser corresponsáveis pela dívida comum (art. 319, IV). Seria o caso, por exemplo, do segurador de responsabilidade civil, entre outros. O Substitutivo da Comissão Especial, todavia, suprimiu o inciso IV. Não creio, no entanto, que por exigência do direito material, casos de corresponsabilidade não solidária, e que, portanto, não se enquadram na denunciação da lide, fiquem impedidos de encontrar melhor solução na figura do chamamento ao processo, malgrado ausência de previsão no texto processual respectivo.

A “denunciação da lide”, que no texto do Senado transformar-seia na “denunciação em garantia”, conservou no Substitutivo da Comissão Especial a denominação atual, reduzindo-se, a sua aplicação, apenas aos casos de direito regressivo propriamente ditos (art. 125, I e II) e excluindo a eventualidade de sucessivas denunciações nos mesmos autos. Possíveis direitos regressivos do denunciado contra seus antecessores serão executados à parte, em ação própria (art.125, § 2º). Há previsão, ainda, da possibilidade de a sentença condenatória do denunciante ser executada contra o denunciado, por força do direito regressivo contra este reconhecido (art. 128, IV).

A par da simplificação do tratamento dispensado à denunciação da lide e ao chamamento ao processo, o Projeto chancelado pela Comissão Especial insere no Título da “Intervenção de Terceiros” incidentes novos como os Capítulos pertinentes à “Desconsideração da Personalidade Jurídica” (arts. 133 a 137) e ao “Amicus Curiae” (art. 138).

11. Saneamento do processo

Se não obtida a conciliação, nem verificada a extinção prematura do processo (art. 364), a declaração de saneamento acontecerá depois de cumprida a fase postulatória, nesta compreendidas as providências preliminares (arts. 354 a 360).

Será na decisão de saneamento que o juiz procederá à delimitação dos pontos controvertidos, à especificação das provas cabíveis e à designação da audiência de instrução e julgamento, quando necessária (art. 364). O Projeto consagra o princípio da cooperação, prevendo a possibilidade de o juiz, nas causas

complexas, designar audiência para o saneamento realizar-se com a efetiva participação das partes, notadamente em relação ao esclarecimento de suas alegações (art. 364, § 3º).

12. Instrução probatória

Na Parte Especial, no Livro reservado ao "Processo de Conhecimento", o Projeto Substitutivo da Comissão Especial contém importantes posicionamentos em torno das provas utilizáveis em juízo:

a) os meios moralmente legítimos para demonstração da verdade são permitidos, ainda que não especificados no Código, desde que possam "influir eficazmente na convicção do juiz" em torno da "verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa" (art. 376);
b) o dispositivo do Projeto primitivo (art. 257, parágrafo único) – segundo o qual as provas obtidas por meio ilícito não seriam sumária e absolutamente desprezadas, cabendo ao juiz apreciá-las "à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos" –, foi excluído pelo substitutivo aprovado no Senado;
c) é admitida a prova *emprestada*, ou seja, a colhida em outro processo, cabendo ao juiz atribuirlhe "o valor que considerar adequado", respeitando-se sempre o contraditório (art. 379);
d) permitir-seá ao juiz a distribuição do ônus da prova diferentemente da regra legal comum (art. 380), para atribuí-lo à parte que estiver em melhores condições de produzi-la, cabendo-lhe, porém, fazê-lo "em decisão fundamentada" e com respeito ao contraditório (art. 380, § 1º). A medida será sempre excepcional e terá de levar em conta as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado. A parte onerada terá de ser intimada da deliberação, a tempo de se desincumbir a contento do encargo que lhe for cometido. Segundo o princípio do contraditório e ampla defesa, não será tolerável a inversão *a posteriori*, ou seja, aquela efetuada pelo juiz no momento de prolatar a sentença, porque incompatível com o processo justo, no qual a surpresa é sempre vista como ofensiva ao princípio do contraditório. De forma alguma se admitirá que a inversão resulte numa situação em que "a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil" (art. 380, §

2º). Admitiu-se, ainda, a possibilidade de inversão do ônus da prova por "convenção das partes", que, entretanto, não será lícita quando "recair sobre direito indisponível" ou "tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito" (art. 380, § 3º);

e) ao juiz não é dado se valer de "regras de experiência comum" e de "experiência técnica" para substituir a *prova pericial*, quando esta for o meio recomendado pela lei para a apreciação da verdade do fato litigioso (art. 382);

f) embora se imponha à parte a obrigação de depor e de praticar os atos determinados pelo juiz durante a instrução probatória, o Projeto em seu texto atual ressalva o "direito de não produzir prova contra si própria" (art. 386).

13. Rejeição liminar da demanda

Além dos casos tradicionais de indeferimento da petição inicial, o Projeto institui a possibilidade de *rejeição liminar da própria demanda* (isto é, a decretação de improcedência *prima facie* do pedido formulado pelo autor). Isto acontecerá, antes mesmo de citado o réu, nas hipóteses elencadas no art. 333, ou seja, quando o pedido contrariar:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 333, I);

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (art. 333, II);

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 333, III);

d) norma jurídica extraída de dispositivo expresso de ato normativo (art. 333, IV);

e) enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local (art. 333, V).

Outro caso previsto como autorizador do decreto de "Improcedência Liminar do Pedido" é aquele em que se verifica, desde logo, "a ocorrência de decadência ou de prescrição" (art. 333, § 1º).

14. Tutela de evidência

Sob o rótulo de "tutela da evidência", o Projeto Substitutivo da Comissão Especial permite que, em caráter definitivo ou provisório, a lide seja, no todo ou em parte, sumariamente resolvida em desfavor do réu, nas circunstâncias do art. 306. Independentemente do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, será deferida ao autor a tutela antecipada sempre que:

a) ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (art. 306, I);
b) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 306, II);
c) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, "caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa" (art. 306, III).

Nas hipóteses dos incisos II e III do art. 306, a decisão pode ser proferida liminarmente; já no caso do inciso I, o decisório acontecerá após a resposta do demandado. Em todos os incisos, porém, estão envolvidas questões de mérito, que o juiz apreciará para julgamento liminar da demanda (incisos I e II) ou para deferimento de antecipação de tutela (inciso III).

O Projeto primitivo cogitava de tutela da evidência em outras situações, as quais o Substitutivo preferiu tratar como hipóteses de julgamento parcial antecipado da lide, como (i) quando a controvérsia formada entre o pedido e a contestação referir-se apenas a algum dos pedidos ou parcela deles (art. 363, I), ou (ii) quando o juiz estiver em condições de imediato julgamento, em virtude da revelia do réu ou da desnecessidade de produção de outras provas (art. 363, II, c/c 362).

15. Incompetência, suspeição e impedimento do juiz

Não haverá mais exceção de incompetência processada em autos apartados. Pouco importando seja a incompetência absoluta ou relativa, sua arguição será feita em preliminar da contestação (art. 338, II).

As arguições de suspeição ou de impedimento serão feitas em petição endereçada ao juiz da causa (art. 146). Se reconhecer a suspeição ou

impedimento, ordenará a remessa dos autos ao seu substituto legal. Caso contrário, determinará a autuação em apartado da petição e, depois de aduzir suas razões em quinze dias, ordenará a remessa dos autos da arguição ao tribunal (art. 146, § 1º).

Distribuído o feito, no Tribunal, o relator poderá processá-lo sem efeito suspensivo, caso em que o processo principal continuará correndo perante o juiz da causa (art. 146, § 2º); ou, atribuindo efeito suspensivo ao incidente, passará para o juiz substituto legal a competência para as medidas de urgência, permanecendo o processo principal suspenso até o julgamento do incidente pelo Tribunal (art. 146, § 3º).

16. Simplificação do sistema recursal

O Projeto procurou simplificar o sistema recursal hoje adotado pelo Código, com as seguintes medidas:

a) eliminou o agravo retido e, para suprir sua falta, instituiu-se o protesto contra as decisões interlocutórias quando não cabível o agravo de instrumento (art. 1.022, § 1º). A impugnação de tais decisões terá de ser feita em preliminar da apelação contra a decisão final, ou nas contrarrazões (art. 1.022, § 2º).
b) eliminou os embargos infringentes;
c) o efeito suspensivo da apelação, que fora excluído pelo projeto primitivo, foi restabelecido pelo Substitutivo da Comissão Especial (art. 1.025, *caput*). Ampliaram-se, porém, os casos em que a sentença permite execução imediata, independentemente da apelação (art. 1.025, § 1º), mas na dependência de pedido da parte, a ser apreciado pelo relator (art. 1.025, § 3º);
d) a petição da apelação será endereçada ao juiz de primeiro grau (art. 1.023), mas o juízo de admissibilidade ficará a cargo do relator, no tribunal (art. 945, III) ao qual se poderá pleitear a atribuição de eventual efeito suspensivo. Para tanto, deverá o apelante demonstrar (i) a *probabilidade* de provimento do recurso; ou (ii) o risco de dano grave e de difícil reparação, desde que relevante a fundamentação (art. 1.025, § 4º);
e) o agravo de instrumento será cabível contra as decisões interlocutórias apenas quando:

1. concederem, negarem, modificarem ou revogarem a tutela antecipada (art. 1.028, I);
2. versarem sobre o mérito da causa (art. 1.028, II);
3. rejeitarem a alegação de convenção de arbitragem (art. 1.028 III);
4. versarem sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 1.028, IV);
5. negarem o pedido de gratuidade da justiça ou acolherem o pedido de sua revogação (art. 1.028, V);
6. determinarem a exibição ou posse de documento ou coisa (art. 1.028, VI);
7. excluírem litisconsorte (art. 1.028, VII);
8. indeferirem o pedido de limitação do litisconsórcio (art. 1.028, VIII);
9. admitirem ou inadmitirem a intervenção de terceiros (art. 1.028, IX);
10. versarem sobre competência (art. 1.028, X);
11. determinarem a abertura de procedimento de avaria grossa (art. 1.028, XI);
12. indeferirem a petição inicial da reconvenção ou a julgar liminarmente improcedente (art. 1.028, XII);
13. redistribuírem o ônus da prova (art. 1.028, XIII);
14. converterem a ação individual em coletiva (art. 1.028, XIV);
15. alterarem o valor da causa antes da sentença (art. 1.028, XV);
16. decidirem o requerimento de distinção na hipótese do art. 1050, § 13, I (art. 1.028, XVI);
17. proferidas na fase de liquidação ou de cumprimento de sentença e nos processos de execução e de inventário (art. 1.028, XVII);
18. resolverem o requerimento previsto no art. 990, § 4º (art. 1.028, XVIII);
19. indeferirem prova pericial (art. 1.028, XIX);
20. não homologarem ou recusarem aplicação a negócio processual celebrado pelas partes (art. 1.028, XX).

f) para evitar os abusos da reiteração indefinida de *embargos de declaração,* o Projeto Substitutivo da Comissão Especial prevê a inadmissão de novos recursos da espécie, quando os dois anteriores houverem sido considerados protelatórios (art. 1.039, § 4º). Além disso, ampliou-se a

regulamentação dos referidos embargos, de modo a dar solução adequada a vários problemas com que a jurisprudência vem se debatendo, como, *v.g.*:

1. inclusão do erro material como uma das hipóteses de cabimento dos embargos (art. 1.035, III);
2. definição de decisão omissa (art. 1.035, parágrafo único);
3. necessidade da intimação do embargado para manifestar-se, quando o eventual acolhimento do recurso possa implicar modificação do decisório (art. 1.036, § 2º);
4. julgamento monocrático dos embargos quando a decisão recorrida também tiver sido pronunciada de maneira unipessoal (art. 1.037, § 1º);
5. possibilidade de se conhecer dos embargos de declaração como agravo interno, desde que determinada previamente "a intimação do recorrente para, no prazo de cinco dias, complementar as razões recursais", ajustando-as às exigências aplicáveis ao recurso disciplinado pelo art. 1.034 (especialmente em seu § 1º);
6. estipulação de prazo para complementação ou alteração das razões do recurso principal interposto antes dos embargos declaratórios, quando o julgamento destes houver alterado a decisão embargada (art. 1.037, § 3º);
7. possibilidade de julgamento do recurso principal independentemente de ratificação, se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior (art. 1.037, § 4º);
8. configuração do prequestionamento por meio dos embargos de declaração, mesmo que o tribunal de origem os inadmita ou os rejeite, desde que o Tribunal Superior reconheça a existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido (art. 1.038);
9. negativa de efeito suspensivo aos embargos de declaração (art. 1.039, *caput*), havendo, porém, possibilidade de suspensão dos efeitos da decisão embargada por ato do juiz ou do relator, em caso de probabilidade de provimento do recurso ou de risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.039, § 1º).

g) no campo dos recursos *extraordinário* e *especial* algumas inovações importantes foram introduzidas pelo Projeto, na versão da Comissão

Especial:

1. não haverá mais juízo de admissibilidade no tribunal de origem, de modo que os recursos subirão ao respectivo Tribunal Superior tão logo ultrapassado o prazo de contrarrazões (art. 1.043, parágrafo único);
2. o STF e o STJ poderão desconsiderar vício formal de recurso tempestivamente interposto ou determinar sua correção, desde que não o repute grave (art. 1.042, § 3º);
3. foi regulamentada, com detalhes, a competência para concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial (art. 1.042, § 5º);
4. previu-se a possibilidade e a forma de converter o recurso especial em recurso extraordinário, quando versar sobre questão constitucional (art. 1.045). Admitiu-se, também, a conversão do extraordinário em especial quando o STF considerar reflexa a ofensa à Constituição (art. 1.046);
5. admitido o recurso extraordinário ou o especial, o STF ou o STJ "julgará a causa, aplicando o direito" (art. 1.047, *caput*), caso em que será devolvido ao Tribunal Superior o conhecimento não só do fundamento pelo qual se deu o conhecimento, como dos demais e de "todas as questões relevantes para a solução do capítulo impugnado" (art. 1047, parágrafo único);
6. a suspensão dos processos pendentes provocada pelo incidente de repercussão geral durará por um ano, prazo previsto para o julgamento do recurso extraordinário acontecer. Ultrapassado dito termo sem que o julgamento ocorra, cessará a suspensão em todo o território nacional, voltando os processos ao seu curso normal (art. 1.048, §§ 9º e 10);
7. a escolha do caso paradigma, nas hipóteses de recursos repetitivos, feita no tribunal de origem não vincula o Tribunal Superior, de modo que o relator poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia, que contenham argumentação abrangente e discussão a respeito da mesma questão a ser decidida (art. 1.049, §§ 4º a 6º);
8. também no caso dos recursos repetitivos, o Projeto marca o prazo de um ano para julgamento no STF ou no STJ, findo o qual cessará a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal (art.

1.050, § 5º);

9. é assegurado à parte o direito de requerer o prosseguimento do seu processo mediante demonstração de que a questão nele tratada é diferente daquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado (art. 1.050, § 9º);
10. a competência para apreciar o pedido foi distribuída entre o juiz, o relator do tribunal de origem e o relator do Tribunal Superior, conforme o estágio em que o sobrestamento houver ocorrido (art. 1.050, § 10);
11. o julgamento do recurso paradigma, na instância superior, permite à parte desistir da ação paralisada pelo mecanismo dos recursos repetitivos (art. 1.054, § 1º), podendo fazê-lo sem depender do consentimento do réu, ainda que a contestação já tenha sido produzida (art. 1.054, § 3º).

h) os embargos de divergência, segundo o texto da Comissão Especial, não serão mais exclusivos dos julgamentos do STF e do STJ. Caberão, também, nos tribunais inferiores quando, nas causas de competência originária, o acórdão de turma divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal (art. 1.056, IV). No STJ os embargos de divergência interrompem o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes (art. 1.057, § 1º).

17. Ação rescisória

Alterações principais no regime da ação rescisória, segundo o Substitutivo da Comissão Especial:

a) possibilidade de rescisão de decisão transitada em julgado que, embora não sendo de mérito, não permita a repropositura da demanda ou impeça o reexame do mérito (art. 978, § 2º);
b) cabimento da rescisória que tenha por objeto apenas um capítulo da decisão (art. 978, § 3º);
c) rescindibilidade da decisão proferida em procedimento de jurisdição voluntária (art. 978, § 4º);
d) reconhecimento da legitimidade para mover a rescisória àquele que não foi ouvido no processo no qual era obrigatória sua intervenção (art. 979,

IV);

e) estipulação do teto de mil salários mínimos para o depósito correspondente à multa cabível para o caso de inadmissibilidade ou improcedência da rescisória, declarada por unanimidade de votos (art. 980, § 2º);

f) previsão de que o prazo decadencial de dois anos para propositura da ação rescisória se extinguirá em dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (art. 987), havendo regras especiais para os casos de prova nova (art. 987, § 2º) e para as hipóteses de simulação ou colusão das partes bem como para o Ministério Público que não interveio no processo (art. 987, § 3º).

18. À guisa de conclusão

Todos que se debruçam sobre a análise do problema da demora e deficiência da prestação jurisdicional em nosso tempo reconhecem que não está propriamente na legislação processual a sua principal causa. Na verdade, o processo não funciona bem não só no Brasil, mas em todo lugar, por motivos localizados na organização e no sistema de trabalho dos serviços judiciários.

Conforme temos reiteradamente ressaltado, o que, na dura e crua realidade, tem comprometido a eficiência da prestação jurisdicional entre nós é, em primeiro lugar, a precária organização dos serviços judiciários, sempre carentes de recursos e pessoal adequados ao melhor desempenho do enorme e crescente volume da litigiosidade própria da convivência social dentro de um Estado Democrático de Direito.

Em segundo lugar, o pecado mais grave que se comete contra a boa e justa tutela jurisdicional devida a todos que por ela clamam reside na visão excessivamente tecnicista do direito processual. A preocupação dominante entre os doutrinadores e os operadores do processo, com inevitáveis reflexos sobre a obra do legislador, não consegue se afastar do equacionamento científico das grandes figuras e categorias as quais joga o ramo *autônomo* do Direito denominado direito processual.

Não é isso, todavia, o que se espera de um seguimento do Direito eminentemente instrumental, nem foi para esse fim que a ordem constitucional moderna concebeu o acesso à justiça como um direito fundamental, caracterizado pela plenitude e efetividade.

Ao contrário do que se passa com os processos anglo-saxônico e francês, em

que o direito processual se apresenta caracterizado por regras *objetivas* e *funcionais*, "despreocupadas com o tecnicismo", visando sempre, e sobretudo, propiciar o "acesso à justiça" e a "efetividade do processo",[12] o nosso direito processual anseia por um primado tecnocientífico e é dentro desse tecnicismo exacerbado que suas regras são interpretadas pela doutrina e aplicadas pelos tribunais, quase sempre.

Para se pensar numa ampla e verdadeira reforma de nosso processo civil urge, antes de tudo, mudar essa ótica deformadora do verdadeiro papel reservado à prestação jurisdicional. É preciso, urgentemente, substituí-la pela objetiva e singela busca da justa e adequada realização do direito material na solução do conflito deduzido em juízo.

Não é pela teoria científica que complica e tumultua o procedimento judicial, mas sim pelo espírito objetivo capaz de hierarquizar os valores constitucionais e processuais segundo escala de priorização dos resultados práticos delineados pela lei e, acima de tudo, pelos direitos e garantias fundamentais, que se pode imaginar a implantação bem-sucedida do *processo justo*. O teorismo obstaculiza ou dificulta o acesso à justiça, enquanto o procedimentalismo despretensioso, prático e objetivo o facilita e viabiliza.

O excesso de técnicas, na verdade, favorece muito mais a uma concepção *pragmática* do processo (isto é, aquela que não dispensa grande relevância ao seu resultado prático). No entanto, o enfoque *objetivo* centrado, sobretudo, nos efeitos concretos da tutela propiciada pelo processo aos direitos materiais ameaçados ou lesados é o que, de forma *programática*, realmente se empenha, longe do teorismo estéril, na persecução dos fins sociais do processo justo.

É, destarte, uma regulamentação nova compromissada com a instrumentalidade adequada à realização plena e efetiva do direito material em jogo no litígio, singela, clara, transparente e segura quanto ao procedimento, o que se pode esperar de um novo Código. Que seja superior às vaidades do tecnicismo e que seja concebido com firmeza, objetividade e coerência com o programa moderno do *processo justo*. Que, enfim, os órgãos encarregados da prestação jurisdicional se preparem, convenientemente, para pô-lo em prática, com fidelidade à letra, ao espírito e aos propósitos da reforma.

Nessa linha de preocupação, Kazuo Watanabe exalta a excelência de um ensaio recente da autoria de Paulo Eduardo Alves da Silva, no qual se destaca a mudança de enfoque que o autor fez "no estudo dos problemas que afetam a justiça e o processo, desviando o ponto fundamental da análise para o *modus operandi* do sistema de justiça, e não mais para a interpretação, aplicação e

alteração das leis processuais".[13]

Muito me apraz recomendar a leitura da preciosa obra, cuja relevância, na opinião do Professor Watanabe, "está não apenas nas informações, constatações e estudos nela contidos, mas principalmente no fato de representar uma importante contribuição ao aperfeiçoamento das práticas de gestão da justiça e do processo judicial",[14] fornecendo dados de direito local e comparado que certamente provocarão o interesse dos pesquisadores empenhados nos estudos relacionados à melhoria do sistema de justiça de nosso país.

Registro, por fim, que a presente nota de apresentação das perspectivas do Projeto de um Novo Código de Processo Civil para o Brasil levou em consideração a *Emenda Aglutinativa Substitutiva Global* preparada e aprovada pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados para emitir parecer ao Projeto de Lei nº 8.046/2010 e outros. É esse Substitutivo ao Projeto originário do Senado Federal, ainda pendente de votação do Plenário da Câmara, o objeto ora sintetizado em suas linhas inovadoras mais marcantes.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2013.

Humberto Theodoro Júnior

1 Outra inovação relevante se deu no texto atual do Código de Processo Civil para substituir o agravo de instrumento pelo *agravo nos próprios autos* nos casos de inadmissão do recurso extraordinário ou especial no tribunal de origem (Lei nº 12.322, de 09.09.2010, que alterou o art. 544 do CPC, com *vacatio legis* de noventa dias a contar da publicação que se deu no *Diário Oficial*, do dia 10.09.2010).

2 A Exposição dos Motivos do Anteprojeto ressalta a lição de BARBOSA MOREIRA, segundo a qual "querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente da realização do direito material" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, nº 105, p. 181, jan./mar. 2002).

3 É um verdadeiro truísmo a proclamação a todo instante reiterada de que justiça tardonha não é justiça, mas rematada e evidente injustiça. Por isso, a Exposição de Motivos atenta à lição de CÂNDIDO DINAMARCO, reitera a advertência, que presidiu à confecção do Anteprojeto, de que o processo, "além de produzir um resultado justo, precisa ser justo em si mesmo, e portanto, na sua realização, devem ser observados aqueles *Standards* previstos na Constituição Federal, que constituem desdobramento do *due process of law*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, *apud Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília, Senado Federal, 2010, nota 6).

4 Souza, Miguel Teixeira de. Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu? *Novos rumos da Justiça Cível*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 2009, p. 17.

5 *Exposição de Motivos, cit*.

6 *Idem*.

7 *Idem*.

8 *Idem*.

9 *Idem*.

10 "Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma" (STJ, 3ª T., REsp. nº 948.117/MS, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, ac. 22.06.2010, *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 91, p. 156).

11 "A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, 'levantar o véu' da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa" (STJ, 3.ª T., REsp. nº 948.117/MS, *op. cit. loc. cit*).

12 MARQUES, Luiz Guilherme. O processo civil francês. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 49, pp. 81-82, 2010. Observa o autor, com largo apoio na doutrina local, que "não há preocupação, regra geral, no processo civil francês com o tecnicismo, sendo, aliás, a própria redação do NCPC tida como

de pouca técnica, se comparada com o Código italiano e até o brasileiro". Entretanto, "mostra-se o Processo Civil francês como verdadeiro exemplo para as ideias modernas do 'acesso à justiça' e da 'efetividade do processo'; a primeira através do primor de organização da assistência judiciária, e a segunda, dentre outros institutos, a presteza dos '*référés*' e das injunções de fazer e de pagar; o Processo Civil francês atende ao que afirma Hervé Croze quando diz que 'um bom Direito deve ser *simples* e *compreensível por todos*'" (grifamos) (*op. cit.*, p. 139).

13 WATANABE, Kazuo. Prefácio. *In:* SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

14 WATANABE, Kazuo. *Op. cit*., p. 17.

TEORIA GERAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Parte I
Noções Fundamentais

Capítulo I
CONCEITO, HISTÓRIA E FONTES DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

§ 1º DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Sumário: 1. Noções gerais. 2. Definição. 3. Natureza. 4. Relações com outros ramos do Direito. 5. Objetivo. 5-a. Novos rumos do direito processual civil. 5-b. Universalidade dos problemas do processo moderno.

1. Noções gerais

Impossível a vida em sociedade sem uma normatização do comportamento humano. Daí surgir o Direito como conjunto das normas gerais e positivas, disciplinadoras da vida social.

Mas não basta traçar a norma de conduta. O equilíbrio e o desenvolvimento sociais só ocorrem se a observância das regras jurídicas fizer-se obrigatória.

Assim, o Estado não apenas cuida de elaborar as leis, mas, especificamente, institui meios de imposição coativa do comando expresso na norma.

Por outro lado, diante da complexidade com que se travam as relações

sociais, é impossível evitar conflitos de interesse entre os cidadãos, ou entre estes e o próprio Estado, a respeito da interpretação dos direitos subjetivos e da fiel aplicação do direito objetivo aos casos concretos.

Para manter o império da ordem jurídica e assegurar a paz social, o Estado não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados. Divide, pois, suas funções soberanas, de molde a atender a essa contingência, em atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais.

A função *administrativa* diz respeito à gestão ordinária dos serviços públicos e incumbe ao Poder Executivo. A *legislativa* consiste em traçar, abstrata e genericamente, as normas de conduta que formam o direito objetivo, e cabe ao Poder Legislativo. A terceira é a *jurisdição*, que incumbe ao Poder Judiciário, e que vem a ser a missão pacificadora do Estado, exercida diante das situações litigiosas. Através dela, o Estado dá solução às *lides* ou *litígios*, que são os conflitos de interesse, caracterizados por pretensões resistidas, tendo como *objetivo imediato* a aplicação da lei ao caso concreto, e como missão *mediata* "restabelecer a paz entre os particulares e, com isso, manter a da sociedade".[1]

Para cumprir essa tarefa, o Estado utiliza método próprio, que é o *processo*, que recebe denominação de civil, penal, trabalhista, administrativo etc., conforme o ramo do direito material perante o qual se instaurou o conflito de interesses.

Para regular esse método de composição dos litígios, cria o Estado normas jurídicas que formam o *direito processual*, também denominado *formal* ou *instrumental*, por servir de forma ou instrumento de atuação da vontade concreta das leis de direito *material* ou *substancial*, que há de solucionar o conflito de interesses estabelecido entre as partes, sob a forma de *lide*.

2. Definição

Na verdade, ou na essência, o direito processual é um só, porquanto a função jurisdicional é única, qualquer que seja o direito material debatido, sendo, por isso mesmo, comuns a todos os seus ramos os princípios fundamentais da jurisdição e do processo.[2]

Conveniências de ordem prática, no entanto, levam o legislador a agrupar as normas processuais em códigos ou leis especializadas, conforme a natureza das regras aplicáveis à solução dos conflitos, e daí surgem as divisões que individuam o direito processual civil, o direito processual penal, o direito processual do trabalho etc.

Diante desse quadro, o Direito Processual Civil pode ser definido como o ramo da ciência jurídica que trata do complexo das normas reguladoras do exercício da jurisdição civil.[3]

Vê-se, logo, que não pode o direito processual civil confundir-se com uma simples parcela do direito material, devendo ser afastada a antiga denominação de direito adjetivo, por designadora de uma dependência que a ciência jurídica moderna repele peremptoriamente.

A autonomia do direito processual civil, frente ao direito substancial, é inegável e se caracteriza por total diversidade de natureza e de objetivos. Enquanto o direito material cuida de estabelecer as normas que regulam as relações jurídicas entre as pessoas, o processual visa a regulamentar uma função pública estatal. Seus princípios, todos ligados ao direito público a que pertence, são totalmente diferentes, portanto, daqueles outros que inspiram o direito material, quase sempre de ordem privada.

Contudo, não apenas as questões de direito civil são solucionadas através do processo civil, mas também as de direito comercial e até as de direito público não penal que não caibam a outros ramos especializados do direito processual.

Funciona o direito processual civil, então, como principal instrumento do Estado para o exercício do Poder Jurisdicional. Nele se encontram as normas e princípios básicos que subsidiam os diversos ramos do direito processual, como um todo, e sua aplicação faz-se, por exclusão, a todo e qualquer conflito não abrangido pelos demais processos, que podem ser considerados *especiais*, enquanto o civil seria o *geral*.

3. Natureza

O direito processual civil pertence ao grupo das disciplinas que formam o Direito Público, pois regula o exercício de parte de uma das funções soberanas do Estado, que é a jurisdição.

Não se pode deixar de consignar que, mesmo quando o conflito de interesses é eminentemente privado, há no processo sempre um interesse público, que é o da pacificação social e o da manutenção do império da ordem jurídica, mediante realização da vontade concreta da lei.

4. Relações com outros ramos do Direito

O Direito, sem embargo de sua divisão em ramos autônomos, caracterizados

por métodos, objetivos e princípios próprios, forma um conjunto maior, que tem em comum o destino de regular a convivência social. Por essa razão, por mais que sejam considerados autônomos os seus ramos, haverá sempre entre eles alguma intercomunicação, algum traço comum e até mesmo alguma dependência em certos ângulos ou assuntos.

Assim, o direito processual civil mantém estreitas relações com o direito constitucional, não apenas derivadas da hegemonia que cabe a esse ramo sobre todos os demais, mas principalmente porque, cuidando o processo de uma função soberana do Estado, será na Constituição que estarão localizados os atributos e limites dessa mesma função. Além disso, a Constituição traça regras sobre os direitos individuais que falam de perto ao direito processual, como a do tratamento igualitário das partes do processo (art. 5º, inc. I), a que assegura a todos o direito de submeter toda e qualquer lesão de direitos à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV), a que proclama a intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI), as que proíbem a prisão por dívidas (art. 5º, inc. LXVII), os juízos de exceção (art. 5º, XXXVII) e as provas ilícitas (art. 5º, LVI), as que garantem o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), o contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV), o juiz natural (art. 5º, LIII), a razoável duração do processo e os meios para assegurar a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inc. LXXVIII, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004) etc.

Por outro lado, traça a Constituição as normas a serem observadas na composição dos órgãos judiciários, fixando-lhes a competência e regulando matérias pertinentes ao seu funcionamento.

Muitas são as relações entre o direito processual civil e o direito administrativo, pois não raras vezes os órgãos judiciários são chamados a praticar atos de natureza administrativa, e ambos os ramos se acham ligados ao direito público. Assim, os auxiliares do juiz exercem, no processo, função pública, como a de depositário, administrador etc. Outras vezes, os serventuários praticam irregularidades na conduta processual, passíveis de sanções ou penalidades funcionais. Essas matérias exigem tratamento de regras que o direito administrativo regula, em estreita correlação com o direito processual civil.

Muito íntimas são as relações do direito processual civil com os demais ramos do processo, como o processual penal, o trabalhista, o administrativo etc., porquanto são apenas variações de um ramo maior, que é o direito processual. Tanto assim que, modernamente, se registra uma tendência entre os doutrinadores em estudar a teoria geral do processo, nela englobando os princípios que são comuns a todos os seus diversos ramos.

O direito penal também se entrelaça com o direito processual civil, pois várias ilicitudes praticadas no curso do processo configuram delitos punidos pelo Código Penal, como o falso testemunho, a falsa perícia, a apropriação indébita do depositário judicial etc., havendo, mesmo, todo um capítulo destinado à repressão dos crimes contra a administração da justiça (arts. 338 a 359 do Código de 1940).

Finalmente, são bastante íntimas as relações do direito processual civil com o direito privado, pois o direito comercial e o direito civil são os que fornecem as regras materiais que o juiz deve aplicar na composição da maioria dos litígios que lhe são submetidos a julgamento. Não raras vezes o direito privado, ao regular seus institutos, traça exigências que deverão ser observadas nos processos que eventualmente surjam em torno deles. Outras regras há que se situam em terrenos fronteiriços, como, por exemplo, as que dizem respeito às provas e solenidades necessárias à validade dos atos jurídicos, as pertinentes à falência e à insolvência civil. Muitas vezes, outrossim, é o direito privado que determina a incidência do direito processual civil, delimitando aquilo que o juiz cível deve apreciar e aquilo que deverá tocar a outros órgãos jurisdicionais, como ocorre nas questões derivadas de atos ilícitos.

5. Objetivo

Segundo os partidários da antiga corrente civilista, em que o direito processual civil seria apenas um apêndice do direito material, o objetivo visado pelo processo consubstanciar-se-ia na tutela dos direitos individuais ou subjetivos ameaçados ou violados.

Da autonomia do direito processual, no entanto, surgiu a mais moderna corrente doutrinária que vê nesse ramo do direito o fim de resguardar a própria ordem jurídica, de modo que, ao pacificar os litígios, o órgão jurisdicional cumpre função eminentemente pública, assegurando o império da lei e da paz social.

Embora seja, induvidosamente, esse o objetivo *imediato* do direito processual, não se pode, porém, deixar de observar que, para as partes, funciona, também, como veículo de proteção a seus direitos individuais. Mas, a toda evidência, este não é o fim precípuo do processo, pois do contrário não se explicaria a invocação e obtenção da prestação jurisdicional naqueles casos em que o promovente afinal vem a decair de sua pretensão de direito substancial.

Ao Estado, portanto, quando aplica o direito processual civil, não interessa

com quem está a razão, mas apenas definir qual a vontade concreta da lei, diante da situação litigiosa.

É de se ponderar, todavia, que, além da neutra função de sentenciar e definir os conflitos, o Estado, ao vedar a justiça privada, assume o dever, perante os titulares de direito subjetivo violado ou ameaçado, de prestar-lhes a necessária tutela jurídica. Para essa tutela concreta serve-se o Estado do processo, de sorte que, embora a prestação jurisdicional em resposta ao exercício do direito de ação seja neutra ou indiferente à eventual falta de direito material da parte, não o é quando o autor comprova ter necessidade da proteção jurídica estatal para proteger ou restaurar sua legítima situação de direito.

Embora seja científico, no plano puramente processual, o entendimento de que o processo e o regulamento normativo que o disciplina atuam com autonomia frente ao direito material invocado pelo promovente da atividade jurisdicional, esse não pode ser o único ângulo com que se há de analisar a prestação realizada pelo Estado-juiz. Na ordem global, enraizada sobretudo nas bases constitucionais, há um dever de tutela, que é de acesso amplo e de caráter cívico, que vem a ser a garantia fundamental de que nenhum direito subjetivo violado ou ameaçado ficará privado do acesso à tutela da Justiça (CF, art. 5º, XXXV). O estudo moderno do direito processual não pode deixar de registrar essa conexão importantíssima, no Estado de Direito Democrático, entre a ordem jurídico-constitucional e o direito processual.

Há, em suma, um direito processual que em sua estrutura ordinária merece ser tratado como um ramo independente do direito material. Há, de outro lado, um direito processual que serve à Constituição, e que, ao fazê-lo, não pode continuar sendo enfocado como autônomo. Já então é utilizado com nítido objetivo de tutelar a situação jurídico-material subjetiva em situação de crise, ou seja, de lesão ou ameaça. É simplesmente o instrumento de realização do direito material atingido por agressão ou ameaça ilícita.

Um dos grandes entrelaçamentos (e talvez o maior) do direito constitucional com o direito processual registra-se na presença atuante, e sempre crescente, dos princípios constitucionais como orientadores da hermenêutica e aplicação do direito em juízo. Dentre eles, sobressai, como fator inconteste de aprimoramento ético da prestação jurisdicional, o moderno princípio da proporcionalidade, cuja observância permite o balizamento de incidência de todos os princípios e garantias fundamentais, ensejando a harmonização entre eles. Por esse princípio – destaca Arruda Alvim – “afasta-se o sacrifício excessivo ou desnecessário a direitos fundamentais que, numa determinada circunstância, possam entrar em

colisão com outros, de igual hierarquia, mas que se revelem menos importantes no caso específico".[4]

5-a. Novos rumos do direito processual civil

Nas últimas décadas o estudo do processo civil desviou nitidamente sua atenção para os resultados a serem concretamente alcançados pela prestação jurisdicional. Muito mais do que com os clássicos conceitos tidos como fundamentais ao direito processual, a doutrina tem-se ocupado com remédios e medidas que possam redundar em melhoria dos serviços forenses. Ideias como a de instrumentalidade e efetividade passaram a dar a tônica do processo contemporâneo. Fala-se mesmo de "garantia de um processo justo", mais do que de um "processo legal", colocando no primeiro plano ideias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento.

Toda uma grande reforma se fez, nos últimos anos, nos textos do Código de Processo Civil, com o confessado propósito de desburocratizar o procedimento e acelerar o resultado da prestação jurisdicional. Legislação extravagante também cuidou de criar ações novas e remédios acauteladores visando a ampliar o espectro da tutela jurisdicional, de modo a melhor concretizar a garantia de amplo e irrestrito acesso à justiça, tornado direito fundamental pelas Constituições democráticas, tanto em nosso país como no direito comparado. Até a própria Constituição foi emendada para acrescer no rol dos direitos fundamentais a garantia de uma duração razoável para o processo e o emprego de técnicas de aceleração da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, inc. LXXVIII, com o texto da EC nº 45, de 08.12.2004).

Paralelamente à visão técnica do funcionamento da justiça oficial (fortemente inspirada em métodos forjados para enfrentar a *contenciosidade*), ganha terreno, no fim do século XX e início do século atual, a preocupação dos cientistas do direito processual com a implantação, a par dos tradicionais, de novos métodos de composição de litígios, cuja motivação seria mais a procura da paz social do que propriamente a imposição autoritária da vontade fria da lei. Fala-se, nesse sentido, na criação de novas vertentes para certos tipos de prestação jurisdicional, que enriqueceriam o processo com instrumentos capacitados a realizar a justiça que Cappelletti chama de *coexistencial*. Em lugar de contar apenas com a força da autoridade legal do juiz, as partes poderiam, muitas vezes, obter melhores resultados na solução de seus conflitos recorrendo à experiência e à técnica de pessoas capacitadas a promover a mediação e a

conciliação, e chegando, assim, a resultados práticos mais satisfatórios do que os decretados pela justiça tradicional.

Esses novos ares do processo já saíram das lições doutrinárias e começam a fazer presença significativa tanto na estruturação do processo contencioso codificado como na instituição de novos organismos de pacificação de conflitos (*v.g.*, a atual regulamentação do juízo arbitral, feita pela Lei nº 9.307, de 23.09.1996).

Os juizados de pequenas causas ou juizados especiais prestigiados pela Constituição de 1988 são exemplos notáveis de órgãos judiciários concebidos para, precipuamente, conduzir as partes à conciliação, valendo-se não só da figura clássica do juiz estatal, mas também de conciliadores e juízes leigos, além de acenar para a possibilidade de encaminhar a solução, alternativamente, para julgamentos arbitrais (Leis nºs 9.099, de 26.09.1995, e 10.259, de 12.07.2001).

Mas não é apenas nesses juizados especiais que a influência da justiça coexistencial tem-se manifestado. No próprio processo contencioso codificado, reformas importantes se deram, por exemplo, com a instituição no procedimento ordinário da audiência preliminar, cujo objetivo é a tentativa de solução conciliatória, antes de passar-se à instrução da causa (art. 331), e com a admissão da figura do conciliador para auxiliar o juiz durante a tramitação do procedimento sumário (art. 277, § 1º). Registra-se, ainda, a existência de projeto em debate na área legislativa, que cuida da regulamentação da mediação e de sua observância sistemática, fora ou dentro do processo judicial.

Aos poucos vai-se encaminhando para processos e procedimentos em que o objetivo maior é a solução justa e adequada para os conflitos jurídicos, e que, de fato, possa reduzir as tensões sociais, valorizando a pacificação e harmonização dos litigantes, em lugar de propiciar a guerra judicial em que só uma das partes tem os louros da vitória e à outra somente resta o amargor da sucumbência.

5-b. Universalidade dos problemas do processo moderno

Esse intenso movimento reformador não é fenômeno isolado do processo brasileiro. Todo o mundo ocidental de raízes romanísticas tem procurado modernizar o ordenamento positivo processual seguindo orientação mais ou menos similar, cuja preocupação dominante é a de superar a visão liberal herdada do século XIX, excessivamente individualista e pouco atenta ao resultado prático da resposta jurisdicional. A nova orientação, dominada pelos ares do Estado Social de Direito, assume compromisso, a um só tempo, com a

celeridade processual e com uma justiça mais humana a ser proporcionada àqueles que clamam pela tutela jurídica.

Vários são os expedientes a que recorrem os legisladores reformistas, podendo-se ressaltar, no entanto, a recorrente perseguição a duas metas: a desburocratização do processo, para reduzir sua duração temporal, e a valorização de métodos alternativos de solução de conflito, dentre os quais se destaca a conciliação (seja judicial ou extrajudicial).

Na Itália, por exemplo, além de várias alterações no texto de seu Código de Processo Civil, até a Constituição foi revista para que restasse proclamado o direito de todos a um "processo justo". Declara, nessa ordem de ideias, o art. 111 da Carta italiana, na dicção remodelada em 1999, que "a jurisdição é praticada mediante o *justo processo* regulado pela lei", e que "todo processo se desenvolve no contraditório entre as partes, em condições de paridade, diante de juiz neutro ('terzo') e imparcial", e ainda que "a lei lhe assegurará uma *duração razoável*".[5]

Diante da patente incapacidade do sistema institucional para, a contento, fazer frente à demanda social de justiça, o direito positivo italiano insere em seu CPC e em leis extravagantes a previsão e o estímulo de meios alternativos de resolução de conflitos, como a *conciliação*, cuja tentativa, a requerimento dos interessados, o juiz deverá "provocar", na audiência designada para comparecimento das partes (novo art. 185 do CPC). Nas relações de trabalho, há previsão de tentativa de conciliação em caráter obrigatório, podendo ocorrer judicialmente, por via sindical ou administrativa. Outras previsões legislativas de tentativa de conciliação referem-se aos conflitos societários (facultativa) e agrários (obrigatória) e às causas de separação e divórcio (também necessária).[6]

Na França, relata Roger Perrot, trava-se uma luta há meio século para modernizar a justiça e o processo, com "uma única e mesma preocupação, a de aceleração da justiça". Informa, outrossim, que a fluidez do processo civil francês tem sido favorecida pela "solução alternativa dos litígios", que o direito positivo estimula por meio da *conciliação* e da *mediação*. De duas maneiras o problema é enfrentado: a) incluindo-se entre as funções do juiz "a missão de conciliar as partes" (Novo CPC fr., art. 21); b) instituindo, em todo órgão judicial, a figura de um elemento auxiliar do juiz, denominado *conciliador*, que atua preventivamente, para evitar a instauração do processo, e também durante o curso do processo, para tentar conduzir as partes a encerrá-lo de forma consensual. Com a introdução do meio alternativo de conciliação, o direito processual francês, segundo Roger Perrot, busca atender à ideia de que, na atualidade, "o jurisdicionado aspira a uma justiça mais simples, menos solene,

mais próxima de suas preocupações quotidianas, àquilo que numa palavra se denomina *justiça de proximidade*".[7]

Não tem sido diferente a história recente do direito processual alemão. As reformas do ZPO ocorridas ao longo do século XX compreenderam, acima de tudo, medidas "destinadas a descongestionar os tribunais", reforçando, por outro lado, os poderes do juiz, na busca do esclarecimento em torno da verdade. Já no século XXI, uma grande reforma, consumada em 2001, voltou-se, entre outras matérias, para o incremento das soluções conciliatórias do litígio, tanto judiciais como extrajudiciais, tornando obrigatória a respectiva tentativa em vários casos.[8]

§ 2º HISTÓRIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Sumário: 6. Origens. 7. Evolução: mundo clássico. Grécia. 8. O processo civil romano. 9. Processo comum. 10. O processo civil moderno (fase científica). 11. Direito processual civil brasileiro. 12. Regulamento nº 737. 13. Códigos estaduais. 14. Códigos unitários. 15. O novo Código. 15-a. A reforma do Código e a evolução do direito processual civil. 15-b. A busca da efetividade da tutela jurisdicional.

6. Origens

Desde o momento em que, em antigas eras, se chegou à conclusão de que não deviam os particulares fazer justiça pelas próprias mãos e que os seus conflitos deveriam ser submetidos a julgamento de autoridade pública, fez-se presente a necessidade de regulamentar a atividade da administração da Justiça. E, desde então, surgiram as normas jurídicas processuais.

As primeiras normas se referiam apenas à aplicação das sanções penais e à composição dos litígios civis. Mas, com o tempo, a par da solução dos conflitos de interesse (litígios), foi-se confiando aos órgãos judiciários outras funções conexas que correspondiam à tutela de interesses de pessoas desvalidas ou incapazes, como as interdições, as curatelas, as ausências etc., e a fiscalização de certos atos, como a extinção de usufruto e fideicomisso, a sucessão *causa mortis* etc.

Nos primeiros casos, passou-se a ver a chamada *jurisdição contenciosa*, com a função pacificadora de compor os litígios; e, nos últimos, a *jurisdição voluntária* ou *graciosa*, de natureza administrativa e cuidando de interesses privados merecedores de um tratamento especial por parte do Estado.

7. Evolução: mundo clássico. Grécia

Foi, sem dúvida, a partir do mundo clássico greco-romano que o direito processual civil passou a ganhar foros científicos, desvinculando-se de

preconceitos religiosos e superstições.

Muito pouco, contudo, se sabe a respeito do processo grego. Pelo que se apura na *Retórica* de Aristóteles, em matéria de prova predominavam princípios elevados, que faziam classificar os meios de convicção como lógicos e alheios a preconceitos religiosos e outros fanatismos.

O processo observava a oralidade, e o princípio dispositivo aparecia como regra dominante, tocando o ônus da prova às partes e, só excepcionalmente, se permitia a iniciativa do juiz em questões probatórias.

Conheciam-se as provas testemunhais e documentais. Faziam-se restrições ao testemunho de mulheres e crianças. Dava-se grande importância aos documentos, especialmente em matéria mercantil. O juramento era, inicialmente, muito valorizado, mas perdeu prestígio na época clássica.

O mais importante, contudo, era o respeito à livre apreciação da prova pelo julgador, que exercia uma crítica lógica e racional, sem se ater a valorações legais prévias em torno de determinadas espécies de prova.

Por isso, lembra Mittermaier, que o sistema de prova testemunhal grego superou, em muito, o que vigorou na Europa, durante a Idade Média e até pelo menos no século XVI.[9]

8. O processo civil romano

O processo romano, que foi muito influenciado pelo grego, mormente no tocante à livre apreciação das provas, em sua fase primitiva tratava o juiz como um árbitro, que decidia com critério pessoal, em tudo o que a lei não previa solução específica.

Logo, no entanto, se admitiu que a tarefa do julgador era uma função derivada da soberania do Estado e o processo passou a ser tido como “um instrumento de certeza e de paz indispensável”, tendo a sentença valor unicamente perante as partes da relação processual e devendo fundar-se apenas nas provas produzidas.[10]

A evolução do direito processual romano deu-se através de três fases que foram sintetizadas por Sergio Bermudes, com rara felicidade, aproximadamente nos termos que se seguem:

a) *Período primitivo:*

O período mais antigo, que se costuma denominar de *legis actiones*, e que

vai da fundação de Roma até o ano de 149 a.C.

Nessa fase, as partes só podiam manipular as ações da lei, que eram em número de cinco. O procedimento era excessivamente solene e obedecia a um ritual em que se conjugavam palavras e gestos indispensáveis. Bastava, às vezes, o equívoco de uma palavra ou um gesto para que o litigante perdesse a demanda.[11]

Desenvolvia-se o procedimento oralmente, compreendendo duas fases: uma, perante o magistrado, que concedia a ação da lei e fixava o objeto do litígio; e, outra, perante cidadãos, escolhidos como árbitros, aos quais cabia a coleta das provas e a prolação da sentença. Não havia advogados e as partes postulavam pessoalmente.

b) *Período formulário:*

O segundo período recebeu a denominação de *formulário*.

Com o avanço do Império Romano por grandes territórios, surgiram novas e complexas relações jurídicas, cujas soluções não mais se comportavam nos acanhados limites das *legis actiones*.

Aboliram-se, por isso, as ações da lei, ficando o magistrado autorizado a conceder *fórmulas* de ações que fossem aptas a compor toda e qualquer lide que se lhe apresentasse.

O procedimento, em linhas gerais, era o mesmo da fase das *legis actiones:* o magistrado examinava a pretensão do autor e ouvia o réu. Quando concedia a ação, entregava ao autor uma *fórmula* escrita, encaminhando-o ao árbitro para julgamento. Já, então, havia intervenção de advogados, e os princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório das partes eram observados.

A sentença, embora proferida por árbitros privados, tinha sua observância imposta pelo Estado às partes.

c) *Fase da* cognitio extraordinaria:

A terceira fase do processo romano é a da *cognitio extraordinaria*, que vigorou entre o ano 200 e o ano 565 de nossa era.

Nessa fase do Império Romano, a função jurisdicional passou a ser privativa de funcionários do Estado, desaparecendo os árbitros privados.

O procedimento assumiu a forma escrita, compreendendo o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução da causa, a prolação da sentença e sua execução.

Conhecia-se a citação por funcionário público e admitiam-se recursos. O

Estado utilizava coação para executar suas sentenças.

Foi dessa fase que surgiram os germes do processo civil moderno.

9. Processo comum

Após a queda do Império Romano, houve, além da dominação militar e política dos povos germânicos, a imposição de seus costumes e de seu direito.

Aconteceu, porém, que os germânicos, também chamados *bárbaros*, possuíam noções jurídicas muito rudimentares e, com isso, o direito processual europeu sofreu enorme retrocesso na marcha ascensional encetada pela cultura romana.

A princípio, nem mesmo uniformidade de critérios existia, pois, entre os dominadores, cada grupo étnico se regia por um rudimento próprio e primitivo de justiça, segundo seus costumes bárbaros.

Numa segunda etapa, houve enorme exacerbação do fanatismo religioso, levando os juízes a adotar absurdas práticas na administração da Justiça, como os "juízos de Deus", os "duelos judiciais" e as "ordálias". Acreditava-se, então, que a divindade participava dos julgamentos e revelava sua vontade por meio de métodos cabalísticos.

O processo era extremamente rígido (formal), e os meios de prova eram restritos às hipóteses legais, nenhuma liberdade cabendo ao juiz, que tão somente verificava a existência da prova. O valor de cada prova e a sua consequência para o pleito já vinham expressamente determinados pelo direito positivo. A prova, portanto, deixara de ser o meio de convencer o juiz da realidade dos fatos para transformar-se num meio rígido de *fixação da própria sentença*. O juiz apenas *reconhecia* sua existência.

O processo bárbaro era *acusatório* e tinha início por acusação do autor, que se considerava ofendido. O ônus da prova cabia ao acusado.

Na realidade, não se buscava a verdade *real* ou *material*, mas contentava-se com a mera verdade *formal*, isto é, a que se manifestava por meios *artificiais* e, geralmente, *absurdos*, baseados na crença da intervenção divina nos julgamentos.

Os procedimentos eram, no dizer de Jeremias Bentham, autênticos jogos de azar ou cenas de bruxaria, e, em vez de julgamentos lógicos, eram confiados a exorcistas e verdugos.[12]

Esse sistema processual perdurou por vários séculos, até fase bem adiantada da Idade Média.

No entanto, paralelamente ao processo civil bárbaro (que não se distinguia do penal), a Igreja Católica preservava as instituições do direito romano, adaptando-as ao direito canônico.

Com as Universidades (século XI), o gosto pelo estudo do direito romano reapareceu e com ele surgiram os glosadores que cotejavam as instituições bárbaras com as clássicas.

Da fusão de normas e institutos do direito romano, do direito germânico e do direito canônico apareceu o *direito comum*, e com ele o *processo comum*, que vigorou desde o século XI até o século XVI, encontrando-se vestígios seus até hoje nas legislações processuais do Ocidente.

O processo comum era escrito, lento e excessivamente complicado.

Expandiu-se, não obstante, por toda a Europa e dele se extraíram os caracteres gerais que, aperfeiçoados, vieram a inspirar o processo *moderno*.

A prova e a sentença voltaram a inspirar-se no sistema romano, mas admitia-se a eficácia *erga omnes* da coisa julgada, por influência do direito germânico. De inspiração canônica foi a adoção do processo sumário, com que se procurava eliminar alguns formalismos.[13]

Embora fossem abolidas as "ordálias" e "juízos de Deus", as torturas foram preservadas, como meios de obtenção da verdade no processo, até o século passado. E prevaleceu, também, o império da tarifa legal da prova, inclusive em processo criminal, até fins do século XVIII, quando se fizeram ouvir os protestos de Beccaria, Montesquieu, Voltaire etc.

A partir da Revolução Francesa, retomou-se o conceito de livre convencimento do juiz e procurou-se eliminar os resquícios da tarifa legal de provas, primeiro no processo penal e, mais tarde, no processo civil.

10. O processo civil moderno (fase científica)

Apenas no século XX é que se conseguiu desvencilhar o processo civil das provas tarifadas, ou seja, do sistema de provas pré-valorizadas pelo direito positivo.

Considera-se iniciada a fase moderna ou científica do direito processual civil a partir do momento em que se outorgaram poderes ao juiz para apreciar a prova de acordo com as regras da crítica sadia e para produzir *ex officio* as provas que se impuserem para o objetivo de alcançar a justiça em sua decisão, deixando, assim, de ser o magistrado simples espectador da vitória do litigante mais hábil.[14]

Com isso, operou-se uma reaproximação do processo civil e do processo

penal, retornando-se no primeiro ao princípio da oralidade, e reconhecendo-se, ainda, outros princípios importantes, como o caráter público, de interesse geral, que existe na jurisdição civil, suplantando os próprios interesses privados das partes em litígio.

O processo civil passou, então, a ser visto como instrumento de pacificação social e de realização da vontade da lei e apenas secundariamente como remédio tutelar dos interesses particulares.

Daí a concentração de maiores poderes nas mãos do juiz, para produção e valoração das provas e para imprimir maior celeridade e dinamismo aos atos processuais.

Essa concepção prevalece hoje na quase unanimidade dos Códigos europeus e da América Latina, inclusive no atual e avançado Código de Processo Civil brasileiro (de 1973).

11. Direito processual civil brasileiro

A independência brasileira encontrou-nos sob o regime jurídico das Ordenações do Reino.

Por decreto imperial foram mantidas em vigor as normas processuais das Ordenações Filipinas e das leis portuguesas extravagantes posteriores, em tudo que não contrariasse a soberania brasileira.

Essa legislação, que provinha de Felipe I e datava de 1603, encontrava suas fontes históricas no direito romano e no direito canônico.

O processo era escrito e desenvolvia-se por fases, paralisando ao fim de cada uma delas, e se desenrolava por exclusiva iniciativa das partes.

Suas principais características consistiam na observância dos seguintes princípios,[15] consagrados pelo Livro III das Ordenações Filipinas:

a) forma escrita, de sorte que só o que estava escrito nos autos era considerado pelo juiz;

b) havia atos em segredo de Justiça: as partes não participavam da inquirição de testemunhas e tinham que usar embargos de contradita para provar motivos de suspeita;

c) observava-se o princípio dispositivo em toda plenitude: autor e réu eram donos do processo, cuja movimentação era privilégio dos litigantes.

Além disso, o processo dividia-se em várias fases e compreendia diversas audiências:

a) após o pedido e a citação, realizava-se a primeira audiência, que era de

acusação da citação e oferecimento do libelo do autor. Iniciava-se então o prazo de contestação;

b) se ocorresse a revelia, outra audiência era realizada, para sua acusação;

c) a prova ficava exclusivamente a cargo da parte, e o juiz só tomava conhecimento de fato provado nos autos se alegado pelas partes;

d) os recursos contra decisões interlocutórias tinham efeito suspensivo;

e) ao fim de cada fase, o processo paralisava, à espera de impulso da parte. "O juiz, numa expressiva imagem, funcionava como um relógio, a que a parte, de quando em quando, desse corda para alguns minutos."[16]

12. Regulamento nº 737

Em 1850, logo após a elaboração do Código Comercial, o Brasil editou o Regulamento nº 737, o primeiro Código Processual nacional, que se destinava, porém, apenas a regular o processamento das causas comerciais.

Posteriormente, já na era republicana, e depois que Ribas havia consolidado em 1876 a legislação formal civil, o Regulamento nº 737 foi estendido também aos feitos civis, por força do Regulamento nº 763, de 1890.

Embora as opiniões da época divergissem sobre o valor jurídico do Regulamento nº 737, forçoso é reconhecer que, "examinado serenamente, em sua própria perspectiva histórica", o Regulamento foi marco admirável de evolução na técnica processual, "especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento".[17]

Suas principais melhorias podem ser assim resumidas:

a) tornou pública a inquirição;

b) suprimiu as exceções incidentes, limitando-as à incompetência, suspeição, ilegitimidade de parte, litispendência e coisa julgada;

c) permitiu ao juiz, em matéria de prova, conhecer do fato demonstrado, sem embargo da ausência de referência das partes.

Conservou, no entanto, a acusação da citação e a assinação em audiência do prazo de prova.

13. Códigos estaduais

A Constituição Republicana de 1891 estabeleceu a dicotomia entre a Justiça federal e a estadual, bem como entre o poder de legislar sobre processo. Elaboraram-se, então, o direito processual da União (Consolidação preparada

por Higino Duarte Pereira, aprovada pelo Decreto nº 3.084, de 1898) e os vários códigos estaduais de Processo Civil, quase todos simples adaptações do figurino federal, por falta de preparo científico dos legisladores para renovar e atualizar o direito processual pátrio.[18] Apenas no Código da Bahia e no de São Paulo se notou a presença de inovações inspiradas no moderno direito processual europeu.[19]

14. Códigos unitários

Diante do fracasso do sistema de esfacelamento do direito processual em códigos estaduais, a Constituição de 1934 instituiu o processo unitário, atribuindo à União a competência para legislar a respeito (art. 5º, XIX, a).

Após a implantação do regime forte de 1937, o Governo encarregou uma comissão de elaborar o Código Nacional de Processo Civil, que, entretanto, não conseguiu ultimar seu trabalho, em razão de divergências insuperáveis entre seus membros.

Pedro Batista Martins, um dos membros da referida comissão, elaborou o projeto, que, aprovado pelo Ministro Francisco Campos, foi transformado em lei pelo Governo (Decreto-Lei nº 1.608, de 1939) e que entrou em vigor a partir de 1º de março de 1940.

Coexistiam no Código "uma parte geral moderna, fortemente inspirada nas legislações alemã, austríaca, portuguesa e nos trabalhos de revisão legislativa da Itália, e uma parte especial anacrônica, ora demasiadamente fiel ao velho processo lusitano, ora totalmente assistemática".[20]

Dizia-se, com razão, que dois espíritos coabitavam o Código, formando uma parte geral impregnada de ideias novas, enquanto as que tratavam dos procedimentos especiais, dos recursos e da execução se ressentiam "de um execrável ranço medieval".[21]

Depois de uma década de estudos e debates, ocorreu em 1973 a reforma do Código de 1939, baseada em anteprojeto redigido pelo Ministro Alfredo Buzaid e revisto por uma comissão formada pelos juristas José Frederico Marques, Luiz Machado Guimarães e Luís Antônio de Andrade.

15. O novo Código

O atual Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 5.869, de 11.01.73, com as alterações das Leis nºs 5.925, de 01.10.73, 6.314, de 16.12.75, 6.246, de

07.10.75, 6.355, de 08.09.76, e demais leis modificativas ulteriores) compõe-se de cinco livros, assim intitulados:

I – Do processo de conhecimento.

II – Do processo de execução.

III – Do processo cautelar.

IV – Dos procedimentos especiais.

V – Das disposições gerais e transitórias.

Através do novo estatuto processual, não se procedeu a uma simples reforma de nossa legislação formal; operou-se uma grande atualização, criando-se, realmente, um código novo, e assinalou-se uma nova etapa na evolução do direito processual entre nós.

Inspirado nos padrões mais atualizados do direito europeu, o Código Buzaid consagrou a tríplice divisão do processo civil, recomendada pela melhor doutrina, em "processo de conhecimento", "processo de execução" e "processo cautelar", correspondentes às três modalidades distintas com que o Estado presta a tutela jurisdicional.

No primeiro livro, que serve de parte geral para todo o código, tratou-se da matéria pertinente ao Orgão Judicial, às partes e procuradores, disciplinaram-se a competência e os atos processuais, regulando-se o procedimento comum (ordinário e sumário), os meios de prova, a sentença, a coisa julgada, os recursos e a tramitação dos processos nos tribunais.

No Livro II, o código deu forma sistemática à execução, eliminando a anacrônica e medieval distinção entre ação executiva e ação executória. Agora só existe a *execução forçada*, seja o título judicial (sentença) ou extrajudicial (documentos públicos e particulares com força executiva). Aboliu-se, também, o inadequado e ineficiente instituto do concurso de credores, que era simples incidente da execução singular, substituindo-o pela insolvência civil, sob a forma de uma autêntica falência do devedor civil, com o que se eliminou um injustificado tratamento discriminatório que se fazia entre o comerciante e o devedor civil, em matéria de insolvência.

No Livro III, com grande avanço, mesmo diante dos códigos europeus, o Estatuto de 1973 deu regulamentação autônoma e completa ao processo cautelar, em bases realmente científicas.

No Livro IV, procurou o código não só reduzir o número de procedimentos especiais, como separar os procedimentos de jurisdição contenciosa dos de jurisdição voluntária, adotando para os últimos um procedimento geral ou comum, de grande utilidade prática. Conferiu ao juiz, outrossim, poderes para

apreciar e decidir os pedidos não contenciosos, sem se ater à observância do critério de legalidade estrita, "podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna" (art. 1.109).

O último livro contém, em 10 artigos, as disposições finais e transitórias, o que demonstrou, da parte do legislador, certa avareza no trato de questão transcendental, como é a do direito intertemporal. O conflito de leis no tempo, na passagem de um código a outro, ficou, assim, confiado quase por inteiro à doutrina e jurisprudência.

15-a. A reforma do Código e a evolução do direito processual civil

O direito processual civil tradicional se apresentava com marcante caráter individual. O direito de ação, suas condições e pressupostos revelavam-se, dentro da estrutura original do Código de Processo civil, como institutos criados e disciplinados para atender apenas a pessoa do autor e a pessoa do réu. Tudo se desenvolvia à luz da individualidade de um sujeito ativo e um sujeito passivo.

Com a socialização do direito constitucional, principalmente após as duas grandes guerras, sentiu-se na seara do processo a imperiosa necessidade de adaptar-se às novas concepções que valorizavam o social e revelavam a existência de direitos coletivos e difusos até então nem sequer pensados pelo direito processual.

Atento à orientação de Cappelletti, que reclamava uma revisão dos rumos do direito processual, o legislador brasileiro dos últimos anos cuidou de renovar o ordenamento jurídico formal, não só ampliando a assistência judiciária, como criando novos remédios de nítido feitio social e coletivo, como a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e os juizados especiais de pequenas causas.

Por outro lado, o texto do Código de Processo Civil sofreu, nos últimos anos, várias reformas, todas com um só e principal objetivo: acelerar a prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica, mais desburocratizada, mais flexível e mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados.

Podem citar-se como medidas inovadoras de grande repercussão: a tutela antecipatória, a nova roupagem do agravo de instrumento, o reforço da executividade das obrigações de fazer e não fazer, a outorga de autoexequibilidade a todas as sentenças condenatórias (inclusive as relativas à obrigação de quantia certa), a ampliação dos títulos executivos, a racionalização do procedimento sumário, a criação da ação monitória etc.

Desse conjunto de novos institutos implantados no bojo da codificação processual surge uma nova estrutura para o processo civil, onde se anula em grande parte a antiga e rígida dicotomia da prestação jurisdicional em processo de conhecimento e processo de execução. Graças a remédios como a antecipação de tutela e a ação monitória, a atividade executiva não é mais privilégio da execução forçada e o processo de conhecimento não fica mais restrito apenas à tarefa de acertamento da situação litigiosa. Sem depender da *actio iudicati*, o juiz está autorizado a tomar, de imediato, medidas satisfativas do direito subjetivo material do litigante, em casos de urgência, ainda no curso do processo de conhecimento. A jurisdição, em princípio, pode ser desempenhada com toda amplitude sem depender da coisa julgada e da execução de sentença, em seus moldes tradicionais. Simplesmente desapareceu a execução de sentença como ação separada da ação de acertamento do direito do credor. Em lugar da antiga *actio iudicati*, implantou-se o mecanismo do cumprimento da sentença como simples continuidade do processo em que a condenação foi sentenciada. A execução se insere nos atos do ofício do juiz sentenciante. Sem solução de continuidade, as medidas de cumprimento forçado da sentença são praticadas numa única relação processual. Em nome da efetividade do processo, o juiz moderno se investe nos poderes do pretor romano, quando decretava os interditos, antes do julgamento definitivo da causa. Nosso processo civil, assim, assume, em caráter geral, o feitio interdital, reclamando de seus operadores uma profunda revisão e readequação das posturas interpretativas.

15-b. A busca da efetividade da tutela jurisdicional

As reformas por que vem passando o direito processual civil, entre nós, refletem uma tomada de posição universal cujo propósito é abandonar a preocupação exclusiva com conceitos e formas, "para dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera".[22] Hoje, o que empolga o processualista comprometido com o seu tempo é o chamado "processo de resultados". Tem-se a plena consciência de que o processo, como instrumento estatal de solução de conflitos jurídicos, "deve proporcionar, a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos dessa proteção".[23]

Ao invés de fixar-se na excessiva independência outrora proclamada para o direito processual, a ciência atual empenha-se na aproximação do processo ao

direito material. A técnica processual não pode continuar sendo vista como um fim em si ou um valor em si mesma. Sem embargo de sua autonomia em face dos diversos ramos do direito, a função reservada ao direito processual não vai além da instrumentalização das regras substanciais existentes no ordenamento jurídico, quando estas se deparam com a crise de sua inobservância *in concreto*.

Estudar processo, sem comprometê-lo com sua finalidade institucional, representa obra especulativa, divorciada dos grandes valores e interesses que à ordem jurídica compete preservar e realizar. O resultado esperado da técnica processual há de se operar no campo das relações jurídicas substanciais. É na produção desses resultados, em nível satisfatório, que se poderá definir a maior ou menor efetividade do processo.

Instrumentalismo e efetividade são ideias que se completam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento. Há de se encontrar na sua compreensão e no seu uso a técnica que se revele mais adequada para que o instrumento produza sempre o resultado almejado: "a solução das crises verificadas no plano do direito material é a função do processo",[24] de sorte que quanto mais adequado for para proprocionar tutela aos direitos subjetivos de natureza substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual.

A técnica processual, por sua vez, reclama a observância das formas (procedimentos), mas estas se justificam apenas enquanto garantias do adequado debate em contraditório e com ampla defesa. Não podem descambar para o formalismo doentio e abusivo, empregado não para cumprir a função pacificadora do processo, mas para embaraçá-la e protelá-la injustificadamente. Efetivo, portanto, é o processo justo, ou seja, aquele que, com a celeridade possível, mas com respeito à segurança jurídica (contraditório e ampla defesa), "proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material".[25] É antiga, mas nunca se cansa de repetila, a clássica lição de Chiovenda, segundo a qual o processo tem de dar ao litigante, tanto quanto possível, tudo o que tem direito de obter segundo as regras substanciais.[26]

No momento histórico em que se busca por constantes reformas do procedimento, todas preocupadas com o *processo justo*, a efetiva tutela do direito material reclama do intérprete e aplicador do direito processual civil renovado um cuidado mais acentuado com o caráter realmente instrumental do processo, para evitar os inconvenientes do recrudescimento da tecnocracia forense, a qual uma vez exacerbada frustraria por completo as metas reformistas

do direito positivo.

Muito séria é a advertência, entre outros, de Flávio Luiz Yarshell, para quem "é hora de revigorar a ideia de fungibilidade, quer em matéria recursal, quer em relação aos diferentes remédios ou meios de impugnação. A hora é de ter clara a ideia de que o processo não é e não pode ser um caminho repleto de armadilhas e de surpresas. A hora é de ponderação e de prestigiar a boa-fé e a segurança da relação, que, via processo, se estabelece entre o cidadão e o Estado".[27]

§ 3º FONTES DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Sumário: 16. Noções gerais. 17. Lei processual. 17-a. A Constituição e os tratados. 18. A lei processual no tempo. 19. A lei processual no espaço. 20. Interpretação das leis processuais.

16. Noções gerais

As fontes do Direito Processual Civil são as mesmas do direito em geral, isto é, a lei e os costumes, como fontes *imediatas*, e a doutrina e jurisprudência, como fontes *mediatas*.

Em razão do caráter público do direito processual, é a lei, sem dúvida, sua principal fonte.

Não obstante, não raros são os problemas que surgem no curso dos processos que não encontram solução direta na lei, mas que o juiz tem de resolver.

Daí o recurso obrigatório aos costumes judiciais, à doutrina e jurisprudência como remédios adequados à superação de tais impasses.

Mesmo diante de textos legais expressos, não é pequena a contribuição da jurisprudência para fixação dos conceitos básicos do direito processual.

A incoerência do legislador, a obscuridade dos textos normativos, a imprecisão terminológica, como falhas naturais de toda criação humana, são frequentemente superadas pelo trabalho criativo e aperfeiçoador da doutrina e da jurisprudência.

E o que é mais importante é o trabalho de ir promovendo a criação de novas concepções que inspiram remodelação das normas jurídicas expressas, a par de consolidar os costumes judiciais que são, na prática, produto da jurisprudência assentada.

Diante, principalmente, do prestígio que o direito moderno vem dispensando à força normativa das decisões judiciais, por meio das súmulas vinculantes e do encargo conferido aos tribunais de preencher *in concreto* os conceitos vagos (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais), cada vez mais utilizados

pelo legislador, impossível é recusar à jurisprudência a qualidade de fonte do direito.[28]

Com efeito, se a Constituição admite que o Supremo Tribunal Federal extraia de seus julgados súmulas com força normativa capaz de vincular todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública (CF, art. 103-A) e que o Código de Processo Civil permite tanto ao Supremo Tribunal Federal como ao Superior Tribunal de Justiça, diante de causas repetitivas, decidir um recurso paradigma com força de prejudicar todos os demais que versem sobre o mesmo tema (CPC, art. 543-C, § 7º), torna-se evidente que nosso atual direito positivo reconhece aos precedentes judiciais uma força criativa, que lhes atribui, em boa proporção, o papel de "importante fonte de direito", sem embargo de nossas tradições romanísticas ligadas à *civil law*.[29]

Registre-se que, além desses casos de precedentes *vinculantes* ou *obrigatórios*, há outros em que a jurisprudência atua com *força obstativa* de recursos, permitindo seja negado seguimento às impugnações manifestadas em contrariedade aos precedentes, sobretudo àqueles emanados dos Tribunais Superiores (CPC, arts. 475, § 3º; 518, § 1º; 544, §§ 3º e 4º; e 557).[30]

Há, finalmente, os *precedentes persuasivos*, que, sem obrigar cogentemente os juízes a adotá-los em suas sentenças, atuam, porém, como expressão de "solução racional e socialmente adequada"[31] prestigiada pela elevada autoridade do órgão de que promanam.[32]

17. Lei processual

Lei processual civil é a que regula o processo civil.[33] Não é apenas a que regula a forma, os modos e os termos do desenvolvimento da relação processual ou da tramitação do processo em juízo.

Seu *objeto* compreende o complexo de tudo o que concerne ao exercício da jurisdição civil, de modo que nele se entreveem:

1) regras de organização *estática* da jurisdição, como a distribuição de atribuições entre os componentes dos órgãos judiciários, horário de funcionamento dos serviços forenses, competência de juízes e auxiliares etc.;

2) regras sobre a forma e a dinâmica do exercício da ação em juízo (procedimento); e

3) normas e princípios gerais ou específicos de interpretação e equacionamento da função jurisdicional e do exercício do direito de ação, como as condições e pressupostos processuais, a definição dos ônus e faculdades das

partes no processo, meios e ônus de prova permitidos, meios de harmonizar o direito processual com outras normas jurídicas estranhas ao Código, e de solucionar conflitos intertemporais de normas.[34]

Nos países civilizados, o Processo Civil está modernamente compilado sob a forma de Código, o que não evita, contudo, a coexistência de inúmeras leis extravagantes cuidando paralelamente de temas ligados ao mesmo ramo jurídico.

Assim, Lei Processual Civil é toda aquela que disciplina a função jurisdicional desenvolvida pelos juízes e tribunais, quando convocados pelos titulares de interesses jurídicos em conflito na órbita civil *lato sensu*.

O Código é a *lex generalis* que regula exaustivamente os procedimentos nele contidos. Exerce, também, a tarefa suplementar de preencher subsidiariamente as lacunas das leis extravagantes que regulam a tutela jurisdicional confiada a procedimentos e juízos especiais.

Entre nós, o Código de Processo Civil em vigor consta da Lei nº 5.869, de 11.01.73, modificada pelas Leis nºs 5.925, de 01.10.73, 6.314, de 16.12.75, 6.246, de 07.10.75, 6.355, de 08.09.76, 8.455, de 24.08.92, 8.637, de 31.03.93, 8.710, de 24.09.93, 8.718, de 14.10.93, 8.898, de 26.06.94, 8.950, de 13.12.94, 8.951, de 13.12.94, 8.952, de 13.12.94, 8.953, de 13.12.94, dentre outras.

Existem leis especiais regulando, entre outros, o procedimento da recuperação judicial e falência (Lei nº 11.101/2005), das desapropriações (Dec.-Lei nº 3.365/1941), dos mandados de segurança (Lei nº 12.016/2009), das ações de alimentos (Lei nº 5.478/1968), das discriminatórias de terras devolutas (Lei nº 6.383/1976), da ação popular (Lei nº 4.717/1965), da busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente (Dec.-Lei nº 911/1969) etc.

Sendo, outrossim, o Brasil uma República Federativa, cabe aos Estados-membros o poder de organizar a Justiça em seus respectivos Territórios. Para tanto, compete-lhes a elaboração de leis de natureza processual, por se referirem também à função jurisdicional.[35]

Cada Estado possui, assim, uma organização judiciária que é estabelecida por lei local, mediante proposta do Tribunal de Justiça.

Pode haver conflito entre as leis processuais federais e as estaduais de organização judiciária, caso em que deve prevalecer a legislação da União, salvo, é claro, o caso de inconstitucionalidade desta por invasão de competência privativa do Estado-membro.[36]

17-a. A Constituição e os tratados

Na atual concepção do Estado Democrático de Direito, o processo não é regido apenas pelas leis processuais propriamente ditas. Há toda uma sistemática normativa dentro da Constituição, que inclui o acesso à Justiça e os mecanismos do devido processo legal (processo *justo*) entre os direitos fundamentais (direitos do *homem*).

Uma vez que a Constituição considera de aplicação imediata todas as normas definidoras dos "direitos e garantias fundamentais" (CF, art. 5º, § 1º), os princípios que regem o processo dentro da ordem constitucional assumem a categoria de *normas jurídicas* e, por isso, integram o direito processual, independentemente de qualquer regulamentação. O acesso à Justiça e a tramitação do processo têm, por isso, de observar, não só as leis processuais comuns, mas as regras e os princípios soberanamente fixados na Constituição.

Prevê, outrossim, a Constituição que os "direitos e garantias" nela expressos não são taxativos, pois neles se incluem, também, "outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados" (princípios constitucionais *implícitos*); e, ainda, os direitos do homem assegurados em *tratados internacionais*, em que o Brasil seja parte (CF, art. 5º, § 2º).

Com essa nova dimensão da legalidade, não só a Constituição é fonte de normas processuais, mas também os tratados internacionais. A estes reconhece-se um *status* superior ao das normas internas infraconstitucionais, capaz, portanto, de acarretar a revogação de leis locais incompatíveis com a convenção internacional.[37] Nessa ordem de ideias, o Supremo Tribunal Federal decidiu afastar o cabimento de prisão civil do depositário infiel, expressamente previsto pelo Código de Processo Civil (art. 904, parágrafo único), tendo em vista a sua incompatibilidade com o compromisso assumido pelo Brasil no "Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos" (art. 11) e na "Convenção Americana sobre Direitos Humanos" (art. 7º, n. 7), nos quais se baniu a "prisão por dívida" (RE 349.703/RS *cit*.).

Pode-se, em síntese, afirmar que, no Estado Democrático de Direito brasileiro atual, fontes legais diretas ou imediatas do direito processual são a Constituição, os tratados internacionais e as leis infraconstitucionais.

18. A lei processual no tempo

Toda lei, como criação humana, é sujeita a um princípio e um fim, isto é, a um começo de vigência e a um momento de cessação de eficácia.

As leis processuais não diferem das demais, em questão de vigência,

subordinando-se às regras comuns da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro[38] (Dec.-Lei nº 4.657/1942).

Assim começam a vigorar após a publicação, respeitada a *vacatio legis* de 45 dias, se outro prazo não for especificamente estatuído (art. 1º do Dec.-Lei nº 4.657).

Não sendo temporária (casos em que o prazo de vigência consta da própria lei), os diplomas legais de natureza processual sujeitam-se ao disposto no art. 2º da Lei de Introdução, conservando-se em vigor, até que outra lei a modifique ou revogue.

Não há, pois, perda de vigência por desuso ou em razão de costume. Só outra lei pode revogar ou modificar a anterior.

Há quem afirme o caráter retroativo das leis de processo, tendo em vista sua incidência imediata, inclusive sobre os processos em curso.

Como explica Amaral Santos, "encarregou-se a doutrina contemporânea de demonstrar o engano em que incide esta afirmação".[39]

Na verdade, a lei que se aplica em questões processuais é a que vigora no momento da prática do ato formal, e não a do tempo em que o ato material se deu.

Também a lei processual respeita o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXVI, e Lei de Introdução, art. 6º).

E mesmo quando a lei nova atinge um processo em andamento, nenhum efeito tem sobre os fatos ou atos ocorridos sob o império da lei revogada. Alcança o processo no estado em que se achava no momento de sua entrada em vigor, mas respeita os efeitos dos atos já praticados, que continuam regulados pela lei do tempo em que foram consumados.[40] Se, por exemplo, a lei nova não mais considera título executivo um determinado documento particular, mas se a execução já havia sido proposta ao tempo da lei anterior, a execução forçada terá prosseguimento normal sob o império ainda da norma revogada.

Em suma: as leis processuais são de efeito imediato frente aos feitos pendentes, mas não são retroativas, pois só os atos posteriores à sua entrada em vigor é que se regularão por seus preceitos.[41] *Tempus regit actum*.

Deve-se, pois, distinguir, para aplicação da lei processual nova, quanto aos processos:

1) *exauridos*: nenhuma influência sofrem;

2) *pendentes*: são atingidos, mas ficando respeitado o efeito dos atos já praticados;

3) *futuros*: seguem totalmente a lei nova.

Sobre conflito intertemporal de leis processuais, deve-se consultar a excelente monografia *O Novo Direito Processual Civil* e os *Feitos Pendentes*, do Prof. Galeno Lacerda (Edição Forense).

19. A lei processual no espaço

É universalmente aceito o princípio da territorialidade das leis processuais, ou seja, o juiz apenas aplica ao processo a lei processual do local onde exerce a jurisdição.[42]

Esse princípio decorre da natureza da função jurisdicional que está ligada à soberania do Estado, de modo que dentro de cada Território só podem vigorar as próprias leis processuais, não sendo admissível, outrossim, a pretensão de fazer incidir suas normas jurisdicionais perante tribunais estrangeiros.

O princípio da territorialidade vem expressamente esposado pelo art. 1º do Código de Processo Civil, que declara que "a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o *território nacional*".

Somente com relação às provas, seus meios e ônus de produção, é que prevalecerá a lei estrangeira, quando o negócio jurídico material tiver sido praticado em território alienígena, mesmo que a demanda seja ajuizada no Brasil (Lei de Introdução, art. 13).[43]

Embora prevaleça o sistema probatório do local em que se deu o fato, não se permite ao juiz brasileiro admitir "provas que a lei brasileira desconheça" (art. 13, *in fine*, da Lei de Introdução).

20. Interpretação das leis processuais

Aplicam-se ao direito processual as normas comuns de hermenêutica legal. Mas, especialmente, deve-se valorizar, na aplicação do direito instrumental, a regra contida no art. 5º da Lei de Introdução, que manda ao aplicador da lei atender "*aos fins sociais* a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (Decreto-Lei nº 4.657/42).

Embora se encontrem tanto normas cogentes (a maioria) como dispositivas no campo do Direito Processual Civil, o importante é reconhecer que a *forma* não deve obrigatoriamente prevalecer sobre o *fundo* e, assim, os preceitos de procedimento hão de ser encarados como *normas de conveniência* e interpretados sempre com a maior liberalidade possível, como recomenda

Schönke.[44]

Em outras palavras, “as leis processuais não hão de ser um obstáculo que frustre o direito material da parte. A inobservância de normas processuais que por si seriam *necessárias* pode não ser prejudicial, se sua obediência no caso concreto só se manifesta em consequência de mero trâmite procedimental sem nenhuma significação.

O que interessa ao direito processual de hoje é uma resolução justa e imparcial; a utilização das normas de procedimento não deve ser um obstáculo no caminho da pronta realização do verdadeiro direito”.[45]

O fim último do processo não é outro senão o da pacificação social por meio da *justa composição* do litígio.[46]

Nessa ordem de ideias, são as várias normas do Código de Processo Civil a respeito das nulidades, onde se estatui que “quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato, se realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (art. 244). Ou ainda que, mesmo reconhecendo a nulidade ou falta de certos atos, o juiz não determinará a sua repetição ou suprimento, quando não houver prejuízo para a parte (art. 249, § 1º).

A mesma orientação é também observada no preceito que determina ao juiz não pronunciar a nulidade quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem a declaração de nulidade pudesse aproveitar (art. 249, § 2º).

Finalmente, é expresso o Código em afirmar que “o erro de forma de 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” (art. 250).

A livre interpretação e a liberal aplicação dos preceitos procedimentais não devem, contudo, chegar aos extremos de desprezar a relevância e o valor que as normas formais desempenham no campo do direito, como instrumentos consagrados de segurança jurídica.

A fiel interpretação das normas processuais deverá, portanto, ser encontrada à luz dos princípios informativos que estruturam o processo em sua missão específica dentro da ciência jurídica.

Na verdade e em regra geral, as normas processuais devem ser havidas como absolutas e imperativas, não cabendo às partes a faculdade de renunciar livremente aos procedimentos, garantias e benefícios legais. Como regra, portanto, os procedimentos traçados em lei hão de ser obedecidos rigorosamente, pois não é dado nem às partes nem aos órgãos judiciais criar, por acordo, ritos ou

procedimentos não previstos em lei, ou desprezar os trâmites legais.[47]

O que importa é evitar a anulação pura e simples, de modo que o juiz deverá fazer a adaptação dos procedimentos irregularmente eleitos pela parte àqueles recomendados pela lei (art. 295, nº V) e, uma vez atingido o objetivo do processo, mesmo por procedimento irregular, nenhuma nulidade será decretada, sem que tenha havido prejuízo para os litigantes.

Por outro lado, a função do juiz é apenas a de aplicador da lei e não a de legislador ou de reformador da legislação existente. Assim, cabe-lhe, no processamento e julgamento da lide, aplicar as normas legais. Somente quando não encontrar texto expresso de lei, é que lhe será permitido socorrer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, para preenchimento da lacuna do ordenamento jurídico (art. 126).

Andrioli lembra três princípios que, finalmente, devem sempre inspirar o intérprete das leis processuais, diante de sua aplicação ao caso concreto, e que são os seguintes:

1º) a tutela jurisdicional dos direitos subjetivos é normalmente reservada aos órgãos do Estado; são, pois, excepcionais as hipóteses em que se permite a autotutela privada ou unilateral;

2º) o processo deve conceder à parte a mesma utilidade que esta poderia conseguir através da norma substancial; excepcionais são os casos em que a prestação jurisdicional não coincide com a prestação de direito material;

3º) o processo de cognição visa a concluir com um pronunciamento de mérito; excepcional é a hipótese de extinguir-se por inobservância formal de regras procedimentais.[48]

§ 4º PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO DIREITO PROCESSUAL

Sumário: 21. Noções gerais: princípios universais. 21-a. Princípios gerais específicos do direito processual civil. 22. Princípios informativos do processo: princípio do devido processo legal. 22-a. Processo legal e processo justo. 22-b. Direito e processo: instrumentalidade efetiva e celeridade procedimental. 22-c. Processo justo e princípio constitucional da legalidade. 23. Princípio inquisitivo e princípio dispositivo. 24. Princípio do contraditório. 25. Princípio da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição. 26. Princípio da boa-fé e da lealdade processual. 27. Princípio da verdade real. 28. Princípios informativos do procedimento: princípio da oralidade. 29. Princípio da publicidade. 30. Princípio da economia processual. 30-a. Duração razoável do processo. 31. Princípio da eventualidade ou da preclusão.

21. Noções gerais: princípios universais

No estudo de qualquer ramo do direito é muito importante pesquisar os seus princípios, visto serem eles o caminho para alcançar o estado de coisas ideal visado na aplicação do conjunto de normas analisado.

Antes, porém, de enfocar os princípios específicos do direito processual civil, é bom lembrar que, sendo ramo de um organismo maior, que é o direito em sua configuração total, as leis que regem o processo se apoiam, antes de tudo, nos princípios gerais observáveis em todo o ordenamento jurídico. Dentre esses princípios *universais*,[49] respeitados pelo moderno Estado Democrático de Direito, destacam-se:

a) o princípio da *legalidade*;

b) o princípio *lógico*;

c) o princípio *dialético*;

d) o princípio *político*;

O direito processual, em primeiro lugar, não se presta a autorizar um tipo qualquer de composição para o conflito cuja solução seja submetida à Justiça estatal. No Estado regido por constituição democrática como a brasileira, figura entre os direitos do homem, a garantia fundamental de que “ninguém será

obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (CF, art. 5º, II). É nisso que consiste o princípio da legalidade, que vale para limitar o exercício do poder público, em qualquer terreno de atuação, e assegurar a todos "a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" (CF, art. 5º, *caput*).

No direito processual, o princípio da legalidade encontra adoção expressa no art. 126 do Código de Processo Civil, onde se dispõe que, ao juiz, no julgamento da lide caberá "aplicar as normas legais". Somente quando não as houver, é que deverá recorrer "à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". A restrição à livre observância dos princípios gerais, que os coloca em último lugar na escala das fontes do direito, não se aplica aos princípios constitucionais, tendo em vista sua superioridade sobre todos os preceitos comuns do ordenamento jurídico. Os princípios que se revelam como linhas gerais do ordenamento jurídico nem sempre prevalecem, uma vez que, por exceção, o legislador pode deles se afastar por conveniência da adoção de solução particular para alguma situação específica.

O princípio lógico é aquele que impõe aos atos e decisões das autoridades públicas uma sustentação racional, de modo que, ao aplicar a lei, sempre delibere dentro da racionalidade.[50] No processo, o princípio lógico se cumpre por meio da exigência de serem as decisões judiciais obrigatoriamente fundamentadas, sob pena de nulidade (CF, art. 93, nº IX).

Essa fundamentação é não só uma imposição do princípio do contraditório, do qual decorre a submissão do juiz a decidir a causa dando sempre resposta às alegações e defesas deduzidas pelas partes (CPC, art. 458, nº II), como também é uma exigência de ordem política – institucional do Estado Democrático de Direito. É por meio da motivação e da publicidade dos decisórios que a autoridade judiciária presta contas à sociedade da maneira com que desempenha a parcela do poder a ela delegada. Assim, toda a sociedade pode controlar a fidelidade ou os abusos de poder com que age o magistrado.

O princípio dialético consiste na observância pelo jurista e pelo operador do direito de critérios lógicos que não são aqueles próprios das ciências exatas. Nas ciências humanas e, particularmente no direito, a lógica é a da razoabilidade, que se apura por meio do debate e da argumentação em torno da melhor e mais adequada interpretação das normas presentes no ordenamento jurídico.

As leis, sendo apenas um programa de convivência em sociedade, não conseguem elaborar normas precisas e completas para todas as nuances do comportamento humano. Ao incidirem sobre os casos concretos, oferecem

inevitáveis lacunas e imprecisões, que hão de ser completadas ou superadas pelo intérprete e aplicador da norma legislada. O princípio da legalidade exige que o juiz não se afaste da lei, mas não impede que desempenhe a tarefa de adequá-la às peculiaridades do caso concreto e de proceder à sua harmonização com o todo do sistema do vigente ordenamento jurídico.

No processo, o princípio dialético se realiza por meio do contraditório imposto pela Constituição, e que se traduz na ampla discussão entre as partes e o juiz em torno de todas as questões suscitadas no processo, antes de serem submetidas a julgamento. Dessa maneira, o provimento judicial representa o resultado dialético do debate ocorrido no desenvolvimento do processo, ficando assegurada a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de efetiva participação na construção do resultado da tutela jurisdicional.

O juiz exerce a autoridade no comando do processo, mas não o conduz de maneira autoritária. Comporta-se sob a regência dos preceitos da lei e só decide depois de amplo debate em torno dos fatos e fundamentos jurídicos propostos pelas partes. Em torno das provas, o juiz formará seu livre convencimento, mas ficará sempre restrito àquilo que se argumentou e provou nos autos, para afinal proferir um julgamento cujos fundamentos racionais e jurídicos terão de ser explicitados na sentença (CPC, art. 131).

Por fim, o princípio político retrata-se na sujeição do juiz ao dever de dar efetivo cumprimento, por seus atos decisórios, às normas, princípios e valores com que a Constituição organiza, soberanamente, o Estado Democrático de Direito. A sentença não pode representar apenas a aplicação das leis vigentes. Tem, acima de tudo, de fazer efetivos os direitos e princípios fundamentais, otimizando os critérios de interpretação e aplicação do direito, de modo a tornar o processo não apenas um instrumento de aplicação concreta das leis, mas, sim, de realização da justiça prometida e assegurada pela Constituição.

A formação do provimento jurisdicional há de se principiar pela investigação do modo de definir a presença e significado dos mandamentos constitucionais na esfera do objeto do processo. Não só os princípios constitucionais se prestam a funcionar como critérios de interpretação da lei a ser aplicada na solução da causa, como eles próprios funcionam como normas a se observar, com precedência sobre as regras da legislação ordinária.

Ao julgador, porém, toca o dever de preservar, na medida do possível, o princípio constitucional da legalidade, que prestigia as normas editadas pelo Poder Legislativo. Os demais princípios constitucionais somente podem exercer função normativa derrogadora da lei ordinária, se entre aqueles e esta ocorrer

total incompatibilidade. É que aí operará a invalidade da lei comum pelo vício da inconstitucionalidade.

Fora da inconstitucionalidade, não é licita a recusa de aplicar a norma ordinária. A tarefa que, então, se impõe é a da chamada interpretação conforme a Constituição. O juiz se empenhará em interpretar a lei segundo o melhor sentido que a ela possa atribuir, harmonizando-a com os princípios e valores adotados pela lei fundamental.

Mesmo quando a lei invocada no processo se mostrar inconstitucional, não fica o julgador autorizado, só por isso, a criar *ex novo* uma norma fora do ordenamento jurídico em vigor. O normal será afastar a lei inconstitucional e procurar no direito positivo uma outra norma que possa atuar em seu lugar. Por exemplo: uma lei exigia três condições para exercício de certo direito, e uma delas foi considerada inconstitucional. Não pode o lugar dela ser preenchido por outra condição criada pelo juiz. A solução será decidir a causa à luz apenas das duas condições legais não afetadas pela invalidade.

Outro exemplo: uma lei especial cria um regime particular para um contrato, que vem a ser declarado inconstitucional. Ao juiz não caberá criar outro regime especial para suprir a norma inválida. O correto será aplicar a lei geral já existente, *v.g.*, no Código Civil ou no Código de Processo Civil.

A atividade criativa total do julgador somente ocorrerá quando a inconstitucionalidade reconhecida deixar um claro normativo no ordenamento jurídico. Aí, sim, estará autorizado a conceber a regra concreta individualizada para o caso sob julgamento, iluminado pelos princípios e valores consagrados na Constituição. Enfim, é quando se deparar com a omissão na lei positiva ordinária que se permitirá o julgamento de acordo com a analogia, os costumes e princípios gerais de direito (Lei de Introdução, art. 4º; Código de Processo Civil, art. 126).

O princípio da legalidade foi corretamente aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça quando cassou a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que havia sido imposta uma indenização por dano moral sem que ao demandado tivesse imputado a prática de ato ilícito e sem sequer existir nexo causal entre o dano suportado pelo demandante e a conduta do condenado. Condenar alguém a indenizar com fundamento apenas em “resposta humanitária mínima”, como fez o tribunal de origem, foi considerado pelo STJ como violação do art. 159 do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 186 do Código atual.[51]

21-a. Princípios gerais específicos do direito processual civil

Passando dos princípios universais para aqueles que são específicos da legislação processual em particular, constata-se, em primeira mão, que o hermeneuta e aplicador das leis formais submete-se a duas ordens principiológicas: (i) a dos princípios relativos ao *processo*; e (ii) a dos princípios relacionados com o *procedimento*.

São informativos do *processo*:

a) o princípio do devido processo legal;
b) o princípio inquisitivo e o dispositivo;
c) o princípio do contraditório;
d) o princípio do duplo grau de jurisdição;
e) o princípio da boa-fé e da lealdade processual;
f) o princípio da verdade real.

São informativos do procedimento:

a) o princípio da oralidade;
b) o princípio da publicidade;
c) o princípio da economia processual;
d) o princípio da eventualidade e da preclusão.

22. Princípios informativos do processo: princípio do devido processo legal

Jurisdição e processo são dois institutos indissociáveis. O direito à jurisdição é, também, o direito ao processo, como meio indispensável à realização da Justiça.

A Constituição, por isso, assegura aos cidadãos o direito ao processo como uma das garantias individuais (art. 5º, inc. XXXV).

A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (Constituição Federal, art. 5º, incs. LIV e LV).

É no conjunto dessas normas do direito processual que se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes.

A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, inc.

XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), a garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX).[52]

Faz-se modernamente uma assimilação da ideia de devido processo legal à de *processo justo*.

A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material. Entrevê-se, nessa perspectiva, também um aspecto substancial na garantia do devido processo legal.[53]

A exemplo da Constituição italiana, também a Carta brasileira foi emendada para explicitar que a garantia do *devido processo legal* (processo justo) deve assegurar "a razoável duração do processo" e os meios que proporcionem "a celeridade de sua tramitação" (CF, art. 5º, novo inciso LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004).

Nesse âmbito de comprometimento com o "justo", com a "correção", com a "efetividade" e a "presteza" da prestação jurisdicional, o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a *proporcionalidade* e *razoabilidade* que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo (v., por exemplo, o nº 24, adiante).

Como justo, para efeito da nova garantia fundamental, não se pode aceitar qualquer processo que se limite a ser regular no plano formal. Justo, como esclarece Trocker, "é o processo que se desenvolve respeitando os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e pelos valores consagrados pela coletividade. E tal é o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial, em contraditório entre todos os interessados, em tempo razoável, como a propósito estabelece o art. 111 da Constituição" (italiana).[54]

Nessa moderna concepção do processo justo, entram preocupações que não se restringem aos aspectos formais ou procedimentais ligados à garantia de contraditório e ampla defesa. Integram-na também escopos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas a "boca da lei" a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditadas pelo legislador. Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar a norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto. O juiz tem, pois, de complementar a

obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um *instrumento de justiça*.

Uma vez que o atual Estado Democrático de Direito se assenta sobre os direitos fundamentais, que não apenas são reconhecidos e declarados, mas cuja realização se torna missão estatal, ao processo se reconhece o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional. Nesta função, o processo, mais do que garantia da efetividade dos direitos substanciais, apresenta-se como meio de concretizar, dialética e racionalmente, os preceitos e princípios constitucionais. Desta maneira, o debate, em que se enseja o contraditório e a ampla defesa, conduz, pelo provimento jurisdicional, à complementação e aperfeiçoamento da obra normativa do legislador. O juiz, enfim, não repete o discurso do legislador. Faz nele integrar os direitos fundamentais, não só na interpretação da lei comum, como na sua aplicação ao quadro fático, e, ainda, de maneira direta, faz atuar e prevalecer a supremacia da Constituição. O devido processo legal, portanto, pressupõe não apenas a aplicação adequada do direito positivo, já que lhe toca, antes de tudo, realizar a vontade soberana das regras e dos princípios constitucionais. A regra infraconstitucional somente será aplicada se se mostrar fiel à Constituição. Do contrário, será recusada. E, mesmo quando a lide for resolvida mediante observância da lei comum, o seu sentido haverá de ser definido segundo a conformidade com a Constituição.

O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, jamais poderá ser visto como simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais.

Há, de tal sorte, um aspecto *procedimental* do devido processo legal, que impõe a fiel observância, do contraditório e da ampla defesa, decorrência obrigatória da garantia constitucional do princípio da igualdade; e há também um aspecto *substancial*, segundo o qual a vontade concretizada pelo provimento jurisdicional terá de fazer prevalecer, sempre, a supremacia das normas, dos princípios e dos valores constitucionais.[55] Não se trata, porém, de distinguir duas realidades ou duas categorias jurídicas. Devido processo legal é apenas um único princípio que liga indissociavelmente o processo às garantias outorgadas pela Constituição, em matéria de tutela jurisdicional. A garantia tutelar é sempre realizada por meio de procedimento concebido e aplicado para bem e

adequadamente cumprir sua função. É nessa *função* de realizar efetivamente os direitos materiais que se alcança, por meio do devido processo legal, o que ora se denomina de "justiça", ora de "acesso à justiça", ora de "acesso ao direito". Daí por que *devido processo legal* é sempre algo que traz ínsito o objetivo substancial do "processo justo".

22-a. Processo legal e processo justo

O moderno processo justo traz em seu bojo significativa carga ética, tanto na regulação procedimental como na formulação substancial dos provimentos decisórios.

É importante, todavia, não se afastar do jurídico, para indevidamente fazer sobrepujar o ético como regra suprema e, portanto, capaz de anular o direito positivo. Moral e direito coexistem no terreno da normatização da conduta em sociedade, mas não se confundem, nem se anulam reciprocamente, cada qual tem sua natureza, seu método e seu campo de incidência. A moral se volta acima de tudo para o aperfeiçoamento íntimo da pessoa e se sujeita a sanções também íntimas e pessoais, que, todavia, não se revestem da imperatividade própria da lei jurídica. Ao contrário da moral, a regra de direito é objetivamente traçada por órgão político, no exercício de atividade soberana. A transgressão de seus preceitos implica censura do poder estatal, manifestada por meio de sanções típicas do caráter coercitivo das regras jurídicas.

As regras morais são utilizáveis pelo julgamento em juízo quando jurisdicizadas de alguma forma, pela ordem jurídica. Assim, quando a lei invoca algum valor ou preceito ético, não o faz nos moldes do que comumente ocorre no plano íntimo próprio da moral. A fonte ética terá de ser amoldada aos padrões objetivos indispensáveis à normatização jurídica. Não é o bom para o espírito que se perquire, mas o bom para o relacionamento social regrado pela lei.

Em nome da eticidade, não se admite que o provimento judicial se torne fonte primária de uma justiça paternalista e assistencial, alheia ou contrária aos preceitos editados pelo legislador. *Justo* e *injusto* medem-se, no processo, pelos padrões objetivos próprios do direito, e não pela ótica subjetiva e intimista da moral, mesmo porque não é possível na ordem prática quantificar e delimitar, com precisão, os valores e preceitos puramente éticos, em todo seu alcance *in concreto*.

É pela *equidade* que o valor moral penetra na aplicação judicial do direito. Analisando o pensamento filosófico de Hart, exposto em *Law, liberty and*

morality (Stanfor, Stanford University Press, 1963), observa José Alfredo Baracho que, nesse tema, "o princípio geral, latente nas aplicações da ideia de justiça, assenta-se que os indivíduos têm direito, uns em relação aos outros, bem como uma certa posição relativa de igualdade ou desigualdade".[56] É, pois, pela prevalência dos princípios constitucionais de liberdade e igualdade, sobretudo, que se realiza a *equidade* e se repele a *iniquidade* na composição dos conflitos jurídicos.[57]

Diante dessas ideias, o *processo justo*, em que se transformou o antigo *devido processo legal*,é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à Justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade. Nesta ordem de ideias, o processo, para ser *justo*, nos moldes constitucionais do Estado Democrático de Direito, terá de consagrar, no plano procedimental:[58]

a) o direito de acesso à Justiça;

b) o direito de defesa;

c) o contraditório e a paridade de armas (processuais) entre as partes;

d) a independência e a imparcialidade do juiz;

e) a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios;

f) a garantia de uma duração razoável, que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional.

No plano substancial, o processo justo deverá proporcionar a efetividade da tutela àquele a quem corresponda a situação jurídica amparada pelo direito, aplicado à base de critérios valorizados pela equidade concebida, sobretudo, à luz das garantias e dos princípios constitucionais.[59]

Para evitar os inconvenientes das conotações extrajurídicas da ideia de *justiça*, há quem prefira falar, quando se trata da abordagem do devido processo legal, em *acesso ao direito* (em lugar de acesso à *justiça*), já que no processo o fim último seria assegurar a realização da ampla defesa pelo direito de ação; seria, então, por meio do seu exercício que se daria o "livre acesso à jurisdição, como direito irrestrito de provocar a tutela legal"[60] (CF, art. 5º, XXXV). O *processo justo*, na concepção constitucional, não é o programado para ir além do direito positivado na ordem jurídica: é apenas aquele que se propõe a outorgar aos litigantes a plena tutela jurisdicional, segundo os princípios fundamentais da ordem constitucional (liberdade, igualdade e legalidade). Dentro da ordem jurídica, sim, pode-se cogitar de hermenêutica e aplicação da lei otimizadas pelo influxo dos valores e princípios da Constituição. Tudo, porém, dentro dos limites

da legalidade.

A justiça que se busca alcançar no processo não é, naturalmente, aquela que a moral visualiza no plano subjetivo. É, isto sim, a que objetivamente corresponde à prática efetiva das garantias fundamentais previstas na ordem jurídica constitucional, e que, de maneira concreta se manifesta como o dever estatal de "assegurar tratamento isonômico às pessoas, na esfera das suas atividades privadas e públicas".[61] Proporcionar *justiça*, em juízo, consiste, nada mais nada menos, que (i)distribuir igualmente "as limitações da liberdade", para que todos tenham protegida a própria *liberdade*; e (ii) fazer com que, sem privilégios e discriminações, seja dispensado tratamento *igual* a todos perante a lei.[62] Na verdade, a garantia de justiça traça "uma diretriz suprema", projetada pelos sistemas jurídicos "para figurar no subsolo de todos os preceitos, seja qual for a porção da conduta a ser disciplinada".[63] No universo dos princípios, nenhum outro o sobrepuja, justamente porque todos trabalham em função dele, o qual, em última análise, se apresenta como um valor síntese, ou um "sobre princípio fundamental, construído pela conjugação eficaz dos demais princípios", no dizer de Paulo de Barros Carvalho.[64]

A propósito do tema, Humberto Ávila adverte sobre o inconveniente de distinguir entre "devido processo legal *procedimental*" e "devido processo legal *substancial*".[65] Como esclarece, o princípio é um só e consiste justamente em organizar-se o processo segundo procedimento capaz de cumprir sua função institucional de tutela dentro dos padrões previstos na Constituição. O processo *justo* não é senão aquele normatizado para promover um comportamento necessário e adequado à sua funcionalidade. O dever de "proporcionalidade e razoabilidade" na realização dos princípios constitucionais por meio dos provimentos judiciais, a que às vezes se costuma denominar "devido processo legal substancial", não é algo que tenha origem ou fundamento no devido processo legal. Esse dever provém do próprio sistema constitucional que se forma segundo uma longa e complexa rede de princípios, cuja convivência só se torna viável ou possível se se observar algum critério de convivência e mútua limitação. Esse dever existe dentro e fora do processo, sempre que o aplicador da Constituição se depara com a necessidade de tomar deliberações sobre questões que, naturalmente, se encontrem sob regência de mais de um princípio fundamental.

Enfim, não há dois devidos processos legais, mas um só e único, cuja natureza é primariamente *procedimental* e cuja função é justamente garantir e proteger os direitos disputados em juízo. Ele somente será *adequado* e *justo* se

os atos nele praticados forem *proporcionais* e *razoáveis* ao *ideal* de protetividade do direito tutelado.[66]

O juiz, no Estado Democrático de Direito, está obrigado a decidir aplicando as regras (leis) e os princípios gerais consagrados pela Constituição. Mas não pode ignorar a lei para decidir somente em função dos princípios. A influência das regras é diferente da influência dos princípios, quando se trata de submeter o conflito à solução processual: (i) os *princípios* também funcionam como normas, mas são *primariamente complementares e preliminarmente parciais*, isto é, abrangem "apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão" e, portanto, "não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de *contribuir*, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão; (ii) "já as *regras* [leis propriamente ditas] consistem em normas *preliminarmente decisivas e abarcantes*", no sentido de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão. Seu papel não é complementar, é principal e imediato, revelando a pretensão de gerar uma solução específica para determinado conflito.[67]

É por isso que o julgamento da causa não pode provir apenas da invocação de um princípio geral, ainda que de fonte constitucional. Somente na lacuna da lei o juiz estará autorizado a assim decidir. Havendo regra legal pertinente ao caso, será por meio dela que o decisório haverá de ser constituído. Os princípios constitucionais nem por isso deixarão de ser observados. Isto, entretanto, se dará pela via da *complementariedade*, no plano da *interpretação* e *adequação* da lei às peculiaridades do caso concreto, de modo a fazer com que a incidência da regra se dê da forma mais *justa* possível, vale dizer: de maneira que a compreensão da regra seja aquela que mais se afeiçoe aos princípios constitucionais.

O processo justo recorre aos princípios constitucionais não para afastar as regras legais, mas para *otimizá-las* em sua concretização judicial.[68] Somente quando, à luz de um juízo de razoabilidade e de uma análise de proporcionalidade dos vários princípios traçados pela Constituição, uma lei for considerada como inválida por insuperável contradição com a Lei Fundamental, é que ao juiz será lícito recusar-lhe aplicação, para decidir dando prevalência aos princípios constitucionais sobre os dispositivos inválidos da lei ordinária. Aí, sim, terá atuado o devido processo legal em sentido substancial, para afastar o abuso normativo cometido pelo legislador, ao instituir regra violadora dos próprios limites de sua atribuição constitucional.[69] O princípio constitucional do devido processo legal, por si só, não se presta a autorizar o julgamento puramente principiológico, se a lei recusada pelo juiz não se apresentar como

desrazoável ou *desproporcional* dentro dos limites da competência política do legislador.

22-b. Direito e processo: instrumentalidade efetiva e celeridade procedimental

Há uma concepção, que hoje domina a doutrina especializada e, aos poucos, se afirma na melhor jurisprudência, segundo a qual a preocupação maior do aplicador das regras e técnicas do processo civil deve privilegiar, de maneira predominante, o papel da jurisdição no campo da realização do direito material, já que é por meio dele que, afinal, se compõem os litígios e se concretiza a paz social sob comando da ordem jurídica.

Arestos importantes, a propósito, têm ressaltado a "urgente necessidade de se simplificar a interpretação e a aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil" e de enfatizar que o processo "tem de viabilizar, tanto quanto possível, a decisão sobre o mérito das causas", evitando a exacerbação das técnicas puramente formais, que, não raro, sacrificam ou prejudicam o julgamento do mérito e selam o destino da causa no plano das formalidades procedimentais.[70]

Complicar o procedimento, quando é possível simplificá-lo, seria para a Ministra Nancy Andrighi do STJ, "um desserviço à administração da justiça". Quanto mais se exige a atenção dos advogados para distinções cerebrinas de caráter procedimental, mais se estará exagerando na formação de profissionais especializados "quase que exclusivamente no processo civil, dedicando um tempo desproporcional ao conhecimento da jurisprudência sobre o próprio processo, tomando ciência das novas armadilhas fatais e dos percalços que as novas interpretações do procedimento lhes colocam no caminho".

Segundo o juízo crítico e pertinente da ilustre magistrada, "é fundamental, porém, que os advogados tenham condição de trabalhar tranquilos, especializando-se, não apenas no processo, mas nos diversos campos do direito material a que o processo serve. É o direito material que os advogados têm de conhecer, em primeiro lugar, para viabilizar a melhor orientação pré-judicial de seus clientes, evitando ações desnecessárias e mesmo para, nos casos em que o processo for inevitável, promover a melhor defesa de mérito para os jurisdicionados".[71]

Numa adequada concepção de *processo justo* e numa real compreensão da *efetividade* da tutela jurisdicional, o voto primoroso da Ministra Nancy Andrighi no acórdão já referido relativiza as consequências do erro meramente formal, a

que se acham expostos os advogados, mesmo os mais competentes e estudiosos, advertindo que não seria justo, quase sempre, fazer prevalecer o rito sobre a substância do objeto da demanda, mormente quando o contraditório e a ampla defesa não tenham sido sacrificados. “O direito das partes [direito substancial] não pode depender de tão pouco”.

Conclamando para a fiel interpretação do espírito e objetivo das reformas modernizadoras do Código de Processo Civil, o importante julgado do STJ sob comento conclui que “nas questões controvertidas [em torno de regras procedimentais], convém que se adote, sempre que possível, a opção que aumente a viabilidade do processo e as chances de julgamento da causa. Não a opção que restringe o direito da parte”. Enfim: “As Reformas Processuais têm de ir além da mudança das leis. Elas têm de chegar ao espírito de quem julga. Basta do processo pelo simples processo. Que se inicie uma fase de viabilização dos julgamentos de mérito”.[72]

Não basta, outrossim, preocupar-se com a perseguição da solução de mérito, é indispensável que ela seja quanto antes alcançada, evitando-se procrastinações incompatíveis com a garantia de pleno acesso à Justiça prometida pela Constituição (CF, art. 5º, XXXV).

Além da fuga ao tecnicismo exagerado, bem como do empenho em reformas tendentes a eliminar entraves burocráticos dos procedimentos legais (que hoje, diga-se, a bem da verdade, são raros), a *efetividade* da prestação jurisdicional, dentro da duração razoável do processo e da observância de regras tendentes à celeridade procedimental, passa por programas de modernização da Justiça, de feitio bem mais simples: (i) modernização do gerenciamento dos serviços judiciários, para cumprir-se o mandamento constitucional que impõe à Administração Pública o dever de *eficiência* (CF, art. 37); e (ii) efetiva sujeição ao princípio da *legalidade*, fazendo com que os trâmites e prazos das leis processuais sejam realmente aplicados e respeitados, não só pelas partes, mas sobretudo pelos órgãos judiciais (CF, arts. 5º, LXXVIII, e 37, *caput*). Na maioria das vezes, para se realizar a contento o respeito à garantia de duração razoável do processo, bastará que se cumpra o procedimento legal.[73]

22-c. Processo justo e princípio constitucional da legalidade

Prevê a Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais, aquilo sem o qual nenhum estado pode ser havido como Estado de Direito, qual seja, o princípio da *legalidade*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer

alguma coisa senão em virtude da lei" (CF, art. 5º, III). Com esse mandamento, eliminam-se o autoritarismo e a arbitrariedade, tanto nos negócios privados das pessoas como no relacionamento delas com o Poder Público.

É com vistas a tal exigência do Estado de Direito contemporâneo, que a Constituição declara, com ênfase, que a Administração Pública, em todos os seus níveis, obedecerá, antes de tudo, ao princípio da legalidade (CF, art. 37, *caput*). Como os serviços públicos a cargo da Justiça não se excluem do império desse princípio constitucional, o Código de Processo Civil determina ao juiz que, no julgamento dos litígios, aplique "as normas legais" e só em sua falta recorra à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (art. 126).

Acontece que, por imposição cultural, os valores éticos têm sido prestigiados cada vez mais, tanto na ordem constitucional como no plano do direito infraconstitucional. E para que isto se dê, as leis e códigos passaram a empregar, com muita frequência, normas redigidas segundo cláusulas gerais e conceitos indeterminados, o que deixa a cargo dos juízes a pesada tarefa de completar os preceitos legais especificando seu alcance em face dos princípios constitucionais e das particularidades do caso concreto. Com este comportamento normativo aberto pretende-se ensejar julgamentos mais próximos dos anseios sociais por um *processo justo* e menos frio do imaginado nos tempos do positivismo jurídico, quando ao juiz nada mais competia do que interpretar e aplicar a letra da lei.

Essa postura político-normativa aproxima, de certa forma, o sistema normativo do *civil law* (dominante na Europa continental e na América latina) do sistema do *common law* (adotado tradicionalmente pelos anglo-saxões). Neste, ao contrário do nosso sistema, as fontes do direito não se restringem à lei editada pelo parlamento, de modo que a ordem jurídica é construída, em bases consuetudinárias e em grande proporção, pelos precedentes do Poder Judiciário. Isto, porém, não afeta a segurança jurídica, porque o precedente, uma vez estabelecido, assume força de lei, obrigando a todos, inclusive aos tribunais.

No sistema inovador, que vem sendo adotado entre nós, de legislar por cláusulas gerais, a segurança jurídica corre sério risco, se não se observar, na medida do possível, uma estabilidade jurisprudencial no tocante à concretização dos preceitos éticos de conteúdo impreciso ou vago.

A ordem jurídica implantada pela Constituição se funda tanto na justiça como na segurança, como valores supremos prestigiados pelo Estado Democrático de Direito (CF, Preâmbulo, e art. 5º, *caput*). Se a adoção em leis de cláusulas gerais favorece a justiça na composição dos conflitos, é preciso estar

atento a que essa política normativa não descambe para o excessivo arbítrio dos julgamentos, anulando ou comprometendo a segurança jurídica.

Em matéria de segurança, o consenso reside em que esta só subsiste quando as regras legais são facilmente compreendidas por todos, de maneira que os seus destinatários possam prever como e quando seus preceitos serão feitos valer pelos tribunais. Sem previsibilidade da exegese judicial, ninguém se considerará seguro perante a cláusula geral adotada pela lei. Daí a grande responsabilidade da jurisprudência, que, entre nós, terá também de preocupar-se com seus próprios precedentes, tal como se passa entre os povos do *common law*.

Oliveira Ascensão, tratando do tema, adverte para a importância de se detectar e proclamar o objeto e o alcance de cada cláusula geral, sob pena de comprometimento da segurança jurídica. Observa que o que serve para tudo, não serve na verdade para nada.[74] De fato, se a cláusula geral for tão aberta que possa ser interpretada ao puro alvedrio de cada juiz, sua função dentro da ordem jurídica será nula, já que sua aplicação se tornará imprevisível. Em lugar de regular com segurança jurídica o relacionamento entre as partes, implantará o caos normativo, já que ninguém saberá, com precisão, antever o sentido com que irá ser aplicada nos futuros julgamentos judiciais.

Para que esse caos não ocorra, é imperioso que juízes e tribunais guardem coerência com seus próprios precedentes. Papel importante cabe ao modo de decidir, que haverá de ser didático, no sentido da clareza e precisão com que a tese se aperfeiçoou no julgamento do caso concreto. Às súmulas dos tribunais, por sua vez, competirá a divulgação das teses assentadas, a fim de que toda a sociedade tome conhecimento da orientação criativa da jurisprudência na fixação prática do alcance da cláusula geral e possa gozar da indispensável estabilidade normativa.

Não se deve pensar que a súmula engessará a interpretação da lei. É que a cláusula geral, pela sua fluidez, sempre permitirá a interpretação conforme a diversidade dos fatos levados a julgamento. A sabedoria e a técnica do juiz sempre terão como diferenciar o que tem de ser tratado de maneira diversa daquela adotada no precedente sumulado. O que não se aceita no Estado de Direito é que fatos iguais comandados pela mesma lei sejam julgados nos tribunais de maneira diversa. Tratamento igual a todos é também uma garantia fundamental da Constituição, a par da segurança e justiça (CF, art. 5º, *caput*). Como respeitar o preceito da *igualdade de todos perante a lei*, se esta, pela volubilidade dos tribunais, tem determinado sentido para um, e significa coisa diversa para outro? Por isso é que a sujeição dos tribunais a seus precedentes e a

edição de súmulas jurisprudenciais representam, sem dúvida, medidas importantes a serem observadas pelos órgãos públicos encarregados da prestação jurisdicional.

23. Princípio inquisitivo e princípio dispositivo

Caracteriza-se o princípio inquisitivo pela liberdade da iniciativa conferida ao juiz, tanto na instauração da relação processual como no seu desenvolvimento. Por todos os meios a seu alcance, o julgador procura descobrir a verdade real, independentemente de iniciativa ou a colaboração das partes. Já o princípio dispositivo atribui às partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no seu impulso. As provas só podem, portanto, ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz à função de mero espectador.

Modernamente, nenhum dos dois princípios merece mais a consagração dos Códigos, em sua pureza clássica. Hoje as legislações processuais são mistas e apresentam preceitos tanto de ordem inquisitiva como dispositiva.

Se o interesse em conflito é das partes, podem elas renunciar à sua tutela, como podem renunciar a qualquer direito patrimonial privado. Daí a liberdade de procurar ou não a prestação jurisdicional bem como de exercitar ou não as defesas e faculdades que a relação processual lhes enseja. Mas, uma vez deduzida a pretensão em juízo, já existe outro interesse que passa a ser de natureza pública e que consiste na preocupação da justa composição do litígio, segundo o direito material vigente, dentro do menor tempo possível. Não pode o Estado permitir a eternização dos processos, porque "justiça tardia é justiça desmoralizada".[75]

Daí por que, embora a iniciativa da abertura do processo seja da parte, o seu impulso é oficial, isto é, do juiz (art. 262), que promove o andamento do feito até o provimento final, independentemente de provocação dos interessados.

Consagra, pois, o Código o princípio *dispositivo*, "mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça".[76]

Também em matéria de prova, a regra é a iniciativa das partes (princípio dispositivo), pois são estas os sujeitos processuais que se acham em condições ideais de averiguar quais os meios válidos e eficientes para provar suas alegações. Além do mais, o juiz, por sua posição de árbitro imparcial, não deve se transformar num investigador de fatos incertos, cuja eventual comprovação possa acaso beneficiar um dos litigantes. Só excepcionalmente, portanto, caberá

ao juiz determinar realização de provas *ex officio* (art. 130)[77] (veja-se, adiante, o nº 420).

Há duas derivações importantes do princípio dispositivo, em nosso sistema processual civil: a) o princípio da *demanda* e b) o princípio da *congruência*. Pelo primeiro, só se reconhece à parte o poder de abrir o processo: nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando requerida pela parte (CPC, art. 2º), de sorte que não há instauração de processo pelo juiz *ex officio*. Pelo segundo princípio, que também se nomeia como princípio da adstrição, o juiz deverá ficar limitado ou adstrito ao pedido da parte, de maneira que apreciará e julgará a lide "nos termos em que foi proposta", sendo-lhe vedado conhecer questões não suscitadas pelos litigantes (art. 128). Prevalece, portanto, o princípio dispositivo na instituição da relação processual e na definição do objeto sobre o qual recairá a prestação jurisdicional. Justifica-se a prevalência do princípio dispositivo nesses momentos cruciais do processo pela necessidade de preservar a neutralidade do juiz diante do conflito travado entre os litigantes. Cabe-lhe receber e solucionar o litígio, tal qual deduzido pelas partes, em juízo, sem ampliações ou derivações para temas por elas não cogitados.

É claro, porém, que as normas legais de ordem pública, sendo impositivas e indisponíveis, haverão de ser aplicadas pelo juiz, de ofício, quer tenham as partes as invocado quer não. Isto será feito, no entanto, apenas no limite necessário para solucionar o litígio descrito pelas partes. O pedido e a causa de pedir (isto é, o *objeto* do processo) continuarão imutáveis, não cabendo ao juiz alterá-los a pretexto de aplicar lei de ordem pública. É apenas a resposta jurisdicional, dada sobre o objeto do processo, que levará em conta a norma de ordem pública. Dessa maneira, o princípio da demanda e o princípio da congruência continuarão respeitados, mesmo quando a sentença aplicar, de ofício, regra de ordem pública não invocada pela parte.

24. Princípio do contraditório

O processo considera sob o prisma da igualdade ambas as partes da lide. Confere-lhes, pois, iguais poderes e direitos. Com essa preocupação, a assistência judiciária (Justiça gratuita) é assegurada àqueles que não podem arcar com os gastos do processo, inclusive a remuneração do advogado.

Mas o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório,[78] que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de

pronunciamento durante todo o curso do processo. Não há privilégios, de qualquer sorte.[79]

Embora os princípios processuais possam admitir exceções, o do contraditório é absoluto, e deve sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo.[80] A ele se submetem tanto as partes como o próprio juiz, que haverá de respeitá-lo mesmo naquelas hipóteses em que procede a exame e deliberação de ofício acerca de certas questões que envolvem matéria de ordem pública.[81] Entende-se, na moderna concepção do processo assegurado pelo Estado Democrático de Direito, que o contraditório é mais do que a audiência bilateral das partes, é a garantia da participação e influência efetiva das partes sobre a formação do provimento jurisdicional. Daí que o juiz não pode deixar de ouvi-las, não pode deixar de levar em conta questões que suscitem nem pode decidir sem responder, na obrigatória fundamentação do julgado, às alegações adequadamente arguidas (CF, art. 93, IX).

Decompondo o princípio do art. 5º, LV, da Constituição, entende o Supremo Tribunal Federal que o contraditório se desdobra nos seguintes direitos assegurados às partes: (i) *direito de informação*, que obriga o julgador a informar a parte contrária todo o ato praticado no processo, com explicitação dos seus elementos; (ii) *direito de manifestação*, que assegura ao litigante a possibilidade de manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; (iii) *direito de ver seus argumentos considerados*, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. De tal sorte, ao juiz incumbe não só o dever de tomar conhecimento, como também "o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas".[82]

Nessa concepção, o provimento judicial não deve representar uma surpresa para os litigantes nem mesmo quando resolva questão que ao juiz é dado conhecer de ofício (CPC, art. 267, § 3º). É assim, que, fiel à garantia do contraditório, o Código de Processo Civil, diante da arguição pelo réu de causas de nulidade do processo e de sua extinção sem apreciação do mérito da causa (*v.g.*, alegação de inépcia da inicial, de falta de pressuposto processual ou de carência da ação), somente permite o provimento extintivo (art. 267, nºs IV, V e VI), depois de ouvido o autor, no prazo de dez dias (arts. 284 e 327). A garantia de não surpresa, de tal sorte, embora não literalmente declarada pelo Código de Processo Civil, está implícita em seu sistema de contraditório efetivo.[83] Por conseguinte, em hipótese alguma se deve tolerar a decisão de "surpresa", ou seja, a solução de questões não previamente debatidas perante as partes.[84]

Decorrem três consequências básicas desse princípio:

a) a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores;

b) só há relação processual completa após regular citação do demandado;

c) toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes.

O princípio do contraditório reclama, outrossim, que se dê oportunidade à parte não só de falar sobre as alegações do outro litigante, como também de fazer a prova contrária. A não ser assim, cair-se-ia no vazio. E, por isso, nega-se o princípio e comete-se cerceamento de defesa quando se assegura a audiência da parte adversária, mas não se lhe faculta a contraprova.

Não bastam, ainda, a simples ouvida das partes e a permissão a que apresentem seus elementos de convicção; é indispensável, para respeitar-se o contraditório, que os argumentos dos litigantes sejam considerados e analisados pelo julgador, tanto para acolhida como para rejeição. O juízo há de ser lógico e exaustivo em torno de todo o debate produzido nos autos, de modo que todos os sujeitos do processo tenham real oportunidade de influir na formação do julgado.[85]

Um exemplo de exigência legal que se origina do contraditório e do caráter dialético do processo ocorre em relação aos recursos, cuja interposição há de ser feita por meio da petição, contendo sempre o pedido de nova decisão e os fundamentos de fato e de direito em que o pleito se apoia (CPC, arts. 514, II e III; 524, I e II; 536; 541, III). É intuitivo que se o recorrente não demonstrar exatamente o ponto, ou os pontos, em que o decisório impugnado incorreu em erro, não possibilitará ao recorrido condições de produzir resposta adequada. O contraditório restará, portanto, comprometido, visto que o direito de defesa não será amplo como almeja o processo justo.[86]

Enfim, quando se afirma o caráter absoluto do princípio do contraditório, o que se prentende dizer é que nenhum processo ou procedimento pode ser disciplinado sem assegurar às partes a regra de isonomia no exercício das faculdades processuais. Disso não decorre, porém, a supremacia absoluta e plena do contraditório sobre todos os demais princípios. O devido processo legal, síntese geral da principiologia da tutela jurisdicional, exige que o contraditório, às vezes, tenha de ceder momentaneamente a medidas indispensáveis à eficácia e efetividade da garantia de acesso ao processo justo. Assim, no caso de medidas liminares (cautelares ou antecipatórias), a providência judicial é deferida a uma das partes antes da defesa da outra. Isto se admite porque, sem essa atuação imediata da proteção do interesse da parte, a eficácia do processo se anularia e a

garantia máxima de *acesso à tutela da justiça* restaria frustrada. As liminares, todavia, não podem ser utilizadas senão em casos excepcionais, de verdadeira urgência, e não podem se transformar numa completa e definitiva eliminação da garantia do contraditório e ampla defesa. Assim é que, tão logo se cumpra a medida de urgência, haverá de ser propiciada à parte contrária a possibilidade de defender-se e de rever e, se for o caso, de reverter a providência liminar. Dessa forma, não se nega o contraditório, mas apenas se protela um pouco o momento de seu exercício. Afinal, a solução definitiva da causa somente será alcançada após o completo exercício do contraditório e ampla defesa por ambos os litigantes.

Outro exemplo de que o contraditório não pode prevalecer por si só, mas deve harmonizar-se com os outros princípios processuais, pode ser encontrado nos casos de cerceamento de defesa. Se, *v.g*., um documento se juntou sem ciência da parte contrária, ou se uma diligência probatória se cumpriu sem intimação de um dos litigantes, sem dúvida terá ocorrido afronta ao princípio do contraditório. Nada obstante, não se anulará o processo, se a sentença afinal não se apoiou nas provas irregularmente colhidas. Para que a infração realmente contaminasse o processo seria necessário que dela tivesse decorrido um efetivo prejuízo, que, no caso, seria o efeito nocivo do elemento de convicção sobre o resultado do processo. *Pas de nullité sans grief*.

É de se observar, ainda, que o direito ao contraditório e ampla defesa, embora ineliminável do devido processo legal, não corresponde a uma situação que concretamente não possa ser dispensada ou renunciada pelo destinatário da garantia. Não pode o juiz conduzir o processo sem respeitar o contraditório; à parte, entretanto, cabe a liberdade de exercitá-lo ou não, segundo seu puro alvedrio. Ninguém é obrigado a defender-se. O direito de participar do contraditório é, nessa ordem, disponível. Logo, mesmo quando o juiz o desobedece, cometendo cerceamento de defesa, o processo ficará passível de nulidade, mas esta não será declarada se a parte interessada, presente nos autos, não a requerer em tempo útil, ou não se opuser, de forma conveniente, ao prosseguimento do feito. Diante da renúncia, tácita ou expressa, o direito da parte ao contraditório, *in concreto*, isto é, quanto ao seu efeito prático, não escapa à preclusão.

25. Princípio da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição

Todo ato do juiz que possa prejudicar um direito ou um interesse da parte

deve ser recorrível, como meio de evitar ou emendar os erros e falhas que são inerentes aos julgamentos humanos.

Os recursos, todavia, devem acomodar-se às formas e oportunidades previstas em lei, para não tumultuar o processo e frustrar o objetivo da tutela jurisdicional em manobras caprichosas e de má-fé.

Não basta, porém, assegurar o direito de recurso, se outro órgão não se encarregasse da revisão do decisório impugnado. Assim, para completar o princípio da *recorribilidade* existe, também, o princípio da dualidade de instâncias ou do *duplo grau de jurisdição*.

Isto quer dizer que, como regra geral, a parte tem direito a que sua pretensão seja conhecida e julgada por dois juízos distintos, mediante recurso, caso não se conforme com a primeira decisão. Desse princípio decorre a necessidade de órgãos judiciais de competência hierárquica diferente: os de primeiro grau (juízes singulares) e os de segundo grau (Tribunais Superiores). Os primeiros são os *juízos da causa* e os segundos, os *juízos dos recursos*.

Há, porém, em nossa sistemática, causas que escapam ao princípio do duplo grau de jurisdição e que são aqueles feitos de competência originária dos tribunais. Dada a composição coletiva dos órgãos julgadores que reúnem juristas de alto saber e experiência, considera-se dispensável, na espécie, a garantia da dualidade de instâncias.

É, outrossim, importante notar que, embora a Constituição tenha estruturado o Poder Judiciário com a previsão de juízos de diferentes graus, não declarou de forma expressa a obrigatoriedade de observância do duplo grau em todo e qualquer processo. Por isso, causas de alçada têm sido instituídas pelo legislador ordinário, sem que o Supremo Tribunal Federal considere inconstitucionais essas exceções ao regime do duplo grau de jurisdição.[87] A regra geral, portanto, é a observância da dualidade de instâncias. Razões de ordem política, no entanto, podem justificar sua não aplicação em determinados casos.[88] Enfim, não é absoluto, para a Constituição, o princípio do duplo grau de jurisdição, tanto que há julgamentos de instância única previstos pela própria Lei Maior.

Esse posicionamento tradicional da jurisprudência tem merecido, na modernidade, séria resistência por parte da doutrina processual formada em torno dos reflexos do neoconstitucionalismo democrático sobre as garantias fundamentais do processo. Entendido o contraditório não mais como a simples audiência bilateral das partes, mas como o direito a elas reconhecido de participar da construção do provimento jurisdicional pacificador do litígio e de nele influir efetivamente (v., *retro*, o nº 24), não pode o princípio do

contraditório continuar a ser visto como descartável pelo legislador infraconstitucional.

Com efeito – se, no Estado Democrático de Direito, a sentença (ou outro provimento) não pode ser construída como ato de autoridade restrito à vontade singular e isolada do juiz, mas tem de obrigatoriamente levar em conta as alegações e argumentos relevantes das partes –, o duplo grau passa à categoria de garantia, de que o julgador, de fato, respeitará a participação dos litigantes na formação do provimento jurisdicional. Afinal restaria sem sentido tal garantia se, ao emitir seu provimento, o juiz o fizesse de modo a ignorar a contribuição das partes, deixando sem adequada resposta suas alegações e argumentos.

Para que essa violação não se consume, a observância do duplo grau é o remédio adequado e irrecusável. Sem ele, na verdade, o contraditório não seria efetivo, pela possibilidade de a voz do litigante perder-se a meio caminho da marcha do processo, nunca sendo ouvida, nem considerada. O recurso se apresenta como o meio de sanar o julgamento abusivo, forçando a necessária consideração do Judiciário sobre a contribuição da parte. Pouco importa que o julgamento seja afinal favorável ou contrário à pretensão da parte. O que não pode faltar, no processo democrático, é a adequada resposta do julgador à sua defesa.

Dentro dessa moderna visão, o duplo grau de jurisdição assume dimensão muito maior no tratamento constitucional dos princípios fundamentais do processo. Somente será afastável quando, por meio de outros mecanismos, for substituído por expedientes capazes de fazer-lhe as vezes. É o que, por exemplo, se passa com as causas de competência originária dos tribunais. Aqui, o julgamento coletivo, procedido por intermédio de votos de diversos juízes, reduz, em princípio, o risco de uma vontade solitária se distanciar da boa técnica de formulação do provimento jurisdicional. A par disso, sempre restará o remédio dos embargos de declaração para forçar o colegiado a superar as lacunas e deficiências do acórdão eventualmente desatento às prescrições da garantia do contraditório efetivo e justo.

Nessa perspectiva, o processo democrático e justo pode conviver com causas de competência originária dos tribunais, sem que a existência excepcional desta se presta a justificar a criação indiscriminada de procedimento de instância única, por obra caprichosa do legislador infra constitucional.

26. Princípio da boa-fé e da lealdade processual

Estado e partes conjugam esforços no processo para solucionar o litígio.

Enquanto as partes defendem interesses privados, o Estado procura um objetivo maior que é o da pacificação social, mediante a justa composição do litígio e a prevalência do império da ordem jurídica.

Há, por isso, relevante interesse público no processo, que não pode ser considerado como atividade privada, e que, assim, inegavelmente se filia ao direito público.

O Estado e a sociedade, de maneira geral, apresentam-se profundamente empenhados em que o processo seja eficaz, reto, prestigiado, útil ao seu elevado desígnio.

Daí a preocupação das leis processuais em assentar os procedimentos sob os princípios da boa-fé e da lealdade das partes e do juiz.

A lei, pois, não tolera a má-fé e arma o juiz de poderes para atuar de ofício contra a fraude processual (art. 129).[89] "A lealdade processual é consequência da boa-fé no processo e exclui a fraude processual, os recursos torcidos, a prova deformada, as imoralidades de toda ordem."[90]

Para coibir a má-fé e velar pela lealdade processual, o juiz deve agir com poderes inquisitoriais, deixando de lado o caráter dispositivo do processo civil.

Prevê o Código os casos em que a parte incorre nas sanções da litigância de má-fé, afetando ao juiz o dever de reprimi-la, de ofício ou a requerimento do prejudicado (arts. 16 e 18).

27. Princípio da verdade real

O processo evoluiu do conceito privatístico que o primitivo direito romano forjara (*ordo iudiciorum privatorum*) para um caráter acentuadamente publicístico. A função da jurisdição deixou de ser apenas a de propiciar instrumentos aos litigantes para solução de seus conflitos, passando a desempenhar relevante missão de ordem pública na pacificação social sob o império da lei.

Nesse processo moderno o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome atua. Todos agem, assim, em direção ao escopo de cumprir os desígnios máximos da pacificação social. A eliminação dos litígios, de maneira legal e justa, é do interesse tanto dos litigantes como de toda a comunidade. O juiz, operando pela sociedade como um todo, tem até mesmo interesse público maior na boa atuação jurisdicional e na *justiça* e *efetividade* do provimento com que se compõe o litígio. Sob este aspecto é que, consoante bem

assinalou Rui Portanova, “a adoção plena no processo civil do princípio da verdade real é uma consequência natural da modernidade publicística do processo”.[91]

Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E é, com o espírito de servir à causa da verdade, que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito.[92]

Não há mais provas de valor previamente hierarquizado no direito processual moderno, a não ser naqueles atos solenes em que a forma é de sua própria substância.

Por isso, o juiz ao sentenciar deve formar seu convencimento livremente, valorando os elementos de prova segundo critérios lógicos e dando a fundamentação de seu decisório (art. 131).

Não quer dizer que o juiz possa ser arbitrário, pois a finalidade do processo é a justa composição do litígio e esta só pode ser alcançada quando se baseie na verdade real ou material, e não na presumida por prévios padrões de avaliação dos elementos probatórios.

A liberdade de convencimento, nos termos do art. 131, fica limitada ao juiz, para garantia das partes, em dois sentidos:

a) sua conclusão deverá basear-se apenas nos “fatos e circunstâncias constantes dos autos”; e

b) a sentença necessariamente deverá conter “os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Deve-se lembrar que o Código de Processo Civil admite, em várias hipóteses, a presunção de veracidade de fatos que não chegam a ser objeto de prova (arts. 302, 319, 334, III, 750, 803 etc.), o que leva à conclusão de que, não raro, a sentença será dada à base de verdade apenas formal. Isto, todavia, não elimina o seu compromisso com a verdade real, pois, antes de acolher qualquer presunção, a lei sempre oferece à parte oportunidade de alegar e provar a efetiva veracidade dos fatos relevantes à acolhida da ação ou defesa. Somente depois de a parte não usar os meios processuais a seu alcance é que o juiz empregará mecanismos relativos ao ônus da prova e à *ficta confessio*. É, destarte, a própria parte, e não o juiz, que conduz o processo a um julgamento afastado da verdade real.

Além de tudo, mesmo diante da presunção de veracidade decorrente da

inércia de tempestiva e adequada defesa do demandado, ao juiz não é dado ignorar elementos de convicção existentes nos autos que sejam capazes de elidir a presunção legal relativa. A verdade real haverá sempre de prevalecer, se elementos evidenciadores dela existirem ao alcance do julgador, não importa quem os tenha trazido para o processo. O livre convencimento a ser observado na sentença, previsto no art. 131 do CPC, haverá de se assentar nos fatos comprovados nos autos, e só na efetiva falta de prova é que se tornará legítimo o julgamento por presunções.

Fenômeno que decorre imediatamente do princípio da verdade real é aquele que a doutrina denomina *aquisição da prova pelo processo*. Segundo ele, uma vez incorporada uma prova aos autos, não importa quem a produziu, isto é, torna-se irrelevante indagar se proveio da parte a que tocava, ou não, o *onus probandi*, ou mesmo se decorreu de iniciativa do juiz ou de informação espontânea de terceiro. A prova presente nos autos, capaz de revelar fato relevante ao julgamento da causa, não pertence nem a autor nem ao réu e tampouco ao juiz, ela é uma aquisição do processo. Torna-se uma realidade no processo que ao juiz não é dado ignorar, em decorrência de seu compromisso fundamental com a busca da verdade real.[93]

28. Princípios informativos do procedimento: princípio da oralidade

A discussão oral da causa em audiência é tida como fator importantíssimo para concentrar a instrução e julgamento no menor número possível de atos processuais.

Os elementos que caracterizam o processo oral em sua pureza conceitual são:

"*a*) a identidade da pessoa física do juiz, de modo que este dirija o processo desde o seu início até o julgamento;

b) a concentração, isto é, que em uma ou em poucas audiências próximas se realize a produção das provas e o julgamento da causa;

c) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, evitando a cisão do processo ou a sua interrupção contínua, mediante recursos, que devolvem ao tribunal o julgamento impugnado."[94]

A oralidade, em nosso Código, foi adotada com mitigação, em face das peculiaridades da realidade brasileira e das restrições doutrinárias feitas ao rigorismo do princípio. Há, destarte, no Código, limitações à obrigatoriedade da identidade física do juiz (art. 132)[95] e à obrigatoriedade do julgamento da causa em audiência; pois muitos são os casos em que, por economia processual, o

julgamento se faz antecipadamente, sem necessidade da audiência de instrução e julgamento, mesmo no rito ordinário (art. 330).

Quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias, a orientação do Código foi totalmente contrária ao princípio da oralidade pura, pois admite o agravo de todas as decisões proferidas ao longo do curso do processo (art. 522), muito embora sem efeito suspensivo (art. 497), e com preferência pela forma retida (Lei nº 11.187, de 19.10.2005, que deu nova redação ao art. 522).

Na realidade nem mesmo os mais ardorosos defensores da oralidade, como Chiovenda, chegaram a exigir a absoluta irrecorribilidade das decisões interlocutórias. O que consideravam inconciliável com a oralidade processual era a recorribilidade *em separado*, isto é, aquela praticável de tal modo que as impugnações dos incidentes acarretassem a frequente e indesejável paralisação da marcha do processo. Daí ser preferível, na sua ótica, que o ataque às decisões interlocutórias se fizesse juntamente com a impugnação ao julgamento da causa, como preliminares. Uma vez, porém, que o Código brasileiro instituiu um regime de recurso, para as interlocutórias, que não interfere no curso do processo (agravo de instrumento ou agravo retido), não se pode atribuir-lhe, na espécie, uma grave oposição ao princípio da oralidade.

29. Princípio da publicidade

Na prestação jurisdicional há um interesse público maior do que o privado defendido pelas partes. É a garantia da paz e harmonia social, procurada através da manutenção da ordem jurídica. Todos, e não apenas os litigantes, têm direito de conhecer e acompanhar tudo o que se passa durante o processo. A publicidade da atividade jurisdicional é, em razão disso, assegurada por preceito constitucional (CF, art. 93, IX: "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos...").

Por isso, a justiça não pode ser secreta, nem podem ser as decisões arbitrárias, impondo-se sempre a sua motivação, sob pena de nulidade.

Esse princípio, porém, não impede que existam processos em segredo de Justiça, no interesse das próprias partes (art. 155). Esse sigilo excepcional, no entanto, nunca poderá ser absoluto, visto que as partes e seus advogados terão sempre acesso garantido a todos os trâmites do processo. O sigilo será, então, restrito aos estranhos.

Na verdade, o princípio da publicidade obrigatória do processo pode ser resumido no direito à discussão das provas, na obrigatoriedade de motivação de

sentença e de sua publicação, bem como na faculdade de intervenção das partes e seus advogados em todas as fases do processo.

A regra constitucional que tolera o processo "em segredo de Justiça", ressalva que a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo prevalece enquanto não prejudicar o interesse público à informação (CF, art. 93, IX, com a redação da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004). Estando em jogo interesses de ordem pública (repressão penal, risco para a saúde pública, dano ao Erário, ofensa à moralidade pública, perigo à segurança pública etc.), os atos processuais praticados nos moldes do "segredo de Justiça" podem ser investigados e conhecidos por outros, além das partes e advogados, por autorização do juiz.

30. Princípio da economia processual

O processo civil deve-se inspirar no ideal de propiciar às partes uma Justiça *barata* e *rápida*, do que se extrai a regra básica de que "deve tratar-se de obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual".[96]

O ideal seria, portanto, o processo gratuito, com acesso facilitado a todos os cidadãos, em condição de plena igualdade. Isto, porém, ainda não foi atingido nem pelos países mais adiantados, de modo que as despesas processuais correm por conta dos litigantes, salvo apenas os casos de assistência judiciária dispensada aos comprovadamente pobres (Lei nº 1.060/50).

Como aplicações práticas do princípio de economia processual, podem ser citados os seguintes exemplos: indeferimento, desde logo, da inicial, quando a demanda não reúne os requisitos legais; denegação de provas inúteis; coibição de incidentes irrelevantes para a causa; permissão de acumulação de pretensões conexas num só processo; fixação de tabela de custas pelo Estado, para evitar abusos dos serventuários da Justiça; possibilidade de antecipar julgamento de mérito, quando não houver necessidade de provas orais em audiência; saneamento do processo antes da instrução etc.

O princípio da economia processual vincula-se diretamente com a garantia do devido processo legal, porquanto o desvio da atividade processual para os atos onerosos, inúteis e desnecessários gera embaraço à rápida solução do litígio, tornando demorada a prestação jurisdicional. Justiça tardia é, segundo a consciência geral, justiça denegada. Não é justo, portanto, uma causa que se arrasta penosamente pelo foro, desanimando a parte e desacreditando o aparelho judiciário perante a sociedade.

Diante da evidência do mal causado pela morosidade dos processos, a Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, incluiu mais um inciso no elenco dos direitos fundamentais (CF, art. 5º): o de nº LXXVIII, segundo o qual "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração do processo*, e os meios que garantam a *celeridade* de sua tramitação".

É evidente que sem *efetividade*, no concernente ao resultado processual cotejado com o direito material ofendido, não se pode pensar em processo *justo*. E não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio a tutela não se revela *efetiva*. Ainda que afinal se reconheça e proteja o direito violado, o longo tempo em que o titular, no aguardo do provimento judicial, permaneceu privado de seu bem jurídico, sem razão plausível, somente pode ser visto como uma grande injustiça. Daí por que, sem necessidade de maiores explicações, se compreende que o Estado não pode deixar de combater a morosidade judicial e que, realmente, é um dever primário e fundamental assegurar a todos quantos dependam da tutela da Justiça uma duração razoável para o processo e um empenho efetivo para garantir a celeridade da respectiva tramitação.

A fiel aplicação da garantia constitucional em apreço exige das partes um comportamento leal e correto, e do juiz uma diligência atenta aos desígnios da ordem institucional, para não se perder em questiúnculas formais secundárias e, sobretudo, para impedir e reprimir, prontamente, toda tentativa de conduta temerária dos litigantes.

30-a. Duração razoável do processo

Quando a Constituição garante o direito à duração razoável do processo, o faz ressaltando sua inserção entre os direitos fundamentais. Todavia, outros direitos fundamentais são também assegurados constitucionalmente, como integrantes da garantia maior do *acesso à justiça* e do *processo justo*, como, *v.g*., o *contraditório* e a *ampla defesa*, entre vários outros, todos inerentes à garantia de *efetividade* da tutela jurisdicional. Esses outros direitos fundamentais coexistem com o da duração razoável do processo e não podem, obviamente, ser anulados pela busca de uma solução rápida para o processo.[97] Hão de ser observados todos os predicamentos constitucionais do processo judicial democrático, cuja harmonização haverá de ser encontrada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Dessa maneira, a duração razoável é aquela que resulta da observância do princípio da legalidade (respeito aos prazos processuais) e da garantia de tempo adequado ao cumprimento dos atos

indispensáveis à observância de todos os princípios formadores do devido processo legal.[98] O que, em seu nome, se impõe é simplesmente evitar ritos arcaicos e injustificáveis e, sobretudo, impedir a ineficiência organizacional dos aparelhamentos judiciais, bem como vedar o abuso dos atos desnecessários e do manejo de faculdades e poderes, tanto de partes como de órgãos judiciais, com intento meramente procrastinatório.[99]

A duração exagerada dos processos, hoje, decorre não propriamente do procedimento legal, mas de sua inobservância, e da indiferença e tolerância dos juízes e tribunais diante dos desvios procrastinatórios impunemente praticados por aqueles a quem aproveita o retardamento da conclusão do processo.

31. Princípio da eventualidade ou da preclusão

O processo deve ser dividido numa série de fases ou momentos, formando compartimentos estanques, entre os quais se reparte o exercício das atividades tanto das partes como do juiz.

Dessa forma, cada fase prepara a seguinte e, uma vez passada à posterior, não mais é dado retornar à anterior. Assim, o processo caminha sempre para a frente, rumo à solução de mérito, sem dar ensejo a manobras de má-fé de litigantes inescrupulosos ou maliciosos.

Pelo princípio da eventualidade ou da preclusão, cada faculdade processual deve ser exercitada dentro da fase adequada, sob pena de se perder a oportunidade de praticar o ato respectivo.

Assim, a *preclusão* consiste na perda da faculdade de praticar um ato processual, quer porque já foi exercitada a faculdade processual, no momento adequado, quer porque a parte deixou escoar a fase processual própria, sem fazer uso de seu direito.

Tradicionalmente, o processo civil costuma ser dividido em quatro fases:

a) *a postulação* = pedido do autor e resposta do réu;

b) *o saneamento* = solução das questões meramente processuais ou formais para preparar o ingresso na fase de apreciação do mérito;

c) *a instrução* = coleta dos elementos de prova; e

d) *o julgamento* = solução do mérito da causa (sentença).

1 CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del Processo Civile Italiano*. 5. ed., Roma: Società Editrici del Foro Italiano, 1956, v. I, p. 3.

2 CHIOVENDA. Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil* trad. brasileira, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, n. 11, p. 37.

3 CHIOVENDA, Giuseppe. O*p. cit., loc. cit*.

4 Arruda Alvim conclui seu pensamento sobre o tema, observando que se pode afirmar que, em juízo, "o princípio da proporcionalidade termina por orientar tanto a interpretação das normas jurídicas como, também, o controle de sua validade – e, porque não dizer, de sua constitucionalidade– em determinadas situações. E, no contexto atual da *constitucionalização do direito* e da disseminação dos *conceitos jurídicos indeterminados*, a utilização do princípio da proporcionalidade revela-se de crucial importância na atividade interpretativa do julgador" (ARRUDA ALVIM. Processo e Constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 408, pp. 83-84, mar./abr. 2010).

5 Na ideia de processo justo insere-se, além do compromisso com a ordem jurídica substancial e com os valores e princípios constitucionais, um compromisso com valores éticos, como "correção", "equidade" e "justiça procedimental" (COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 116, pp. 154-158, jul./ago. 2004).

6 COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed., Bologna: Il Mulino, 2006, v. II, pp. 13-23.

7 PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do Século XXI, trad. de Barbosa Moreira. *Revista Forense*, v. 342, pp. 161-168, abr./mai./jun. de 1998.

8 PRÜTTING, Hanns. Nuevas tendencias en el Proceso Civil Aleman. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, n. 41, pp. 201-208, jan./jun. 2007.

9 COSTA, Sergio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 4. ed., Torino: UTET, 1973, n. 15.

10 CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit*., I, p. 3.

11 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, v. I, n. 33, p. 61.

12 COSTA, Lopes da. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, n. 56, p. 57.

13 CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit*., I, n. 100, p. 97.

14 ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. Bogotá: ABC, 1974, v. I, n. 7, p. 7.

15 COSTA, Lopes da. *Manual Elementar*..., n. 48, p. 52; CINTRA, Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 1974, n. 39, p. 71.

16 COSTA, Lopes da. *Op. cit*., n. 48, p. 52.

17 CINTRA, Araújo; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. *Op. cit*., n. 40, p. 73.

18 BERMUDES, Sergio. *Op. cit*., n. 7, p. 35.

19 CINTRA, Araújo; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. *Op. cit*., n. 41, p. 74.

20 BERMUDES, Sergio. *Op. cit*., n. 7, pp. 35-36.

21 BERMUDES, Sergio. *Op. cit*., n. 7, p. 36.

22 BEDAQUE, José Roberto dos S. *Efetividade do processo e técnica processual:* tentativa de compatibilização. Tese para concurso de Professor Titular, USP, São Paulo, 2005, p. 13.

23 BEDAQUE, José Roberto dos S. *Op. cit*., p. 13.

24 BEDAQUE, José Roberto dos S. *Op. cit*., p. 16.

25 BEDAQUE, José Roberto dos S. *Op. cit*., p. 45. Segundo BARBOSA MOREIRA, o processo deve assegurar à parte vitoriosa o gozo da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento, com o mínimo de dispêndio de energia (Efetividade do processo e técnica processual. *Temas de Direito Processual*, Sexta Série, 1997, p. 18). O aspecto positivo da instrumentalidade "é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema)" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 319). No seu aspecto negativo, o princípio da instrumentalidade alerta para o fato de que o processo "não é um fim em si mesmo e não deve, na prática cotidiana, ser guindado à condição de fonte geradora de direitos. Os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento" (CINTRA, Antonio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, n. 12, p. 47-48).

26 "O processo deve dar, quanto for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir" (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, n. 12, p. 46). Para PROTO PISANI, a instrumentalidade do processo preconiza sua justificação indicativa da resposta que caso a caso o legislador deveria dar para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva às específicas necessidades de tutela (*Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed., Napoli: Jovene Editore, 1991, p. 34).

27 YARSHELL, Flávio Luiz. Alterações na legislação processual e segurança jurídica. *Carta forense*, n. 50, p. 6, jul./2007. É de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS a advertência, também no mesmo rumo, de que a pouca atenção do julgador aos reais propósitos da nova roupagem do direito processual pode redundar num certo desalento, diante da "possibilidade de resultarem inúteis as medidas de aprimoramento da legislação processual, se o Poder Judiciário não estiver comprometido em aplicá-las com razoabilidade" (Razoabilidade das decisões judiciais. *Carta forense*, n. 50, p. 3, julho/2007).

28 SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante:* um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 147-162. Não se pode desconhecer que o Tribunal vai além da mera aplicação da lei quando tem de definir a norma do caso concreto, ao se deparar com enunciados normativos portadores de conceitos jurídicos indeterminados ou de cláusulas gerais. Desempenha-se, sem dúvida, em tais hipóteses, uma atividade jurisdicional *criativa* (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5.ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. II, p. 386).

29 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 18.

30 DIDIER JR, Fredie *et al. Curso cit.*, p. 390.

31 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. cit*., p. 113; DIDIER JR, Fredie *et al. Op. cit*., v. II, p. 390-391.

32 CPC, art. 479; RISTF, art. 7º, VII; e arts. 354-A a 354-G; Emenda Regimental 46/STF/2011, art. 2º; RISTJ, arts. 11, parágrafo único, VII; 12, parágrafo único, III, e 122 a 127.

33 COSTA, Sergio. *Manuale*..., n. 2, p. 3.

34 ANDRIOLI. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1961, v. I, n. 4, p. 17.

35 A Constituição Federal de 1988 outorgou competência concorrente aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre "procedimentos em matéria processual" (art. 24, inc. XI); de maneira que, agora, o legislador local poderá alterar ritos processuais para atender a peculiaridades regionais.

36 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, n. 34, p. 81.

37 STF, Pleno, RE nº 349.703/RS, Rel. Min. Ayres Brito, ac. 03.12.2008, *DJe* 04.06.2009.

38 Todas as citações referentes à Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro ler-se-ão Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, conforme Lei nº 12.376, de 30.12.2010.

39 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas*. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1971, v. I, n. 23, p. 51.

40 COSTA, Sergio. *Op. cit*., n. 3, p. 4.

41 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., v. I, n. 24, p. 51.

42 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., v. I, n. 29, p. 56.

43 ANDRIOLI, Virgílio. *Op. cit*., v. I, n. 7, p. 24.

44 SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. 5. ed., Barcelona: Bosch, 1950, § 3º, p. 21.

45 SCHÖNKE, Adolfo. *Op. cit., loc. cit*.

46 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: EJEA, 1973, v. I, n. 1, pp. 21-22.

47 ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. Bogotá: ABC, 1974, v. I, n. 14, p. 39.

48 ANDRIOLI, Virgílio. *Op. cit*., I, n. 5, pp. 19-20.

49 ARRUDA ALVIM classifica os princípios *universais* como "informativos", e os específicos do direito processual como "princípios fundamentais". Os primeiros podem ser considerados "quase que axiomas, porque prescindem de demonstração maior" (o lógico, o jurídico, o político e o econômico). Os últimos apresentam densa carga ideológica, podem ser contraditórios entre si e dependem, em sua adoção, de opção política do legislador (ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 8. ed., São Paulo: RT, 2003, v. I, p. 22-23).

50 "Das regras da lógica, por exemplo, outrora se diria que elas são constitutivas do que se chama pensar: é indispensável começar por respeitá-las caso se queira exprimir um conteúdo mental qualquer. (...) não se pode pensar contra a lógica, porque um pensamento ilógico simplesmente não é um pensamento" (BOU-VERESSE, Jacques. *Prodígios e vertigens da analogia – o abuso das belas-letras no pensamento*. Trad. de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 118; *apud* DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo* (*tese de livre-docência*). São Paulo: Fac. de Dir. da USP, 2011, p. 143, nota 319). Da lógica do sistema jurídico decorre a harmonia necessária entre suas normas de sorte que nunca poderá se manter numa contradição entre elas. O jurista sempre haverá de encontrar, no próprio sistema, uma solução para superar a aparente contradição, de modo que, na verdade, só uma das normas conflitantes será válida.

51 STJ, 4ª T., REsp. nº 685.929/RJ, Rel. Min. Honildo Amaral de Melo Castro, ac. 18.03.2010, *DJe* 03.05.2010.

52 Das garantias do juiz natural e do contraditório, decorrem alguns subprincípios aplicáveis à instauração do processo e ao julgamento da causa, como os que são denominados *princípio da demanda* e *princípio da congruência* (ver, adiante, o nº 493-b).

53 Compromete-se o devido processo legal com a necessidade de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional. Ressaltando a instrumentalidade do direito processual, esta deve ser avaliada em termos de *eficiência* na defesa do direito material subjetivo. Na ordem constitucional, o processo se insere entre as garantias fundamentais e se apresenta como apanágio da cidadania. É necessário, pois, que o exercício de suas regras "apresente *in concreto* a utilidade efetiva para as quais foram predipostas" (RICCI, Gianfranco. *Principi di Diritto Processuale Generale*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 16). A Constituição italiana, após a reforma de 1999, estatui, expressamente, em seu art. 111: "La *giuridizione si attua mediante il* giusto processo *regulato dalla lege*." Nessa ideia de *processo justo*, insere-se, além das tradicionais figuras do juiz natural imparcial, do contraditório, da legalidade das formas, e do compromisso com a ordem jurídica substancial, "uma afirmação, não menos categórica, da *efetividade* dos meios processuais e das formas de tutela obteníveis junto ao juízo" ... aos quais se agrega, ainda, o compromisso com os valores de "correção", "equidade" e "justiça procedimental" (COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "giusto processo" civile in Italia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 116, pp. 154-158. jul. /ago. 2004). O processo deve ser desenvolvido para proporcionar à parte o melhor resultado possível em termos de direito material (devido processo *substancial*).

54 TROCKER, Nicolò. Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile: profili

generali. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2/383-384.

55 Ao moderno Estado Democrático de Direito "não basta apenas assegurar a liberdade das pessoas; exige-se dele, também, a realização das promessas imiscuídas nos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Daí a necessidade de uma interpretação jurídica a ser praticada à luz desses princípios constitucionais e direitos fundamentais, circunstâncias que, dentre outras consequências, moldam um novo conceito de jurisdição" (DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando. Interpretação jurídica e ideologias: o escopo da jurisdição no Estado Democrático de Direito. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 11, n. 15, p. 85, nov./2008).

56 BARACHO. José Alfredo de Oliveira. Lei, jurisprudência, filosofia e moral em HART. *In: O Sino do Samuel*, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, pp. 10-11, jan./mar. 2007.

57 "A centralidade do processo jurisdicional no interior do sistema das garantias [fundamentais] justifica a particular atenção àquele dedicada pela Constituição, a qual desenhou, a propósito, um modelo de processo jurisdicional" (ANDOLINA, Italo Augusto. Il "Giusto Processo" nell'esperienza italiana e comunitaria. *Annali del seminario giuridico*, Milano: Giuffrè, 2006, v. VI, p. 356).

58 ANDOLINA, Ítalo. Il "Giusto Processo"..., cit., p. 357.

59 ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 22, n. 87, pp. 64-65, jul./set. 1997.

60 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo:* primeiros estudos. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 67-68; TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileiras e portuguesas: um estudo comparativo, *in* Felipe Daniel Amorim e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coords.). *Constituição e Processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 266-267.

61 TAVARES, Fernando Horta. *op. cit.*, p. 267.

62 POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, v. I, pp. 103 e 125-126.

63 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 2. ed., São Paulo: Noeses, 2008, p. 272.

64 CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 273.

65 ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal?", *Revista de processo*, São Paulo, v. 163, pp. 52-53, set. 2008.

66 Os fundamentos de proporcionalidade e razoabilidade dizem respeito não ao devido processo legal, pois atrelam-se diretamente aos princípios maiores da ordem constitucional, quais sejam, os princípios de *liberdade* e de *igualdade* (cf. ÁVILA, Humberto. *Op. cit*., p. 53).

67 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, n. 2.4.2.3, pp. 76-77.

68 "O direito não é alheio da instância ética, e, suposta a boa intenção do agente, e a retidão do fim e da matéria do ato jurídico, o juiz, ao dizer o direito, deve decidir segundo o ditado prudencial da consciência, último juízo da razão prática. Mas essa consciência judiciária, se é *fundamental* para o ato de determinação do direito do caso – interpretando norma e fato – não é fundante desse direito. A consciência moral não é um ato de recriação do bem, ou de objetivação artificial de uma propensão subjetiva. Assim, o papel da consciência judicial não é o de julgar ordinariamente as normas, não é o de assumir a função de legislador positivo (...). O juiz deve decidir segundo as normas postas, ainda que corrigindo seus excessos e deficiências (o que significa, afinal observar a norma objetiva superior), quando o exija a equidade ..." (DIP, Ricardo. Prudência judicial e consciência, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 408, p. 315, mar./ abr. 2010).

69 "O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância da diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público". A

cláusula tutelar do *substantive due process of law*, compreendida no art. 5º, LIV, da CF, "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*, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador" (STF, Pleno, ADI nº 1.407-MC, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 07.03.1996, *RTJ* 176/578-580; STF, RE nº 374.981, Decisão do Rel. Min. Celso de Mello, ac. 28.03.2005, *DJU* 08.04.2005).

70 Nesse sentido, é emblemático o julgado da 3ª Turma do STJ, proferido sob relato da Min. Nancy Andrighi, no REsp 975.807/RJ (ac. 02.09.2008, DJe 20.10.2008). Nele restou assentado o inconveniente da instituição de exegese que leve a distinguir, para a mesma regra processual, um sentido diferente, conforme o processo corra na Justiça Federal ou na Justiça Estadual, pela intranquilidade e insegurança que isto pode acarretar à defesa dos interesses substanciais dos litigantes.

71 "Os óbices e armadilhas processuais só prejudicam a parte que tem razão, porque quem não a tem perderá a questão no mérito, de qualquer maneira. O processo civil dos óbices e armadilhas é o processo civil dos rábulas" (voto vencedor da Min. Nancy Andrighi no REsp 975.807 cit.).

72 REsp. 975.807 cit, voto condutor do ac. da Min. Nancy Andrighi.

73 De forma alguma, há de se imaginar que para cumprir a garantia da celeridade processual se tenha de violar os princípios basilares do *devido processo legal*, com medidas autoritárias de supressão do contraditório, da ampla defesa, do tratamento não igualitário das partes, ou decisões desprovidas de fundamentação etc. Não são as garantias conquistadas pela humanidade sob o manto do devido processo legal que fazem lenta e tardonha a prestação jurisdicional. Ao contrário, é justamente o descaso do aparelhamento jurisdicional em face do respeito ao procedimento inerente ao devido processo legal que torna, injustificadamente, demorada a resposta definitiva da Justiça estatal aos pleitos que lhe são submetidos.

74 "Em todo o mundo a certeza do direito tende a esboroar-se quando se pratica um jogo impreciso de cláusulas gerais... Só a fixação precisa e essencial do conteúdo de cada cláusula evita que esta se torne num mero artefato linguístico, acabando por ficar divorciada do conteúdo ético que a lei pretende infundir à ordem jurídica...". Tomando como exemplo a cláusula geral da boa-fé, Ascensão observa ser ela "invocada a todos os propósitos do debate jurídico. Vale para tudo, seja qual for a situação que se debata. *Mas se a boa-fé vale para tudo, então não vale para nada*" (ASCENSÃO, José Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 28, pp. 83-84, out./dez. 2006).

75 LOPES DA COSTA, *Manual Elementar de Direito Processual Civil*, 1956, nº 52, p. 53.

76 Ministro Alfredo Buzaid, *Exposição de Motivos*, n. 18.

77 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, v. IV, n. 6, pp. 13-14.

78 O princípio do contraditório está previsto, como garantia fundamental, no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal de 1988.

79 "O princípio do contraditório, com assento constitucional, vincula-se diretamente ao princípio maior da igualdade substancial, sendo certo que essa igualdade, tão essencial ao processo dialético, não ocorre quando uma das partes se vê cerceada em seu direito de produzir ou debater a prova que se produziu" (STJ, REsp. 74.472/DF, Rel. Min. Asfor Rocha, ac. 13.06.96, in DJU de 24.06.96, p. 22.766). "O contraditório e a ampla defesa são valores intrinsecamente relacionados com o Estado Democrático de Direito" (STJ, 1ª Seção, MS 15.036/DF, Rel. Min. Castro Meira, ac. 10.11.2010, *DJe* 22.11.2010).

80 ANDRIOLI, Virgílio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n. 5, p. 21.

81 Dispõe o art. 16 do Código de Processo Civil francês que: "Le *juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction... Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs*

observations." Isto quer dizer que, mesmo enfrentando questões examináveis de ofício, tem o juiz o dever de, previamente, ensejar às partes oportunidade para produzirem suas alegações, ou seja: "Sur *les motifs de droit relevés d'office, la contradiction doit précéder la jurisdiction*" (CORNU, Gérard; FOYER, Jean. *Procédure Civile*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, n. 103, p. 473).

82 STF, Pleno, MS nº 24.268/MG, Rel. p/ac. Min. Gilmar Mendes, ac. 05.02.2004, DJU 17.09.2004, p. 53. Os preceitos referentes ao contraditório e ampla defesa, "assumem duas perspectivas: formal – relacionada à ciência e à participação no processo – e material – concernente ao exercício do poder de influência sobre a decisão a ser proferida no caso concreto" (STJ, 1ª Seção, MS 15.036/DF, Rel. Min. Castro Meira, ac. 10.11.2010, *DJe* 22.11.2010).

83 Analisando a mais moderna doutrina europeia (Trocker, Comoglio, Baur, Henke etc.), Dierle José Coelho Nunes concluiu que o contraditório, em sua visão atual, é guindado a elemento normativo estrutural da comparticipação de todos os sujeitos do processo, de modo a ensejar às partes a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva na formação do julgado (cf. *Processo jurisdicional democrático:* uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008, p. 227).

84 BOVE, Mauro. *Lineamenti di diritto processuale civile*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 2006, p. 27; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed., Bologna: Il Mulino, 2006, v. I, p. 78.

85 "Uma vez descolado o ângulo visual em direção ao juiz, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes" (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, tradução brasileira de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142). "O princípio do contraditório é um dos mais importantes corolários do devido processo legal, e formalmente, é o direito das partes de participarem do processo, sendo essa participação capaz de influenciar no processo e na formação da decisão" (STJ, 2ª T., REsp. 1.213.318/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 14.12.2010, *DJe* 08.02.2011).

86 Não merece acolhida a tese que tolera recursos sem fundamentação explícita e detalhada, se contentando com invocações genéricas dos argumentos constantes da inicial ou da contestação (BARBOSA MOREIRA, *Temas de direito processual*, 9ª Série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 277). Admitir tal entendimento implicará exigir do recorrido que "adivinhe" quais são, efetivamente, os fundamentos do recurso. Com isso, estar-se-ia criando graves prejuízos à parte recorrida, no que diz respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Com efeito, não podem ser amplas e eficientes as contrarrazões do recorrido, o qual, "por inexistirem razões ao recurso, não pôde impugná-lo em todos os seus aspectos" (NERY JÚNIOR, Nelson, *Teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 1996, pp. 176-178; CARVALHO, Carla Fernanda Rangel Silva. Efeito devolutivo da apelação e capítulos da sentença. *Revista de Processo*, v. 217, pp. 125-127; ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2008, p. 516; BERMUDES, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975, p. 122). Sobre o tema, v., também, o item nº 537, *infra*.

87 A constitucionalidade do art. 34 da Lei de Execuções Fiscais – que veda a apelação nas causas de valor igual ou inferior a 50 ORTNs – foi declarada pelo STF no Ag. 114.709-1-AgRg/CE, Rel. Min. Aldir Passarinho, ac. 29.05.1987, *DJU* 28.08.1987, p. 17.578.

88 Nas execuções fiscais não cabe apelação nas causas de menor valor (Lei nº 6.830, de 22.09.1980, art. 34). No CPC, há julgamento originário do mérito da causa, pelo Tribunal, antes de pronunciamento do juiz de 1º grau na hipótese prevista no art. 515, § 3º; e há vedação da apelação no caso de sentença fundada em Súmula do STF e do STJ (art. 518, § 1º).

89 "Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes" (CPC, art. 129).

90 ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. Bogotá: ABC, 1974, v. I, n. 15, p. 51.

91 "Assim, a par de não se admitir o princípio dispositivo rígido... cada vez mais aumenta a liberdade na

investigação da prova, em face da socialização do Direito e da publicização do processo, razão que levou Lessona a afirmar que ‘em matéria de prova todo progresso está justamente em substituir a verdade ficta pela verdade real’” (*Princípios do processo civil*. 1. ed., 2ª tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 199).

92 “Não se pode pensar em garantia do devido processo legal sem imaginar um contraditório entre os litigantes, que tenha como escopo maior a busca da verdade real, por meio de debate amplo e irrestrita liberdade de alegações e provas” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 665, p. 14, mar. 1991).

93 CAMBI, Eduardo. *A prova civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 319; SENTIS MELENDO, Santiago. Aquisición de la prueba. *La Prueba*. Los grandes temas del derecho probatório. Buenos Aires: EJEA, 1978, p. 221; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal*. Buenos Aires: EJEA, 1955, t. II, p. 222; TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970, p. 15; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, p. 181, jul./ set. 1984.

94 Ministro Alfredo Buzaid, *Exposição de Motivos*, nº 13.

95 O art. 132 do CPC teve sua redação alterada pela Lei nº 8.637/93, que prevê a vinculação do juiz ao processo e sua obrigação de proferir a sentença desde que tenha concluído a audiência, “salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, caso em que passará os autos ao seu sucessor”.

96 ECHANDIA, Hernando Devis. Op. *cit*., v. I, nº 15, p. 46.

97 “A economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo” (GONÇALVES, Aroldo Plínio, *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 125).

98 Para tornar melhor a Justiça em nosso tempo, há consenso de que é preciso acelerá-la, “não contudo, a qualquer preço”, como adverte Barbosa Moreira (O futuro da justiça: alguns mitos. *In Temas de direito processual*, Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4 e 5).

99 “O ato abusivo é aquele que ultrapassa os limites da permissividade da norma processual ou a utiliza para fins não legítimos, resultando em prejuízo para a administração da Justiça” (OLIVEIRA, Milena de. O abuso do direito de recorrer como ato atentatório à dignidade da Justiça. *In* NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa [coords.]. *Aspectos polêmicos a atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, São Paulo: RT, v. 9, p. 347).

Capítulo II
JURISDIÇÃO, PROCESSO E AÇÃO

§ 5º JURISDIÇÃO

Sumário: 32. Imperatividade da ordem jurídica. 33. Justiça privada e justiça pública. 34. Jurisdição. 35. Características da jurisdição. 36. Imparcialidade e disponibilidade. 37. Objetivo da jurisdição. 37-a. Efetividade da tutela jurisdicional. 38. Princípios fundamentais. 39. Jurisdição civil. 40. Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 41. Substitutivos da jurisdição. 41-a. A evolução da jurisdição individual para a jurisdição coletiva. 41-b. Panorama global do aprimoramento da jurisdição, na evolução do Estado de Direito.

32. Imperatividade da ordem jurídica

Através da função legislativa, o Estado estabelece a *ordem jurídica*, fixando em forma preventiva e hipotética as normas que deverão incidir sobre as situações ou relações que possivelmente virão a ocorrer entre os homens no convívio social.[1]

Dessa forma, o ordenamento jurídico atribui aos cidadãos "seus direitos", prefixando as pretensões que cada um pode ostentar diante dos outros, bem como estabelece os deveres dos vários integrantes do grupamento social juridicamente organizado.[2]

O comando da ordem jurídica, que visa à paz social e ao bem comum, geralmente é aceito e obedecido pelos membros da coletividade.

Mas como isto, às vezes, não ocorre, e como as normas de direito são de observância imperativa, cabe ao Estado a adoção de medidas de coação para que não venha seu ordenamento transformar-se em letra morta e desacreditada.[3]

33. Justiça privada e justiça pública

Primitivamente, o Estado era fraco e limitava-se a definir os direitos. Competia aos próprios titulares dos direitos reconhecidos pelos órgãos estatais defendê-los e realizá-los com os meios de que dispunham. Eram os tempos da justiça privada ou justiça pelas próprias mãos, que, naturalmente, era imperfeita e incapaz de gerar a paz social desejada por todos.

Com o fortalecimento do Estado e com o aperfeiçoamento do verdadeiro Estado de Direito, a justiça privada, já desacreditada por sua impotência, foi substituída pela Justiça Pública ou Justiça Oficial.

O Estado moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, bem como o de realizar esse mesmo direito, se a parte recalcitrante recusar-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei.

Somente em casos emergenciais, expressamente ressalvados pelo legislador, é que subsistiram alguns resquícios da justiça privada, capazes de legitimar, ainda hoje, a defesa dos direitos subjetivos pelas próprias mãos da parte, como se dá com a legítima defesa (CC de 2002, art. 188, I; CC de 1916, art. 160, I), com a apreensão do objeto sujeito a penhor legal (CC de 2002, arts. 1.467 a 1.472) e com o desforço imediato no esbulho possessório (CC de 2002, art. 1.210, § 1º; CC de 1916, art. 502).

Assim, a prestação estatal de justiça, que começou com o encargo de apenas definir os direitos, envolvidos em litígio, acabou encampando também a missão de executá-los, quando injustamente resistidos.

34. Jurisdição

Para desempenho da função acima, estabeleceu-se a *jurisdição*, como o *poder* que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.[4]

Não foram, porém, instituídos os órgãos jurisdicionais para definir academicamente meras hipóteses jurídicas, nem tampouco para interferir *ex officio* nos conflitos privados de interesse entre os cidadãos.

A função jurisdicional só atua diante de *casos concretos* de conflitos de interesses (*lide* ou *litígio*) e sempre na dependência da invocação dos interessados, porque são deveres primários destes a obediência à ordem jurídica e a aplicação voluntária de suas normas nos negócios jurídicos praticados.

É bom de ver, todavia, que não são todos os conflitos de interesses que se compõem por meio da jurisdição, mas apenas aqueles que configuram a *lide* ou *litígio*. O conceito de lide, portanto, é fundamental para compreensão da atividade jurisdicional e, consequentemente, do processo e da ação.

Em primeiro lugar é preciso esclarecer que *lide* e *litígio* são vocábulos sinônimos[5] e correspondem a um evento anterior ao processo. Mas sua

existência constitui *conditio sine qua non* do processo: “inexistindo litígio, não há sequer interesse em instaurar-se a relação processual”[6] e sem legitimidade e interesse, diz expressamente a lei, não se pode propor ou contestar ação (CPC, art. 3º).

Para que haja, outrossim, a lide ou litígio é necessário que ocorra “um conflito de interesses qualificado por uma *pretensão resistida*”, conforme a clássica lição de Carnelutti.[7] É que muitos conflitos existem sem que cheguem a repercutir no campo da atividade jurisdicional. Se, por qualquer razão, uma parte, por exemplo, se curva diante da pretensão da outra, conflito de interesses pode ter existido, mas não gerou litígio, justamente pela falta do elemento indispensável deste, que vem a ser a *resistência* de um indivíduo à pretensão de outro.

A missão do juiz consiste precisamente em compor o impasse criado com a pretensão de alguém a um bem da vida e a resistência de outrem a lhe propiciar dito bem.

É importante, então, ter-se uma noção segura do que seja *interesse* e *pretensão*, para se chegar ao domínio do conceito de *lide*. Explica Carnelutti que *interesse* é a “posição favorável para a satisfação de uma necessidade” assumida por uma das partes; e *pretensão*, a exigência de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio.[8] Assim o proprietário tem *interesse* na posse do bem que lhe pertence, pois é por meio dela que consegue satisfazer necessidades como a de abrigo ou de renda para sua sobrevivência. Também o inquilino tem interesse na posse do imóvel locado, pois com ela satisfaz, por meio de bem de terceiro, a necessidade de habitação.

Os *bens da vida* (isto é, as coisas ou valores necessários ou úteis à sobrevivência do homem, bem como a seu aprimoramento) nem sempre existem em quantidade suficiente para atender, com sobra, às exigências de todos os indivíduos (tal como se passa com a luz do sol e o ar atmosférico). Daí que, com frequência, os mesmos objetos são utilizados ou disputados por mais de uma pessoa. Assim, o dono e o inquilino utilizam, simultaneamente, o mesmo bem da vida, mas a título e modo distintos. O dono obtém uma renda e o locatário, um lugar onde morar. Logra-se, por acordo de vontade, uma harmonização de interesses concorrentes.

Há *conflito de interesses* quando mais de um sujeito procura usufruir o mesmo bem. Mas o contrato, por exemplo, é uma das formas de compor esse conflito, justamente porque concilia os interesses concorrentes, acomodando-os de acordo com as conveniências recíprocas. Há *litígio* quando o conflito surgido

na disputa em torno do mesmo bem não encontra uma solução voluntária ou espontânea entre os diversos concorrentes. Aí o primeiro persistirá na exigência de que o segundo lhe entregue o bem e este resistirá, negando cumprir o que lhe é reclamado.

É natural que, dentro do mesmo exemplo, o dono queira ter a posse do bem que lhe pertence, como é natural também que o inquilino queira conservar o bem alheio enquanto estiver em vigor o contrato locatício. Vencido o contrato, portanto, o locador manifestará a *pretensão* de receber de volta o bem locado, isto é, procurará a posição mais favorável à usufruição da coisa – *interesse próprio* –, à custa da cessação do gozo que até então era do inquilino – *interesse alheio*. Tudo se comporá, sem lide, se o inquilino voluntariamente devolver a coisa ao senhorio. É que, de fato, terá prevalecido o interesse manifestado por uma das partes perante a outra. Mas, se não obstante a manifestação de vontade do locador, o locatário se recusar a restituir o bem reclamado, ter-se-á configurado o *litígio* ou *lide*, porque os interesses conflitantes não se compuseram: à pretensão do primeiro opôs-se a resistência do segundo.

Como o Estado de Direito não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados, caberá à parte deduzir em juízo a lide existente e requerer ao juiz que a solucione na forma da lei, fazendo, de tal maneira, a composição dos interesses conflitantes, uma vez que os respectivos titulares não encontraram um meio voluntário ou amistoso para harmonizá-los.

Tomando conhecimento das alegações de ambas as partes, o magistrado definirá a qual delas corresponde o melhor interesse, segundo as regras do ordenamento jurídico em vigor, e dará composição ao conflito, fazendo prevalecer a pretensão que lhe seja correspondente. Eis, aí, em termos práticos, em que consiste a jurisdição.

Por outro lado, é fora de dúvida que a atividade de dirimir conflitos e decidir controvérsias é um dos fins primários do Estado. Mas, desde que privou os cidadãos de fazer atuar seus direitos subjetivos pelas próprias mãos, a ordem jurídica teve que criar para os particulares um direito à tutela jurídica do Estado. E este, em consequência, passou a deter não apenas o *poder* jurisdicional, mas também assumiu o *dever* de jurisdição.[9]

Assim, em vez de conceituar a jurisdição como poder, é preferível considerá-la como *função estatal*,[10] e sua definição poderia ser dada nos seguintes termos: *jurisdição* é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida.[11] Esclareça-se que, na concepção atual de jurisdição, quando se cogita da realização da “vontade da

lei" não se refere à simples reprodução da literalidade de algum enunciado legal, mas à implementação da *norma jurídica*, na qual se traduz o *direito* do caso concreto, cuja formulação pelo julgador haverá de levar sempre em conta a superioridade hierárquica das garantias constitucionais bem como a visão sistemática do ordenamento jurídico, os seus princípios gerais e os valores políticos e sociais que lhe são caros. Portanto, revelar e concretizar a "vontade da lei" é expressão que modernamente equivale a definir e realizar "o direito", em sua inteireza.

35. Características da jurisdição

Diante do exposto, a jurisdição se apresenta como atividade estatal "secundária", "instrumental", "declarativa ou executiva", "desinteressada" e "provocada".

Diz-se que é atividade "secundária" porque, através dela, o Estado realiza coativamente uma atividade que deveria ter sido *primariamente* exercida, de maneira pacífica e espontânea, pelos próprios sujeitos da relação jurídica submetida à decisão.[12]

Nisso consiste, em outros termos, o caráter substitutivo que se reconhece à jurisdição, já que a conformidade da conduta prática com os ditames das normas de fundo é dever que originalmente toca aos próprios sujeitos das relações jurídicas materiais. Quando, pois, o juiz define o litígio, faz uma escolha que antes deveria ter sido praticada pelas partes.

É "instrumental" porque, não tendo outro objetivo principal, senão o de dar atuação prática às regras do direito, nada mais é a jurisdição do que um instrumento de que o próprio direito dispõe para impor-se à obediência dos cidadãos.[13]

Por outro lado, a jurisdição não é fonte de direito, isto é, não tende à formulação de normas abstratas de direito, ou não cria nem restringe, substancialmente, direito para as partes que dela se valem.

O órgão jurisdicional é, na verdade, convocado para remover a incerteza ou para reparar a transgressão, mediante um juízo que se preste a reafirmar e restabelecer o império do direito, quer *declarando* qual seja a regra do caso concreto, quer *aplicando* as ulteriores medidas de *reparação* ou de *sanção* previstas pelo direito.[14]

Exercita, de tal sorte, a jurisdição vontades concretas da lei nascidas anteriormente ao pedido de tutela jurídica estatal feito pela parte no processo,[15] o

que lhe confere o caráter de atividade “declarativa” ou “executiva”, tão somente.

É nesse sentido que o art. 126 do CPC determina que, no julgamento da lide, caberá ao juiz “aplicar as normas legais”, e somente quando elas não existirem é que “recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”.[16]

Embora não seja a sentença, em princípio, uma fonte primária do direito, a submissão do juiz à lei não lhe veda uma certa atividade criativa na definição da “vontade concreta da lei”, com que se dará a composição dos litígios. Isto porque a norma legislada nunca é completa e exaustiva em face das particularidades do caso concreto. Ao enfrentá-lo, o juiz tem de jogar com dados e elementos, que, às vezes, não foram presentes à elaboração da norma legal. Tem, por isso, de completar a norma legislada, atualizando-a e compatibilizando-a com as características novas do contexto em que o fato se concretizou. Valores sociais, éticos, econômicos e outros de igual relevância são levados em conta nessa operação denominada interpretação axiológica. A atividade, contudo, continua sendo de aplicação da lei, que o juiz pode aperfeiçoar ou otimizar pela interpretação, mas não pode ignorar ou desprezar.[17]

Não se deve ignorar que a jurisdição, em nossa estrutura jurídica positiva, vem sofrendo nos últimos tempos, inclusive no plano constitucional, o impacto de novos ventos que decorrem de uma aproximação, cada vez mais intensa, entre os sistemas do *civil law* e do *common law*. Com a valorização do *precedente*, cujo exemplo mais gritante é o da súmula vinculante consagrada pelo art. 103-A da Constituição (acrescido pela Emenda nº 45/2004), reconhece-se à jurisdição, em determinados limites, o papel de fonte do direito. Isto porque, segundo o referido dispositivo, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, mesmo quando tomadas em demandas individuais e em caráter incidental, pode o Supremo Tribunal Federal, por dois terços de seus membros, aprovar súmula com efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a administração pública em todos os níveis.

Diz-se que essa função normativa é limitada porque o STF não pode exercitá-la com a ampla liberdade com que atua, primariamente, o Poder Legislativo. A súmula vinculante, com efeito, somente pode decorrer da análise em torno da validade, interpretação e eficácia de normas já existentes (CF, art. 103-A, §1º), daí o caráter complementar da atividade criativa reconhecida à jurisprudência do STF.

Independentemente da existência de reiterados julgamentos e da formulação de súmulas, são também de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante para todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública, as decisões de mérito do

STF proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (CF, art. 102, §2º, com a redação da Emenda 45/2004).

Ainda no âmbito do STF, a Emenda nº45 instituiu a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (CF, art. 102, §3º). Do julgamento do recurso a cujo objeto se reconheça repercussão geral, também se prevê efeito incidente sobre outros recursos que versem sobre a mesma matéria (CPC, art. 543-B).

As causas repetitivas, objeto de recurso especial, também sofrem hoje efeito expansivo dos julgados do Superior Tribunal de Justiça pronunciados em recurso especial (CPC, art. 543-C, §7º), ou seja: a tese fixada no recurso paradigma prevalece para os demais recursos fundados em igual tese.

Mesmo para as instâncias inferiores, o Código de Processo Civil passou a agasalhar orientação de valorizar os precedentes, principalmente, os assentados em jurisprudência sumulada. Por exemplo, o art. 518, §1º (redação da Lei 11.276/2006) adota o critério da apelidada "súmula impeditiva", segundo o qual o juiz da causa não deve receber a apelação se a sentença recorrida estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF. Papel relevante também é atribuído às súmulas jurisprudenciais para permitir julgamentos monocráticos do relator de quaisquer recursos que estejam apoiados em tese sumulada ou que contrariem súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores (art. 557, com a redação da Lei n. 9.756/1998).

Dos exemplos acima (e há outros no direito positivo atual) se pode aquilatar a grande mudança de rumo que o processo vem sofrendo entre nós, no que se relaciona com a força normativa dos julgados dos tribunais.

36. Imparcialidade e disponibilidade

É, ainda, a jurisdição "atividade desinteressada do conflito", visto que põe em prática vontades concretas da lei que não se dirigem ao órgão jurisdicional, mas aos sujeitos da relação jurídica substancial deduzida em juízo.[18]

O juiz mantém-se equidistante dos interessados e sua atividade é subordinada exclusivamente à lei, a cujo império se submete como penhor de imparcialidade na solução do conflito de interesses.[19]

Embora a jurisdição seja função ou atividade pública do Estado, versa, quase sempre, sobre interesses privados – direitos materiais subjetivos das partes –, donde não ter cabimento a prestação jurisdicional, a não ser *quando solicitada*,

nos casos controvertidos, *pela parte interessada*. Daí dizer-se que a jurisdição é atividade "provocada" e não espontânea do Estado: *ne procedat iudex ex officio*.

Nesse sentido, nosso Código é expresso em determinar que "nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais" (art. 2º).

Mesmo quando o juiz aprecia uma causa em que o Estado seja parte, a função jurisdicional fica a cargo de um organismo completamente estranho à Administração Pública e cujo único compromisso é com a ordem jurídica. Embora ao órgão judicante caiba um interesse público na composição do litígio (interesse na paz social), não tem ele, no entanto, interesse direto ou imediato na relação jurídica material controvertida (objeto do processo). Justamente nesse ponto se nota o fator que distingue, substancialmente, a jurisdição da administração. Esta, no exercício dos seus poderes, quando julga algum procedimento administrativo, e impõe a vontade da lei ao particular, o faz como sujeito interessado diretamente na relação jurídica material de direito público apreciada. A decisão administrativa é, pois, ato de um dos sujeitos da relação jurídica material, que faz prevalecer sua vontade contra o outro. O ato de autoridade é *inter partes* e, por isso mesmo, quase nunca corresponde a uma solução definitiva. À parte que se considerar prejudicada sempre caberá o direito de levar a divergência à apreciação do Poder Judiciário, onde a palavra final (definitiva) será pronunciada.

Já no processo judicial, o juiz atua em nome de uma entidade que não representa o Estado-Administração, mas que tem como única função ocupar-se de apreciar relações jurídicas materiais travadas entre estranhos. Mais do que *imparcial* (porque "impessoalidade" é requisito de qualquer agente que atue em nome do Estado, em qualquer de suas funções soberanas e não atributo apenas dos juízes), o órgão jurisdicional é sempre um *terceiro* diante da relação material controvertida. Nisso – isto é, nessa "terceiridade" do órgão judiciário – encontra-se o verdadeiro e decisivo traço de diferenciação da jurisdição perante os demais órgãos da soberania estatal: a Justiça ocupa-se sempre de relações materiais das quais a instituição judiciária não é parte. De tal sorte, a atividade jurisdicional é sempre ato *super partes*.[20]

37. Objetivo da jurisdição

Em síntese, "o fim do processo é a entrega da prestação jurisdicional, que satisfaz à tutela jurídica"[21] a que se obrigou o Estado ao assumir o monopólio da

justiça.

Em consequência, podemos, filosoficamente, desdobrar a *causa* do processo, conforme o faz Arruda Alvim,[22] em:

a) *causa final*: a atuação da vontade da lei, como instrumento de segurança jurídica e de manutenção da ordem jurídica;

b) *causa material*: o conflito de interesses, qualificado por pretensão resistida, revelado ao juiz através da invocação da tutela jurisdicional;

c) *causa imediata ou eficiente*: a provocação da parte, isto é, a *ação*.

Em conclusão, dando ao direito do caso concreto a certeza que é condição da verdadeira justiça e realizando a justa composição do litígio, promove, a jurisdição, o restabelecimento da ordem jurídica, mediante eliminação do conflito de interesses que ameaça a paz social.

37-a. Efetividade da tutela jurisdicional

A Constituição, no Estado Democrático de Direito, não se limita a garantir a todos o direito de demandar em juízo. O que se deduz do inciso XXXV do art. 5º de nossa Carta é que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser solucionada pelo Poder Judiciário, quando provocado pelo interessado, na forma legal. Essa garantia fundamental, portanto, é de uma *tutela*, ou seja, uma *proteção* com que se pode contar sempre que alguém se veja ameaçado ou lesado em sua esfera jurídica.

Cabe, pois, à Justiça não apenas dar uma resposta qualquer ao demandante, nem mesmo simplesmente enquadrar formalmente o fato deduzido em juízo no enunciado legal que lhe corresponda, dentro do ordenamento jurídico positivo. O direito de ação é abstrato, no sentido de que pode ser exercido sem prévia demonstração da existência efetiva do direito material que se pretende fazer atuar. Mas a tutela jurisdicional, que só é disponibilizada a quem realmente se encontre na titularidade de um direito subjetivo lesado ou ameaçado, tem de ser *efetiva* e *justa*, dentro das perspectivas traçadas pela ordem constitucional.

Essa tutela, destarte, não pode cingir-se a interpretar e aplicar o enunciado de lei pertinente. No moderno Estado Democrático de Direito é imperioso que isto se faça a partir, sempre, dos valores, princípios e regras consagrados pela Constituição. A prestação jurisdicional vai além da exegese isolada do enunciado da lei, para realizar, diante das particularidades do caso concreto, a compreensão e aplicação do preceito legal que seja conforme aos mandamentos e garantias da Constituição.

Sem abandonar a norma enunciada pelo legislador ordinário, a jurisdição cuidará de aplicá-la de maneira adequada e efetiva. O provimento jurisdicional conjugará a norma legal com as particularidades do caso concreto e, sobretudo, a otimizará mediante sua harmonização com os valores, princípios e regras da Constituição.

É assim que, na Justiça concebida pela moderna visão democrática do Estado de Direito, se deve desempenhar a jurisdição, que não é apenas *poder* estatal, mas *função* (poder-dever) dos órgãos jurisdicionais a ser exercida perante todos, com o compromisso de propiciar, na medida do possível, ao litigante vítima de lesão ou ameaça, tudo aquilo e exatamente aquilo que seu direito lhe assegure.[23]

38. Princípios fundamentais

Na ordem constitucional, onde o poder jurisdicional deita suas raízes, encontram-se três princípios fundamentais que informam a substância ou essência da jurisdição[24], e que podem ser assim enunciados:

a) *O princípio do juiz natural*: só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional. Toda origem, expressa ou implícita, do poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção, para julgamento de certas causas, nem tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna.

b) *A jurisdição é improrrogável*: os limites do poder jurisdicional, para cada justiça especial, e, por exclusão, da justiça comum, são os traçados pela Constituição. Não é permitido ao legislador ordinário alterá-los, nem para reduzi-los nem para ampliá-los.

c) *A jurisdição é indeclinável*: o órgão constitucionalmente investido no poder de jurisdição tem a obrigação de prestar a tutela jurisdicional e não a simples faculdade. Não pode recusar-se a ela, quando legitimamente provocado, nem pode delegar a outros órgãos o seu exercício.

Nem mesmo os órgãos hierárquicos superiores podem, em princípio, suprimir a competência do juiz natural.[25]

Decorrência da indeclinabilidade é a impossibilidade de se delegar competência entre órgãos do Poder Judiciário, conservando-se sempre as causas sob o comando e controle do juiz natural. Costuma-se falar em exceção do princípio nos casos de cartas precatórias ou de ordem. Na verdade, contudo, não se trata, na espécie, de delegação voluntária, mas de simples caso de colaboração

entre órgãos judiciários, cada um dentro de sua natural e indelegável competência. O deprecante não delega poderes, já que o ato a ser praticado pelo deprecado nunca estaria compreendido nos limites da competência do primeiro. O que se pede é justamente que o único competente (o deprecado) pratique o ato que o deprecante não pode realizar, mas que é necessário para o prosseguimento do processo a seu cargo.

39. Jurisdição civil

A jurisdição, como poder ou função estatal, é *una* e abrange todos os litígios que se possam instaurar em torno de quaisquer assuntos de direito.

A diferença de matéria jurídica a ser manipulada pelos juízes, na composição dos litígios, conduz à necessidade prática da especialização não só dos julgadores, como das próprias leis que regulam a atividade jurisdicional.

Daí o aparecimento do Direito Processual Penal, do Direito Processual Civil, do Direito Processual Trabalhista etc.

O Direito Processual Civil, que é o que interessa ao nosso estudo, compreende as atividades desenvolvidas pelo Estado no exercício da "jurisdição civil, contenciosa e voluntária" (art. 1º).

Seu âmbito é delineado por exclusão, de forma que a jurisdição civil se apresenta com a característica da generalidade. Aquilo que não couber na jurisdição penal e nas jurisdições especiais será alcançado pela jurisdição civil,[26] pouco importando que a lide verse sobre direito material público (constitucional, administrativo etc.) ou privado (civil ou comercial).

40. Jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária

A jurisdição civil, aquela que é regulada pelo direito processual civil, compreende, segundo o art. 1º de nosso Código, a jurisdição *contenciosa* e a jurisdição *voluntária*.

Jurisdição *contenciosa* é a jurisdição propriamente dita, isto é, aquela função que o Estado desempenha na pacificação ou composição dos litígios. Pressupõe controvérsia entre as partes (lide), a ser solucionada pelo juiz.

Mas ao Poder Judiciário são, também, atribuídas certas funções em que predomina o caráter administrativo e que são desempenhadas sem o pressuposto do litígio.

Trata-se da chamada *jurisdição voluntária*, em que o juiz apenas realiza

gestão pública em torno de interesses privados, como se dá nas nomeações de tutores, nas alienações de bens de incapazes, na extinção do usufruto ou do fideicomisso etc.

Aqui não há lide nem partes, mas apenas um negócio jurídico-processual envolvendo o juiz e os interessados.

Não se apresenta como ato substitutivo da vontade das partes, para fazer atuar impositivamente a vontade concreta da lei (como se dá na jurisdição contenciosa). O caráter predominante é de atividade negocial, em que a interferência do juiz é de natureza constitutiva ou integrativa, com o objetivo de tornar eficaz o negócio desejado pelos interessados. A função do juiz é, portanto, equivalente ou assemelhada à do tabelião, ou seja, a eficácia do negócio jurídico depende da intervenção pública do magistrado.

Várias são as correntes doutrinárias a respeito da natureza da jurisdição voluntária. Andrioli cita as quatro principais, que, no direito italiano, são lideradas por Allorio, Micheli, Fazzalari e Satta.

Segundo a síntese de Andrioli, Allorio rebate o caráter substancialmente não jurisdicional da jurisdição voluntária. Micheli vê nela uma forma de tutela jurisdicional que prescinde da existência de partes contrapostas. Fazzalari entrevê um *ens tertium*, distinto da jurisdição, não menos do que da administração. E Satta destaca a inserção dela no processo formativo da vontade do sujeito; e mais em geral individualiza seu objetivo na tutela dos interesses privados.[27]

Entre nós, porém, tem prevalecido o entendimento de que a jurisdição voluntária é forma de administração pública de interesses privados.[28] Daí ensinar Frederico Marques que “a jurisdição voluntária apresenta os seguintes caracteres:

a) como função estatal, ela tem natureza administrativa, sob o aspecto material, e é ato judiciário, no plano subjetivo-orgânico;

b) em relação às suas finalidades, é função preventiva e também constitutiva”.[29]

Em nosso Código de Processo Civil, há um Título do Livro IV reservado para os “procedimentos especiais de jurisdição voluntária” (arts. 1.103 a 1.210).

A terminologia do legislador tem sido considerada correta, posto que, não havendo *lide*, não se pode falar em *processo*, mas apenas em *procedimentos*. Os sujeitos desses procedimentos, pela mesma razão, não são chamados *partes*, e sim *interessados*.

Ainda em face da simples tutela de interesses privados a que se destinam tais

procedimentos, permite o Código que, em matéria de jurisdição voluntária, não fique o juiz "obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna" (art. 1.109).

41. Substitutivos da jurisdição

Sendo a jurisdição atividade estatal *provocada*, e da qual a parte tem *disponibilidade*, como já vimos, pode a lide encontrar solução por outros caminhos que não a prestação jurisdicional. Assim, nosso ordenamento jurídico conhece formas de autocomposição da lide e de solução por decisão de pessoas estranhas ao aparelhamento judiciário (árbitros).

A autocomposição pode ser obtida através de *transação* ou de *conciliação*. E a decisão da lide por pessoas não investidas da função jurisdicional ocorre através do *juízo arbitral*.

A *transação* é o negócio jurídico em que os sujeitos da lide fazem concessões recíprocas para afastar a controvérsia estabelecida entre eles. Pode ocorrer antes da instauração do processo ou na sua pendência. No primeiro caso, impede a abertura da relação processual, e, no segundo, põe fim ao processo, com solução de mérito, apenas homologada pelo juiz (art. 269, III).

A *conciliação* nada mais é do que uma transação obtida em juízo, pela intervenção do juiz junto às partes, antes de iniciar a instrução da causa. Uma vez efetivado o acordo, lavra-se termo e o juiz profere sentença homologatória, que extingue o processo, também, com solução de mérito (art. 449).

O *juízo arbitral* (Lei nº 9.307, de 23.09.96) importa renúncia à via judiciária, confiando as partes a solução da lide a pessoas desinteressadas, mas não integrantes do Poder Judiciário. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 31 da citada Lei).

Todas essas formas extrajudiciais de composição de litígios só podem ocorrer entre pessoas maiores e capazes e apenas quando a controvérsia girar em torno de bens patrimoniais ou direitos disponíveis.

41-a. A evolução da jurisdição individual para a jurisdição coletiva

Historicamente, a jurisdição foi concebida no pressuposto da ocorrência de *litígio*, isto é, de conflito entre interessados que disputam o mesmo bem da vida. Sem tal disputa, necessariamente individual, não se admitia a atividade

jurisdicional. No século XX, todavia, a ideia de jurisdição assumiu dimensões muito mais amplas, e a tarefa que lhe foi confiada, de manter a paz social sob o império da ordem jurídica, passou a compreender, também, os fenômenos coletivos, onde os interesses transcendem a esfera do indivíduo e, de maneira difusa, alcançam toda a comunidade ou grandes porções dela.

Despertou-se o direito para interesses relevantíssimos, como meio ambiente, valores históricos culturais, saúde pública, segurança coletiva, relações de consumo, que, embora dizendo respeito a todos os indivíduos, não são suscetíveis de fracionamento para que cada um possa defendê-los particularmente. São interesses, por isso mesmo, transindividuais e indivisíveis, razão pela qual somente podem ser exercidos e defendidos em nome da coletividade. Trata-se, portanto, de *interesses difusos* ou *coletivos*. Outras vezes, embora seja possível fracionar o interesse, para determinar sua titularidade individual, muito numerosas são as pessoas que se encontram na mesma situação fático-jurídica, o que torna mais fácil e eficiente a tutela jurisdicional exercida por órgãos ou entidades que atuam em nome do conjunto de interessados. Fala-se, então, em *interesses individuais homogêneos*.

Num e noutro caso, a ideia antiga de um processo civil restrito, ordinariamente, aos litígios individuais ("ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei" – CPC, art. 6º) cede lugar a uma concepção de justiça onde não mais se vê a demanda em defesa de outrem como uma excepcionalidade extrema. Tão numerosas são as ações coletivas, hoje em dia, que se pode afirmar que o processo civil é tanto instrumento de composição individual de conflitos como de solução global dos problemas coletivos, em que os verdadeiros titulares do interesse material em disputa quase nunca participam diretamente da relação processual.

A primeira ação de defesa de interesse difuso, entre nós, foi a ação popular, por meio da qual se conferiu ao cidadão a defesa do patrimônio público contra ato abusivo de autoridade (Lei nº 4.717, de 29.06.65). O movimento da coletivização do direito de ação, todavia, ganhou vulto expressivo quando se instituíram, a partir da Lei nº 7.347, de 24.07.1985, as *ações civis públicas*, inicialmente voltadas para a "responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico", e que, posteriormente se ampliou para a tutela dos "interesses difusos e coletivos de um modo geral" (Lei nº 8.078, de 11.09.90). Em seguida, incluíram-se no campo da ação civil pública as tutelas de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiências (Lei nº 7.853, de

24.10.1989), de crianças e adolescentes (Lei nº 8.069, de 13.07.1990), de consumidores (Lei nº 8.078, de 11.09.90), da probidade administrativa (Lei nº 8.429, de 02.06.1992) e da ordem econômica (Lei nº 8.884, de 11.06.1994).

Para todas estas ações coletivas, voltadas para a defesa de interesses transindividuais, estatuiu-se legitimação concorrente para o Ministério Público e outras entidades públicas e privadas, as quais exercem, segundo alguns, "substituição processual" (isto é, atuam, em nome próprio, na defesa de direitos alheios) e, segundo outros, "função institucional própria" (isto é, embora não sejam titulares do direito material defendido, têm *interesse próprio* na tutela derivado de sua natureza "institucional").

O certo é que em todas as ações coletivas, o regime da coisa julgada é especial e goza da possibilidade de eficácia além dos sujeitos da relação processual – eficácia *erga omnes* (v., adiante, nº 518-b).

Mesmo fora dos direitos transindividuais propriamente ditos (*difusos* e *coletivos*), várias ações coletivas têm sido instituídas, como por exemplo as ações de defesa do consumidor em que se pleiteiam *direitos individuais homogêneos* (Lei nº 8.078, de 11.09.90), entendidos como tais os que se formam pela agregação, nas relações de consumo, de vários direitos individuais (por isso mesmo *divisíveis*) pertencentes a pessoas distintas, mas unidos por uma circunstância fática originária comum. Pelo sistema tradicional do CPC, estes múltiplos titulares de direitos homogêneos somente se poderiam reunir no mesmo processo por meio do mecanismo do litisconsórcio. Nas modernas ações coletivas de consumo, seus interesses são defensáveis por meio de entidades especialmente credenciadas pela lei, que agem por função e legitimação próprias, independentemente de mandato individual (Ministério Público, órgãos de administração pública, associações etc.). Uma só sentença genérica poderá vir a ser executada por todos ou cada um dos interessados, que desfrutarão da coisa julgada sem terem participado pessoalmente do processo coletivo (CDC, arts. 95, 97 e 103, III).

Também a Constituição de 1988 contribuiu para o incremento das ações coletivas, fora do âmbito exclusivo dos interesses difusos e transindividuais. Assim é que assegurou, entre os direitos fundamentais, a legitimação das associações e sindicatos de classe para promover a defesa, em juízo, dos direitos e interesses dos respectivos associados (arts. 5º, XXI, e 8º, III). Criou-se, outrossim, o *mandado de segurança coletivo*, atribuído a partidos políticos, organizações sindicais e a associações ou entidades de classe, e utilizável como remédio processual de defesa coletiva dos membros ou associados, segundo um

mecanismo de substituição processual. Sem dúvida, a Constituição, com essas previsões de demandas coletivas, valorizou e simplificou a tutela jurisdicional, na medida em que ampliou o âmbito da eficácia subjetiva das decisões judiciais, ao mesmo tempo em que produziu considerável economia processual nos conflitos individuais lesados de forma semelhante, dentro de grupos maiores de pessoas.[30]

No campo do controle da constitucionalidade das leis, o ordenamento brasileiro concebe verdadeiras ações sem lide, posto que praticamente não há, nelas, um sujeito passivo. O controle, na *ação direta de inconstitucionalidade*, assim como na *ação declaratória de constitucionalidade*,é promovido, perante o Poder Judiciário, por entidades credenciadas pela Constituição (CF, art. 103, com a redação da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004) e nele se debate a norma jurídica abstratamente considerada, "sem levar em consideração uma específica controvérsia ou uma situação concretamente estabelecida em decorrência da incidência do preceito normativo cuja legitimidade é contestada". Daí poder-se falar em "processos objetivos", sem lide e sem partes.[31] Sem embargo disso, geram uma *eficácia subjetiva universal*, já que as respectivas sentenças proporcionam força vinculante *erga omnes*, evitando o inconveniente de ter-se de repetir eternamente a discussão da constitucionalidade, caso a caso, entre os litigantes individuais.

O processo atual, nessa ordem de ideias, não pode mais ser visualizado apenas dentro da sistemática do Código de Processo Civil, já que tão ampla e profunda foi a marcha inovadora operada pela Constituição e legislação extravagante, após a codificação de 1973. Diante desse quadro, é lícito afirmar, como faz Teori Albino Zavascki,[32] que os modernos mecanismos de tutela jurisdicional civil se dividem em três grandes e distintos grupos:

1º) Mecanismos para *tutela de direitos subjetivos individuais*, subdivididos em:

a) os que se destinam a tutelá-los *individualmente* pelo seu próprio titular, cuja disciplina básica se encontra no Código de Processo Civil; e

b) os que se destinam à *tutela coletiva dos direitos individuais*, em regime de substituição processual (ações civis coletivas e mandado de segurança coletivo).

2º) Mecanismos para *tutela de direitos transindividuais*, isto é, pertencentes a toda comunidade ou a grupos ou classes de pessoas indeterminadas (ação popular e as ações civis públicas).

3º) Mecanismos para tutela da própria ordem jurídica, em caráter genérico e abstrato (ações e instrumentos processuais de controle de constitucionalidade das

normas jurídicas e das omissões legislativas).

41-b. Panorama global do aprimoramento da jurisdição, na evolução do Estado de Direito

Na Idade Moderna, assim entendida a que sucedeu à Idade Média, o Estado passou por vários estágios, com significativos reflexos sobre o papel social, político e jurídico atribuído ao Poder Judiciário, como instituição encarregada do desempenho da função jurisdicional.

O Estado absolutista vicejou no mundo ocidental entre os séculos XVI e XVII, e nele a ordem jurídica pouca expressão ostentava, pois a vontade do monarca se colocava acima da lei, como enfatizava Luis XIV, no auge do absolutismo: *L'état c'est moi*. O governo e com ele os órgãos judiciais ficavam submissos à vontade soberana do rei e a prestação jurisdicional não passava de instrumento de opressão do povo a serviço dos interesses das pequenas castas dominantes (a nobreza e o clero). Ideias de legalidade e justiça não podiam, portanto, caracterizar a atividade jurisdicional naqueles tempos autoritários.

O iluminismo – era do domínio da razão – gerou a queda do absolutismo, por meio de grandes revoluções fomentadas pela burguesia e apoiadas pelas massas populares, na passagem do século XVIII para o século XIX. Nascia o Estado republicano e democrático, cuja tônica se apoiava no *liberalismo* centrado no homem e seus atributos naturais (igualdade e liberdade). Disso decorria a redução do papel do Estado na vida social. O poder, que tanto oprimia no Estado autoritário, deveria ser reduzido ao mínimo. Aos indivíduos é que tocava organizar suas vidas e projetos, cabendo ao Estado apenas propiciar-lhes condições para que a autonomia da vontade reinasse amplamente nas relações de natureza privada e para que, mesmo nas relações com o poder público, fosse mínima a interferência da vontade estatal.

Nesse estágio liberal, o processo jurisdicional, para superar e se afirmar perante os defeitos do absolutismo, de memória recente, organizou-se sob o predomínio, entre outras, das seguintes ideias básicas: a) uma excessiva neutralidade do juiz, com grande valorização da iniciativa das partes, na formação e condução do processo, inclusive no tocante às provas; b) uma valorização excessiva das formas procedimentais; c) o condicionamento da atividade executiva quase sempre à definitividade da coisa julgada; d) o distanciamento do direito processual do direito material; e) elevação da coisa julgada a verdadeiro dogma; f) excesso de tecnicismo processual, na separação e

isolamento estanque das tutelas de cognição, de execução e cautelar.[33]

Na passagem do século XIX para o século XX, o Estado liberal foi superado pelo Estado Social, caracterizado por um papel ativo não só na declaração dos direitos fundamentais, mas também, e principalmente, na sua efetiva implantação no meio social, por meio de uma política intervencionista, tendente a controlar a atividade econômica e a promover uma nova ordem inspirada na liberdade e igualdade, mas com preocupações voltadas para a assistência social, a tutela do trabalho e outros valores relevantes para a implantação da isonomia real e do desenvolvimento geral das camadas sociais menos favorecidas pela distribuição da riqueza. Nesse estágio a técnica processual evoluiu para uma postura diversa daquela antes adotada pelo Estado liberal. Podem-se destacar várias inovações evidentes na programação da tutela jurisdicional pelo Estado Social, dentre elas: a) uma postura mais ativa do juiz, caracterizada por menor neutralidade e maior iniciativa no comando do processo e na instrução probatória da causa; b) a assunção pelo juiz do encargo de promover a intervenção para assegurar a efetiva igualdade das partes em juízo, como meta do devido processo legal; c) a supremacia das técnicas de efetividade em detrimento do formalismo comprometido apenas com a segurança jurídica; d) o desapego à forma dos atos processuais e a valorização máxima de sua instrumentalidade; e) o abrandamento do dogma da coisa julgada admitindo sua relativização em muitas situações críticas, como as das ações coletivas e as de sentenças ofensivas à ordem constitucional; f) a remodelação dos expedientes executivos, como necessidade de assegurar efeitos reais ao processo, inclusive por técnicas de tutela diferenciada e de sumarização para abreviar o alcance de resultados práticos urgentes; g) o abrandamento das barreiras estanques entre os processos de conhecimento, de execução e cautelar, de modo a facilitar sua obtenção concentrada, sempre que possível numa única relação processual; h) a simplificação da técnica executiva, para que cada vez mais se facilite o acesso do titular do direito ao bem da vida que lhe cabe; i) a maior facilidade conferida ao juiz para usar as técnicas executivas, permitindo-lhe liberdade de escolha daquela que se mostre mais adequada para cada caso concreto.[34]

Por fim, chegou o processo ao século XXI inspirado nos novos desígnios do Estado Democrático de Direito,[35] aperfeiçoado no pós-segunda guerra mundial, cujos traços mais significativos se situam na constitucionalização de toda a ordem jurídica, e mais profundamente da atividade estatal voltada para a tutela jurisdicional. Nessa altura, o devido processo legal ultrapassa a técnica de compor os litígios mediante observância apenas das regras procedimentais, para

assumir pesados compromissos éticos com resultados *justos*. O direito, sob influência das garantias fundamentais traçadas pela Constituição, incorpora valores éticos, cuja atuação se faz sentir não apenas na observância de regras procedimentais, mas também sobre o resultado substancial do provimento com que a jurisdição põe fim ao litígio. Daí falar-se, no século atual, em garantia de um *processo justo*, de preferência a um devido processo legal apenas.[36] Mesmo no plano de aplicação das regras do direito material, o juiz não pode limitar-se a uma exegese fria das leis vigentes. Tem de interpretá-las e aplicá-las, no processo, de modo a conferir-lhes o sentido *justo*, segundo o influxo dos princípios e regras maiores retratados na Constituição.[37]

Ao mesmo tempo, registrou-se no Direito, como um todo, uma diluição das fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado. Ampliou-se a tutela do interesse público valorizando-se sua presença, em volume cada vez maior, dentro até mesmo das relações privadas. As tutelas processuais coletivas, que eram timidamente previstas no Estado Liberal, avolumaram-se no Estado Democrático de Direito e, se não superaram quantitativamente as individuais, repercutiram no meio social, sem dúvida, com maior intensidade. Passou-se a viver, em nome do interesse público, sob a grande influência da jurisdição coletiva: a par da velha ação popular, ações civis públicas, mandados de segurança coletivo, ações de controle direto da constitucionalidade, ações de repressão à improbidade administrativa, dissídios coletivos do trabalho, ações civis por meio das mais diversas associações tornaram-se corriqueiros no meio forense.

O Estado Democrático de Direito, em suma, revelou-se como aquele em que a Jurisdição vem assumindo, de maneira efetiva, um realce político e social jamais ocorrido na história da civilização.

§ 6º PROCESSO

Sumário: 42. Conceito. 42-a. A importância da definição e estabilização do objeto do processo. 43. Processo e procedimento. 43-a. Características do procedimento. 44. Autonomia do processo. 45. Espécies de processo. 46. Funções do processo. 47. Independência dos processos. 47-a. Tutela ordinária e tutelas diferenciadas. 47-b. Tutela ordinária e tutela de urgência. 47-c. Tutela sancionatória e tutela inibitória.

42. Conceito

Para exercer a função jurisdicional, o Estado cria órgãos especializados. Mas estes órgãos encarregados da jurisdição não podem atuar discricionária ou livremente, dada a própria natureza da atividade que lhes compete. Subordinam-se, por isso mesmo, a um *método* ou *sistema* de atuação, que vem a ser o *processo*.

Entre o pedido da parte e o provimento jurisdicional se impõe a prática de uma série de atos que formam o *procedimento* judicial (isto é, *a forma* de agir em juízo), e cujo conteúdo sistemático é o *processo*.

Esse método, porém, não se resume apenas na materialidade da sequência de atos praticados em juízo; importa, também e principalmente, no estabelecimento de uma relação jurídica de direito público geradora de direitos e obrigações entre o juiz e as partes, cujo objetivo é obter a declaração ou a atuação da vontade concreta da lei, de maneira a vincular, a esse provimento, em caráter definitivo, todos os sujeitos da relação processual.

Distinguem-se, destarte, no processo, dois aspectos relevantes: "o processo concebido como continente (*iudicium*) e o seu objeto, concebido como *mérito da causa (res in iudicium, deducta*)".[38]

Isto porque a jurisdição pressupõe caso concreto a dirimir e o processo não pode ser utilizado como simples instrumento de especulação doutrinária ou teórica.

Assim, como instrumento da atividade intelectiva do juiz, o processo se

apresenta como a "série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição".[39] Esses múltiplos e sucessivos atos se intervinculam e se mantêm coesos graças à relação jurídico-processual que os justifica e lhes dá coerência pela meta final única visada: a prestação jurisdicional.

E o objeto dessa mesma atividade intelectiva do juiz é a relação jurídico-substancial travada ou disputada entre as partes[40] e que se tornou controvertida em face de um conflito de interesses qualificado por pretensão de um e pela resistência de outro, conforme a sempre citada lição de Carnelutti.[41] Como nem sempre a relação litigiosa é discutida por inteiro, o objeto do processo é, mais especificamente, concentrado no *pedido* que a parte formula acerca da referida relação jurídica de direito material. Nele se revela a *questão* (controvérsia) a ser dirimida pela prestação jurisdicional.[42]

42-a. A importância da definição e estabilização do objeto do processo

Estando o processo programado para atingir o provimento jurisdicional em regime de contraditório pleno, é indispensável que o *objeto* do processo (ou seja, aquilo sobre o que irá incidir o pronunciamento judicial) fique desde logo definido, de maneira precisa. Se não for assim, as partes poderão ser, no final, surpreendidas com decisão sobre questões que não passaram pelo crivo do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV). Por isso é da maior importância a identificação, no início da relação processual, do *objeto* do processo; e é para cumprir esse desiderato que o Código de Processo Civil exige que na petição inicial o autor formule o *pedido*, com suas especificações e relacione o *fato* e os *fundamentos jurídicos* do pedido (art. 282, III e IV). É, ainda, pela mesma razão que ao réu se atribui o ônus de, na *contestação*, alegar toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor (art. 300).

Como a postura do réu é, em regra, de pura resistência ao pedido do autor, o *objeto* do processo se resume ordinariamente naquele pedido, já que a sentença terá, afinal, de acolhê-lo ou rejeitá-lo, para realizar a pacificação do litígio trazido a julgamento.

Uma vez, porém, que o exame do pedido terá de ser feito nos limites de seus fundamentos (art. 128), é na *causa de pedir* que se localizarão as *questões* a serem solucionadas para se chegar à acolhida ou rejeição do pedido.

Por outro lado, a contestação, por representar resistência ao pedido, não

altera, só por isso, o objeto do processo, que, salvo a cumulação de pleito reconvencional, continua sendo o pedido do autor. Se, porém, ao resistir ao pedido, a defesa não se limita a negar sua juridicidade ou a veracidade do fato que o sustenta (defesa *direta*), e vai além para invocar fatos novos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito material que o autor pretende fazer valer em juízo (defesa *indireta ou exceção de mérito*), as questões de mérito não serão mais apenas aquelas originariamente arroladas na causa de pedir da petição inicial. Com isso, o pedido não se altera e o objeto do processo também se conserva o mesmo. Mas, para chegar ao seu acolhimento ou à sua rejeição, a sentença terá de superar um número maior de questões. As chamadas *exceções de mérito*, portanto, se não mudam o objeto do processo, ampliam, no dizer de Proto Pisani, o campo dos fatos juridicamente relevantes deduzidos em juízo a serem necessariamente conhecidos pelo juiz para se chegar ao pronunciamento sobre a existência ou não do direito material que se pretendeu fazer valer no processo.[43]

A importância da delimitação do *objeto do processo* é grande, porque é nele que se encontrará a base para fixação das dimensões da coisa julgada e da litispendência (CPC, arts. 301, §§ 1º, 2º e 3º, e 468).[44] Daí a conclusão de que o objeto típico do processo e da tutela jurisdicional não é um fato ou um ato, mas *um direito* (ou uma situação jurídica)[45]; e de que esse *direito* para ser atuado em juízo deve ser identificado, pela parte interessada, por meio da alegação de seus fatos constitutivos, dos quais haverá de ser produzida a *competente* prova nos autos.[46]

Portanto, o *pedido* do autor define o *direito material* que se intenta valer ou atuar em juízo e que, *in concreto*, se explica pelos fatos constitutivos invocados na *causa de pedir*, cuja análise judicial haverá de se estender a todas as *questões* (pontos controvertidos) que os envolvem, e que tenham sido suscitadas seja pelo autor, na petição inicial, seja pelo réu, na contestação.

43. Processo e procedimento

Processo e procedimento são conceitos diversos e que os processualistas não confundem.

Processo, como já se afirmou, é o *método*, isto é, o *sistema* de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto *procedimento* é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto.[47]

Como método de solucionar litígios, convém lembrar que, embora o principal, o processo não é o único, visto que, em determinados casos e circunstâncias, permite, a ordem jurídica, a *autocomposição (transação* entre as próprias partes) e a *autotutela* (legítima defesa ou desforço imediato).

O processo, outrossim, não se submete a uma única forma. Exterioriza-se de várias maneiras diferentes, conforme as particularidades da pretensão do autor e da defesa do réu. Uma ação de cobrança não se desenvolve, obviamente, como uma de usucapião e nem muito menos como uma possessória. O modo próprio de desenvolver-se o processo, conforme as exigências de cada caso, é exatamente o *procedimento* do feito, isto é, o seu *rito*.[48]

É o procedimento, de tal sorte, que dá exterioridade ao processo, ou à relação processual, revelando-lhe o *modus faciendi* com que se vai atingir o escopo da tutela jurisdicional.

Em outras palavras, é o procedimento que, nos diferentes tipos de demanda, define e ordena os diversos atos processuais necessários.

Fazzalari tentou inovar a concepção de processo, negando-lhe a natureza de relação jurídica e, consequentemente, negando ao procedimento a qualidade de sistematização prática dos diversos atos que compõem a marcha processual. Para o processualista italiano, o processo é uma estrutura normativa composta de uma série de situações jurídicas, que qualifica o procedimento pelo tratamento das partes em regime de contraditório. Procedimento, por sua vez, seria um gênero (sucessão ordenada de atos visando a atingir um resultado) do qual o processo seria uma espécie: justamente o procedimento em contraditório. Para Fazzalari, então, o procedimento, em direito processual, consistiria na atividade preparatória de um provimento (ato estatal imperativo), a qual seria "regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas".[49]

Porém, as concepções de processo e procedimento apresentadas por Fazzalari – como registra Luciano Fialho de Pinho – [50] não encontram ressonância na obra da grande maioria da doutrina processual brasileira, que continua a ver no processo uma relação jurídica e no procedimento sua "manifestação extrínseca", ou seja, "sua realidade fenomenológica perceptível".[51]

Explicam Cintra-Grinover-Dinamarco que não existe razão para abandonar a teoria tradicional, em face das objeções de Fazzalari, pois o fato de as partes terem poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, "significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro,

significa que o processo é realizado em contraditório. Não há qualquer incompatibilidade entre esssas duas facetas da mesma realidade". De tal sorte, concluem os processualistas aludidos, "é lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório".[52]

O curioso é que, enquanto o direito civil procura aprimorar o conceito de obrigação adaptando-o à noção de relação jurídica complexa extraída do fenômeno verificado no processo judicial, surgem vozes discrepantes na seara no direito processual para negar a existência da relação jurídica no processo. Larenz e os modernos civilistas não se viram impedidos de visualizar na obrigação civil, em sua totalidade, uma relação jurídica complexa, que gera e engloba uma série de consequências jurídicas para ambas as partes, que, além da prestação principal, compreende deveres de prestações acessórias, deveres de conduta, direitos potestativos, ônus e outras situações jurídicas.[53] Aprimorou-se a teoria das obrigações em direito material, recorrendo justamente ao conceito extraído do direito processual em torno da relação jurídica complexa e dinâmica. A obrigação passou a ser visualizada como processo porque nela, a exemplo do processo judicial, se podia visualizar uma relação jurídica complexa integrada por um vínculo dinâmico, polarizado, em todas as suas vicissitudes e múltiplas situações intercorrentes, pela busca de um resultado ou de um fim a ser alcançado como meta do contrato.[54] Ora, se é a ideia de obrigação como processo que se presta a modernizar o direito obrigacional, e isto se faz justamente a partir da noção de processo como "relação jurídica" complexa e dinâmica, por que razão haverá a doutrina processualística de repudiar a construção clássica da relação jurídico-processual, tendo-a como imprestável ou inútil à compreensão da natureza jurídica do processo? Complexidade e dinamismo prestam-se a especializar a relação jurídico-processual, mas não a afastá-la da figura geral das relações jurídicas.

Historicamente – é de se lembrar –, várias correntes tentaram explicar a natureza do processo, desde as completamente superadas (como as do *contrato* e do *quase contrato*) até outras sofisticadas, como as do processo como *situação jurídica*, ou como *instituição jurídica*.[55]

De fato, porém, a concepção que permitiu a elaboração científica do direito processual moderno foi, inquestionavelmente, a do processo como relação jurídica de direito público, distinta da relação de direito material, que constitui o seu objeto,[56] e que continua sendo a que, para fins didáticos, melhor serve à compreensão do processo como instrumento de atuação do Estado na

composição dos litígios.

Se, nas origens do estudo do direito processual como ramo autônomo da ciência jurídica, havia muito interesse na pesquisa da natureza jurídica do processo, hoje a especulação teria perdido significado. Diante da maturidade e solidificação da posição própria ocupada por esse ramo do direito, há quem não entrevê sequer a obrigatoriedade de encaixar, com rigor, o processo num dos conceitos jurídicos clássicos, podendo ser encarado sob o prisma simplesmente de "conceito jurídico autônomo", próprio do ramo de direito em que atua. Em vez de reportar-se a parâmetros forjados em tempos anteriores ao surgimento do direito processual científico, bastaria ao processualista contentar-se com a perspectiva interna do direito processual mesmo, já que se trata de ramo completamente independente dos que, antes dele, se formaram em torno do direito material.[57]

43-a. Características do procedimento

O importante para os estudiosos do processo de nosso tempo é compreender as características e o papel que a técnica atribui ao procedimento em juízo. Assim, traços marcantes do procedimento, no direito processual civil moderno, são:

a) Do ponto de vista *objetivo*, a multiplicidade de atos que necessariamente o compõem, todos coordenados numa verdadeira dependência recíproca, de modo que um provoca o outro e o subsequente é legitimado pelo anterior, todos enfim explicados em conjunto com um só objetivo final, que vem a ser a perseguição do *provimento jurisdicional* capaz de solucionar o conflito jurídico (lide) existente entre as partes.

b) Do ponto de vista *subjetivo*, o procedimento se apresenta como obra de cooperação necessária entre seus protagonistas: só se estabelece por iniciativa de *parte* (ou seja, de alguém estranho ao órgão judiciário, titular do poder jurisdicional) (CPC, art. 2º), só se desenvolve em contraditório com a *contraparte* (CF, art. 5º, LV), e, pois, o provimento jurisdicional que impõe às partes a composição definitiva da controvérsia, em nome da autoridade estatal, só se legitima se respeitar fielmente a *demanda e o contraditório*, como situações inafastáveis desde a formação até a exaustão do processo. Depende, tecnicamente, das partes a existência do processo, assim como a determinação do seu objeto, e será com a cooperação delas que o juiz conhecerá os fatos relevantes da causa e logrará, afinal, analisá-los juridicamente, em busca da

solução do litígio. As partes têm assegurado o direito de atuar amplamente, em condição de igualdade, na formação do convencimento do juiz.

O procedimento, portanto, revela o feitio associativo do método estatal de composição de conflitos (o processo). Não se trata, em suma, de um sistema unilateral e autoritário de exercício do poder público. Ao contrário, só se estabelece e atinge seu objetivo mediante estrita e obrigatória participação de todos os sujeitos do processo. Todos têm o direito e poder de interferir na formação e revelação da vontade concreta da lei, segundo a técnica da apuração da verdade real e da adaptação da ordem jurídica às suas particularidades. Procedimento, nessa perspectiva, que não respeitar a demanda e o contraditório, em todos os seus desdobramentos, gerará atos viciados e culminará por provimento jurisdicional inválido.

44. Autonomia do processo

Calamandrei entendia que o objeto do processo era a relação jurídica material controvertida entre os sujeitos da lide. Sua lição, no entanto, tem sofrido reparos da mais moderna doutrina processualística. Diante do reconhecimento, hoje indiscutível, da autonomia do direito de ação, que pode, inclusive, tender à declaração de inexistência de uma relação jurídica substancial, tem-se afirmado, com razão, que por objeto do processo não se deve mais considerar a relação jurídica litigiosa, mas "a vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclama".[58]

Com mais precisão, o *objeto* do processo é o *pedido* formulado pela parte em face da relação material controvertida. A relação terá de ser examinada pelo órgão jurisdicional, mas nos limites do necessário, para solucionar o pedido. Em função do exame da invocada relação material (seja ela reconhecida ou negada), será ditada a solução do pedido, que poderá ser seu acolhimento, ou sua rejeição.

O processo não depende da existência do direito substancial da parte que o invoca. O direito de provocá-lo é *abstrato*; de maneira que a função jurisdicional atua plenamente, sem subordinação à maior ou menor procedência das razões de mérito arguidas pela parte. *Il processo si fa per dare ragione a chi ha ragione davvero*,[59] não a quem pretende tê-la.

Por isso mesmo que o processo é autônomo e não sujeito ou subordinado à precisa existência de um direito material, a atividade jurisdicional se desdobra em dois tempos diferentes: "o juiz – ensina Bülow – tem que decidir não só sobre a existência do direito controvertido, mas também, para conhecê-lo,

examinar se concorrem os requisitos de existência do próprio processo".[60] (Sobre os "presssupostos processuais", veja-se adiante o nº 54.)

45. Espécies de processo

Em todo processo há declaração de direito, ainda que em caráter negativo, pois, conforme adverte Lent, "a primeira tarefa do juiz, antes de ordenar a coação estatal, é a de verificar o *que é direito*".[61]

Primeiramente, declara-se a verdadeira situação jurídica, para depois realizá-la.

Mas, consoante a posição em que se acham as partes, diante do conflito de interesses, o processo realiza missão diferente. Da diversidade de fins visados pelo procedimento, decorre também uma diferença de estrutura e atuação processual. Se há uma pretensão jurídica contestada, compõe-se o litígio declarando a vontade concreta da lei através do processo de *cognição* ou de *conhecimento*. Acerta-se, assim, pela sentença, "a efetiva situação jurídica das partes".[62]

Quando, porém, há certeza prévia do direito do credor e a lide se resume na insatisfação do crédito, o processo limita-se a tomar conhecimento liminar da existência do título do credor, para, em seguida, utilizar a coação estatal sobre o patrimônio do devedor, e, independentemente da vontade deste, realizar a prestação a que tem direito o primeiro. Trata-se do processo de *execução*.

Outras vezes, o processo é utilizado, não para uma solução definitiva da controvérsia estabelecida em torno da relação jurídica material que envolve as partes, mas apenas para prevenir, em caráter emergencial e provisório, a situação da lide contra as alterações de fato ou de direito que possam ocorrer antes que a solução de mérito seja prestada pela Justiça. Surge, então, o processo *cautelar*.

Todo processo tende a um *provimento* (ou providência) do órgão judicial, com que se realiza a satisfação do direito à prestação jurisdicional. No processo de conhecimento esse provimento é a sentença; no processo de execução, é a medida prática (concreta, material) com que se realiza a prestação correspondente ao direito do credor; no processo cautelar é qualquer medida prática com que se afasta a situação de perigo em que o processo principal se vê envolvido.

46. Funções do processo

Há processo não apenas quando se conhece e se executa, mas também quando a atividade judicial se limita ao plano da definição dos requisitos necessários à prestação jurisdicional, mesmo porque não há outro meio de estabelecerem-se as condições para o exercício regular do direito de ação. Assim, é possível nascer e extinguir-se um processo sem chegar-se à solução do litígio. Basta que a sentença dê pela carência de ação (art. 267).

Diante do exposto, o processo desempenha, ordinariamente, três funções distintas:

1ª)de verificar a efetiva situação jurídica das partes (processo de cognição);

2ª) de realizar efetivamente a situação jurídica apurada (processo de execução); e

3ª) de estabelecer as condições necessárias para que se possa, num ou noutro caso, pretender a prestação jurisdicional (condições da ação).[63]

Na maioria dos casos, o processo refere-se a uma situação hipotética de violação de direito que se afirma já ocorrida, como o dano no ato ilícito ou o inadimplemento nas obrigações convencionais. Mas há hipóteses em que sua aplicação se faz preventivamente, para precatar o interesse da parte do risco a que se acha exposta, de sofrer danos antes que se possa obter uma composição definitiva do litígio. Surge, então, o processo *cautelar*, tal qual remédio preventivo e provisório, como um *tertium genus* entre a cognição plena e a execução forçada.

Pode-se, finalmente, perante esse quadro geral, classificar o processo em três espécies distintas, conforme a tutela jurisdicional posta à disposição das partes:

1) Processo de *cognição*;

2) Processo de *execução*; e

3) Processo *cautelar*.

47. Independência dos processos

As atividades jurisdicionais de cognição e execução são independentes entre si, no sentido de que a primeira não é necessariamente preliminar da segunda. Muitas vezes, o conhecimento exaure totalmente a prestação jurisdicional, sem que haja necessidade de usar a coação estatal prática (sentenças declaratórias e constitutivas, ou adimplemento voluntário da parte após a condenação). Outras vezes, a execução forçada é instaurada sem que antes tenha havido qualquer acertamento jurisdicional acerca do direito do credor (títulos executivos extrajudiciais).[64]

Não obstante possam ser autonomamente manejados o processo de conhecimento, e o de execução, registra-se no direito moderno uma tendência muito acentuada a neutralizar ou minimizar a rígida dicotomia de funções entre os dois tipos básicos de prestação jurisdicional. Assim, medidas como a antecipação de tutela e a ação monitória permitem que numa só relação processual se realizem tanto as funções cognitivas como as executivas. O processo civil moderno assume com essa nova roupagem a natureza interdital e o juiz, então, pode decretar medidas satisfativas do direito material da parte mesmo antes de proferida a sentença definitiva sobre o mérito da causa.

Essa tendência culminou com as reformas do Código de Processo Civil que eliminaram a execução das sentenças condenatórias em ação autônoma e a transformou em simples ato de cumprimento do comando judicial, dentro da própria relação processual em que a condenação foi proferida. Trata-se de restauração da antiga *executio per officium iudicis* para substituir a inconveniente e pouco prática *actio iudicati*. Processo de execução, em ação autônoma, portanto, somente subsiste para os títulos executivos extrajudiciais.

Quanto ao processo cautelar, não obstante sua instrumentalidade perante outros processos a cuja eficácia visa servir, também não é ausente a característica da autonomia da atividade jurisdicional nele desenvolvida.

Assim é que o deferimento da medida cautelar pretendida pela parte não influi em nada na solução do processo principal, ou de mérito; nem tampouco a sucumbência na pretensão de segurança preventiva afeta o julgamento da lide (art. 810).

Na verdade, o que se decide na ação cautelar é apenas se houve ou não risco para a efetividade ou utilidade do processo principal, e nunca se a parte tem ou não o direito subjetivo material que pretende opor à outra parte.

A solução da lide fica inteiramente reservada para a função jurisdicional de cognição ou de execução, de maneira que, qualquer que seja a decisão do processo cautelar, não há reflexos, nem vantajosos nem perniciosos, sobre a decisão de mérito. E é justamente nisso que reside, com toda nitidez, a autonomia do processo cautelar.[65]

47-a. Tutela ordinária e tutelas diferenciadas

O devido processo legal subordina a prestação jurisdicional a um rito que, antes de satisfazer o direito material do litigante vitorioso, esgote a garantia do contraditório e ampla defesa. Dessa maneira, somente após o acertamento do

direito por decisão transitada em julgado é que se tornam possíveis os atos de execução contra o patrimônio do sucumbente.

Como, no entanto, o direito processual está comprometido com a rápida e eficiente tutela dos direitos subjetivos lesados ou ameaçados (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII), nem sempre o itinerário longo e demorado do procedimento ordinário se revela adequado a realizar sua importante missão (justiça tardia quase sempre se traduz em injustiça). Nota-se no direito processual moderno uma forte tendência a criar *procedimentos diferenciados* para fugir dos inconvenientes da tutela tardonha e propiciar ao jurisdicionado provimento compatível com as necessidades da fiel realização do direito material.

Esses procedimentos *diferenciados* constam de várias medidas, que tanto podem corresponder à criação de ritos mais simples (sumários, em função do valor e da singeleza da relação material litigiosa) como à redução das questões a serem deduzidas pelo autor e pelo réu (ações especiais como o mandado de segurança e as execuções de títulos extrajudiciais exigem prova pré-constituída, e, praticamente, eliminam a fase instrutória em juízo). Outras vezes, dentro do próprio rito ordinário, fases procedimentais são descartadas por desnecessárias e incompatíveis com o princípio da celeridade processual (é o que se passa, por exemplo, em incidente como a revelia, a falta de impugnação especificada na resposta do réu aos fatos narrados pelo autor, o julgamento antecipado da lide). Há, ainda, a tentativa de eliminar o contraditório e o acertamento próprio do processo de conhecimento, franqueando ao autor o acesso direto à atividade executiva e tornando eventual o debate dialético da causa, porque sua instauração somente ocorrerá se o réu o provocar (é o que se passa com a execução dos títulos extrajudiciais e com a ação monitória).

De outro lado, aumentam os casos em que, a exemplo dos interditos romanos, não se faz o desdobramento da prestação jurisdicional em dois processos distintos, um para definir o direito da parte (processo de conhecimento) e outro para realizar materialmente a prestação a que tem direito (processo de execução). Numa só relação processual o juiz proporciona a definição e realização do direito subjetivo lesado. São os procedimentos executivos *lato sensu*, como as ações possessórias, as de despejo, e todas as em que a lei permite que a tutela, de alguma forma, seja antecipada, provisoriamente, ao julgamento do mérito da causa.

47-b. Tutela ordinária e tutela de urgência

Sempre que possível, o juiz não autorizará a intervenção forçada na esfera jurídica do demandado senão após o acertamento definitivo do direito do demandante, ofendido por aquele. A prestação jurisdicional observa a mesma sequência lógica da conduta do homem inteligente: primeiro conhece, depois decide e, afinal, age de acordo com a ciência da realidade e com a deliberação inteligente. Não deve o juiz, em princípio, portanto, autorizar medidas de alteração na situação jurídica patrimonial dos litigantes, antes que o acertamento, operado por meio de sentença, se torne *firme* ou *definitivo* (coisa julgada).

Não raro, porém, são os casos em que, a ter-se de aguardar a composição definitiva da lide por sentença, o provimento final da justiça se tornará vão e inútil, porque o bem disputado terá desaparecido ou a pesssoa a que era destinado já não mais terá condições de ser beneficiada pelo ato judicial. Outras vezes, é o direito material mesmo que reclama usufruição imediata, sob pena de não poder fazê-lo o respectivo titular, se tiver de aguardar o estágio final, ulterior à coisa julgada.

Para estas duas situações, o direito processual moderno concebeu uma *tutela jurisdicional diferenciada*, que recebe o nome de *tutela de urgência*, desdobrada, no direito brasileiro, em duas espécies distintas: *a*) a *tutela cautelar*, que apenas preserva a utilidade e eficiência do futuro e eventual provimento; e *b*) a *antecipação de tutela*, que, por meio de liminares ou de medidas incidentais, permite à parte, antes do julgamento definitivo de mérito, usufruir, provisoriamente, do direito subjetivo resistido pelo adversário.

No campo das medidas cautelares, tomam-se providências *conservativas*, apenas, dos elementos do processo, assegurando, dessa forma, a futura execução do que a sentença de mérito venha a determinar. Já no âmbito da tutela antecipatória, entram medidas que permitem a imediata satisfação da pretensão (direito material) da parte, embora em caráter provisório e revogável. Para valer-se da tutela cautelar, basta ao litigante demonstrar uma aparência de direito (*fumus boni iuris*) e o receio fundado de um dano iminente e de difícil reparação (*periculum in mora*). Mas, para alcançar a satisfação antecipada do direito material, a lei exige da parte a *prova inequívoca* tendente a um imediato juízo de verossimilhança, além do perigo de dano iminente, ou, alternativamente, o abuso de direito de defesa por parte do réu (art. 273).

As medidas de urgência, seja na tutela cautelar, seja na tutela antecipada, apresentam-se sempre como excepcionais e não como mera faculdade da parte ou do juiz. Não podem ser recusadas, quando presentes os seus pressupostos legais e configuram abuso de direito ou de poder, quando promovidas fora dos

condicionamentos rigorosos da lei.

47-c. Tutela sancionatória e tutela inibitória

A noção mais antiga da jurisdição a focalizava como veículo de reparação das lesões causadas aos direitos subjetivos. A função típica do processo seria a de restaurar os direitos violados.

O certo, porém, é que à jurisdição não cabe apenas reparar o malfeito. Cumpre-lhe, igualmente, impedir que o mal ameaçado se consume. As modernas tarefas a cargo do Judiciário compreendem, acima de tudo, atividades de pacificação social, de sorte que, para atingir tal desiderato, não é preciso esperar que a lesão jurídica ocorra para depois atuar a jurisdição repressiva. Quase sempre se revela mais prático e conveniente prevenir-se contra as possibilidades de dano injusto. A garantia de acesso à Justiça, que a Constituição insere entre os direitos fundamentais, é a de que nenhuma *lesão* ou *ameaça* a direito será subtraída ao conhecimento do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). Logo, a justiça assegurada a todos compreende, por preceito constitucional, tanto os remédios processuais repressivos como os preventivos.

Há um dever geral, na vida civilizada, de não lesar direito algum de outrem. Criada, portanto, uma situação concreta de risco de dano a algum possível direito subjetivo, haverá de o Judiciário acolher a pretensão de sua tutela preventiva, para, na medida do possível, impedir que a ameaça se convole em dano jurídico.

A ideia de uma tutela preventiva não é nova, pois já desde remota antiguidade se conhecia, no âmbito da posse, o interdito proibitório, como remédio para vedar a consumação de ameaça de esbulho ou turbação. O que modernamente se concebeu foi a generalização desse tipo de tutela jurisdicional, de modo a proporcionar provimentos jurisdicionais inibitórios de qualquer ameaça de agressão injusta.

O expediente processual adequado para esse tipo de tutela é o processo de conhecimento dentro da sistemática traçada para o acertamento e realização das obrigações de fazer e não fazer (art. 461). Ao litigante, portanto, cabe o direito a providências inibitórias definitivas, assim como antecipadas, quando presentes os requisitos da tutela (arts. 273 e 461, § 3º). Com ele se impede, com a intervenção judicial, o descumprimento da obrigação de não lesar o direito de outrem.

No âmbito da repressão cabível insere-se, ordinariamente, a ação de feitio cominatório, consistente em vedar a prática nociva sob cominação de multa

(“astreinte”). Para dar efetividade a essa interdição, pode o juiz valer-se de quaisquer outros expedientes complementares, como busca e apreensão de coisas e materiais, interdição de *atividade* ou de estabelecimento, destruição de produtos e matéria-prima, demolição de obras etc. (art. 461, § 5º).

O emprego da tutela inibitória presta-se para a repressão das ameaças tanto de dano material como moral; e sua invocação pode ocorrer isoladamente ou em concurso com a tutela ressarcitória. Na hipótese de ameaça de concorrência desleal ou de campanha difamatória, a vítima pode demandar, antes de qualquer dano concreto, a proibição da atividade nociva prestes a iniciar-se. Se a prática já estiver em curso e apresentar-se como continuativa, o ofendido poderá cumular, num só processo, a demanda de indenização para os prejuízos já suportados, cumulada com o pedido de proibição de continuar o agente com sua sequência de agressões injustas.

§ 7º AÇÃO

Sumário: 48. O monopólio estatal da justiça. 49. A ação: direito subjetivo à prestação jurisdicional. 50. Autonomia do direito de ação. 51. A evolução do conceito de ação. 51-a. Prestação jurisdicional e tutela jurisdicional. 51-b. A constitucionalização do direito de ação. Restauração do conceito de ação de direito material. 52. Condições da ação. 53. Enumeração e conceituação das condições da ação. 53-a. Condições da ação estatuídas pelo Código de Processo Civil. 53-b. Limites temporais da apreciação das condições de ação. 54. Pressupostos processuais. 54-a. Inter-relacionamento entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. 54-b. Os pressupostos processuais e a nulidade do processo. 55. Classificação das ações. 55-a. Ação e pretensão. 55-b. Ação e causa. 55-c. Elementos identificadores da causa. 56. A defesa do réu. 57. Espécies de resposta.

48. O monopólio estatal da justiça

Ao vetar a seus súditos fazer justiça pelas próprias mãos e ao assumir a *jurisdição*, o Estado não só se encarregou da tutela jurídica dos direitos subjetivos privados, como se obrigou a prestá-la sempre que regularmente invocada, estabelecendo, de tal arte, em favor do interessado, a faculdade de requerer sua intervenção sempre que se julgue lesado em seus direitos.[66]

Do monopólio da justiça decorreram duas importantes consequências, portanto:

a) a obrigação do Estado de prestar a tutela jurídica aos cidadãos;[67] e

b) um verdadeiro e distinto direito subjetivo – o direito de ação – oponível ao Estado-juiz,[68] que se pode definir como o *direito à jurisdição*.[69]

49. A ação: direito subjetivo à prestação jurisdicional

A parte, frente ao Estado-juiz, dispõe de um *poder jurídico*, que consiste na faculdade de obter a tutela para os próprios direitos ou interesses, quando lesados ou ameaçados, ou para obter a definição das situações jurídicas controvertidas. É o direito de ação, de natureza pública, por referir-se a uma atividade pública, oficial, do Estado.

"O exercício da ação colima, pois, um ato de jurisdição da parte do Estado;

ao exigir o cumprimento de uma obrigação, aspira-se, em última análise, que o devedor entregue algo de seu patrimônio, preste um fato, ou que se esclareça uma situação incerta; mas, sob o ponto de vista processual, o que se pretende é o restabelecimento da ordem jurídica, circunstância que caracteriza esta função de direito público."[70]

"A ação é, portanto, o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional", na lição de Liebman.[71]

Exerce-a, na verdade, não apenas o autor, mas igualmente o réu, ao se opor à pretensão do primeiro e postular do Estado um provimento contrário ao procurado por parte daquele que propôs a causa, isto é, a declaração de ausência do direito subjetivo invocado pelo autor.

Assim, como é lícito ao autor propor uma ação declaratória negativa, e isto reconhecidamente é exercício do direito de ação, que é autônomo e abstrato, o mesmo se passa quanto ao réu, que ao contestar o pedido do autor nada mais faz do que pretender uma sentença declaratória negativa. E é, justamente, isto que obtém quando o pedido do autor é declarado improcedente.

Esse aspecto bifrontal do direito de ação acha-se modernamente muito bem definido e caracterizado pelo direito francês, no art. 30 do *Nouveau Code de Procédure Civile* (Dec. nº 75.1.123, de 5 de dezembro de 1975, onde se dispôs que:

> "*L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée*."
>
> "*Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention*."

Logo, tanto para o autor como para o réu, a ação é o direito a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, fazendo desaparecer a incerteza ou a insegurança gerada pelo conflito de interesses, pouco importando qual seja a solução a ser dada pelo juiz. Essa bilateralidade do direito de ação fica bem evidente quando a lei não permite ao autor pôr fim ao processo sem resolução do mérito, por meio de desistência da ação, sem o assentimento do réu, se já ocorreu a sua citação (CPC, art. 267, § 4º)[72].

50. Autonomia do direito de ação

O direito subjetivo, que o particular tem contra o Estado e que se exercita através da ação, não se vincula ao direito material da parte, pois não pressupõe que aquele que o maneje venha a ganhar a causa. Mesmo o que ao final do processo não demonstra ser titular do direito substancial que invocou para movimentar a máquina judicial, não deixa de ter exercido o direito de ação e de ter obtido a prestação jurisdicional, isto é, a definição estatal da vontade concreta da lei.[73]

Com essa concepção do direito de ação, estabelece-se uma nítida diferença entre o direito subjetivo substancial e o direito subjetivo processual (ação), pois, enquanto o primeiro tem por objeto uma prestação do devedor, a ação visa, por seu lado, a provocar uma atividade do órgão judicial. Além disso, o direito substancial, que se dirige contra a parte adversária, ordinariamente, é de natureza privada, e a ação, que se volta contra o Estado, tem, por isso mesmo, natureza pública.

Enfim e acima de tudo, a ação é um direito *abstrato* (direito à composição do litígio), que atua independentemente da existência ou inexistência do direito substancial que se pretende fazer reconhecido e executado.[74] Em outras palavras, "o exercício da ação não fica vinculado ao resultado do processo".[75] É, assim, e apenas, o direito à prestação jurisdicional, direito instrumental, com que se busca a tutela jurídica, como já restou demonstrado.

51. A evolução do conceito de ação

A conceituação do direito de ação nem sempre foi a mesma ao longo da história do direito processual.

Desde o direito romano até o século passado, considerava-se a ação, sob o ponto de vista civilístico, como simples aspecto do direito material da parte. Nada mais era a ação para os clássicos do que o próprio direito substantivo reagindo contra sua violação. Era, em outras palavras, "o direito de demandar perante os tribunais o que nos pertence, ou nos é devido.[76]

Assim, entendia-se que não podia haver ação sem direito, nem direito sem ação, como ensinava Savigny, e como ficou constando do art. 75 do nosso Código Civil de 1916.[77]

Em meados do século XIX, porém, célebre polêmica entre os renomados romanistas Windscheid e Muther acabou por demonstrar que são realidades distintas o direito lesado e a ação, pois esta cria, a par do direito subjetivo material da parte prejudicada, dois outros direitos públicos: *a*) um, para o

ofendido, que é o direito à tutela jurisdicional, e que é dirigido contra o Estado; e *b*) outro, para o próprio Estado, que é o direito de eliminar a lesão jurídica, e que se volta contra a parte que a causou.

Surgiu, assim, no consenso quase unânime da doutrina europeia a concepção de *autonomia* do direito de ação.[78]

A partir da nova visão do direito de ação, formaram-se duas correntes, ambas fundadas em sua autonomia:

a) a que o considerava como um *direito autônomo e concreto*; e

b) a que o classificava como *direito autônomo e abstrato*.

Para os defensores da ação como direito concreto à tutela jurisdicional, este direito público subjetivo, embora diverso do direito material lesado, só existe quando também exista o próprio direito material a tutelar. A ação seria, então, o direito à sentença favorável, isto é, o direito público voltado contra o Estado, de obter uma proteção pública para o direito subjetivo material. Seus grandes defensores foram, entre outros, Wach, Bülow, Hellwig e Chiovenda.

A partir, porém, de Degenkolb e Plósz, a doutrina dominante passou a ver na ação um *direito abstrato* de agir em juízo.

Para essa teoria, o direito de ação é o direito à composição do litígio pelo Estado, que, por isso, não depende da efetiva existência do direito material da parte que provoca a atuação do Poder Judiciário. Mesmo quando a sentença nega a procedência do pedido do autor, não deixa de ter havido ação e composição da lide. É, assim, suficiente, para o manejo do direito público de ação, que o autor invoque um interesse abstratamente protegido pela ordem jurídica.

É com referência a esse hipotético direito do autor que o Estado está obrigado a exercer a atividade jurisdicional e a proferir uma decisão, que tanto poderá ser favorável como desfavorável. “Sendo a ação dirigida ao Estado, é ele o sujeito passivo de tal direito.”[79]

Daí por que, modernamente, prevalece a conceituação da ação como um *direito público subjetivo* exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da prestação jurisdicional, pouco importando seja esta de amparo ou desamparo à pretensão de quem o exerce. É, por isso, *abstrato*. E, ainda, é *autônomo*, porque pode ser exercitado sem sequer relacionar-se com a existência de um direito subjetivo material, em casos como o da ação declaratória negativa. É, finalmente, *instrumental*, porque se refere sempre a decisão a uma pretensão ligada ao direito material (positiva ou negativa).[80]

Em suma: a autonomia do direito de ação consiste em ser ele outro direito, distinto do direito material disputado entre os litigantes; e sua abstração se dá

pelo fato de poder existir independente da própria existência do direito material controvertido.[81]

51-a. Prestação jurisdicional e tutela jurisdicional

Todo titular de direito subjetivo lesado ou ameaçado tem acesso à Justiça para obter, do Estado, a tutela adequada (CF, art. 5º, XXXV), a ser exercida pelo Poder Judiciário. Nisso consiste a denominada *tutela jurisdicional*, por meio da qual o Estado assegura a manutenção do império da ordem jurídica e da paz social nela fundada.

Como para usar o processo e chegar à resposta jurisdicional não se exige da parte que seja sempre o titular do direito subjetivo litigioso (tanto que a sentença de mérito pode ser contrária ao interesse de quem provocou a atuação da jurisdição), o provimento da justiça nem sempre corresponderá à *tutela jurisdicional* a algum direito. Sempre, no entanto, haverá uma *prestação jurisdicional*, porque, uma vez exercido regularmente o direito de ação, não poderá o juiz recusar-se a exarar a sentença de mérito, seja favorável ou não àquele que o exercitou.

Distingue-se, portanto, a prestação jurisdicional da tutela jurisdicional, visto que esta só será prestada a quem realmente detenha o direito subjetivo invocado, e aquela independe da efetiva existência de tal direito.

51-b. A constitucionalização do direito de ação. Restauração do conceito de ação de direito material

Se, modernamente, o direito de ação assumiu dimensão de direito fundamental previsto na Constituição (art. 5º, nº XXXV), no plano processual – como adverte COMOGLIO –, perdeu relevância a dogmática centrada na ação como algo autônomo e tecnicamente distinto do poder de propor em juízo a demanda de tutela estatal para o direito subjetivo material, ou para resguardo de uma situação de vantagem apoiada na ordem jurídica substancial. Hoje, para o processualista italiano, "os únicos problemas que no processo mantêm uma relevância fundamental são os relativos à *efetividade* e à *maleabilidade variável das formas de tutela* (ou, se se prefere, dos tipos de remédios jurisdicionais), que podem ser deferidos, a pedido, pelo juiz provocado".[82]

Apontada a garantia constitucional de tutela jurisdicional efetiva para a proteção do direito subjetivo substancial contra qualquer lesão ou ameaça a

direito,[83] a aproximação entre direito e processo torna-se íntima e traz como consequência, inclusive, uma nova interpretação do *direito de ação*, que hoje se encontra plasmado nas mais diversas constituições.[84]

Do compromisso da prestação jurisdicional com a *efetividade* do direito material no plano constitucional, advém a possibilidade de divisar mais de um sentido para o direito de ação, ou seja: é possível entrever uma ação processual, como "o direito público e subjetivo imediato de exercer contra o Estado a pretensão à tutela jurídica" (ou, mais precisamente, à *prestação jurisdicional*); e uma *ação material*, como o mecanismo de realização da pretensão de direito material que atua na falta de colaboração espontânea do obrigado, ensejando meio de sujeitá-lo, através do poder coercitivo do Estado, ao cumprimento da prestação devida.[85]

Desta maneira, sem negar a construção da teoria processual do direito de ação, como algo distinto do direito subjetivo material disputado no processo, restabelece-se a antiga visão romanística de que a todo direito corresponde uma ação que o protege e assegura, sempre que sofre ameaça ou lesão. São duas realidades jurídicas distintas, portanto: o direito à *prestação jurisdicional* (ação processual) e o direito à *tutela jurisdicional* (ação material). O último exercita-se, *in concreto*, por meio da ação processual; esta, porém, pode ser exercida, sem que afinal se reconheça ao demandante o direito à tutela jurisdicional. A parte, diante do conflito jurídico, tem sempre a *ação processual*, que é autônoma e abstrata, mas nem sempre tem a *ação material*, que se apresenta como *concreta*, sem embargo de configurar direito distinto daquele em prol do qual se realiza a tutela estatal.

Como o direito processual de ação está destinado a realizar a tutela jurisdicional, sempre que exercido de forma procedente, é necessário que o aparelhamento dos remédios procedimentais se mostre sempre adequado para implementar a garantia e proteção do direito subjetivo, caso afinal se reconheça a procedência da demanda. É nesse sentido que, na moderna perspectiva do direito constitucional de acesso à justiça, o mais relevante, na técnica processual, é, como adverte COMOGLIO, a exigência de adequação dos instrumentos utilizados pela jurisdição à efetividade da proteção e realização dos direitos subjetivos materiais envolvidos em litígios.

É por isso, em torno da instrumentalidade e efetividade dos remédios processuais, que se há de desenvolver a doutrina do processo de nosso tempo. A concretude ou abstração do direito de ação, se no passado desempenhou papel importante na dogmática e evolução do direito processual civil, hoje é tema

secundário, dentro da função constitucional atribuída à jurisdição.

52. Condições da ação

Porque a prestação jurisdicional não pode ser feita de pronto e sem a participação da outra parte interessada, nem tampouco sem a necessária instrução do julgador, impõe-se uma atividade dos interessados perante o órgão judicial que compreende, do lado das partes, a alegação de fatos, sua prova e a demonstração do direito; e, do lado do juiz, corresponde à recepção das provas, sua apreciação e a determinação da norma abstrata que deve ser concretizada para solucionar a espécie controvertida, bem como sua efetiva aplicação ao caso dos autos.

Essa série de atos, praticados pela parte e pelo juiz, que se segue à propositura da ação e vai até o provimento jurisdicional que satisfaça a tutela jurídica a que tem direito o titular da ação, forma, em seu conjunto e complexidade, o processo.

Do exposto é fácil concluir, como Ramiro Podetti, que *jurisdição, processo e ação* são três elementos indissoluvelmente ligados e que representam a trilogia estrutural dos conceitos básicos ou fundamentais do direito processual civil.[86]

Mas a prestação jurisdicional realizada através do processo e em resposta à ação não é dispensada à parte como simples assessoramento consultivo ou acadêmico; pressupõe, ao contrário, uma situação concreta litigiosa a dirimir em que o manejador do direito de ação tenha realmente interesse tutelável.

Sendo um método ou sistema, o processo subordina-se a requisitos e condições indispensáveis à sua própria existência e eficácia.

Não se pode alcançar, como é óbvio, a prestação jurisdicional mediante qualquer manifestação de vontade perante o órgão judicante. Tem-se, primeiro, que observar os requisitos de estabelecimento e desenvolvimento válidos da relação processual, como a capacidade da parte, a representação por advogado, a competência do juízo e a forma adequada do procedimento.

Inatendidos esses pressupostos, não há viabilidade de desenvolver-se regularmente o processo, que, assim, não funcionará como instrumento hábil à composição do litígio ou ao julgamento do mérito da causa. Os pressupostos processuais atuam, portanto, no plano da *validade* da relação processual.

Mas, para que o processo seja eficaz para atingir o fim buscado pela parte, não basta, ainda, a simples validade jurídica da relação processual regularmente estabelecida entre os interessados e o juiz. Para atingir-se a prestação

jurisdicional, ou seja, a solução do mérito, é necessário que a lide seja deduzida em juízo com observância de alguns requisitos básicos, sem cuja presença o órgão jurisdicional não estará em situação de enfrentar o litígio e dar às partes uma solução que componha definitivamente o conflito de interesses.

É que, embora abstrata, a ação não é genérica, de modo que, para obter a tutela jurídica, é indispensável que o autor demonstre uma pretensão idônea a ser objeto da atividade jurisdicional do Estado. Vale dizer: a existência da ação depende de alguns requisitos constitutivos que se chamam "condições da ação", cuja ausência, de qualquer um deles, leva à "carência de ação",[87] e cujo exame deve ser feito, em cada caso concreto, preliminarmente à apreciação do mérito, em caráter prejudicial. Advirta-se, porém, que as condições da ação não foram instituídas para que o juiz, com base nelas, afirme ou negue o direito material que a parte pretende fazer atuar em juízo, mas apenas como uma etapa intermediária entre a propositura válida do processo e o final provimento judicial, este sim, destinado a compor o conflito de direito material travado entre os litigantes.

Nessa ordem de ideias, *condições* ou *requisitos* da ação, como os conceitua Arruda Alvim, "são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei (como é claramente o caso do direito vigente), mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final".[88] As condições da ação, de tal sorte, operam no plano da *eficácia* da relação processual.

Por conseguinte, à falta de uma condição da ação, o processo será extinto, prematuramente, sem que o Estado dê resposta ao pedido de tutela jurisdicional do autor, isto é, sem julgamento de mérito (art. 267, nº VI). Haverá ausência do direito de ação, ou, na linguagem corrente dos processualistas, ocorrerá *carência de ação*.

Fala-se, portanto, em ausência ou carência de ação no sentido técnico de falta do direito ao provimento de mérito. Isto, no entanto, não quer dizer que, pelo fato do decreto de carência de ação, não tenha havido processo e exercício da função jurisdicional. O autor provocou a jurisdição e foi ouvido em juízo. Por não concorrerem as condições técnicas para a tutela pretendida, o órgão judicial encerrou prematuramente a relação processual – que era *válida*, mas *não eficaz* –, antes de enfrentar o *mérito* da causa. Este pronunciamento, entretanto, já era, em si, um ato de jurisdição, pois ao processo compete não só propiciar instrumento à realização da tutela jurisdicional, como de controle da necessidade ou cabimento da tutela efetivamente pretendida pela parte, segundo as regras

técnicas do devido processo legal.

53. Enumeração e conceituação das condições da ação

Não é pacífica, na doutrina, a questão pertinente à determinação da natureza jurídica das condições da ação. Há correntes que as assimilam ao próprio mérito da causa, de sorte que só haveria, concretamente, o binômio *pressupostos processuais-mérito*. Outras colocam as condições da ação numa situação intermediária entre os pressupostos processuais e o mérito da causa, formando um trinômio entre as três categorias do processo.

Nosso Código optou, claramente, pela teoria do "trinômio", acolhendo, de forma expressa, em sua sistemática, as três categorias fundamentais do processo moderno, como entes autônomos e distintos, quais sejam, os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito da causa.

Mérito da causa é, para o Código, a própria lide, e sentença de mérito é aquela que dê solução definitiva ao litígio, isto é, que julgue procedente ou improcedente o pedido formulado pelo autor.

Assim posto o problema, parece-nos que foi muito feliz a opção do legislador brasileiro, pois a melhor e mais atualizada doutrina é, sem sombra de dúvida, a que se filia ao aludido "trinômio".

Como bem destaca Ada Pellegrini Grinover, "o fenômeno da carência de ação nada tem a ver com a existência do direito subjetivo afirmado pelo autor, nem com a possível inexistência dos requisitos, ou pressupostos, da constituição da relação processual válida. É situação que diz respeito apenas ao exercício do direito de ação e que pressupõe a autonomia desse direito".[89]

Por isso mesmo, "incumbe ao juiz, antes de entrar no exame do mérito, verificar se a relação processual que se instaurou desenvolveu-se regularmente (*pressupostos processuais*) e se o direito de ação pode ser validamente exercido, no caso concreto (*condições da ação*)".[90]

Como se vê, tanto os pressupostos processuais como as condições da ação são exigências ou requisitos preliminares, cuja inobservância impede o juiz de ter acesso ao julgamento do mérito. São verdadeiras questões prejudiciais de ordem processual e que, por isso mesmo, não se podem confundir com o mérito da causa, já que nada têm a ver com a justiça ou injustiça do pedido ou com a existência ou inexistência do direito material controvertido entre os litigantes.

Fixados esses conceitos, importantes consequências práticas resultam para os julgamentos que ponham fim ao processo, enfrentando ou não o mérito da causa.

Assim a sentença será de natureza e efeitos diversos, conforme acolha matéria ligada aos pressupostos processuais, às condições da ação, ou ao mérito.

Com efeito:

a) o reconhecimento da ausência de pressupostos processuais leva ao impedimento da instauração da relação processual ou à nulidade do processo;

b) o da ausência das condições da ação redunda em declaração de carência de ação; e

c) o da ausência do direito material subjetivo conduz à declaração judicial de improcedência do pedido, e não da ação, como é de praxe viciosa e corriqueira na linguagem forense. Isto porque, uma vez admitida a ação (ou seja, uma vez presentes as *condições da ação*), nunca poderá ser ela considerada improcedente, posto que sua existência independe do direito material disputado, como já se demonstrou.

Para aqueles que, segundo as mais modernas concepções processuais, entendem que a ação não é o direito *concreto* à sentença *favorável*, mas o poder jurídico de obter uma *sentença de mérito*, isto é, sentença que componha definitivamente o conflito de interesses de pretensão resistida (*lide*), as *condições da ação* são três:

1ª) possibilidade jurídica do pedido;

2ª) interesse de agir;

3ª) legitimidade de parte.

53-a. Condições da ação estatuídas pelo Código de Processo Civil

Ao abrir a sistematização do processo civil brasileiro, o Código estatuiu apenas duas condições para o exercício do direito de ação: a legitimidade ad causam e o interesse de agir.[91] Mas, ao prever os casos de extinção do processo por falta de condições da ação, arrolou também a possibilidade jurídica do pedido, como um dos requisitos do direito de ação.[92] Analisaremos, portanto, essas três condições de procedibilidade em juízo.

I – Pela *possibilidade jurídica*, indica-se a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação.[93] Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico.[94]

Predomina na doutrina o exame da possibilidade jurídica sob o ângulo de

adequação do pedido ao direito material a que eventualmente correspondesse a pretensão do autor. Juridicamente impossível seria, assim, o pedido que não encontrasse amparo no direito material positivo.

Allorio, no entanto, demonstrou o equívoco desse posicionamento, pois o cotejo do pedido com o direito material só pode levar a uma solução de mérito, ou seja, à sua *improcedência*, caso conflite com o ordenamento jurídico, ainda que a pretensão, *prima facie*, se revele temerária ou absurda.[95]

Diante dessa aguda objeção, impõe-se restringir a possibilidade jurídica do pedido ao seu aspecto processual, pois só assim estaremos diante de uma verdadeira *condição da ação*, como requisito prévio de admissibilidade do exame da questão de mérito.

Com efeito, o pedido que o autor formula ao propor a ação é dúplice: 1º, o pedido *imediato*, contra o Estado, que se refere à tutela jurisdicional; e 2º, o pedido *mediato*, contra o réu, que se refere à providência de direito material.

A possibilidade jurídica, então, deve ser localizada no pedido *imediato*, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor. Assim, um caso de impossibilidade jurídica do pedido poderia ser encontrado no dispositivo legal que não admite a cobrança em juízo de dívida de jogo, embora seja válido o pagamento voluntário feito extrajudicialmente (Código Civil, art. 814).[96]

Como se vê, o tratamento jurídico da mesma questão nos dois planos (material e processual) é completamente diverso, porque apenas perante a justiça o credor não poderá exercer a pretensão a pagamento do débito oriundo do jogo ou aposta. A restrição, portanto, é endereçada ao conteúdo do pedido *imediato*, isto é, à instauração de processo. Não haverá impedimento algum à satisfação da pretensão (objeto do pedido *mediato*), desde que operada no relacionamento direto entre as partes.

Essa distinção entre a impossibilidade jurídica do pedido *imediato* e a do pedido *mediato* foi, aliás, expressamente agasalhada pelo Código no art. 295, parágrafo único.

Com efeito, o inciso II do referido dispositivo considera *inepta* a petição inicial quando “da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão” (impossibilidade de direito *material*, ou do pedido *mediato*).

Já o inciso III do mesmo parágrafo declara também a *inépcia* da inicial quando “o pedido for juridicamente impossível” (impossibilidade de direito *instrumental*, ou do pedido *imediato*).

Fosse, portanto, a *impossibilidade jurídica* (condição da ação) relacionada às

regras de direito material, não teria sentido a duplicidade de disposições do artigo comentado, já que a do nº II estaria obrigatoriamente compreendida na do nº III.

Observe-se, por fim, que da exata conceituação e distinção das figuras de indeferimento da inicial ora apreciadas decorrem efeitos profundamente distintos:

a) Na primeira hipótese (inciso II), o indeferimento importará apreciação do *mérito da causa* e, com a rejeição liminar do pedido, fará, desde logo, coisa julgada material, impedindo que o autor renove o processo (exemplo: cônjuge judicialmente separado que pretendesse exigir meação em bem adquirido pelo outro consorte após a dissolução da respectiva sociedade conjugal). Equivale à verdadeira declaração de *improcedência* do pedido.

b) Na hipótese, porém, do inciso III é que teremos a apreciação de uma verdadeira *condição da ação*, pois o que o juiz vai decidir é que o pedido de tutela jurisdicional é insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, sem cogitar da sua procedência ou improcedência diante das regras substanciais da ordem jurídica. Não ocorrerá, por isso mesmo, coisa julgada material e não estará a parte impedida de voltar a propor a ação, depois de preenchido o requisito que lhe faltou na primeira oportunidade (exemplo: o locador, sem atender à condição de prévia notificação, quando exigida pela lei, propôs ação de despejo, da qual foi julgado carecedor. Nada lhe impede de voltar a juízo com a mesma ação, depois de providenciada a necessária notificação).

Cogita-se, às vezes, de impossibilidade jurídica do pedido, em situações de pretensão formulada contra regra explícita do direito material, como, por exemplo, quando o pai, na constância do pátrio poder, postule exoneração do dever de prestar alimentos aos filhos.[97] O caso, porém, não é, tecnicamente, de pedido juridicamente impossível, mas de improcedência *prima facie*, capaz de autorizar, de plano, o indeferimento da petição inicial, nos termos do art. 295, parágrafo único, inc. II.

Por último, é bom destacar que a preocupação com a conceituação da *impossibilidade jurídica*, como condição da ação, perdeu por completo a primitiva relevância. Sua inserção nessa categoria processual se deveu sobretudo à doutrina de Liebman. Acontece que, nas reedições de sua obra, a impossibilidade jurídica acabou sendo afastada, concentrando-se a categoria apenas na *legitimidade* e no *interesse*.[98] Na verdade, a dificuldade prática e teórica para encontrar casos de impossibilidade puramente processual conduziu à conclusão de que a figura se confundiria sempre ou com a improcedência do

pedido (mérito) ou com a falta de interesse (condição de procedibilidade). De fato, não há razão séria para tratar fora do mérito da causa questão como a cobrança de dívida de jogo, ou a disputa sobre herança de pessoa viva. Por outro lado, a impropriedade da via processual eleita, que às vezes se utilizava como exemplo de impossibilidade jurídica do pedido (*v.g.*, uso de mandado de segurança para defesa de direito subjetivo não revestido do requisito da liquidez e certeza), configura situação que perfeitamente pode ser tratada como pertinente à condição do *interesse*, não havendo justificativa para encerrá-la numa espécie própria.

Há, aliás, uma imprecisão e uma incerteza do legislador brasileiro acerca do tema, pois no art. 3º do CPC exige apenas o *interesse* e a *legitimidade* para justificar a propositura de ação. Já no art. 267, ao cuidar da extinção do processo sem resolução de mérito, fala em carência de ação, por "não concorrer qualquer das condições da ação, como a *possibilidade jurídica*, a *legitimidade das partes* e o *interesse processual*". A impressão que se tem é que o legislador não estava bem firme na busca de quais seriam os requisitos lógico-jurídicos que realmente deveriam condicionar o julgamento do mérito. Daí ter se valido de enumeração imprecisa, que mais deveria servir como exemplificação do que propriamente como uma enumeração taxativa de espécies distintas.

Daí que, para efeitos práticos e pedagógicos, o caminho mais recomendável é a limitação das condições da ação apenas às figuras do art. 2º, ou seja, o *interesse processual* e a *legitimidade de parte*.

II – A segunda condição da ação é o *interesse de agir*, que também não se confunde com o interesse *substancial*, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da *necessidade* de obter através do processo a proteção ao interesse substancial.[99] Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual "se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais".[100]

Localiza-se o interesse processual não apenas na *utilidade*, mas especificamente na *necessidade* do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma *necessidade*, como adverte Allorio.[101] Essa necessidade se encontra naquela situação "que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não o fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)".[102] Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação

ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação. Falta interesse, portanto, se a lide não chegou a configurar-se entre as partes, ou se, depois de configurada, desapareceu em razão de qualquer forma de composição válida.[103]

O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de *adequação* do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial.

Mesmo que a parte esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista o *interesse processual*, se aquilo que se reclama do órgão judicial não será *útil* juridicamente para evitar a temida lesão. É preciso sempre "que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto".[104] Em outras palavras:

> "Inadmissível, para o caso levado a juízo, a providência jurisdicional invocada, faltará legítimo interesse em *propor a ação*, porquanto inexiste pretensão objetivamente razoável que justifique a prestação jurisdicional requerida. *Pas d'intérêt, pas d'action*."[105]

Falta interesse, em tal situação, "porque é *inútil* a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção arguida na inicial. Haverá, pois, falta de interesse processual se, descrita determinada situação jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação".[106]

Isto poderá acontecer, *v.g.*, no caso de mandado de segurança por parte de quem não dispõe da prova documental indispensável, pois só cabe esse remédio processual quando a parte pretender tutela para direito líquido e certo (CF, art. 5º, LXIX); ou, ainda, no caso de o locador intentar a recuperação da posse do imóvel, perante o locatário, por meio de ação possessória, pois a Lei do Inquilinato prevê que, seja qual for o fundamento do término da locação, a ação para reaver o prédio é a de despejo (Lei nº 8.245, de 18.10.91, art. 5º).[107]

O interesse processual, em suma, exige a conjugação do binômio *necessidade* e *adequação*, cuja presença cumulativa é sempre indispensável para franquear à parte a obtenção da sentença de mérito. Assim, não se pode, por exemplo, postular declaração de validade de um contrato se o demandado nunca a questionou (*desnecessidade* da tutela jurisdicional), nem pode o credor, mesmo legítimo, propor ação de execução, se o título de que dispõe não é um título

executivo na definição da lei (*inadequação* do remédio processual eleito pela parte).

O interesse tutelável, por outro lado, pode referir-se a qualquer prestação que se possa exigir, juridicamente, do réu, assim como:

a) *a condenação a pagar, dar, fazer ou não fazer*;

b) a constituição de uma nova situação jurídica;

c) a realização prática de uma prestação devida pelo réu;

d) alguma medida de prevenção contra alterações na situação litigiosa que possam tornar ineficaz a prestação jurisdicional definitiva.

Admite, outrossim, o art. 4º de nosso Código, na esteira da legislação processual civil mais atualizada do Ocidente, que o interesse do autor pode limitar-se à *declaração* da existência ou da inexistência de relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de documento.[108]

III – Por fim, a terceira condição da ação, a *legitimidade (legitimatio ad causam*), é a titularidade ativa e passiva da ação, na linguagem de Liebman.[109] "É a pertinência subjetiva da ação."[110]

Parte, em sentido processual, é um dos sujeitos da relação processual contrapostos diante do órgão judicial, isto é, aquele que pede a tutela jurisdicional (autor) e aquele em face de quem se pretende fazer atuar dita tutela (réu). Mas, para que o provimento de mérito seja alcançado, para que a lide seja efetivamente solucionada, não basta existir um sujeito ativo e um sujeito passivo. É preciso que os sujeitos sejam, de acordo com a lei, *partes legítimas*, pois se tal não ocorrer o processo se extinguirá sem resolução do mérito (art. 267, VI).

Entende o douto Arruda Alvim que "estará legitimado o autor quando for o *possível* titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença".[111]

A lição, *data maxima venia*, impregna-se excessivamente do conteúdo da relação jurídica material deduzida em juízo, e não condiz bem com a ideia de direito autônomo e abstrato que caracteriza, modernamente, a ação como o direito à composição definitiva da lide.

Se a lide tem existência própria e é uma situação que justifica o processo, ainda que injurídica seja a pretensão do contendor, e que pode existir em situações que visam mesmo a negar *in totum* a existência de qualquer relação jurídica material, é melhor caracterizar a legitimação para o processo com base nos elementos da lide do que nos do direito debatido em juízo.

Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.[112] Essa legitimação, que corresponde à regra geral do processo civil, recebe da doutrina a denominação de *legitimação ordinária*. Sua característica básica é a coincidência da titularidade processual com a titularidade hipotética dos direitos e obrigações em disputa no plano do direito material.[113]

De par com a legitimação *ordinária*, ou seja, a que decorre da posição ocupada pela parte como sujeito da lide, prevê o direito processual, em casos excepcionais, a legitimação *extraordinária*, que consiste em permitir-se, em determinadas circunstâncias, que a parte demande em nome próprio, mas na defesa de interesse alheio. Ressalte-se, porém, a excepcionalidade desses casos que, doutrinariamente, se denominam "substituição processual", e que podem ocorrer, por exemplo, com o marido na defesa dos bens dotais da mulher, com o Ministério Público na ação de acidente do trabalho, ou na ação civil de indenização do dano *ex delicto*, quando a vítima é pobre etc.[114]

A não ser, portanto, nas exceções expressamente autorizadas, em lei, a ninguém é dado pleitear, em nome próprio, direito alheio (art. 6º) (ver, adiante, nos 68 e 69).[115]

Em síntese: como as demais condições da ação, o conceito da *legitimatio ad causam* só deve ser procurado com relação ao próprio direito de ação, de sorte que "a legitimidade não pode ser senão a titularidade da ação".[116] E, para chegar-se a ela, de um ponto de vista amplo e geral, não há um critério único, sendo necessário pesquisá-la diante da situação concreta em que se achar a parte em face da lide e do direito positivo.

Outrossim, porque a ação só atua no conflito de partes antagônicas, também a legitimação passiva é elemento ou aspecto da legitimação de agir.[117] Por isso, só há legitimação para o autor quando realmente age diante daquele contra quem, na verdade, a tutela jurisdicional deverá operar efeito, o que impregna a ação do feitio de "direito bilateral".[118]

Em conclusão, as *condições da ação* "são requisitos de ordem processual, *intrinsecamente instrumentais* e existem, em última análise, para se verificar se a ação deverá ser admitida ou não. Não encerram, em si, fim algum; são requisitos-meios para, admitida a ação, ser julgado o mérito (a *lide* ou o objeto *litigioso*, respectivamente, na linguagem de Carnelutti e dos alemães)".[119]

53-b. Limites temporais da apreciação das condições de ação

É reiterada, em doutrina e jurisprudência, a afirmação de que são de ordem pública as condições da ação, e, por isso, não se sujeitam à preclusão, podendo ser apreciadas e dirimidas pelo julgador, de ofício, em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição (CPC, art. 267, § 3º). O problema intrigante a resolver, todavia, é outro: o requisito que, de início, se fora divisado no terreno das preliminares processuais, conservaria indefinidamente essa qualidade? Ou se poderia cogitar de um possível e eventual deslocamento, na evolução do debate em juízo, que fosse capaz de conduzi-lo para o campo da própria controvérsia material a ser concretamente resolvida?

É lícito afirmar, em face da própria natureza das preliminares processuais, que a questão só permanece no terreno das condições da ação enquanto é discutida abstratamente, ou seja, apenas mediante cotejo entre o pedido e a lei, genericamente. Depois que o caso dos autos se submete à análise concreta e detalhada, e exaurida já se acha a instrução da causa, não se pode mais admitir que se mantenha, invariavelmente, como solução de preliminar processual o pronunciamento do juiz que acolha a falta de legitimidade ou de interesse. Em tal estágio, o que, na verdade, se está decidindo é se a prova colhida e o direito invocado sustentam, ou não, o pedido ou, em outras palavras, se *in concreto* o autor tem, ou não, condições de exigir a prestação que reclama do réu.

A decisão que tardiamente se propõe a examinar condições de ação – principalmente quando proferida por Tribunal de segundo grau para cassar sentença definitiva da instância de origem –, só pode, em regra, qualificar-se como decisão de mérito, pouco importando o rótulo ou o *nomen iuris* que se lhe atribua[120]. É irrelevante, pois, que o julgador afirme ser o autor carecedor de ação, se o faz à luz de conclusão formada diante da prova e do debate exaustivo sobre o pedido e a *causa petendi*.

Numa quadra como essa, não há diferença substancial entre declarar a parte ilegítima para a ação ou afirmar a improcedência do seu pedido. O que, concreta e objetivamente, se está fazendo é, na realidade, o acertamento negativo sobre a pretensão que por ele foi deduzida em juízo. A ilegitimidade assim afirmada não é outra coisa senão o reconhecimento definitivo de não ter a parte o direito material para cuja tutela exerceu o direito de ação frente ao réu. O momento próprio para se avaliar a presença, ou não, das condições de ação é o estágio de saneamento do processo, quando ainda faltam os elementos de convencimento completos para que se possa certificar, de maneira definitiva, a procedência ou improcedência da demanda. Quando o processo já se encontra maduro para o julgamento de mérito, não tem sentido falar-se em carência de ação. Se a relação

processual é válida, em termos de pressupostos processuais, só resta ao juiz, em princípio, resolver a controvérsia pelo mérito[121]. E se usa a nomenclatura das condições processuais, isto não mudará a natureza do julgamento, já que terá procedido ao acertamento da questão material trazida a juízo na propositura da ação.

Esse enfoque é muito importante, porque dele dependem situações jurídicas relevantíssimas como a coisa julgada e a rescindibilidade da sentença, que pressupõem sentenças de mérito. O apego à literalidade, em tal conjuntura, pode redundar em privação da garantia fundamental de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), porquanto, a prevalecer a aparência sobre a essência do decisório, a parte ficaria privada da possibilidade de ver sua causa regular e adequadamente solucionada pela Justiça.

54. Pressupostos processuais

A prestação jurisdicional para ser posta à disposição da parte, além das condições da ação, subordina-se ao estabelecimento válido da relação processual, que só será efetivo quando se observarem certos requisitos formais e materiais, que recebem, doutrinariamente, a denominação *pressupostos processuais*.

Não se confundem os pressupostos processuais com as condições da ação. Os pressupostos são aquelas exigências legais sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente. E, em consequência, não atinge a sentença que deveria apreciar o mérito da causa. São, em suma, requisitos jurídicos para a validade da *relação processual*. Já as condições da ação são requisitos a observar, depois de estabelecida regularmente a relação processual, para que o juiz possa solucionar a lide (mérito). São, pois, requisitos de sua eficácia.

Os pressupostos, portanto, são dados reclamados para análise de viabilidade do exercício do direito de ação sob o ponto de vista estritamente processual. Já as condições da ação importam o cotejo do direito de ação concretamente exercido com a viabilidade abstrata da pretensão de direito material. Os pressupostos, em suma, põem a ação em contato com o direito processual, e as condições de procedibilidade põem-na em relação com as regras do direito material.[122]

Inobservados, porém, os pressupostos processuais, ou as condições da ação, a missão da atividade jurisdicional estará frustrada, pois ocorrerá a extinção

prematura do processo, sem resolução de mérito ou composição do litígio (art. 267).

Doutrinariamente, os pressupostos processuais costumam ser classificados em:

a) *pressupostos de existência* (ou mais adequadamente, *pressupostos de constituição válida*), que são os requisitos para que a relação processual se constitua validamente; e

b) *pressupostos de desenvolvimento*, que são aqueles a ser atendidos, depois que o processo se estabeleceu regularmente, a fim de que possa ter curso também regular, até a sentença de mérito ou a providência jurisdicional definitiva.[123]

Os pressupostos de existência válida ou de desenvolvimento regular do processo são, por outro lado, *subjetivos* e *objetivos*.

Os *subjetivos* relacionam-se com os sujeitos do processo: juiz e partes. Compreendem:

a) a competência do juiz para a causa;

b) a capacidade civil das partes;

c) sua representação por advogado.

Além de competente, isto é, de estar investido na função jurisdicional necessária ao julgamento da causa, não deve haver contra o juiz nenhum fato que o torne impedido ou suspeito (arts. 134-138).

Os *objetivos* relacionam-se com a *forma* procedimental e com a ausência de *fatos* que impeçam a regular constituição do processo, segundo a sistemática do direito processual civil. Compreendem:

a) a *demanda* do autor e a *citação* do réu, porque nenhum processo pode ser instaurado sem a provocação da parte interessada (art. 2º);[124] de modo que, na demanda, se tem um pressuposto *causal necessário*;[125] e porque a citação do réu é ato essencial à validade do processo (art. 214);[126]

b) a observância da forma processual adequada à pretensão (art. 2º, *in fine*);[127]

c) a existência nos autos do instrumento de mandato conferido a advogado (art. 36);[128]

d) a inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso, ou de inépcia da petição inicial (art. 267, V e VII);

e) a inexistência de qualquer das nulidades previstas na legislação processual (art. 243 a 250).

"Em qualquer caso, enfim" – lembra Rogério Lauria Tucci – "embora

iniciado regularmente o processo, resultando infrutífera a tentativa de sanar-se a falha ou repetir-se o ato inquinado de nulidade, a falta de pressuposto necessário ao desenvolvimento deste implica a verificação de óbice irremovível, de sorte a obstaculizar a prolação da sentença definitiva".[129]

Como exemplo desses pressupostos processuais incidentais, pode-se citar o caso de morte do advogado, ou de sua renúncia ao mandato, no curso do processo. Caberá à parte constituir novo mandatário e se não o faz no prazo que lhe é assinado o processo se extingue, sem julgamento de mérito (se se tratar do autor), ou a parte se torna revel (se for o réu). No primeiro caso, ocorre, como se vê, uma falta superveniente de requisito necessário para que o processo tenha prosseguimento válido até a prestação jurisdicional (art. 267, nº IV).

54-a. Inter-relacionamento entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa

A relação processual tem um *objeto* e é sobre ele que atuará a *prestação jurisdicional*. O direito de *ação* é o direito ao pronunciamento do juiz sobre aquele objeto,[130] de modo que as partes vejam suas pretensões de direito material atendidas ou rejeitadas. Para que, no processo de conhecimento, isto se dê, o provimento jurisdicional constará de uma sentença, e no processo de execução, de um ato material de satisfação do direito do credor. Em qualquer caso, a solução do mérito da causa somente será possível se a relação processual formada em virtude do exercício do direito de ação for *válida*, segundo as regras do direito processual.

A relação processual é válida quando satisfeitos os requisitos denominados *pressupostos processuais*, como a capacidade das partes, a competência do juiz e a adequação às formas procedimentais de direito.

Segundo a teoria *pura* do direito *abstrato* de ação, o autor tem direito ao provimento de mérito, desde que o processo tenha se formado e desenvolvido validamente. Basta, portanto, a satisfação dos pressupostos processuais para que se obtenha a sentença de procedência ou improcedência do pedido.

Há, contudo, uma teoria, dita *eclética*, que foi admitida e desenvolvida, entre outros, por Liebman,[131] e que foi acolhida pelo Código de Processo Civil brasileiro, a qual subordina o provimento de mérito a outros requisitos, além dos pressupostos de validade da relação jurídica processual, requisitos estes apelidados de *condições da ação*. Estas condições se estabelecem entre os pressupostos processuais e o mérito da causa. Mesmo sendo válido o processo, o

juiz só se pronunciará sobre a procedência ou improcedência do pedido se configurada a *legitimidade* das partes e demonstrado o *interesse de agir* em juízo. “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”, dispõe o art. 3º do CPC.

Vê-se, portanto, que, na teoria *eclética* de Liebman, os pressupostos processuais atuam sobre o processo apenas como requisitos de direito processual, sem, entretanto, permitir, só com sua presença, o provimento de mérito. Já as condições da ação, sem ainda alcançar o mérito da causa, procedem a um cotejo preliminar entre a pretensão de direito material deduzida em juízo e o quadro jurídico enunciado pela parte na propositura da demanda.[132] O juiz, nesse estágio, não aprecia a existência ou inexistência do direito material que se pretende atuar no processo, mas apenas analisa se, dada a hipótese contida na inicial, a parte teria, ou não, interesse e legitimidade para obter a prestação de mérito *in concreto*.[133] O que se aprecia é, na verdade, apenas a titularidade do direito de ação, quando se define a legitimidade e o interesse.[134]

As condições da ação, nessa perspectiva, põem o processo em cotejo com o direito material em tese, sem avançar, porém, até a afirmação concreta da procedência ou improcedência do pedido, ou seja, sem compor definitivamente o conflito jurídico material. Se falta condição de agir, o autor não terá direito ao provimento judicial de mérito. Será havido como *carecedor da ação*, e o processo será extinto “sem resolução de mérito” (CPC, art. 265, VI). Quer isto dizer que, malgrado o encerramento do processo, o litígio persistirá e as partes não estarão impedidas de rediscuti-lo em outra ação, desde que, então, se satisfaça a condição faltante na primeira demanda (CPC, art. 268).

Há quem critique a teoria de Liebman, sob a consideração de que as chamadas condições da ação poderiam ser englobadas ao mérito da causa, do qual não passariam de preliminares, de sorte que seu julgamento afinal representaria, também, rejeição ou acolhida do pedido, tal como formulado na petição inicial. O certo, todavia, é que o tratamento das condições da ação fora do julgamento do mérito da causa foi uma opção do legislador, que não pode ser ignorada pelos processualistas, nem pode deixar de ser entendida e explicada segundo a teoria correspondente.

Sintetizando: a) os pressupostos processuais colocam o processo em contato apenas com as regras do direito processual; b) as condições da ação colocam o processo em contato preliminar com o direito material, mas de forma apenas hipotética; e c) o julgamento de mérito resolve *in concreto* o litígio, aplicando o direito material na solução definitiva do conflito, desde que superados os

requisitos preliminares dos pressupostos processuais e das condições da ação.

54-b. Os pressupostos processuais e a nulidade do processo

É recorrente a afirmativa de que a falta não suprida de pressuposto processual impede inexoravelmente o julgamento de mérito, conduzindo à anulação do processo (v., *retro*, o item 54). Esta é, de fato, a regra geral. No entanto, inserindo-se o problema dentro do capítulo das nulidades processuais, é possível evitar-se, em alguns casos, a solução radical da invalidação do processo, recorrendo-se ao princípio da instrumentalidade das formas e da consequente não aplicação da regra de nulidade sem que ocorra prejuízo para aquele a quem o pronunciamento invalidante deveria beneficiar (art. 249, § 1º)[135]. Regra também derivada do mesmo princípio é a que recomenda o não pronunciamento da nulidade processual, sempre que o juiz puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a invalidação (art. 249, § 2º). Pense-se no caso em que morre o advogado do autor, e este, intimado, não cuida de constituir novo patrono no prazo que lhe foi designado. Dentro da sistemática dos pressupostos processuais, o prosseguimento do processo incorreria em nulidade, motivo pelo qual o art. 13, inc. I, determina, expressamente, o seu encerramento sem apreciação do mérito e mediante decretação da "nulidade do processo".

No entanto, se o processo já estiver maduro para julgamento do mérito, e se este apontar para a rejeição do pedido do autor e o acolhimento da defesa do réu, seria sumamente injusta a solução preconizada pelos arts. 13, I, e 267, IV. Afinal, o direito à composição definitiva do litígio não é só do autor, é também do réu. A regra a observar, portanto, não será, na espécie, a da decretação da nulidade, mas a que determina ao juiz abster-se de anular o processo, sempre que a causa puder ser decidida, no mérito, a favor da parte que não provocou o defeito invalidante (art. 249, § 2º). Logo, mesmo que o autor não tenha constituído novo advogado, o correto será o pronunciamento da improcedência da demanda, nos termos da defesa oposta pelo réu[136].

Em suma, a regra geral é a de que a falta de pressuposto processual é a causa de extinção do processo sem apreciação do mérito. Mas, apenas os pressupostos de *existência do processo* é que inviabilizam peremptoriamente a resolução do mérito da causa, devendo sua avaliação, portanto, dar-se em caráter prejudicial, obrigatoriamente (como, *v.g*., se passa com a falta de jurisdição do órgão perante o qual o processo se desenvolve). Quando, porém, o processo existe juridicamente e o que falta, no momento do julgamento da causa, é um

pressuposto de sua *validade*, a técnica a ser observada é aquela prevista pelo Código para aplicação das nulidades, que, muitas vezes, poderá implicar em afastamento do exame prioritário da falta de pressuposto processual[137]. É sempre muito importante ter em conta que a finalidade do processo é servir de instrumento para solucionar o litígio (mérito), de modo que suas regras não podem redundar, injustificadamente, em barreiras ao alcance desse objetivo. Toda técnica – como adverte CÂNDIDO DINAMARCO – se apresenta como "eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instruída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade"[138].

55. Classificação das ações

Várias são as classificações doutrinárias das ações, muitas, porém, impregnadas de preconceitos civilísticos que merecem ser abolidos frente ao estágio moderno dos estudos processualísticos de nossos tempos.

Se a ação consiste na aspiração a determinado provimento jurisdicional,[139] a classificação de real relevância para a sistemática científica do direito processual civil deve ser a que leva em conta a espécie e natureza de tutela que se pretende do órgão jurisdicional.

Nessa ordem de ideias, temos:

a) ação de cognição;

b) ação de execução;

c) ação cautelar.

A ação de cognição, que provoca a instauração de um processo de conhecimento, busca o pronunciamento de uma sentença que declare entre os contendores quem tem razão e quem não a tem, o que se realiza mediante determinação da regra jurídica concreta que disciplina o caso que formou o objeto do processo.[140]

Pode a ação de cognição ser desdobrada em:

a) *ação condenatória*: a que busca não apenas a declaração do direito subjetivo material do autor, mas também a formulação de um comando que imponha uma prestação a ser cumprida pelo réu (sanção). Tende à formação de um título executivo;

b) *ação constitutiva*: a que, além da declaração do direito da parte, cria, modifica ou extingue um estado ou relação jurídica material;

c) *ação declaratória*: aquela que se destina apenas a declarar a certeza da

existência ou inexistência de relação jurídica, ou de autenticidade ou falsidade de documento (art. 4º). Podem essas ações ser manejadas em caráter *principal* (art. 4º), ou *incidental* (art. 5º). No último caso, representa uma cumulação sucessiva de pedidos, para ampliar o alcance da coisa julgada, levando sua eficácia também para a questão prejudicial que se tornou litigiosa após a propositura da ação principal (art. 470).

A ação de execução, ou execução forçada, é a que gera o processo de execução, no qual o órgão judicial desenvolve a atividade material tendente a obter, coativamente, o resultado prático equivalente àquele que o devedor deveria ter realizado com o adimplemento da obrigação.[141]

Finalmente, a ação cautelar, que provoca o surgimento de um processo cautelar, colima uma finalidade auxiliar e subsidiária frente às funções jurisdicionais de cognição e de execução. Essa função cautelar do processo é dirigida a assegurar, a garantir o eficaz desenvolvimento e o profícuo resultado das outras duas funções (execução e cognição), e concorre, por isso, mediatamente, ao atingimento do escopo geral da jurisdição.[142] Com a ação cautelar não se compõe a lide e apenas se afasta o perigo de dano ao eventual direito subjetivo a ser tutelado jurisdicionalmente no processo principal.

55-a. Ação e pretensão

Embora a ação seja *abstrata* (i. é, não se encontra vinculada à prévia demonstração da existência do direito subjetivo do autor contra o réu), não se pode deixar de observar que seu exercício só é admissível quando o promovente esteja invocando um possível direito material que, pelo menos em tese, se mostre oponível ao demandado.

Além, portanto, da invocação da tutela jurisdicional (que, em princípio, é neutra diante do conflito das partes litigantes), o exercício do direito de ação revela a *pretensão* do autor, por meio da qual este quer subjugar um interesse antagônico do réu.

Ao propor a ação, o autor, como é intuitivo, não age intencionalmente na busca de sua própria sucumbência perante o réu. Não obstante a possibilidade de não deter o direito subjetivo discutido, age concretamente como se fosse o seu efetivo titular.

A ação – direito subjetivo público exercitado pelo autor contra o Estado-juiz – revela, pois, a par do pedido de tutela jurídica estatal, uma *pretensão* de direito material contra o réu (sujeito passivo do processo).

Na realidade, o que quer o autor, embora nem sempre o consiga, é que a tutela jurisdicional redunde na proteção de seu interesse e na subjugação do interesse do réu.

A solução da *ação*, afinal, será a solução da *pretensão*. O direito de ação é abstrato: isto é, não depende do direito subjetivo material do autor. O juiz se pronunciará sobre o mérito, e comporá a lide, tenha ou não o autor o direito substancial invocado, bastando para tanto a concorrência das condições ou pressupostos do direito de ação. Mas a *pretensão* (traduzida no processo pelo pedido formulado na petição inicial) só será acolhida se se provar, nos autos, que o autor realmente detém o direito subjetivo substancial oposto ao réu.

Ação e *pretensão* apresentam-se, destarte, como duas realidades, intimamente coligadas, mas distintas e inconfundíveis, tal como continente e conteúdo, visto que a pretensão se situa, com propriedade, como o objeto da atividade processual, que o direito de ação força o Estado a apreciar, manipular e remediar.

A ação sem a pretensão é, como se vê, ideia vazia e sem maior significado, donde se deduz que esta é, na realidade, o *pressuposto* daquela.

Uma vez que não se concebe o exercício do direito de ação a não ser como meio de exigir a composição da *lide*, e desde que a lide é a situação configurada pela existência de uma *pretensão* resistida, ao invocar a tutela jurisdicional do Estado, o autor nada mais faz do que "ajuizar a lide", ou seja, deduzir perante o órgão judicial a *pretensão* que não foi voluntariamente atendida pelo réu.

Com a ação a parte introduz no processo o fato pré-processual da lide. Com a ação, o autor pede em juízo aquilo que, antes do processo, lhe foi recusado pelo réu. Isto, como é lógico, não lhe assegura, de antemão, que o processo tenha de acolher sua pretensão. Mas o processo irá, sem dúvida, dar-lhe uma solução definitiva, seja acolhendo a pretensão, seja rejeitando-a. E justamente nisso consiste o direito de ação: no direito à prestação jurisdicional do Estado, por meio da qual se compõem os litígios, dando, dessa forma, solução definitiva às pretensões resistidas.

Enquanto a pretensão é a exigência de prevalecimento do interesse próprio sobre o de outrem, a ação é apenas o direito de obter uma solução para a lide (isto é, para a pretensão resistida).

55-b. Ação e causa

Por vício de linguagem e apego a conceitos forjados ao tempo em que a ideia

de ação se ligava profundamente à do próprio direito subjetivo material lesado, costuma-se falar em vários tipos ou várias espécies de "ação" e, consequentemente, em elementos e critérios identificadores das "ações", para efeito, por exemplo, de demonstrar a ocorrência de "ações iguais" em casos como o da coisa julgada e o da litispendência.

Na realidade, porém, se a jurisdição é um poder único do Estado, qualquer que seja a lide a compor, e se a ação é o direito de provocar o exercício da jurisdição, toda vez que a parte se veja envolvida numa lide, parece-nos claro que também a ação é de ser vista como um direito único da parte em face do órgão jurisdicional do Estado. O que varia são as lides trazidas para serem solucionadas em juízo, não o direito à composição delas, por parte daquele que as traz, sucessivamente, à apreciação jurisdicional.

Como a lide é fato anterior ao processo e pressuposto do exercício do direito de ação, sua existência não depende, naturalmente, da relação processual. Uma vez, contudo, que essa lide pode integrar-se de várias questões, e que o juiz só a apreciará segundo os seus aspectos que forem revelados no processo, temos duas realidades distintas: a *lide* (fato pré-processual) e a *caus*a (questão litigiosa deduzida no processo).

Considera-se *causa*, portanto, em direito processual, a *lide* ou *questão* agitada entre os litigantes em juízo, como já ensinava Pedro Lessa (*Do Poder Judiciário*, p. 52).

55-c. Elementos identificadores da causa

Como não se tolera, a bem da segurança jurídica das partes, que a uma só lide possam corresponder mais de uma solução jurisdicional, impõe-se identificar as *causas* para evitar que um novo processo possa vir a reproduzir outro já findo ou ainda pendente de julgamento final. Fala-se, para distinguir esses dois aspectos do pedido, em pedido *imediato* (modalidade da prestação jurisdicional pretendida)[143] e em pedido *mediato* ("bem da vida" a ser tutelado concretamente por meio da prestação demandada)[144]. Reconhece-se, portanto, que um mesmo bem jurídico pode ser protegido por remédios processuais diferentes.[145]

Tratando da litispendência ou da coisa julgada, é comum ver-se na doutrina a catalogação dos *elementos da ação*, ou seja, dos elementos ou dados que servem para individuar uma *ação* no cotejo com outra. O que, porém, realmente existe na espécie são elementos da *causa*, pois, como já afirmamos, o direito de ação é

único, variando apenas as lides deduzidas em juízo (isto é, as *causas*). Na verdade, ao passar do pedido executivo para o condenatório, muda-se o *título jurídico* da pretensão (causa de pedir), sem embargo de ambos remotamente se relacionarem com a mesma obrigação e imediatamente perseguirem o mesmo "bem da vida". A ação de execução funda-se necessariamente na existência do *título executivo*, enquanto a ação de cobrança contenta-se com a existência da relação obrigacional. A mudança, portanto, do pedido *imediato* (forma de tutela pleiteada), mesmo conservando-se o pedido *mediato* (bem da vida pretendido), impede que sejam vistos como idênticos não só os pedidos em sua feição total como também as causas de pedir em toda sua extensão, ainda que, afinal, a parte esteja perseguindo o mesmo resultado (i.e., a satisfação da mesma obrigação).

Para, outrossim, identificar uma *causa*, aponta a doutrina três elementos essenciais:

a) as partes;

b) o pedido;

c) a causa de pedir.

Referindo-se à litispendência e à coisa julgada, nosso Código de Processo Civil dispõe que "uma *ação* (*rectius*: uma *causa*)é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido" (art. 301, § 2º).

Não se consideram iguais as causas apenas porque envolvem uma mesma tese controvertida, ou os mesmos litigantes, ou ainda a mesma pretensão. É preciso, para tanto, que ocorra a tríplice identidade de partes (ativa e passiva), de pedido e de *causa petendi*.

Para que as partes sejam as mesmas, impõe-se que idêntica ainda a qualidade jurídica de agir nos dois processos. Se num o litigante obrou em nome de outrem (como representante legal ou mandatário) e noutro em nome próprio, é claro que inocorre a identidade de parte. Mas a *sucessão*, universal ou singular, é fato inoponível, para descaracterizar a identidade de causas, pois o sucessor passa a ocupar a mesma posição jurídica da parte sucedida.

O *pedido*, como objeto da ação, equivale à *lide*, isto é, à matéria sobre a qual a sentença de *mérito* tem de atuar. É o bem jurídico pretendido pelo autor perante o réu. É também pedido, no aspecto processual, o tipo de prestação jurisdicional invocada (condenação, execução, declaração, cautela etc.).

Para que uma causa seja idêntica à outra, requer-se identidade da pretensão, tanto de direito material como de direito processual. Não há, assim, pedidos iguais, quando o credor, repelido na execução de quantia certa, renova o pleito sob a forma de cobrança ordinária. A pretensão material é a mesma, mas a tutela

processual pedida é outra.

A *causa petendi*, por sua vez, não é a norma legal invocada pela parte, mas o *fato jurídico* que ampara a pretensão deduzida em juízo.

Todo direito nasce do fato, ou seja, do fato a que a ordem jurídica atribui um determinado efeito. A *causa de pedir*, que identifica uma causa, situa-se no elemento fático e em sua qualificação jurídica. Ao fato em si mesmo dá-se a denominação de "causa remota" do pedido; e à sua repercussão jurídica, a de "causa próxima" do pedido.[146]

Para que sejam duas causas tratadas como idênticas é preciso que sejam iguais tanto a causa próxima como a remota. De um mesmo *fato* podem-se extrair duas ou mais consequências jurídicas, como, por exemplo, na pretensão de ruptura da sociedade conjugal, em que o mesmo procedimento de infidelidades do cônjuge ora pode ser qualificado como adultério, ora como injúria grave. Da mesma forma, o mesmo pedido de separação judicial, como fundamento de adultério, pode ser repetido entre os mesmos cônjuges, desde que o fato caracterizador da infidelidade seja outro.

No primeiro exemplo temos casos de causas próximas diversas (efeitos) oriunda de uma só causa remota (fato); no segundo exemplo, o que varia não é a causa próxima (efeito), mas a causa remota (fatos). Em ambos não se pode divisar nem o impedimento da coisa julgada nem o da litispendência, porque não ocorrente a identidade de *causa petendi*.

A mesma coisa se pode afirmar do contrato de trato sucessivo (fato básico ou causa *remota* do litígio) e das diversas violações contra ele cometidas assim como dos efeitos delas originados (fato jurídico principal ou causa *imediata* do litígio). Não serão iguais, em sentido técnico, as causas de pedir pelo só fato de se ligarem remotamente ao mesmo contrato (dado fático não controvertido), se, *in concreto*, derivarem de distintas questões de direito. Por exemplo, são distintas a ação de cobrança das prestações vencidas e não pagas e a ação de rescisão do contrato descumprido, com perdas e danos, pouco importando que a origem remota de ambas se ligue ao mesmo vínculo obrigacional.

56. A defesa do réu

O direito de ação, manejado pelo autor, é voltado contra o Estado. Mas é exercido *perante* o réu. Dessa forma, se o pedido do autor for acolhido, a sentença produzirá efeitos na esfera jurídica do réu.

O processo, por isso, não lhe pode ser estranho e há, mesmo, de assegurar-

lhe participação em todos os seus atos e trâmites.

Daí o princípio do contraditório que domina todo o sistema processual moderno e pelo qual fica garantido ao réu o direito de também deduzir em juízo sua pretensão contrária à do autor.

Enquanto, todavia, o autor *pretende* que seu pedido seja acolhido pelo Poder Judiciário, o réu *pretende* justamente o contrário, isto é, que o pedido seja *rejeitado*. Em torno da lide, um procura demonstrar a legitimidade da *pretensão*, e outro a da *resistência*.

O direito de resposta do réu é, por isso, paralelo ou simétrico ao de ação. E é, igualmente, um direito público subjetivo voltado contra o Estado. Autor e réu são tratados pelo Estado-juiz em condições de plena igualdade, pois ambos têm direito ao processo e à consequente prestação jurisdicional que há de pôr fim ao litígio.

Embora participe da mesma natureza do direito de ação, difere dele o direito de defesa, porque o primeiro é ativo e tem o poder de fixar o *thema decidendum*, ao passo que o segundo é passivo e busca apenas resistir à pretensão contida na ação, dentro do próprio campo que o pedido delimitou.

Assim, o autor *pede* e o réu *impede*.[147]

Mas, não obstante, pode-se dizer que o direito de defesa, sendo análogo ou correlato ao direito de ação, merece mesmo ser classificado como um *aspecto diverso* do próprio direito de ação. Ou, como quer Couture, é, "em certo sentido, a ação do réu".[148]

Como há um direito abstrato de ação, há também um direito abstrato de defesa. Vale dizer: o exercício da defesa não está condicionado à existência efetiva do direito subjetivo que o réu invoca para justificar sua resistência à pretensão do autor.[149]

Dessa forma, o direito de defesa é sobretudo *processual*, e o objetivo primacial dele é tão somente o de libertar o réu da causa. Acima de tudo, aspira-se, através de seu exercício, a uma afirmação de liberdade jurídica.

A resposta do réu, ou sua exceção em sentido lato, é, pois, o direito público subjetivo de opor-se à pretensão que o autor deduziu em juízo, no exercício do direito de ação.

Também como a ação, a contestação está subordinada a interesse e legitimidade.

Assim, se o réu resiste por extravagância ou capricho, sem fundamentação séria, ou jurídica, o juiz pode, desde logo, antecipar o julgamento da lide (art. 330, nº I).

57. Espécies de resposta

De acordo com o art. 297, a resposta do réu pode consistir em *contestação, exceção* ou *reconvenção*.

A reconvenção, no entanto, não é defesa, mas contra-ataque do réu, através da propositura de uma outra ação contra o autor, dentro do mesmo processo.

A exceção, por sua vez, na sistemática do Código, é defesa processual indireta, que visa apenas ao afastamento do juiz da causa, por suspeição ou impedimento, ou o deslocamento do feito para outro juízo, por questão de competência.

A contestação é o meio de resistência direta à pretensão do autor, tanto por motivos de mérito como processuais.

Quando o réu pretende que se reconheça a inexistência do fato jurídico arrolado pelo autor como fundamento do pedido, ou que se lhe negue a consequência buscada pelo promovente, tem-se uma *defesa substancial*, ou *de mérito*.

Quando se restringe ao processo e procura invalidá-lo, sem atingir a solução do litígio, diz-se que a defesa é *formal* ou *processual*.

Sobre o tema das classificações da defesa, vejam-se, adiante, os nºs 373 a 379.

1 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile. ristampa* da 2. ed., Milano: A. Giuffrè, 1968, v. I, n. 1, p. 3.

2 LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Civile Tedesco*. Napoli: Morano, 1962, § 1º, p. 15.

3 LENT, Friedrich. *Op. cit., loc. cit*.

4 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit*., n. 3, p. 10.

5 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed., 1974, v. I, n. 102, p. 125.

6 *Idem*, op. cit, n. 98, p. 123.

7 *Apud* MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, n. 1, p. 10.

8 CARNELUTTI, Francesco. S*istema di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1936, v. I, nºs 2 e 14.

9 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, n. 24, p. 39. "A administração cumpre uma *função* na medida em que vinculada pelo *dever* de realizar determinados fins em benefício do interesse público. Daí por que se há de entender função como um *dever-poder*, e não mero *poder-dever*" (STF, Pleno, RE 581.947/RO, voto do Rel. Min. Eros Grau, ac. 27.10.2010, *Rev. Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, v. 31, p. 102, ago./set. 2010).

10 COUTURE, Eduardo J. *Op. cit*., n. 25, p. 40.

11 "Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio (...)" (BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 57). "Aquele que desempenha função tem, na realidade, *deveres-poderes*. Não *poderes*, simplesmente (...). Fácil é ver-se que a tônica reside na ideia de *dever*, não na de *poder*" *(idem*, p. 56).

12 CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, 1945, p. 20.

13 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit*., n. 1, p. 5.

14 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit*., n. 1, p. 5.

15 CALAMANDREI, Piero. *Op. cit*., p. 21.

16 Os princípios constitucionais, no Estado Democrático de Direito, são sempre observáveis nas decisões judiciais, mesmo quando exista lei regendo a hipótese discutida em juízo. A supremacia da Constituição faz com que a primazia de suas normas e princípios seja sempre respeitada, e, havendo conflito normativo, a questão seja decidida por meio da aplicação da lei maior e afastamento da regra ordinária. Mesmo não havendo conflito, a simples interpretação da lei comum há sempre de se fazer sob influência dos princípios superiores traçados na ordem constitucional, a fim de que o sentido da lei sofra a otimização das luzes da Constituição.

17 O critério de ponderação que o juiz utiliza criativamente para chegar à norma concreta e individualizada aplicável à solução do litígio, embora conduza a uma atividade de "complementação produtiva do Direito", não lhe assegura a liberdade de agir fora da lei. O juiz – adverte Gadamer – "se encontra por sua vez sujeito à lei exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de ponderação justa de conjunto" (GADAMER, Hans Georg. *O problema da*

consciência histórica. Trad. de Paulo César Duque Estrada. 2. ed., Rio de Janeiro: FGV, 2003, p. 489). DERRIDA fala na necessidade de uma "desconstrução"da norma para que sua aplicação se dê de maneira "justa" ao caso concreto. Para ser justa, a decisão do juiz "deve não apenas seguir uma regra de direito ou uma lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la, confirmar o seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso (...)". Segundo DERRIDA, o juiz, diante da lei, não pode agir como "uma máquina de calcular", a reproduzir invariavelmente o mesmo julgamento nos diversos casos em que é chamado a aplicar a mesma regra legal. Mas também não será um julgador livre e responsável "se ele não se referir a nenhum direito, a nenhuma regra como dada para além de sua interpretação", ou se "improvisar, fora de qualquer regra e de qualquer princípio" (DERRIDA, Jaques. *Força de lei*. 2. ed. trad. de Leyla Perrone-Moisés, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 44-45).

18 CALAMANDREI, Piero. *Op. cit*., p. 22.

19 ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, v. 1, p. 39.

20 "Se, de fato, queremos atingir a essência do fenômeno jurisdicional, em toda sua complexidade, relativamente não apenas à jurisdição civil, mas também à penal e administrativa, não podemos prescindir da constatação de que o caráter fundamental e exclusivo da jurisdição é o da *terzietà* em face dos interesses em conflito. Conceito em tudo diverso do de 'imparcialidade', que corresponde a toda e qualquer função do Estado. (...) No campo jurisdicional, o Estado-juiz não age como portador de um interesse próprio (o que ao contrário acontece no campo administrativo), mas na posição de 'terceiro' estranho à relação" (RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1995, nº 3, pp. 7-8). Para Girolamo Monteleone, a *terzietà* "não é uma qualidade imposta eventualmente por uma regra legal, mas sim uma condição sem a qual não existem nem o juízo nem a jurisdição" (MONTELEONE, Girolamo. *Diritto Processuale Civile*. 2. ed., Padova: CEDAM, 2000, n 9, p. 14). Anota PROTO PISANI que, para cumprir a independência que lhe impõe a Constituição, o juiz se submete apenas à lei e, por isso, necessariamente, "è *terzo* rispetto *agli interesse su cui è chiamato a provvedere" (Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 3. ed., Napoli, Jovene Editore, 1999, p. 725).

21 PONTES DE MIRANDA, *apud* ARRUDA ALVIM. *Op. cit*., I, p. 231.

22 ARRUDA ALVIM. *Op. cit*., I, p. 237.

23 O STF, no RE nº 581.947/RO, com muita propriedade, lembrou, no voto do Relator, Min. Eros Grau, a lição de Rui Barbosa, segundo a qual "claro está que em todo o poder se encerra um dever: o dever de não exercitar o poder, senão dadas as condições, que legitimem o seu uso, mas não deixar de o exercer, dadas as condições que o exijam" (*Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, v. 31, p. 105 – ago.-set. 2010).

24 "O exercício da jurisdição, função estatal que busca composição de conflitos de interesse, deve observar certos princípios, decorrentes da própria organização do Estado moderno, que se constituem em elementos essenciais para a concretude do exercício jurisdicional, sendo que dentre eles avultam: inevitabilidade, investidura, indelegabilidade, inércia, unicidade, inafastabilidade e aderência" (STJ, 4ª T., REsp. nº 1.168.547/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 11.05.2010, *DJe* 07.02.2011).

25 O poder de avocar causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, que a Carta revogada conferia ao Supremo Tribunal Federal (art. 119, o), não foi mantido pela nova Constituição de 1988.

26 ANDRIOLI, Virgílio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n. 11, p. 38.

27 ANDRIOLI, Virgílio. *Op. cit*., I, n. 13, p. 43.

28 LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961, n. 32, p. 70.

29 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. I, n. 62, p. 79.

30 ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do Sistema Processual Civil Brasileiro e Reclassificação da Tutela Jurisdicional, *Revista de Processo*, v. 88, p. 175, out./ dez. 1997.

31 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit*., p. 176.

32 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit*., p. 178.

33 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública*. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Jus Podivm, 2006, pp. 266-267.

34 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit*., p. 268.

35 O Estado Democrático de Direito não é apenas a união formal dos conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático. Segundo o constitucionalismo moderno, é um conceito novo que supera um e outro, tendo por eixo a supremacia da *vontade popular*, a preservação da *liberdade* e a *igualdade de direitos*. Dessa maneira, "sua plenitude [segundo Dalmo de Abreu Dallari] depende, intimamente, da realização do princípio da constitucionalidade, que exprime a legitimidade de uma Constituição proveniente, ao mesmo tempo: 1) da vontade popular; 2) do princípio democrático que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia *representativa, participativa* e *pluralista*; 3) de um sistema de direitos fundamentais *individuais, políticos* e *sociais* e da vigência de condições suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício; e 4) dos princípios da *justiça social*, da *igualdade*, da *divisão de poderes*, da *independência do juiz*, da *legalidade* e da *segurança jurídica*" (SANTOS, Marina França. *A garantia do duplo grau de jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 105. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 119 e 122; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 128).

36 Cf. os itens 5-a, 15-a, 15-b e 22-a deste *Curso*.

37 "As garantias [do processo] não são outra coisa senão as técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre *normatividade* e *efetividade* e, portanto, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional" (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias: La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 25).

38 BUZAID, Alfredo. *Agravo de Petição*, n. 36, p. 82.

39 CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, 1945, p. 287.

40 CALAMANDREI, Piero. *Op. cit., loc. cit*.

41 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1936, v. I, n. 14.

42 Os italianos costumam identificar o *objeto do processo* com o "diritto sostanziale fatto valere in giudizio" (PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed., Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 59; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed., Bologna: Il Mulino, 2006, v. I, pp. 250-251). Vale dizer: o objeto do processo é o direito material que a parte pretende fazer atuar em juízo.

43 PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed., Napoli: Jovene, 1999, p. 60.

44 Encerrada a fase de postulação, em que as partes formulam suas pretensões e questionamentos, o *objeto do processo* se estabiliza: o autor não poderá modificar o *pedido* ou a *causa de pedir*, sem o consentimento do réu (CPC, art. 264), e o réu, salvo as exceções legais, não poderá deduzir novas alegações ou defesas (CPC, art. 303).

45 Para PROTO PISANI, é preferível ver no objeto litigioso não literalmente *o pedido*, mas "o direito substancial feito valer em juízo" (PROTO PISANI, Andrea. Lezioni. c*it*., p. 59). De fato, quando a doutrina dominante identifica o objeto do processo com o *pedido*, nada mais faz do que reportar-se ao direito material para o qual se busca a tutela jurisdicional. O direito feito valer em juízo é justamente o conteúdo do pedido.

46 Como advertem COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, "um direito nunca é *feito valer* [i. é, *atuado*] em abstrato, tendo em mira sua hipotética lesão ou seu possível efeito jurídico, mas é sempre acionado em

concreto, com relação a uma *específica lesão*, que identifica, *hic et nunc* ["aqui e agora"], a atualidade do interesse de agir daquele que invoca a respectiva tutela" (*Lezioni sul processo civile*. v. I, Bologna: Il Mulino, 2006, p. 252).

47 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, ed. 1958, v. I, p. 14.

48 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Estudos de Direito Processual Civil*, ed. 1975, p. 5.

49 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 102; FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed., Padova: CEDAM, 1996, pp. 77 e seguintes.

50 PINHO, Luciano Fialho. Ação *de Responsabilidade Civil Proposta em face dos Administradores de Sociedades Anônimas*, Tese, Belo Horizonte, UFMG, 2000, p. 74.

51 ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*. 16. ed., São Paulo, Malheiros, 2000, nº 169, p. 275. Em outros termos, "o *modus operandi* do processo" (CARREIRA ALVIM. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 241; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, n. 41, p. 25; MARQUES, Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. I, n. 8, p. 36; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 21. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 3).

52 ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *op. cit.*, nº 176, p. 283. "Ao garantir a observância do contraditório a todos os 'litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral' está a Constituição (art. 5º, inc. LV) formulando a solene exigência política de que a preparação de sentenças e demais procedimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da *relação processual" (idem, ibidem*).

53 LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 39. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 394.

54 LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones, cit*., pp. 21, 37 e 38.

55 ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, nºs 170-176, pp. 276-283; J. E. Carreira Alvim. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 149-165.

56 CARREIRA ALVIM, J. E. *Op. cit*., p. 162.

57 Essa é a postura de ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS e IGNÁCIO DIEZ-PICAZO GIMENEZ, para quem, "entendidos os conceitos como *instrumentos de comunicação* e não como *objetos de culto*, o processo é hoje, e há décadas, um *conceito jurídico autônomo*, com o qual se expressa a realidade de uma série ou sucessão de atos, juridicamente previstos e regulados, mediante os quais se exerce a função jurisdicional, até que se diga e eventualmente se realize o Direito em casos concretos" (*Derecho Procesal Civil – el proceso de declaración*. 3. ed., Madrid: Editorial Universitária Ramón Areces, 2004, § 24, nº 15, p. 54).

58 BUZAID, Alfredo. *op. cit*., n. 37, pp. 83-84.

59 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile. ristampa* da 2. ed., Milano: A. Giufrè, 1968, v. I, n. 8, p. 18.

60 BUZAID, Alfredo. *Op. cit*., n. 36, p. 82.

61 ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, v. I, p. 256.

62 LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Civile Tedesco*. Napoli: Morano, 1962, § 2º, p. 17.

63 LENT., Friedrich. *Op. cit*.,§ 2º, p. 18.

64 ANDRIOLI, Virgílio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n. 12, p. 39.

65 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 2. ed., 1976, n. 67, p. 94.

66 ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1943, v. I, p. 36.

67 ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, v. I, p. 231.

68 ROCCO, Alfredo. *Apud* ARRUDA ALVIM, *Op. cit*., I, p. 232.

69 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile. ristampa* da 2. ed. Milano: A. Giuffrè, 1966, v. I, n. 13, p. 38.

70 ALSINA, Hugo. *Op. cit*., I, p. 36.

71 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit*., I, n. 13, p. 38. Para MICHELI, "o poder instrumental (processual) de ação representa, pois, a concreta manifestação e especificação da capacidade genérica de obter do Estado a tutela dos próprios *direitos* e *interesses*" (MICHELI, Gian Antonio. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA, 1970, v. I, n. 5, p. 19).

72 A resistência do réu, porém, haverá de ser justificada, não podendo representar mero capricho como se dá na hipótese de não apresentar fundamento razoável para exigir o prosseguimento do processo, mesmo depois da desistência da ação por parte do autor (STJ, 2ª T., REsp. nº 435.688/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 2.9.2004, *DJU* 29.11.2004, p. 274). O mesmo interesse de agir, que se exige do autor para propor a ação (CPC, art. 3º), exige-se também do réu, para se opor à desistência da ação requerida pelo primeiro (CPC, art. 267, § 4º).

73 MICHELI. Gian Antonio. *Op. cit*., I, p. 20.

74 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit*., I, n. 12, p. 37.

75 MICHELI, Gian Antonio. *Op. cit*., I, p. 20.

76 BATISTA, Paula. *Compêndio*, v. I, § 3º, p. 10.

77 MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*, v. I, pp. 11-12; GUSMÃO, Manuel Aureliano de. *Processo Civil e Comercial*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1934, v. I, pp. 285-289.

78 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, n. 38, p. 63.

79 ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, 1974, n. 131, p. 216.

80 ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; CÂNDIDO DINAMARCO. *Op. cit*., n. 134, p. 219.

81 "Antes do processo, a existência ou não do direito substancial é justamente aquilo a respeito do que não se tem certeza (...). Daí a necessidade de relacionar o direito de ação à mera possibilidade de existência do direito substancial meramente hipotético ou simplesmente afirmado; em termos da *teoria da ação*, isto significa rejeição da *teoria substancial da ação* (= aspiração a um provimento de mérito favorável ao autor) e configuração da ação como aspiração a um provimento de mérito qualquer, seja ele favorável ou desfavorável ao autor" (PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Ristampa della 5. ed. Napoli: Jovene Editore, 2010, pp. 196-197).

82 COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela nell'ottica della domanda giudiziale. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1993, p. 471 e 489; *apud* GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 15, nota 18. Cf., também, COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed., Bologna: Il Molino, 2006, v. I, p. 235.

83 Constituição brasileira, art. 5º, XXXV; Constituição Italiana, art. 24; Constituição espanhola, art. 24.1.

84 RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 186, nota 805.

85 RIBEIRO, Darci Guimarães. *Op. cit*., p. 207 e 208.

86 ARRUDA ALVIM NETO. *Op. cit*., I, p. 39.

87 LIEBMAN, Enrico Tulio. *Op. cit.*, I, n. 14, p. 40.

88 ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Op. cit.*, I, p. 315.

89 GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. 1. ed., 1977, n. 16, p. 29.

90 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit., loc. cit*.

91 "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade" (CPC, art. 3º).

92 "Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: ... VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual" (CPC, art. 267).

93 BUZAID, Alfredo. *Agravo de Petição*, nº 39, p. 88, LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, I, n. 14, p. 45.

94 ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Op. cit.*, I, p. 316. A "possibilidade jurídica do pedido consiste na admissibilidade em abstrato da tutela pretendida, vale dizer, na ausência de vedação explícita no ordenamento jurídico para a concessão do provimento jurisdicional" (STJ, 4ª T., REsp. nº 220.623/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, ac. 03.09.2009, *DJe* 21.09.2009). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp. nº 254.417/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 01.12.2008, *DJe* 02.02.2009.

95 ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJEA, 1963, v. II, p. 270.

96 ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, n. 158, p. 259.

97 TJRS, 7ª CC, Ap. 599.412.707, Rel. Des. Teixeira Giorgis, ac. 08.09.99, *in RJTJRGS*, 196/373.

98 "As condições da ação há pouco mencionadas são o interesse de agir e a legitimação. Como ficou dito, eles são os requisitos de existência da ação, devendo, por isso, ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito" (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução da 4. ed. italiana por DINAMARCO, Cândido Rangel. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I, n. 74, pp. 153-154).

99 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, I, n. 14, p. 41.

100 BUZAID, Alfredo. *Op. cit.*, n. 39, pp. 88-89.

101 ALLORIO, Enrico. *Op. cit.*, II, n. 37, p. 290.

102 ARRUDA ALVIM NETTO. José Manoel de. *Op. cit.*, I, p. 318.

103 Exemplo típico de falta de interesse foi reconhecido pelo STJ num caso em que a ação reivindicatória foi proposta pelo dono depois de o esbulhador já ter abandonado o imóvel: "Se o imóvel está abandonado, o proprietário não precisa de decisão judicial para reavê-lo, devendo ser reconhecida a sua *falta de interesse de agir*, ante à desnecessidade ou inutilidade do provimento jurisdicional perseguido" (STJ, 3ª T., REsp. nº 1.003.305/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 18.11.2010, *DJe* 24.11.2010).

104 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, v. I, n. 137, p. 176.

105 *Idem, ibidem*.

106 GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, n. 14-2, p. 81.

107 Com a inclusão dos casos de inadequação do processo no campo da falta de interesse, esvaziou-se a figura da impossibilidade jurídica no plano puramente processual. Na indicação, portanto, das condições da ação é melhor adotar-se o enunciado do art. 3º do CPC: "Para propor ou contestar ação é necessário ter *interesse* e *legitimidade*". Deixa-se de lado, por inútil, a condição da *possibilidade jurídica*, que ou se confunde com o mérito ou se subsume no interesse.

108 O interesse que justifica a declaratória pode ser patrimonial ou moral (Cód. Civil de 1916, art. 76). "De maneira geral, qualquer relação de direito privado pode ser objeto de ação declaratória, tanto de direito de família, de obrigações, de sucessão, como as de direito real" (BARBI, Celso Agrícola. *Ação*

Declaratória Principal e Incidente. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 97). Também podem ser objeto da mesma ação "relações de direito público em geral (administrativo, fiscal etc.)" (Idem, p. 104).

109 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit*., n. 14, p. 42.

110 BUZAID, Alfredo. *Op. cit.*, n. 39, p. 89.

111 ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Op. cit*., I, p. 319.

112 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1977, v. I, n. 129, p. 146.

113 Para MARCO TULLIO ZANZUCCHI, "legitimados para agir ou contestar a respeito de uma determinada relação jurídica material são os sujeitos titulares da própria relação" (*Diritto Processuale Civile*. 4. ed., Milano: Giuffrè, 1946, v. I, p. 114).

114 A Lei nº 7.347/85 instituiu a ação civil pública, reconhecendo legitimidade excepcional de associações civis e outras entidades para, na defesa de direitos que não são próprios, demandar em juízo a responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

115 A Constituição Federal de 1988 admitiu que às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, cabe legitimidade para representar seus filiados em juízo (art. 5º, inc. XXI). Essa autorização pode provir de alguma lei ou dos próprios estatutos da associação.

116 GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Condições da Ação Penal*. 1. ed., 1977, n. 65, p. 141.

117 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit*., I, n. 14, p. 43.

118 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit*., I, n. 14, p. 43.

119 ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. *Op. cit*., I, p. 319.

120 "A natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou *nomen júris* atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva" (STJ, 3ª T., REsp. nº 1.157.383/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 14.08.2012, *DJe* 17.08.2012).

121 "De acordo com a teoria da asserção se, na análise das condições da ação, o Juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da controvérsia." (STJ, REsp. nº 1.157.383/RS, cit.).

122 ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*. 4. ed., 1946, v. I, p. 68.

123 Para COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, a rigor, só há um pressuposto de existência do processo, que vem a ser a presença de um "verdadeiro e próprio juiz" como destinatário da pretensão de tutela jurisdicional. Somente aí é que, sendo a demanda formulada perante um "não-juiz", se poderia cogitar propriamente de um processo inexistente. Todos os demais pressupostos conhecidos, no dizer dos referidos autores, diriam respeito à validade e não à existência. Melhor, portanto, classificar os pressupostos processuais em "pressupostos de constituição válida do processo" e de "desenvolvimento regular do processo", como, aliás, consta do nosso Código (art. 267, IV).

124 "Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer ..." (CPC, art. 2º, 1ª parte).

125 COMOGLIO, Luigi Paolo; *et al. Lezioni* cit., I, p. 238.

126 "Para a validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu" (CPC, art. 214); mas "o comparecimento espontâneo do réu supre (...) a falta da citação" (§ 1º do art. 214).

127 "... [não será prestada a tutela jurisdicional] senão quando a parte... a requerer nos casos e forma legais" (CPC, art. 2º, *in fine*).

128 "A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver" (CPC, art. 36).

129 TUCCI, Rogério Lauria. *Do Julgamento conforme o Estado do Processo*. São Paulo: J. Bushatsky,

1975, n. 37, p. 77.

130 Para LIEBMAN, o *direito de ação* é o "direito ao processo e ao julgamento do *mérito*" (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de DINAMARCO, Cândido Rangel. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I, n. 73, p. 151).

131 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, n. 74, p. 153-154.

132 Ensina KAZUO WATANABE que as *condições da ação*, como a *legitimatio ad causam*, são aferidas "no *plano lógico* e da *mera asserção* do direito", de sorte que "a cognição a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei. Não se procede, ainda, ao acertamento do direito afirmado" (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, n. 17, p. 69). No mesmo sentido: PROTO PISANI, Andrea. *Lezoni di diritto processuale civile*. 3. ed., Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 313; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed., Salvador: JusPodivm, v. I, p. 181-182.

133 "As *condições da ação*, como visto, são [apenas] requisitos exigidos para que o processo possa levar a um provimento final, de mérito" (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. I, p. 126).

134 A *titularidade do direito de ação* – que é o que se reconhece quando o juiz dá como presente a legitimidade *ad causam* – não se confunde nunca com a *titularidade efetiva do direito substancial* invocado em juízo. O reconhecimento deste "è rimesso ex post alla decisione del mérito del giudice" (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. I. Il processo ordinário di cognizione*. 4. ed., Bologna: Il Mulino, 2006, p. 243).

135 "Tanto quanto as denominadas 'condições da ação', a presença dos pressupostos processuais é imprescindível ao exame do mérito. As duas categorias integram o juízo de admissibilidade do processo (...). A ausência de qualquer deles, todavia, pode revelar-se indiferente em determinadas situações – conclusão a que se chega mediante aplicação dos princípios destinados a reger o sistema das nulidades processuais, especialmente os da instrumentalidade das formas e da ausência de prejuízo" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 205-206).

136 "Constitui exemplo emblemático de formalismo excessivo a extinção do processo sem julgamento do mérito, depois de realizada a prova, em primeiro ou segundo grau de jurisdição, somente por considerações de ordem formal, com absoluta prevalência do meio sobre o fim" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo do processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246).

137 BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos Processuais e efetividade do processo civil. Uma tentativa de sistematização. *Revista de Processo*, v, 214, pp. 79-80 e 115-116, dez./2012.

138 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 273-274.

139 ANDRIOLI, Virgílio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n 50, p. 257.

140 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, I, n. 17, p. 49.

141 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, I, n. 30, p. 80.

142 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, I, n. 36, p. 91.

143 É, por exemplo, pedido *imediato* o que pleiteia uma sentença que *condene* o devedor a realizar alguma prestação em favor do autor, ou o que postula a promoção de um ato de *execução forçada* da prestação que o devedor não satisfez voluntariamente.

144 Por pedido *mediato* sempre se visualiza o *objeto* final que o autor espera alcançar por meio do provimento judicial, seja este uma *sentença* ou um ato *executivo*: consiste, pois, no "bem da vida" ou na "situação de vantagem" visados pelo autor em face do réu. Será a prestação de uma *coisa*, uma *quantia*, ou um *fato*,à qual o autor deseja seja o réu compelido a realizar em seu benefício, como se

passa na sentença condenatória e na execução forçada. Pode, ainda, o pedido *mediato* visar certa vantagem jurídica, como ocorre, por exemplo, nas sentenças *declaratórias*, com que se busca a *certeza* da existência e validade de determinada relação jurídica, ou, ao contrário, a *certeza* de sua inexistência ou de sua invalidade; ou pode, ainda, a vantagem consistir na constituição de uma nova situação jurídica entre as partes, como se dá em consequência das sentenças *constitutivas* promovidas para se obter, por exemplo, a resolução de contrato, a anulação de ato jurídico, a revisão ou renovação de contrato etc. (sobre o tema, ver, adiante, os nº 171, 171-a e 354).

145 Por exemplo, utilizando os diversos mecanismos do processo de conhecimento, a liberação de uma obrigação pode ser demandada pelo devedor, conforme lhe seja interessante, ora por meio da ação especial de consignação em pagamento, ora pela ação constitutiva de resolução contratual. Vários caminhos judiciais (pedidos *imediatos*), portanto poderão chegar ao mesmo objetivo de direito material visado pelo devedor, qual seja, a liberação do vínculo jurídico que o prende ao credor (pedido *mediato*). O processo tem de amoldar-se ao objetivo de direito material visado, e cabe à parte escolher a forma procedimental que melhor se preste à tutela de sua situação jurídica.

146 GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981, v. I, n 15, p. 83.

147 ARAUJO CINTRA *et al. Op. cit*., n. 142, p. 234.

148 ARAUJO CINTRA. *Op. cit*., n. 54, p. 89.

149 "*Para oponerse a una demanda no se necesita tener razón*" (COUTURE, Eduardo J. *Op. cit*., n. 61, p. 96).

Capítulo III
ELEMENTOS E EFEITOS DO PROCESSO

§ 8º ELEMENTOS DO PROCESSO

Sumário: 58. Visão dinâmica e estática do processo. 59. A relação processual. 60. Classificação dos elementos do processo.

58. Visão dinâmica e estática do processo

O processo, como instituição jurídica, é uma sequência de atos das partes e do órgão judicial tendentes à formação ou atuação do comando jurídico, conforme a lição de Carnelutti.[1]

Desenvolve-se no processo, com a colaboração das partes, "uma atividade de órgãos públicos destinada ao exercício de uma função estatal",[2] que é a de prevenir ou solucionar o conflito de interesses, fazendo atuar a vontade da lei.[3]

A pendência do processo dá lugar, entre seus participantes, a uma relação jurídica, que é a *relação jurídico-processual*, gerando uma série de direitos e deveres, denominados pela doutrina *direitos e deveres processuais*, que vinculam as partes e o próprio Estado, através do juiz: *iudicium est actus trium personarum*[4] (veja-se, adiante, o nº 61, a respeito dos vínculos gerados pela relação processual).

Revela-se, destarte, o processo fundamentalmente como o *método* utilizado pelo Estado para promover a atuação do direito[5] diante de situação litigiosa. E, como tal, "é uma unidade, um todo, e é uma *direção* no movimento"[6] que se manifesta e desenvolve na relação processual estabelecida entre os respectivos sujeitos, "durante a substanciação do litígio".

Do ponto de vista dinâmico, o processo se resume, assim, no complexo dos atos ou fatos que o compõem. Mas o fenômeno processual pode também ser analisado estaticamente, isto é, com abstração do seu natural e obrigatório movimento.

Sob esse novo ponto de vista – o estático – o processo é estudado fora do tempo, ou com abstração dele. É encarado como uma *situação*, dando-se relevo apenas aos elementos que o compõem e à relação que se estabelece entre eles,

enquanto a questão controvertida estiver posta em juízo.

59. A relação processual

A relação jurídico-processual estabelece-se, inicialmente, entre o autor e o juiz. É apenas *bilateral* nessa fase. Com a citação do réu, este passa também a integrá-la, tornando-a completa e *trilateral*. Então, estará o Estado habilitado a levar o processo à sua missão pacificadora dos litígios e terá instrumento hábil para dar solução definitiva (de mérito) à causa.

Essa relação, estabelecida entre os sujeitos da lide e o juiz, para fazer atuar a vontade concreta da lei, apresenta, segundo o magistério de Lopes da Costa, as seguintes características:[7]

a) é *relação jurídica*, porque estabelecida segundo regras de direito e com produção de efeitos jurídicos;

b) é de *direito público*, pois envolve um sujeito de direito público, que é o órgão judicial, e serve à realização de uma função pública do Estado;

c) é *autônoma*, posto que pode ser estabelecida independentemente da existência de uma relação jurídica de direito material entre as partes;

d) é *complexa*, por abranger não apenas um ato, mas uma série de atos processuais;

e) é *unitária*, porque os vários atos processuais se ligam a uma única relação de finalidade, isto é, todos, em seu conjunto, visam à sentença final, ou de mérito;

f) é *concreta*, "porque não se pode formar sem um conteúdo material", isto é, não pode deixar de referir-se a uma relação de direito substancial, sobre a qual deve incidir a prestação jurisdicional. Não pode o processo servir a meras especulações abstratas ou teóricas da parte;

g) é *dinâmica*, ao contrário do que geralmente ocorre com as relações de direito material, a processual, uma vez constituída, não se estabiliza. Ao contrário, evolui, necessariamente, transformando-se, a cada instante, no caminho e na marcha obrigatória da busca da sentença de mérito.

60. Classificação dos elementos do processo

Como toda relação jurídica, a relação processual estabelece-se entre *sujeitos* e há de incidir sobre determinado *objeto*.

Daí a classificação que doutrinariamente se faz de seus elementos essenciais

em:

a) elementos *subjetivos*; e

b) elementos *objetivos*.

Os *subjetivos* compreendem as *partes* e o *órgão judicial*, que são os sujeitos principais do processo. Há, também, sujeitos secundários que atuam como auxiliares no desenvolvimento da marcha processual; tais como escrivão, oficial de justiça, depositário, avaliador, perito etc.

Os elementos *objetivos* compreendem as *provas* e os *bens*, que são os objetos do processo.[8]

A finalidade do processo de conhecimento é a definição do direito subjetivo das partes. E isto se faz através do manuseio das provas que são produzidas no curso da relação processual. A prestação jurisdicional consiste na *sentença*, que dá solução à lide estabelecida entre as partes.

No processo de execução, porém, o direito do credor já está previamente definido pelo *título executivo* e a função jurisdicional destina-se apenas a realizar, materialmente, esse direito subjetivo, o que será feito através de agressão estatal a bens do devedor em benefício do exequente.

Daí o acerto da afirmação de que o processo de cognição tem, precipuamente, por objeto as *provas*, e o processo de execução, os *bens*. Em outras palavras: o ofício jurisdicional, no primeiro, manipula as *provas* para obter a definição dos direitos substanciais das partes, e, no segundo, atinge *bens* necessários à satisfação do crédito do exequente.

§ 9º EFEITOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL

Sumário: 61. Noções gerais. 62. Direitos processuais. 63. Obrigações processuais. 64. Deveres processuais. 65. Ônus processuais.

61. Noções gerais

Em se tratando de relação jurídica, provoca o processo vários efeitos para todas as pessoas a ele vinculadas.

Esses efeitos apresentam-se tanto na forma *positiva*, sob a feição de *direitos* ou *faculdades* processuais, como na forma *negativa*, isto é, como *ônus*, *deveres* e *obrigações* processuais.

Incidem, de forma ampla, não apenas sobre as partes, mas também sobre o órgão julgador e seus auxiliares. Basta dizer que o Estado, através de seus órgãos judiciários, tem o direito de investigar a verdade real, de apreender bens, de alienar bens e direitos das partes; mas tem, também, o dever de respeitar o devido processo legal, de assegurar às partes o contraditório etc., e, principalmente, de prestar a tutela jurisdicional, isto é, de dar solução ao litígio, quando regularmente deduzido em juízo.

62. Direitos processuais

Os principais direitos subjetivos das partes são o de ação e o de defesa, mas deles decorrem vários outros, como de presenciar todos os atos do processo, o de recusar o juiz suspeito, o de recorrer etc.

Filiam-se os direitos processuais ao ramo dos "direitos individuais públicos",[9] pois obrigam o Estado, na pessoa do juiz, ao cumprimento do dever da regular tutela jurisdicional.

63. Obrigações processuais

Obrigação em sentido lato é todo vínculo jurídico que importe em sujeitar alguém a uma prestação de valor econômico.

Do processo, decorrem várias *obrigações*, como a de pagar a taxa judiciária, a de adiantar o numerário para as despesas dos atos processuais requeridos, a de reembolsar a parte vencedora pelas custas e honorários advocatícios etc.

64. Deveres processuais

Outras prestações, que não as de expressão econômica, a que se sujeitam as partes de qualquer relação jurídica, configuram *deveres*.

No processo, inúmeros são os deveres impostos legalmente aos litigantes e seus procuradores, e até a terceiros (além daqueles imputados ao próprio órgão judicial), como, *v.g*., o de agir com lealdade e boa-fé, o de testemunhar, o de exibir documentos e coisas, o de colaborar com a Justiça no esclarecimento da verdade etc.

Da mesma forma que os direitos, também os deveres processuais são de natureza pública, e seu descumprimento, em muitos casos, gera graves sanções, até de natureza penal.

65. Ônus processuais

Além dos direitos, deveres e obrigações, existem também os *ônus processuais*, que não obrigam a parte a praticar determinados atos no curso do processo, mas lhe acarretam prejuízos jurídicos quando descumpridos.

Ninguém pode *obrigar*, por exemplo, o réu a contestar, a parte a arrolar testemunhas, o vencido a recorrer. Mas existe o ônus processual de fazê-lo, no momento adequado, pois, se o réu não contesta, são havidos como verdadeiros os fatos que arrolou o autor contra ele (art. 319); se a parte não apresenta prova do fato alegado, não será ele levado em conta pelo juiz (art. 333); se o vencido não recorre em tempo útil, a sentença transita em julgado e torna-se imutável e indiscutível (art. 467) etc.

Os ônus, diversamente do que se passa com os deveres e obrigações, só existem para as partes. A eles não se submetem nem o juiz nem seus órgãos auxiliares.

As sanções decorrentes dos ônus processuais são, aparentemente, formais, pois quase sempre se traduzem na perda de uma faculdade processual não exercida em tempo hábil. Mas, via de regra, atingem por reflexo o direito

substancial da parte omissa, como se dá na revelia ou na falta de interposição de recurso contra a sentença injusta. Em casos como esses, pode o processo, por culpa da parte, ser conduzido a uma solução contrária ao verdadeiro direito material do litigante que não se desincumbiu do ônus que lhe tocava.

A diferença entre *ônus*, de um lado, e *deveres* e *obrigações*, de outro lado, está em que a parte é livre de adimplir ou não o primeiro, embora venha a sofrer dano jurídico em relação ao interesse em jogo no processo. Já, com referência às obrigações e deveres processuais, a parte não tem disponibilidade, e pode ser compelida coativamente à respectiva observância, ou a sofrer uma sanção equivalente. É que, nos casos de ônus, está em jogo apenas o próprio direito ou interesse da parte, enquanto, nos casos de deveres ou obrigações, a prestação da parte é direito de outrem.

Por isso, o descumprimento de dever ou obrigação processual é fato *contrário à ordem jurídica*, o que não se dá diante da inobservância de simples ônus processuais.[10]

1 CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del Processo Civile Italiano*. 5. ed., 1956, v. I, p. 3.

2 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. trad. brasileira, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, n. 11, p. 37.

3 CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit., loc. cit.*

4 COSTA, Sérgio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 4. ed., n. 15.

5 CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, I, p. 3.

6 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 243, p. 22, jul./ago./set. 1973.

7 LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, n. 56, p. 57.

8 CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, I, n. 100, p. 97.

9 ECHANDIA., Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. Bogotá: ABC, 1974, v. I, n. 7, p. 7.

10 LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Civile Tedesco*. Napoli: Morano, 1962, § 26, pp. 104-108.

Parte II
Sujeitos do Processo

Capítulo IV
PARTES E PROCURADORES

§ 10. PARTES

Sumário: 66. Partes. 67. Nomenclatura. 68. Substituição processual. 69. Substituição de parte (alienação do bem litigioso). 70. Capacidade processual. 71. Capacidade processual das pessoas casadas. 72. Curatela especial. 73. Representação das pessoas jurídicas e das pessoas formais. 74. Incapacidade processual e irregularidade de representação.

66. Partes

O processo só se estabelece plenamente com a participação de três sujeitos principais: Estado, autor e réu. *Judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei* (Búlgaro).

Gera o processo uma relação jurídica trilateral que vincula os *sujeitos da lide e o juiz*, todos à procura de uma solução para o conflito de interesses estabelecido em torno da pretensão de direito material de um dos litigantes e da resistência do outro.

Sem a presença do órgão judicial, é impossível o estabelecimento da relação jurídico-processual. Mas, também, sem a provocação da parte, o juiz não pode instaurar o processo. Por outro lado, se a parte não cuida de fornecer ou indicar os meios de prova necessários à tutela de sua pretensão ou não exercitar as faculdades de defesa ou resposta, a solução a que será conduzido o juiz poderá não ser aquela a que corresponderia a verdadeira situação jurídica material.

Assim, a *parte*, além de *sujeito da lide* ou do *negócio jurídico material* deduzido em juízo, é também *sujeito do processo*, "no sentido de que é uma das pessoas que fazem o processo", seja no sentido ativo, seja no passivo.[1]

Pode-se, portanto, distinguir dois conceitos de *parte*: como sujeito da lide, tem-se a parte *em sentido material*, e como sujeito do processo, a parte *em sentido processual*.

Como nem sempre o *sujeito da lide* se identifica com o que promove o processo, como se dá, por exemplo, nos casos de *substituição processual*, pode-se definir a *parte* para o direito processual como a pessoa que pede ou perante a qual se pede, em nome próprio, a tutela jurisdicional.[2]

A que invoca a tutela jurídica do Estado e toma a posição ativa de instaurar a relação processual recebe a denominação de *autor*. A que fica na posição passiva e se sujeita à relação processual instaurada pelo autor, chama-se *réu* ou demandado. Mas, para que o processo se desenvolva até a efetiva solução da lide não basta a presença das duas partes interessadas, é necessário que os sujeitos processuais sejam *partes legítimas* (v. *retro*, nº 53).

Por outro lado, uma vez que não apenas autor e réu intervêm no contraditório, que constitui a essência da atividade processual em busca do provimento jurisdicional, é preciso buscar um conceito de *parte processual* de tal dimensão que possa abranger também os terceiros intervenientes, os quais, sem dúvida, exercem direitos processuais e se sujeitam a ônus e deveres no âmbito da relação dialética do processo.

Melhor, por ser mais abrangente, é, nessa ordem de ideias, o conceito de parte que o identifica com o de *litigante*, ou seja, com todo aquele que integra a disputa travada no processo, levando a controvérsia à apreciação judicial.

Assim, para Liebman, "são partes do processo os *sujeitos do contraditório instituído perante o juiz* (os sujeitos do processo diversos do juiz, para os quais este deve proferir o seu provimento)".[3] Parte, portanto, em sentido processual, é o sujeito que intervém no contraditório ou que se expõe às suas consequências dentro da relação processual.

67. Nomenclatura

Conforme o tipo de ação, procedimento ou fase processual, a denominação das partes varia, na lei e na terminologia forense.

Assim, o autor e réu são denominações usuais no processo de conhecimento em geral. Porém, nos casos, a seguir, as partes recebem outros nomes, a saber:

I – *Processo de conhecimento:*

a) nas exceções: o promovente é *excipiente*, e o promovido, *exceto*;

b) na reconvenção: reconvinte e *reconvindo*, respectivamente;
c) nos recursos em geral: recorrente e *recorrido*;
d) na apelação: apelante e *apelado*;
e) no agravo: agravante e *agravado*;
f) nos embargos de terceiro: embargante e *embargado*;
g) nas intervenções de terceiro: o que é chamado a intervir pode ser "denunciado", "chamado", "assistente", ou simplesmente "interveniente".

II – *Processo de execução:*
a) as partes da execução forçada são o *credor* e o *devedor*;
b) nos embargos do devedor ou de terceiro: *embargante* e *embargado*.

III – *Processo cautelar:* as partes são tratadas pelo Código como *requerente* e *requerido*.

IV – *Nos procedimentos* de jurisdição voluntária: não há partes, mas apenas *interessados*.

68. Substituição processual

Em regra, a titularidade da ação vincula-se à titularidade do pretendido direito material subjetivo, envolvido na lide.

Assim, "ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei" (art. 6º).

Há, só por exceção, portanto, casos em que a *parte processual* é pessoa distinta daquela que é *parte material* do negócio jurídico litigioso.

Quando isto ocorre, dá-se o que em doutrina se denomina substituição processual, que consiste em demandar a parte, em nome próprio, a tutela de um direito controvertido de outrem. Caracteriza-se ela pela "cisão entre a titularidade do direito subjetivo e o exercício da ação judicial", no dizer de Buzaid.[4] Trata-se de uma faculdade excepcional, pois só nos casos expressamente autorizados em lei é possível a *substituição processual* (art. 6º).[5]

Uma dessas hipóteses ocorre quando a parte, na pendência do processo, aliena a coisa litigiosa ou cede o direito pleiteado em juízo. Embora o alienante deixe de ser o sujeito material da lide, continua a figurar na relação processual como *parte* (sujeito do processo), agindo em nome próprio, mas na defesa de direito material de terceiro (o adquirente) (art. 42).

Outro exemplo pode ser encontrado no art. 68 do Código de Processo Penal, que reconhece legitimidade ao Ministério Público para mover a ação civil de reparação do dano *ex delicto*, quando o titular do direito à indenização for pobre.

Há, porém, nos diversos casos excepcionais de substituição processual, um interesse conexo da *parte processual* com o da *parte material*, pois a regra de legitimidade de parte como condição da ação impede que, em geral, qualquer pessoa demande em seu nome a tutela de um interesse alheio. Daí a restrição do art. 6º, que só admite a substituição processual quando a própria lei reconheça ao terceiro uma legitimação especial para demandar interesse alheio.[6]

De qualquer maneira, não se concebe que a um terceiro seja reconhecido o direito de demandar acerca do direito alheio, senão quando entre ele e o titular do direito exista algum vínculo jurídico especial. Sempre, pois, que a substituição processual se mostre possível perante a lei, ocorrerá o pressuposto de uma conexão de interesse entre a situação jurídica do substituto e a do substituído.[7] Assim, o alienante do bem litigioso pode continuar litigando em nome próprio, embora o bem já não mais lhe pertença, porque o terceiro, ao negociar com as partes, sujeitou-se a estabelecer uma nova situação jurídica material vinculada à sorte da demanda pendente. Uma associação ou um sindicato também pode demandar em defesa de direitos de seus associados porque o fim social da entidade envolve esse tipo de tutela aos seus membros: há, pois, conexão entre o interesse social e o interesse individual em litígio. Daí ser justificável a substituição. Será, por isso mesmo, incabível a substituição quando a associação agir na defesa de direito do sócio que não tenha identidade com o objetivo social. Ressalte-se, por fim, que a relevância do vínculo capaz de legitimar a substituição processual só decorre de valoração que se reserva apenas à lei. A vontade das partes, portanto, não é suficiente para criar substituição processual que não tenha sido expressamente prevista em lei.

Quanto aos poderes do substituto processual, eles são amplos, no que dizem respeito aos atos e faculdades processuais, mas não compreendem, obviamente, os atos de disposição do próprio direito material do substituído, como confissão, transação, reconhecimento do pedido etc.[8]

Uma consequência importante da substituição processual, quando autorizada por lei, passa-se no plano dos efeitos da prestação jurisdicional: a coisa julgada forma-se em face do substituído, mas, diretamente, recai também sobre o substituto.[9] A regra, porém, prevalece inteiramente na substituição nas ações individuais, não nas coletivas, como a ação civil pública e as ações coletivas de consumo. Nestas, as sentenças benéficas fazem coisa julgada para todos os

titulares dos direitos homogêneos defendidos pelo substituto processual (CDC, art. 103, III). O insucesso, porém, da ação coletiva, não obsta as ações individuais, a não ser para aqueles que tenham integrado o processo como litisconsortes (CDC, arts. 94 e 103, § 2º).

69. Substituição de parte (alienação do bem litigioso)

Não se confunde a substituição processual com a substituição de parte.

Se o direito controvertido se torna, no curso do processo, objeto de transferência a título particular, não importa se, por ato entre vivos ou por causa de morte, o processo prossegue entre as partes originárias (se se trata de ato entre vivos) ou perante o sucessor a título universal (se se trata de ato por causa de morte), mas a sentença produz os seus efeitos, mesmo perante o adquirente e o legatário (art. 42, § 3º). A inoponibilidade da transferência ao adversário do alienante ou de quem tenha feito o legado, que por um lado não espolia da legitimação o alienante e o herdeiro e, por outro lado, estende os efeitos da sentença ao adquirente e ao legatário, é inspirada não pela exigência de tutelar o autor, que poderá até mesmo ser o sucumbente, mas pela necessidade de tornar possível o pronunciamento de mérito, que a oponibilidade da transferência, privando o alienante da legitimação, impediria.[10]

O processo é fonte autônoma de bens, portanto. Desse modo, o direito substancial pode ser transferido sem afetar o direito processual, assim como a ação pode ser transferida, independentemente do direito substancial, conforme haja *substituição de parte* ou *substituição processual* (*vide*, *infra*, nº 94).

Na substituição de parte ocorre uma alteração nos polos subjetivos do processo. Uma outra pessoa passa a ocupar o lugar do primitivo sujeito da relação processual (ex.: o herdeiro passa a ser o novo autor ou o novo réu, na ação em que ocorreu o falecimento do litigante originário). Já na substituição processual, nenhuma alteração se registra nos sujeitos do processo. Apenas um deles age, por especial autorização da lei, na defesa de direito material de quem não é parte na relação processual (ex.: a parte que aliena, durante o processo, o bem litigioso, e continua a defendê-lo em juízo, no interesse do novo proprietário, ou a associação que move uma ação não para a defesa de direitos próprios, mas de seus associados).

Após a alienação do bem ou do direito litigioso, em regra ocorre apenas a *substituição processual* (art. 42, *caput*). Eventualmente, porém, poderá verificar-se a completa *substituição de parte*, mediante saída do litigante primitivo

(transmitente) e entrada da parte nova (adquirente). Esta última substituição, no entanto, é uma exceção viável somente quando a parte contrária nela consentir (art. 42, § 1º) (ver, adiante, o item nº 94).

70. Capacidade processual

A capacidade processual consiste na aptidão de participar da relação processual, em nome próprio ou alheio.

Em regra geral, a capacidade que se *exige da parte* para o processo é a mesma que se reclama para os atos da vida civil, isto é, para a prática dos atos jurídicos de direito material (Código Civil de 1916, arts. 9º e 13; CC de 2002, arts. 5º e 40).

Quando se faz necessária a representação do *incapaz* ou do privado de demandar pessoalmente, como o falido e o insolvente civil, *o representante* não é considerado parte, mas sim gestor de interesses alheios.[11]

Há representações voluntárias, derivadas de negócio jurídico, e representações legais, oriundas imediatamente da lei, como a do titular do pátrio poder em relação aos filhos menores.

Entre as representações voluntárias, que são aquelas em que a pessoa escolhe voluntariamente o representante para atuar em seu nome, distingue-se casos de *representação necessária*, em que, embora o representante seja de livre escolha do representado, não pode deixar de eleger um representante qualificado para a prática do ato.

É o que ocorre com a obrigação da parte de atuar no processo por meio de advogado legalmente habilitado.

Podem ser parte, portanto, as *pessoas naturais* e as *pessoas jurídicas* regularmente constituídas, de direito público ou de direito privado.

Em consequência, não tem capacidade processual quem não dispõe de aptidão civil para praticar atos jurídicos materiais, como os menores e os alienados mentais.

Da mesma forma que se passa com a incapacidade civil, supre-se a incapacidade processual por meio da figura jurídica da representação.

Por isso, quando houverem de litigar, "os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil" (art. 8º).

A questão da *capacidade* de atuar em juízo constitui um *pressuposto processual*. Sua inocorrência impede a formação válida da relação jurídico-processual. Seu exame e o reconhecimento de sua falta devem ser procedidos *ex*

officio pelo juiz.

É claro que as próprias partes podem arguir os defeitos de capacidade processual, seja em relação à própria pessoa, seja em relação à parte contrária.

Os atos processuais do incapaz e os do juiz ou da parte contrária praticados perante incapaz carecem de eficácia, mas podem ser convalidados com efeito retroativo, pelo representante legal da parte, nos casos em que se admite a ratificação dos atos materiais anuláveis.

Sempre que a parte for civilmente incapaz, embora regularmente representada ou assistida, haverá necessidade de intervenção do Ministério Público no processo, sob pena de nulidade (arts. 82, I, 84).

A capacidade de ser parte no processo civil, porém, não cabe apenas às pessoas naturais e jurídicas. Há, também, certas massas patrimoniais necessárias, que, embora não gozem de personalidade jurídica, são admitidas a figurar em relações processuais como parte ativa ou passiva. Tais são a massa falida, o espólio e herança vacante ou jacente (art. 12, nos III, IV e V), a massa do insolvente civil (art. 766, no II) e as sociedades sem personalidade jurídica (art. 12, no VII).

A essas massas atribui-se a denominação de *pessoas formais*.

Têm, portanto, *capacidade* para figurar como *parte* na relação processual:

a) as pessoas naturais;
b) as pessoas jurídicas;
c) as pessoas formais.

71. Capacidade processual das pessoas casadas

Dispõe o art. 10 que "o cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários".

Desaparecida a situação de pessoa relativamente incapaz, para a mulher casada, em razão da Lei no 4.121, de 27.08.72, passou esta a uma posição jurídica de independência, análoga à do marido.

Assim, nem o marido depende de outorga da mulher, nem esta de autorização daquele, para estar em juízo nas ações em geral.

Somente nas ações que versem sobre direitos reais imobiliários é que o cônjuge (varão ou mulher) dependerá do assentimento de seu consorte para ingressar em juízo. Mas essa restrição à capacidade processual é, como se vê, recíproca, pois atinge ambos os cônjuges. Observe-se, entretanto, que a

necessidade de anuência do cônjuge e de seu eventual suprimento pressupõe sociedade conjugal em vigor. Extinta esta por separação judicial ou divórcio, a existência de bens não partilhados passa para o regime do condomínio ordinário, no qual, obviamente não vigora a exigência de vênia conjugal para os atos individuais dos ex-cônjuges.

O Código Civil de 2002 abrandou a exigência de consentimento entre os cônjuges para o pleito judicial, dela excluindo o regime da separação absoluta de bens (art. 1.647, I). Em regra, continua prevalecendo a exigência, nos diversos regimes matrimoniais. Apenas na hipótese de regime de separação absoluta é que cada cônjuge poderá pleitear em juízo a respeito de bens imóveis próprios, sem necessitar do assentimento do outro consorte[12] (cf. art. 1.687 do Código Civil). Para o Código, outrossim, há duas hipóteses de regime matrimonial de separação de bens: o da separação *legal* e o da separação *convencional*. O primeiro é imposto pela lei, em determinadas circunstâncias; o segundo decorre da vontade dos cônjuges. A separação absoluta é a instituída por convenção (pacto antenupcial).[13]

Para evitar situações de recusa caprichosa ou de outros empecilhos, permite o Código que a autorização do marido e a outorga da mulher possam ser supridas judicialmente, quando um cônjuge a recuse ao outro sem motivo justo, ou lhe seja impossível dá-la (art. 11).

O procedimento a observar é o comum ou geral de jurisdição voluntária, traçado pelos arts. 1.103 a 1.111.[14]

Nas ações do art. 10, a outorga do outro cônjuge é integrativa da capacidade processual; por isso, a sua falta, desde que não suprida pelo juiz, *invalida o processo* (art. 11, parágrafo único).

Quanto à propositura de ações reais imobiliárias, porém, o art. 10 não impõe um litisconsórcio ativo necessário entre os cônjuges. Basta o consentimento de um ao outro, mesmo fora do processo. Por isso, a nulidade do processo, por descumprimento da norma em tela, não é absoluta e só pode ser arguida pelo cônjuge interessado.[15]

Quanto à capacidade processual passiva, dispõe o art. 10, § 1º, que “ambos os cônjuges serão *necessariamente* citados para as ações:

I – que versem sobre direitos reais imobiliários;

II – resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles;

III – fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja

execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou seus bens reservados;

IV – que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges".

Trata-se de litisconsórcio passivo *necessário*, cuja inobservância leva à nulidade do processo. O juiz, porém, tem o poder de determinar a citação do cônjuge, mesmo se a petição inicial for omissa a respeito, cabendo ao autor promovê-la no prazo que lhe for assinado, sob pena de extinguir-se o processo (art. 47, parágrafo único). Ver nº 102.

Embora as ações possessórias devam ser classificadas como ações reais (art. 95), o Código, em regra, não exige, para elas, o litisconsórcio necessário entre os cônjuges. A participação dos dois cônjuges nas possessórias sobre imóveis somente é considerada como indispensável "nos casos de composse ou de ato por ambos praticado" (§ 2º do art. 10, com a redação da Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

Isto quer dizer que, ativamente, o possuidor, mesmo casado, pode propor ação possessória sem a participação obrigatória do cônjuge, se entre ambos não estiver praticamente configurada a composse. Da mesma forma, do lado passivo, o esbulhador ou turbador pode ser demandado pessoalmente, sem a presença do cônjuge, se o ato ofensivo à posse do autor tiver sido praticado isoladamente, sem concurso de seu consorte.

No caso de dívidas contraídas apenas pelo marido, o litisconsórcio passivo se torna necessário quando o autor pretenda fazer reconhecida a responsabilidade patrimonial sobre os bens de ambos os cônjuges. A hipótese refere-se àquelas obrigações contraídas a benefício da família (Cód. Civil de 2002, art. 1.643), pelas quais os dois cônjuges respondem solidariamente, ainda que firmadas por apenas um deles (*idem*, art. 1.644). A obrigatoriedade do litisconsórcio previsto no inciso III do art. 10, § 1º, faz com que, em sua inobservância, o autor perca o direito de executar a futura condenação sobre a meação ou os bens particulares do cônjuge não incluído no processo de conhecimento. O título executivo operará como relativo à dívida apenas do consorte demandado. A solidariedade passiva ficará prejudicada por descumprimento do litisconsórcio exigido pela lei.

72. Curatela especial

Em certos casos, o juiz deve dar à parte um representante especial para atuar

em seu nome apenas no curso do processo.

Trata-se do *curador especial* ou *curador à lide*, cuja nomeação ocorre em alguns casos de incapacidade e de revelia.

Com efeito, determina o art. 9º que o juiz dê curador especial:

I – ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

II – ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Se na comarca houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial (art. 9º, parágrafo único). Na sua falta, o juiz nomeará um estranho, de preferência advogado. Se o curador não for advogado regularmente inscrito na OAB, terá que constituir procurador que o seja, para atuar em seu nome no processo.

Ao curador incumbe velar pelo interesse da parte tutelada, no que diz respeito à regularidade de todos os atos processuais, cabendo-lhe ampla defesa dos direitos da parte representada, e podendo, até mesmo, produzir atos de resposta como a contestação, a exceção e a reconvenção, se encontrar elementos para tanto, pois a função da curatela especial dá-lhe poderes de representação legal da parte, em tudo que diga respeito ao processo e à lide nele debatida. Não pode, naturalmente, transacionar, porque a representação é apenas de tutela e não de disposição.

Uma peculiaridade de sua função é a faculdade, ordinariamente negada ao réu, de produzir defesa por negação geral, obrigando o autor a provar suas alegações, mesmo quando não rebatidas especificamente (art. 302, parágrafo único).

A curatela à lide é um *munus* processual que não dá direito a exigir honorários da parte representada, mas os serviços profissionais do advogado podem ser reclamados da parte contrária, quando ocorra a sua sucumbência.

73. Representação das pessoas jurídicas e das pessoas formais

Cuida o art. 12 da representação das pessoas jurídicas públicas e privadas, bem como das pessoas formais, dispondo que serão representadas em juízo, *ativa* e *passivamente:*

I – a *União*, os *Estados*, o *Distrito Federal* e os *Territórios*, por seus procuradores;[16]

II – o *Município*, por seu prefeito ou procurador;

III – a *massa falida*, pelo síndico (denominação alterada para “administrador

judicial", pela Lei nº 11.101, de 09.02.2005);

IV – a *herança jacente* ou *vacante*, por seu curador;

V – o *espólio*, pelo inventariante; quando, porém, se tratar de inventariante dativo, a representação caberá a todos os herdeiros e sucessores do falecido (art. 12, § 1º);[17]

VI – as *pessoas jurídicas*, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores; "tendo a pessoa jurídica pluralidade de domicílio, pode a citação recair na pessoa do gerente do seu estabelecimento filial, pelo qual se determinou a competência do juízo";[18] em se tratando de sociedade em liquidação judicial, deve ser citado o liquidante e não os ex-sócios.[19]

Quanto à sociedade que mantenha filiais, urge distinguir duas situações: *a)* em regra, a citação do gerente depende de poderes especiais, de sorte que, se a ação versar sobre atos que não foram praticados pelo citando, não basta a sua qualidade de gerente, pois indispensável será a existência de poderes adequados para o ato;[20] *b)* quando, porém, a ação versar sobre atos praticados pelo gerente da filial, a citação em sua pessoa, em face do art. 215, § 1º, será eficaz, mesmo que não disponha de mandato especial para recebê-la; mas desde que inexista no foro competente outro representante com poderes específicos.[21]

VII – as *sociedades sem personalidade jurídica*, pela pessoa a quem couber a administração dos seu bens; essas sociedades, "quando demandadas, não poderão opor a irregularidade de sua constituição" (art. 12, § 2º);[22] podem ser citadas como exemplo de sociedades sem personalidade jurídica, além das irregulares, as sociedades em conta de participação (novo Código Civil, art. 991) e o consórcio de empresas (Lei nº 6.404/76, arts. 278 e 279); as primeiras agirão em juízo em nome do sócio ostensivo, e o último será representado na forma prevista no respectivo contrato, ou, sendo omisso, pelas instituições consorciadas;

Observe-se que a sociedade em conta de participação não é uma sociedade de fato e tampouco uma sociedade formal para efeitos judiciais. Ela existe apenas no plano contratual, com vínculo obrigacional estabelecido entre o sócio ostensivo e o sócio participante. Perante terceiros a sociedade não existe, razão pela qual jamais adquire personalidade jurídica nem pode ser demandada, por carecer absolutamente de capacidade de ser parte em juízo[23]. Somente o sócio ostensivo contrai obrigações perante terceiros, de modo *que apenas ele* responderá, em juízo, pelas dívidas, que, aliás, são sempre contraídas em seu próprio nome (Cód. Civ., art. 991, parágrafo único).

VIII – a *pessoa jurídica estrangeira*, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único); essa representação não depende de poderes especiais, pois o Código presume o gerente da filial ou agência, autorizado pela pessoa jurídica estrangeira, a receber citação inicial para o processo de conhecimento, de execução, cautelar e especial (art. 12, § 3º);

IX – o *condomínio*, pelo administrador ou pelo síndico. Havendo condomínio regularmente constituído e síndico escolhido segundo a lei da convenção, "somente o síndico tem legitimidade para representar o condomínio em juízo".[24]

O administrador, como simples auxiliar do síndico, não goza de poderes de representação do condomínio. Excepcionalmente, poderá desfrutar dessa representação o administrador que houver sido designado em caráter provisório, em razão do litígio entre os condôminos acerca da própria administração do condomínio.[25]

Também, na fase da incorporação, quando inexistir o síndico, a empresa incorporadora, assumindo a posição de administradora, goza da representação provisória do condomínio.

A massa do insolvente civil não foi contemplada no elenco do art. 12. Mas, segundo os arts. 751, nº II, e 752, trata-se, também, de massa patrimonial necessária, com capacidade processual ativa e passiva, cuja representação compete ao administrador nomeado pelo juiz da causa (art. 766, nº II).

74. Incapacidade processual e irregularidade de representação

Cumpre ao juiz verificar *ex officio* as questões pertinentes à capacidade das partes e à regularidade de sua representação nos autos (art. 267, nº IV, e § 3º), por se tratar de pressupostos de validade da relação processual.

Por isso, verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito (art. 13). Dito prazo não deve ser superior a 30 dias, conforme se vê do art. 327.

Não sendo cumprido o despacho no prazo assinado à parte, o juiz:

I – decretará a nulidade do processo, se a diligência competia ao autor;

II – considerará revel o réu se estivesse a seu cargo a providência saneadora;

III – excluirá o terceiro do processo, se a irregularidade a ele se referia (art.

13, segunda parte).

É ônus das sociedades demonstrarem sua personalidade.[26] Por isso, “ao ingressar em juízo, a pessoa jurídica de direito privado deve provar sua constituição, a fim de mostrar a regularidade de sua representação”.[27]

Mas não havendo dúvida sobre a existência da sociedade comercial e não tendo havido impugnação a esse respeito, dispensável é a juntada de contrato social em ação movida pela pessoa jurídica.[28]

§ 11. DEVERES E DIREITOS DAS PARTES E PROCURADORES

Sumário: 75. Deveres. 75-a. Inovação da Lei nº 10.358, de 27.12.2001. 76. Responsabilidade das partes por dano processual. 76-a. Direitos. 76-b. Direito especial dos litigantes idosos e portadores de doenças graves.

75. Deveres

Compete às partes e a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a *verdade*;

II – proceder com lealdade e *boa-fé*;

III – não formular pretensões nem alegar defesa, ciente de que são *destituídas de fundamento;*

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Dentro da sistemática do processo civil moderno, as partes são livres para escolher os meios mais idôneos à consecução de seus objetivos.

Mas essa liberdade há de ser disciplinada pelo respeito aos fins superiores que inspiram o processo, como método oficial de procura da justa e célere composição do litígio.

Daí a exigência legal de que as partes se conduzam segundo os princípios da lealdade e probidade, figuras que resumem os itens do art. 14, em sua acepção mais larga.

Como ensina Andrioli, as noções de *lealdade e probidade* não são jurídicas, mas sim da experiência social. "A lealdade é o hábito de quem é *sincero* e, naturalmente, abomina a *má-fé* e a traição; enquanto a *probidade* é própria de quem atua com retidão, segundo os ditames da consciência".[29]

Exemplo de *improbidade* encontramos nas *expressões injuriosas*, cujo emprego nos escritos do processo é expressamente vedado às partes e seus advogados, cabendo ao juiz mandar riscá-las, de ofício ou a requerimento do ofendido (art. 15). Quando a injúria é feita verbalmente, em audiência, o juiz deverá advertir o advogado para não mais cometê-la, sob pena de lhe ser cassada a palavra (art. 15, parágrafo único).

Ocorre, outrossim, violação do dever de lealdade em todo e qualquer ato inspirado na malícia ou má-fé e principalmente naqueles que procuram desviar o processo da observância do contraditório. Isto se dá quando a parte desvia, astuciosamente, o processo do objetivo principal e procura agir de modo a transformá-lo numa relação apenas bilateral, onde só os seus interesses devam prevalecer perante o juiz.[30]

Entre os casos de abuso processual ofensivos do dever de boa-fé e lealdade, deve-se incluir a conduta maliciosa da parte que retarda a execução da sentença ou da medida antecipatória para se beneficiar com o exorbitante avolumar da multa judicial (*astreintes*), que às vezes se transforma em ruína do devedor e em verdadeiro enriquecimento indevido do credor. Quanto à não execução imediata da condenação, a jurisprudência evita os efeitos do abuso processual, estatuindo que a multa diária não é exigível senão depois de intimado pessoalmente o devedor a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer (Súmula nº 410 /STJ). Mesmo, porém, quando o devedor tenha sido intimado, a demora exagerada na execução da multa pode ser tratada como ato de má-fé ou deslealdade processual, se dela adveio um crescimento da medida coercitiva que ultrapasse o valor da obrigação principal e possa acarretar a insolvência do devedor, ou que se torne medida incompatível com a equidade reclamada pelo dever de boa-fé no comportamento processual.[31]

Registre-se, finalmente, que os deveres de lealdade e probidade, a que aludem os arts. 14 e 15, tocam a ambas as partes (autor e réu), bem como aos terceiros intervenientes, e ainda aos advogados que os representem no processo.

75-a. Inovação da Lei nº 10.358, de 27.12.2001

Os deveres que o texto primitivo do Código estatuíra para as partes e seus procuradores foram estendidos a "todos aqueles que de qualquer forma participam do processo" (art. 14, *caput*, em sua nova redação). Assim, o funcionário público, ou o empregado de empresa privada, por exemplo, quando convocado a informar, a fornecer dados, a exibir registros ou coisas, ou efetuar

levantamentos, estarão sujeitos aos deveres de veracidade, lealdade e boa-fé e demais enunciados no art. 14, no seu texto primitivo e nos acréscimos da Lei nº 10.358.

A grande novidade, no conteúdo de tais deveres, foi a inserção do inciso V no rol do art. 14, segundo o qual cabe não só às partes, como a todo aquele que de qualquer forma participa do processo, submeter-se às ordens contidas nos provimentos judiciais, quando assumirem a feição mandamental.[32]

Por mandamental entende-se a deliberação do juiz em que não apenas se reconhece a obrigação de realizar certa prestação, mas se dispõe, como ordem de autoridade competente, o comando impositivo de certa conduta. Assim, o seu descumprimento equivale à desobediência ou resistência à ordem legal de autoridade pública (crimes capitulados nos arts. 329 e 330 do Código Penal).[33]

Assim, uma sentença condenatória executa-se segundo os preceitos do processo executivo, mas uma ordem de exibição, de sequestro, uma liminar qualquer de natureza emergencial, cautelar ou antecipatória, e todos os comandos pertinentes ao dever cívico de colaboração com a Justiça para a apuração da verdade e livre desenvolvimento da marcha processual rumo à prestação jurisdicional devem ser encarados como mandamentos de imediata submissão pelo destinatário.

Toda ordem judicial dessa natureza há de ser cumprida, na forma e prazo determinados. Mesmo quando sujeita a decisão final ou antecipatória ao procedimento executivo comum, é dever dos que participam do processo absterem-se de criar embaraços à efetivação de todo e qualquer provimento judicial (inc. V, acrescentado ao art. 14).

Para reforçar o caráter cogente dos provimentos mandamentais e assegurar exequibilidade de todos os provimentos judiciais (ainda que não mandamentais), o novo parágrafo único do art. 14 qualifica a violação do inciso V, isto é, a desobediência à ordem judicial ou a resistência injusta à execução forçada, como "ato atentatório ao exercício da jurisdição".

Para esse atentado, o órgão judicial está autorizado, sem prejuízo das sanções criminais civis e processuais cabíveis, a aplicar ao responsável (parte, interveniente, ou quem, de qualquer forma, participe do processo) a multa de até vinte por cento do valor da causa.[34]

O juiz arbitrará a pena nos próprios autos em que incorreu a infração e assinará prazo para seu pagamento. Para fixar-lhe o montante levará em conta "a gravidade da conduta" do infrator.

Não ocorrendo o pagamento no tempo devido – cuja contagem se dará após

o trânsito em julgado da decisão final da causa – a multa será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado, conforme se trate de processo da Justiça Federal ou da Justiça Estadual.

Há duas novidades, portanto, na exigência de multa por atentado ao exercício da jurisdição: a) sua exigibilidade não é imeditada, pois só deverá ocorrer após o encerramento do processo pelo trânsito em julgado da decisão final; b) o beneficiário da multa não é a parte prejudicada (como se dá na comum litigância de má-fé – art. 35); é o Poder Público que a arrecadará como dívida ativa.

76. Responsabilidade das partes por dano processual

Da má-fé do litigante resulta o dever legal de indenizar as perdas e danos causados à parte prejudicada (art. 16).

Esse dever alcança tanto o autor e o réu como os intervenientes.

A responsabilidade, *in casu*, pressupõe o elemento objetivo *dano* e o subjetivo *culpa*, mas esta não se confunde necessariamente com o dolo e, pelo casuísmo legal, pode às vezes limitar-se à culpa em sentido estrito, mas de natureza grave (art. 17, n$_{os}$ I e VI).

Assim, o art. 17, com as alterações das Leis n$_{os}$ 6.711, de 27.03.1980, e 9.668, de 23.06.98, considera litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;[35]

III – usar o processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

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

VI – provocar incidentes manifestamente infundados;

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.[36]

O conteúdo da indenização compreenderá, segundo o art. 18:

a) os prejuízos da parte;

b) os honorários advocatícios;

c) as despesas efetuadas pelo lesado.

Essa reparação, que decorre de ato ilícito processual, será devida, qualquer que seja o resultado da causa, ainda mesmo que o litigante de má-fé consiga, ao final, sentença favorável.[37]

Além do ressarcimento dos prejuízos, o litigante de má-fé sujeita-se a pagar

multa de até um por cento sobre o valor da causa (art. 18, com a redação da Lei nº 9.668, de 23.06.98), verba essa que, também, reverterá em benefício da parte prejudicada (art. 35).

No caso de pluralidade de litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa. Mas se a má-fé foi praticada em comum, a condenação atingirá os partícipes solidariamente (art. 18, § 1º).

Não há necessidade de ação própria para reclamar a indenização. O prejudicado, demonstrando a má-fé do outro litigante, poderá pedir sua condenação, incidentemente, nos próprios autos do processo em que o ilícito foi cometido. Apenas o valor da indenização é que poderá ser relegado para o procedimento separado da liquidação por arbitramento, segundo o rito próprio previsto no art. 475-D (com a redação da Lei nº 11.232/2005), quando o juiz não dispuser de elementos para fixá-lo de plano.

Uma das dificuldades de punir-se a litigância de má-fé residia na necessidade de a vítima quantificar comprovadamente o dano que lhe havia sido acarretado pelo litigante temerário. Com a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, que deu nova redação ao *caput* e ao § 2º do art. 18, o embaraço foi eliminado, já que: *a)* ficou explícito que a condenação do litigante de má-fé a indenizar a parte prejudicada nem mesmo depende, necessariamente, de pedido do ofendido. Caberá ao juiz decretá-la "de ofício ou a requerimento" (*caput*); *b*) conferiu-se, outrossim, ao juiz a faculdade de fixar objetivamente a indenização, tomando como base o valor da causa (hipótese em que não deverá ultrapassar o limite de 20% sobre aquele valor), ou de determinar que se proceda à liquidação por arbitramento. Na maioria das vezes, portanto, o juiz mesmo arbitrará a sanção, tornando-a de aplicação imediata ao infrator. O arbitramento, a meu ver, será recomendável apenas quando houver indícios de danos efetivos de grande monta, que possivelmente ultrapassem a margem tarifada da lei (20% do valor da causa). Aí, sim, haveria necessidade de uma perícia para determinar o prejuízo real sofrido pela parte que suportou as consequências da litigância temerária.

A aplicação do § 2º do art. 18 facilita a condenação do litigante de má-fé, independentemente de prova quantitativa do dano suportado pelo adversário. Não quer isto dizer, todavia, que a sanção será aplicada mesmo sem ter havido dano algum. A litigância de má-fé pressupõe sempre dano sério ao processo e aos interesses da contraparte. Esse dano tem de ser demonstrado, ainda que nem sempre se exija prova exata de seu montante. Dentro dos parâmetros do § 2º do art. 18, o juiz pode arbitrar imediatamente a indenização, sem exigir prova exata de seu *quantum*. Sua existência, contudo, terá de ser inequivocamente provada

ou, pelo menos, deduzida, de forma necessária, dos fatos e elementos concretos dos autos. Em nenhuma hipótese, portanto, se admitirá a imposição do dever de indenizar, na ausência de dano efetivo derivado da conduta censurada do litigante.[38]

A multa criada pela Lei nº 9.668, de 23.06.98, que se acresce às perdas e aos danos, também é aplicável de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de demonstração de efetivo prejuízo.

Às sanções dos arts. 16 e 18 pode ser cumulada a multa de até 20% do valor da causa, por ato atentatório ao exercício da jurisdição (art. 14, parágrafo único, acrescido pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001), que, entretanto, reverterá em favor da Fazenda Pública, e não da parte prejudicada.

76-a. Direitos

A jurisdição importa exercício de atos soberanos pelo órgão judicial. Ao mesmo tempo, porém, que o Estado impõe sua justiça aos indivíduos, privando-os da autotutela, contrai perante eles o compromisso de tutelá-los, sempre que ocorrer lesão ou ameaça a seus direitos subjetivos (CF, art. 5º, XXXV). Nasce, assim, para os litigantes, não só a sujeição à justiça oficial, mas também o direito subjetivo público de exigir do Poder Judiciário a prestação jurisdicional, a ser realizada dentro dos parâmetros legais e constitucionais do devido processo legal.

Assim, o direito básico de toda pessoa que se sinta envolvida em litígio é o direito de ação como forma de obter o provimento judicial capaz de solucionar o conflito, mediante concretização da vontade da lei. Esse é o denominado *direito de acesso à Justiça*, que deve se dar segundo a garantia do devido processo legal e seus consectários enunciados na lei magna e nas leis processuais que a complementam.

Por outro lado, o Código de Processo Civil elenca uma série de poderes e deveres do juiz, como o de assegurar o tratamento igualitário das partes, velar pela rápida solução do litígio, prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça etc. (v., adiante, o item 191). Mas, como a jurisdição é função, e não simples poder, pois engloba poderes e deveres, a todo poder que lhe atribui a lei corresponde o direito da parte de exigir que a função seja regular e adequadamente exercida. Assim, por exemplo, a repressão ao ato contrário à dignidade da Justiça, que se insere nos poderes do juiz, é também um direito subjetivo processual do litigante prejudicado pela conduta abusiva do adversário.

Da mesma forma se passa com o cumprimento do contraditório e o tratamento isonômico dos contendores, que o juiz, de ofício, tem de promover, e que à parte cabe o direito de exigir.

76-b. Direito especial dos litigantes idosos e portadores de doenças graves

O Código de Processo Civil, com a reforma da Lei nº 10.173/2001, emendada pela Lei nº 12.008/2009, instituiu, por meio dos arts. 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C, o direito dos litigantes idosos a uma preferência de tramitação, a ser observada nos procedimentos em que figure pessoa de idade igual ou superior a sessenta anos, regalia que consta, também, do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003, art. 71). Essa regra beneficia, pois, tanto o autor como o réu e, ainda, o terceiro interessado. Uma vez requerido o favor legal do idoso, mediante petição acompanhada da prova de sua condição, caberá ao juiz ordenar ao cartório as providências tendentes a fazer com que o andamento do feito tenha preferência sobre os demais (art. 1.211-B).[39] Mesmo que o idoso venha a falecer antes do julgamento da causa, a tramitação preferencial continuará prevalecendo em benefício do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, em união estável (art. 1.211-C).

A razão do tratamento especial é intuitiva: o litigante idoso não tem perspectiva de vida para aguardar a lenta e demorada resposta judicial e, por isso, merece um tratamento processual mais célere, a fim de poder, com efetividade, se prevalecer da tutela jurisdicional.

A Lei nº 12.008, de 29.07.2009 equiparou ao idoso o portador de doença grave,[40] no novo texto atribuído aos arts. 1.211-A e 1.211-C do Código, de modo que o benefício da tramitação preferencial se aplica indistintamente a ambos. A mesma lei substituiu a expressão “interveniente”, constante do art. 1.211-A por “interessado” o que certamente teve o propósito de assegurar a tramitação privilegiada tanto nos processos contenciosos como nos procedimentos de jurisdição voluntária.

Concedida a prioridade pelo juiz da causa, os autos deverão receber identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária (art. 1.211-B, § 1º).

§ 12. DESPESAS E MULTAS

Sumário: 77. Ônus financeiro do processo. 78. Antecipação das despesas. 79. A sucumbência e as obrigações financeiras do processo. 80. Ressalvas aos efeitos da sucumbência. 80-a. Extinção do processo por perda do objeto. 81. Sucumbência recíproca. 82. Realização da obrigação de pagar as despesas processuais. 83. Multas. 84. Honorários de advogado. 85. Cabimento dos honorários. 86. Inoperância da sucumbência. 87. Fixação dos honorários. 88. Alguns casos especiais de fixação de honorários. 89. Execução dos honorários de sucumbência. 89-a. Inclusão dos honorários advocatícios no ressarcimento de perdas e danos. 90. Assistência judiciária.

77. Ônus financeiro do processo

A prestação da tutela jurisdicional é serviço público remunerado, a não ser nos casos de miserabilidade, em que o Estado concede à parte o benefício da "assistência judiciária" (Lei nº 1.060, de 05.02.50). Por isso, tirante essa exceção legal, "cabe às partes prover às despesas dos atos que realizam ou requerem no processo" (art. 19).

Essas despesas compreendem as custas e todos os demais *gastos* efetuados com os atos do processo, como indenização de viagem, diária de testemunha e a remuneração de perito e assistentes técnicos (art. 20, § 2º).

São *custas* as verbas pagas aos serventuários da Justiça e aos cofres públicos, pela prática de ato processual conforme a tabela da lei ou regimento adequado. Pertencem ao gênero dos tributos, por representarem remuneração de serviço público.

Despesas são todos os demais gastos feitos pelas partes na prática dos atos processuais, com exclusão dos honorários advocatícios, que receberam do Código tratamento especial (art. 20, *caput*).

A indenização de viagem, a que alude o § 2º do art. 20, pode corresponder a gasto da testemunha, da parte ou dos advogados, sempre que tenham que se deslocar do local onde residem para praticar o ato processual. Incide, por exemplo, quando a testemunha reside na zona rural ou em distrito afastado da sede do juízo; quando o advogado tem que se remover para acompanhar o cumprimento de uma carta precatória; ou quando a parte tenha que comparecer à tentativa de conciliação em comarca que não a de seu domicílio.

A diária de testemunha será custeada quando esta não for funcionário público ou não estiver sob regime da legislação trabalhista, já que, em semelhantes circunstâncias, nenhum desconto poderá sofrer da fonte pagadora (art. 419, parágrafo único).

78. Antecipação das despesas

Impõe o Código a cada parte o ônus processual de pagar antecipadamente as despesas dos atos que realizar ou requerer, em curso do processo (art. 19, *caput*).

Ao autor incumbe, mais, o ônus de adiantar as despesas relativas aos atos cuja realização for determinada pelo juiz, *ex officio*, ou a requerimento do Ministério Público (art. 19, § 2º). Cumpre-lhe, também, efetuar o preparo inicial, logo após a propositura da ação (art. 257).

O descumprimento do ônus financeiro processual, pelo não pagamento antecipado das despesas respectivas, conduz à não realização do ato requerido, em prejuízo da parte que o requereu. Assim, se se requereu o depoimento de testemunha, mas não se depositou a verba necessária para a devida intimação, a diligência não será praticada e a audiência será realizada sem a coleta do depoimento. *Mutatis mutandis*, o mesmo acontecerá com a parte que requereu prova pericial, mas não depositou, no prazo que o juiz lhe assinou, a importância para cobrir a remuneração do perito e outros gastos da prova técnica.

Se a falta do ato realizado impedir o prosseguimento da marcha processual (citação de litisconsorte necessário ou promoção de prova determinada pelo juiz como indispensável ao julgamento da causa), a falta de preparo prévio provocará a figura do *abandono da causa*, e poderá redundar em extinção do processo, sem resolução de mérito, observado o disposto no art. 267, nºs II e III, § 1º.

Quando a falta do preparo prévio é de custas recursais, dá-se a *deserção* do recurso (*vide* nº 536, *infra*). Quando for das custas iniciais da ação proposta, passados 30 dias, ensejará a extinção do processo, com cancelamento da distribuição e arquivamento dos autos (art. 257).

No tocante à antecipação das despesas de perícia, dispõe o art. 33 que “cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes, ou determinado de ofício pelo juiz”.

Na eventualidade de adiamento ou de repetição de ato processual, por culpa da parte, órgão do Ministério Público ou juiz, as despesas ficarão a cargo do que houver dado causa ao incidente (art. 29). Não se sujeitam ao ônus de antecipação

de preparo a Fazenda Pública e o Ministério Público (art. 27). Mas há que se ressalvar os gastos a serem feitos fora dos serviços públicos, como as despesas da diligência pericial ou os honorários do perito não oficial, já que é inexigível de terceiros a prestação de serviços e a realização de despesas em benefício da Fazenda Pública, sem o imediato ressarcimento.

79. A sucumbência e as obrigações financeiras do processo

Diversa do *ônus* de antecipar as despesas dos atos processuais é a *obrigação* que resulta para a parte vencida de ressarcir à vencedora todos os gastos que antecipou.

Com efeito, impõe o art. 20, *caput*, ao juiz o dever de *condenar* o vencido a "pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios".

Qualquer que seja a natureza principal da sentença – condenatória, declaratória ou constitutiva –, conterá sempre uma parcela de condenação, como efeito obrigatório da sucumbência. Nessa parte formará, portanto, um título executivo em favor do que ganhou a causa (autor ou réu, pouco importa).

Adotou o Código, assim, o princípio da sucumbência, que consiste em atribuir à parte vencida na causa a responsabilidade por todos os gastos do processo.

Assenta-se ele na ideia fundamental de que o processo não deve redundar em prejuízo da parte que tenha razão. Por isso mesmo, a responsabilidade financeira decorrente da sucumbência é *objetiva* e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário.[41] Para sua incidência basta, portanto, o resultado negativo da solução da causa, em relação à parte.

Não só na sentença final deve o juiz impor a condenação dos gastos processuais ao sucumbente. Também, ao decidir qualquer incidente ou recurso, o juiz condenará o vencido nas respectivas despesas (art. 20, § 1º).

Mas há uma diferença: na *sentença*, isto é, no julgamento que extingue o processo, com ou sem solução de mérito, a condenação do vencido abrange as *despesas* processuais e os *honorários advocatícios* (art. 20, *caput*); já, na decisão interlocutória dos incidentes, o juiz só deve condenar o vencido nas *despesas* (art. 20, § 1º).

De tal sorte, a decisão, *v. g.*, que dá pela improcedência de uma exceção de incompetência, suspeição ou impedimento, não sujeita a parte à verba advocatícia, mas apenas às custas e outros gastos efetivamente feitos pela parte contrária.[42]

Vê-se, assim, que o Código não incluiu, no conceito genérico de *despesas processuais*, os honorários de advogado, e deu a estes um tratamento próprio.

Se vários forem os litigantes vencidos, o que ocorre nos casos de litisconsórcio, os vencidos responderão pelas despesas e honorários em proporção (art. 23). Cada sucumbente será responsabilizado, assim, na medida do interesse que tiver no objeto da decisão. Se um litisconsorte, por exemplo, perdeu R$ 100.000,00 e outro R$ 200.000,00, caberá ao primeiro 1/3 e ao segundo 2/3 dos efeitos da sucumbência.

Mas, se na relação jurídica material os litisconsortes vencidos eram solidários, também deverão ser na sujeição à responsabilidade pelos gastos processuais do vencedor.[43]

80. Ressalvas aos efeitos da sucumbência

Os efeitos da sucumbência sofrem, às vezes, influência do dolo ou culpa do vencedor. Assim, "o réu, que por não arguir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito de o autor dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito de haver do vencido honorários advocatícios" (art. 22).

Isto pode ocorrer em casos em que exista a decadência ou prescrição de direitos não patrimoniais, a coisa julgada, a litispendência etc., e sobre elas silenciou-se a contestação forçando um prolongamento inútil da marcha processual.

Pelas mesmas razões, escapam aos efeitos da sucumbência as despesas dos atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos. São pagos exclusivamente pela parte que os tiver praticado, quando impugnados pelo outro litigante (art. 31).

Nos juízos divisórios, não havendo litígio, os interessados pagarão as despesas proporcionalmente aos seus quinhões (art. 25). Se houver controvérsia entre os condôminos, sua solução será dada na primeira fase do procedimento, cuja sentença imporá ao vencido o encargo da sucumbência. Na segunda fase, reservada aos trabalhos divisórios propriamente ditos, as despesas serão sempre rateadas, salvo apenas aquelas provocadas por impugnações ou recursos, que seguirão a regra comum da sucumbência (art. 20, § 1º).[44]

Se o processo terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu (art.

26). Mas, se a desistência ou o reconhecimento for parcial, a responsabilidade pelas despesas e honorários será proporcional à parte de que se desistiu ou que se reconheceu (art. 26, § 1º).

Nas causas em que seja parte a Fazenda Nacional, e nas quais seja permitida a solução por meio de transação, prevê o art. 6º, § 2º, da Lei 9.469/1997 (redação da Medida Provisória nº 2.226, de 04.09.2001), que o respectivo acordo implicará sempre à atribuição a cada parte da responsabilidade pelos honorários de seus próprios advogados. Se a transação for posterior à sentença, a regra especial prevalecerá, ainda que haja previsão diferente transitada em julgado. Todavia, a jurisprudência firmou o entendimento de que a obrigatoriedade da repartição dos honorários advocatícios só se aplica às transações celebradas após a inovação legislativa, sendo descabida nos acordos ocorridos em data anterior à sua vigência (Súmula 488 do STJ).

Não se pode falar em sucumbência nos procedimentos de jurisdição voluntária, por inexistência de litígio e de parte. Assim, o requerente adiantará o pagamento de todas as despesas, mas terá direito de rateá-las entre os demais interessados (art. 24). Havendo impugnação ao pedido, porém, instala-se contraditório que conduzirá à configuração de sucumbência, cabendo, então, as regras comuns das causas contenciosas, no que diz tanto às despesas comuns do processo como aos honorários de advogado.

Quando houver assistência e ocorrer sucumbência da parte assistida, o assistente será condenado nas custas em proporção à atividade que houver exercido no processo (art. 32). Não há, contra ele, condenação em honorários.

80-a. Extinção do processo por perda do objeto

Uma hipótese frequente é a de extinção do processo que se instaurou com observância de todas as condições da ação, mas que, por fato superveniente, sofre perda do respectivo objeto, fazendo desaparecer o interesse do autor no julgamento do mérito da causa. Quando isto se dá por fato imputável ao réu, como, por exemplo, no pagamento voluntário da dívida ajuizada, é claro que ficará ele responsável pelos honorários de sucumbência, pela simples razão de que foi o causador do litígio, ficando, outrossim, reconhecida de sua parte, implicitamente, a procedência inicial do pedido do autor.

Em outros casos, a perda de objeto não se apresenta tão claramente atribuível ao réu ou ao autor, como, por exemplo, ocorre nas moratórias ou remissões legais. Caberá, então, ao juiz analisar as circunstâncias em que a causa foi

proposta para averiguar a quem se poderia presumivelmente atribuir a culpa pela instauração do processo. Nessa perspectiva, recorre-se não propriamente ao princípio da sucumbência, mas ao *princípio da causalidade*, para condenar ao pagamento das despesas processuais e honorários de advogado à parte que, se chegasse ao julgamento de mérito, perderia a demanda[45].

Entende a jurisprudência que o princípio da causalidade não se contrapõe propriamente ao da sucumbência, visto que este tem naquele um dos seus elementos norteadores. Com efeito, de ordinário, o sucumbente se apresenta como o responsável pela instauração do processo, e é por isso que recebe a condenação nas despesas processuais. "O princípio da sucumbência, contudo, cede lugar quando, embora vencedora, a parte deu causa à instauração da lide"[46]. Por outro lado, é impossível imputar ao autor os ônus da sucumbência "se quando do ajuizamento da demanda existia o legítimo interesse de agir, era fundada a pretensão, e a extinção do processo sem julgamento do mérito se deu por motivo superveniente que não lhe possa ser atribuído"[47]. Em tal hipótese, terá o juiz de definir quem de fato foi o responsável pelo litígio deduzido em juízo. E se não conseguir êxito em tal definição, por que a parte interessada não demonstrou, por elementos dos autos, quem, por critério empírico, poderia ter injustamente provocado a demanda, impossível seria a aplicação do princípio da causalidade. A solução justa, diante desse impasse, será a extinção do processo sem condenação de qualquer das partes aos honorários advocatícios[48].

81. Sucumbência recíproca

Opera-se a sucumbência recíproca quando o autor sai vitorioso apenas em parte de sua pretensão. Tanto ele como o réu serão, pois, vencidos e vencedores, a um só tempo.

Nesses casos, "serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas" (art. 21).

Para tanto, ter-se-á que calcular o total dos gastos do processo e rateá-lo entre os litigantes na proporção em que se sucumbiram. Se a derrota for igual (50%), a verba de um anulará a do outro, de modo que não haverá honorários e as custas só serão reembolsadas se algum deles antecipou mais despesas que o outro. Se a sucumbência for maior para uma parte, esta terá de arcar com maior parcela da despesa. O cálculo, para ser justo, deverá ser sempre total, para que depois de apuradas as parcelas de um e outro possa efetuar-se a recíproca compensação. Exemplo: numa ação de valor igual a R$ 100.000,00, o autor teve

ganho de causa em R$ 70.000,00 e os honorários foram fixados em 10%, tendo as despesas atingido R$ 3.000,00. A repartição da sucumbência deverá ser a seguinte: o réu ficará responsável por 70% das custas (R$ 2.100,00) e honorários (R$ 7.000,00), e o autor por 30% (R$ 900,00 e R$ 3.000,00). Assim feita compensação final, o réu, no tocante aos honorários, só terá de reembolsar ao autor a diferença de R$ 4.000,00 (R$ 7.000,00 – R$ 3.000,00).[49]

Mas, se um litigante decair de parcela mínima do pedido, o juiz desprezará a sucumbência recíproca e atribuirá por inteiro, ao outro, a responsabilidade pelas despesas e honorários (art. 21, parágrafo único). Sobre a sucumbência recíproca em ação de dano moral, v. adiante o nº 88.

82. Realização da obrigação de pagar as despesas processuais

Os serventuários e auxiliares da Justiça dispõem de título executivo para cobrar seus créditos por custas (art. 585, nº VI).

A parte vencedora, também, encontra na sentença que encerrou o processo um título executivo judicial (art. 475-N, inc. I) para exigir o reembolso das despesas antecipadas e honorários de seu advogado.

Não é correto, porém, pretender incluir esses ressarcimentos em simples contas de recurso. Os efeitos da sucumbência dependem da coisa julgada e só podem ser reclamados em execução forçada.

Quando, todavia, o processo tiver sido extinto, sem resolução de mérito, por abandono da causa (art. 267, § 2º), "o autor não poderá intentar de novo a ação, sem pagar ou depositar em cartório as despesas e os honorários em que foi condenado (art. 28)".

83. Multas

"Quem receber custas indevidas ou excessivas é obrigado a restituí-las, incorrendo em multa equivalente ao dobro de seu valor" (art. 30).

Indevidas são as custas não previstas no respectivo regimento; e excessivas as exigidas em valor superior ao da tabela legal.

A sanção será aplicada ao serventuário pelo juiz e reverterá em proveito do Estado (art. 35).

As sanções impostas à parte, como as do art. 18 (litigante de má-fé), serão incluídas na conta de custas do processo, mas reverterão em benefício da parte contrária (art. 35).

84. Honorários de advogado

Entre os gastos necessários que a parte faz no processo figuram os honorários pagos a seu advogado. Em sentido amplo, são uma espécie do gênero *despesas processuais*, portanto.

Mas o Código, em matéria de sucumbência, reserva um tratamento especial para a verba advocatícia, principalmente em dois aspectos:

a) só a sentença, ao encerrar o processo, é que resolverá a questão dos honorários. Ao contrário das demais despesas, não há condenação de honorários nas decisões interlocutórias que solucionem os incidentes verificados no curso do processo, nem nos recursos a eles pertinentes (art. 20, § 1º);

b) por outro lado, pouco importa o contrato firmado entre a parte e seu advogado, ou a quantia que efetivamente lhe foi paga. O ressarcimento dos gastos advocatícios será sempre feito conforme valor fixado pelo juiz na sentença (art. 20, § 3º).

Em regra, somente a sentença impõe ao vencido o encargo de honorários advocatícios. Há, porém, situações especiais em que o tema terá de ser enfrentado no saneador, que nada mais é do que uma decisão interlocutória. Quando, por exemplo, o litisconsorte ou o terceiro interveniente tem sua defesa acolhida, em preliminar, e, assim, são excluídos do processo antes da sentença, terá de ser o autor, ou o requerente da intervenção indevida, condenado na verba do advogado do vencedor no incidente. Para este a relação processual já se findou, de sorte que terá de sair do processo com o reconhecimento completo dos consectários da vitória em juízo, independentemente do resultado a ser dado à lide, entre as partes subsistentes, na sentença final.

85. Cabimento dos honorários

Ainda que não haja pedido expresso do vencedor é devido o ressarcimento dos honorários de seu advogado.[50] E, mesmo funcionando o advogado em causa própria, terá direito, se vencedor, à indenização de seus honorários.[51]

É que o pagamento dessa verba não é o resultado de uma questão submetida ao juiz. Ao contrário, é uma obrigação legal, que decorre automaticamente da sucumbência, de sorte que nem mesmo ao juiz é permitido omitir-se frente à sua incidência.

O art. 20 é taxativo ao dispor, de forma imperativa, que a sentença *condenará* o vencido[52] a pagar ao vencedor os honorários advocatícios.

De tal sorte, essa condenação é parte integrante e essencial de toda sentença. E se, por lapso, o juiz deixar de se pronunciar a respeito, sempre será lícito à parte liquidar essa verba por arbitramento posterior para exigi-la do vencido. Entendia o STJ que sempre seria possível, no caso de omissão da sentença, mesmo após o trânsito em julgado, o pleito dos honorários sucumbenciais por via de ação comum.[53] Houve, no entanto, uma mudança de posição que culminou na Súmula 453/STJ, segundo a qual, se não houver recurso em tempo hábil, não poderá a parte cobrar os honorários do art. 20 do CPC em execução, tampouco poderá fazê-lo em ação própria.[54]

Mesmo nas execuções de títulos extrajudiciais não embargados, em que inexiste sentença condenatória, o juiz imporá ao devedor a obrigação de pagar os honorários em favor do credor.[55] E ocorrendo embargos, haverá a possibilidade de duas sucumbências do devedor: uma na execução e outra nos embargos; mas os honorários acumulados devem observar o limite de 20% do § 3º do art. 20, "na soma das duas verbas".[56]

Da mesma forma, nas execuções de sentença, tem-se decidido que há cabimento de nova verba honorária mesmo quando não ocorra oposição de embargos.[57] Após o advento da Lei nº 11.232, de 22.12.2005, que implantou a nova sistemática de cumprimento da sentença, eliminando a ação de execução de sentença, assim como os embargos do devedor, surgiu controvérsia sobre o cabimento ou não de verba advocatícia, além daquela estabelecida na ação condenatória. Isto porque o cumprimento da sentença deixou de ser objeto de ação e se tornou simples incidente do processo em que a sentença foi dada. O STJ, depois de certa tergiversação fixou sua jurisprudência no sentido de ser cabível a verba honorária também no incidente de cumprimento da sentença no regime do art. 475-I.[58] Em suma: em todos os procedimentos contenciosos, inclusive nas medidas cautelares,[59] aplica-se a condenação de honorários.

Nos termos amplos em que o princípio da sucumbência foi adotado pelo Código, a ele se sujeita e dele se beneficiam até mesmo os Poderes Públicos e as empresas privadas que mantenham serviços jurídicos permanentes.[60]

Por outro lado, uma vez proposta a ação, torna-se obrigatória a imposição dos honorários, de modo que o réu não se libera dessa sanção pelo fato de pagar a dívida logo após a citação.[61]

86. Inoperância da sucumbência

Há dois casos em que o Código carreia a responsabilidade pelos honorários a

uma das partes sem atentar para a sucumbência.

Assim é que a parte terá de arcar com o pagamento dos honorários, mesmo se vencedora:

a) quando dilatar o julgamento da lide por não arguir na resposta fato extintivo, impeditivo ou modificativo do pedido do autor e que mais tarde veio a ser causa de improcedência do pedido ou de extinção do processo (art. 22);

b) quando a parte vencedora, ou não, for havida como litigante de má-fé (art. 18).

O encargo da verba honorária, na sistemática do art. 20, é, em princípio, imposição que decorre da lei, independentemente de ter, ou não, o vencido atuado de má-fé. Para suportar dito encargo, basta que a parte tenha sido derrotada na solução dada à causa pela sentença. Nisso consiste o *princípio da sucumbência*. Em muitos casos, porém, a distribuição das despesas do processo não pode se dar apenas à luz de tal princípio, tornando-se necessária "a sua articulação com o *princípio da causalidade*"[62]. É o que ocorre, por exemplo, quando o processo se extingue, sem solução do mérito, em razão de fato superveniente que esvaziou o objeto do feito. Caberá ao juiz, em semelhante conjuntura, verificar quem deu causa ao processo, para atribuir-lhe responsabilidade dos gastos processuais. Nisso consiste o princípio da causalidade[63]. Nos embargos de terceiro, também o STJ tem deixado de aplicar o art. 20 do CPC ao embargado que reconhece a ilegitimidade da penhora, quando esta se deveu a iniciativa apenas do oficial de justiça[64] ou se deveu a fato imputável ao próprio executado[65].

87. Fixação dos honorários

Os limites da fixação dos honorários, pelo juiz, são tratados pelo art. 20, § 3º, em função do valor da condenação principal e não do valor inicialmente atribuído à causa.

Assim, o juiz condenará o vencido a pagar honorários ao vencedor entre o mínimo de 10 por cento e o máximo de 20 por cento "sobre o valor da condenação".

Entre esses dois parâmetros, o arbitramento judicial, para chegar ao percentual definitivo, levará em conta:

a) o grau de zelo profissional;

b) o lugar da prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o

tempo exigido para o seu serviço (art. 20, § 3º).

Deixarão de ser observados os limites em questão (máximos e mínimos) quando a causa for de pequeno valor ou de valor inestimável, bem como quando não resultar em condenação, tal como se dá nas sentenças de improcedência do pedido, nas constitutivas e nas declaratórias. E, de modo geral, em todas as condenações em que for vencida a Fazenda Pública. Em tais hipóteses, "os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz", atendidas as normas das letras *a* a *c* do art. 20, §§ 3º e 4º do mesmo artigo.

Há, então, de prevalecer um critério de equidade, em função do qual o juiz agirá com prudente arbítrio, fora dos limites do § 3º do art. 20, para evitar aviltamento da verba, nas pequenas causas, e adotar mais moderação nas sucumbências da Fazenda Pública.[66]

Nas sentenças não condenatórias, a base de cálculo mais segura continua sendo o valor da causa, embora a ele não se tenha referido o Código.[67] Em tal situação, a jurisprudência dominante é no sentido de admitir a correção monetária da verba advocatícia a partir do ajuizamento da causa.[68]

A Lei nº 8.952, de 13.12.1994, dando nova redação ao § 4º do art. 20, incluiu, entre as causas que escapam aos limites rígidos de honorários previstos no § 3º, as "execuções, embargadas ou não". Na verdade, não há condenação no processo executivo, de sorte que a inovação no texto legal explicitou que também nas execuções, de título judicial ou extrajudicial, a verba honorária terá de ser fixada por arbitramento segundo "apreciação equitativa", conforme, aliás, já se manifestava uma boa parte da jurisprudência anterior à Lei nº 8.952.[69]

88. Alguns casos especiais de fixação de honorários

Nas ações de pensionamento decorrente de ato ilícito, a verba de honorários deve ser calculada sobre a soma dos danos emergentes com o capital fixado para a constituição da renda mensal, de conformidade com o art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906, de 04.07.1994,[70] e nos termos do § 5º do art. 20 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 6.745, de 05.12.79. Quando, porém, a condenação não se refere a ato ilícito absoluto (fundado no dolo ou culpa), mas decorre de responsabilidade objetiva, ou contratual, tem a jurisprudência entendido que, "havendo condenação no pagamento de pensões, devem tais honorários ser fixados, como já vinha ocorrendo, em base percentual sobre as pensões vencidas e doze das vincendas, e não na conformidade do § 5º do art. 20 do CPC".[71]

Em se tratando de ação de alimentos, os honorários serão calculados não

sobre o valor da causa, e, sim, sobre o montante de 12 prestações, ou um ano de pensionamento.[72]

Nas ações de despejo por falta de pagamento, deverão, em princípio, incidir sobre o valor da causa (locação anual), consoante o disposto no art. 58, III, da Lei nº 8.245/91, e não apenas sobre o valor dos aluguéis vencidos.[73]

Em mandados de segurança, não há condenação da autoridade coatora em honorários, nem tampouco do impetrante quando este sucumbe (STF, Súmula nº 512).

Da mesma forma, a ação popular, regulada inteiramente pela Lei nº 4.717, de 1965, não enseja aplicação da verba advocatícia quando o autor se sucumbe.[74]

Nos casos de sucumbência recíproca, o cálculo dos honorários terá de ser feito à luz do art. 21, isto é, "serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados" entre as partes. Dessa forma, se vitoriosas e vencidas ambas as partes, em pretensões equivalentes, nenhuma delas será condenada a pagar honorários.[75]

Posição interessante tem sido adotada pela jurisprudência em torno da ação de indenização por dano moral. Uma vez que o arbitramento da verba indenizatória é de exclusiva competência do juiz, o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça fixou-se no sentido de que, "na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca" (Súmula nº 326/STJ).

No caso de litisconsórcio entre os vencidos, observar-se-á a regra do art. 23 (*vide* nº 79).

A fixação de honorários, finalmente, é atribuição que o juiz tem apenas na sucumbência. Por isso, nos procedimentos de jurisdição voluntária e nos inventários não é lícito ao advogado pretender que o juiz arbitre seus honorários para inclusão na conta de custas e cobrança de seu próprio contribuinte. Em tais casos, se não houve contrato prévio, o advogado terá de se valer das vias ordinárias para acertar e cobrar a remuneração a que tem direito.[76]

89. Execução dos honorários de sucumbência

A condenação do vencido ao pagamento de honorários é, em princípio, destinada a ressarcir os gastos que o vencedor despendeu com seu advogado.

Mas a parte não tem disponibilidade dessa indenização, de modo que não pode renunciar a ela, nem fazer transação com o vencido a respeito dela, em prejuízo do causídico que o representou no processo.

É que a Lei nº 8.906, de 04.07.1994, art. 23, confere direito autônomo ao advogado que funcionou no processo para executar a sentença, na parte relativa a essa verba.[77]

89-a. Inclusão dos honorários advocatícios no ressarcimento de perdas e danos

O STJ vem decidindo que os honorários *contratuais* não se confundem com os *sucumbenciais*. Estes, de acordo com a Lei nº 8.906/1994, constituem "crédito autônomo" do advogado da parte vencedora. São reclamáveis pelo causídico diretamente da parte vencida, como crédito próprio, não beneficiando, portanto, o cliente.

Os honorários despendidos pela parte vencedora com a contratação de seu advogado correspondem a um desfalque patrimonial que teve de ser suportado pelo demandante para alcançar a tutela jurisdicional de seu direito. Segundo o entendimento do STJ, o Código Civil, ao regular a reparação de perdas e danos, inclui expressamente no respectivo montante os gastos com honorários de advogado (CC, arts. 389, 395 e 404). Esses gastos, obviamente, não são recuperados por meio da verba dos honorários de sucumbência, visto que esta constitui "crédito autônomo do advogado". Daí que os honorários *convencionais*, como gasto real suportado pelo vencedor, terão de integrar a indenização das perdas e danos, a fim de que seja proporcionada, a quem de direito, "a reparação integral do dano sofrido", a cargo daquele que deu causa ao processo e nele saiu vencido.[78]

Esclareceu, por fim, o STJ que o valor dos honorários convencionais a integrar as perdas e danos não pode ser abusivo. Se, portanto, o valor contratado se revelar exorbitante, em comparação aos honorários habitualmente cobrados, "o juiz poderá, analisando as peculiaridades do caso, arbitrar outro valor". Em tal conjuntura, segundo o aresto, o juiz poderá usar como parâmetro a tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil.

90. Assistência judiciária

Como regra geral, a parte tem o ônus de custear as despesas das atividades processuais, antecipando-lhe o respectivo pagamento, à medida que o processo realiza sua marcha.

Exigir, porém, esse ônus como pressuposto indeclinável de acesso ao

processo seria privar os economicamente fracos da tutela jurisdicional do Estado.

Daí garantir a Constituição a *assistência judiciária* aos necessitados, na forma da lei, assistência essa que também é conhecida como *Justiça gratuita* (Constituição Federal, art. 5º, inc. LXXIV).

Acha-se a *assistência judiciária* regulada, ordinariamente, pela Lei nº 1.060, de 05.02.50, que a outorga tanto aos brasileiros como aos estrangeiros aqui residentes, desde que *necessitados*.

Necessitado, para o legislador, não é apenas o *miserável*, mas, sim, "todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família" (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060).

Trata-se de direito personalíssimo, que não se transfere aos herdeiros ou sucessores e é concedido em caráter particular para cada causa (art. 10, *idem*).

Está assente na jurisprudência que o benefício da Lei nº 1.060/1950 não é exclusivo das pessoas físicas, podendo estender-se também às pessoas jurídicas: "Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais" (Súmula 481/STJ). A diferença está em que a pessoa natural não precisa comprovar seu estado de carência, sendo bastante a sua afirmação. Já a pessoa jurídica, para obter assistência judiciária, tem o ônus de comprovar sua incapacidade financeira de custear o processo.

Os benefícios da assistência judiciária compreendem:

a) prestação do serviço de advogado, gratuitamente;

b) isenção de pagamento das despesas processuais até a solução final da causa (arts. 3º e 9º, *idem*).

Após o julgamento do feito, todavia, as consequências da sucumbência incidirão da seguinte forma:

a) se vitorioso o *necessitado*, seu assistente fará jus ao pagamento dos honorários advocatícios, que ficará a cargo do vencido (art. 11, idem);

b) se o *necessitado* sucumbir, não se submeterá ao ressarcimento das despesas processuais e honorários da parte vencedora. O art. 12 da Lei nº 1.060 previa para a hipótese uma condenação condicional, que ficava suspensa até que a parte sucumbente pudesse satisfazê-la, "sem prejuízo do sustento próprio ou da família". Previa, também, a prescrição dessa obrigação se, dentro de cinco anos, contados a partir da sentença, o assistido não pudesse efetuar o pagamento. No entanto, com a Constituição de 1988, restou revogada semelhante regra legal.[79]

A assistência judiciária deve ser prestada por órgão oficial, ou, à sua falta, por advogado nomeado pelo juiz, por escolha da parte ou indicação da Ordem dos Advogados do Brasil, ou, finalmente, por eleição do próprio juiz, quando não se verificarem as hipóteses anteriores (art. 5º, *idem*).

Os benefícios da gratuidade de justiça tanto podem ser requeridos antes do ajuizamento da causa como, incidentemente, no curso do processo, bastando que o interessado dirija petição ao juiz competente.

Segundo o texto primitivo da Lei nº 1.060, o pedido de assistência judiciária deveria ser instruído com atestado de pobreza passado por autoridade pública (art. 4º, §§ 1º e 2º), e da petição do interessado deveriam constar os seus vencimentos ou rendimentos bem como seus encargos próprios e da família (art. 4º). Essas exigências foram, todavia, grandemente simplificadas através da Lei nº 7.510, de 04.07.1986, que deu nova redação ao art. 4º da Lei nº 1.060, de modo a assegurar à parte o gozo dos benefícios da assistência judiciária "mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família".

Esclarece, mais, o § 1º do art. 4º, em sua atual redação, que se presume pobre, até prova em contrário, "quem afirmar essa condição nos termos desta Lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais".

No curso da ação o pedido será *autuado em separado*, sem prejuízo do andamento do processo (art. 6º, *idem*).

Admite a Lei nº 1.060 a revogação dos benefícios da assistência pelo juiz da causa, por provocação da parte contrária ou *ex officio*. Também o procedimento de revogação corre em apartado e não causa prejuízo à marcha do processo principal (arts. 7º e 8º).

A concessão e a revogação da assistência judiciária, salvo quando o pedido é formulado em procedimento preparatório, são meros incidentes do processo, julgados, portanto, por decisão interlocutória, que, a exemplo das exceções de incompetência, deveria desafiar o recurso de agravo, segundo a regra geral do art. 522. No entanto, por disposição expressa do art. 17 da Lei nº 1.060 (com a redação da Lei nº 6.014/73, art. 9º), cabe, na espécie, a apelação, que será recebida sem efeito suspensivo quando a decisão deferir a Justiça gratuita.[80]

Para o Defensor Público, nos Estados em que exista assistência judiciária organizada e mantida pela Administração Pública, a Lei nº 7.871, de 08.11.1989, que introduziu o § 5º da Lei nº 1.060, instituiu dois benefícios: a intimação de todos os atos do processo será sempre pessoal e a contagem de todos os prazos

será feita em dobro, a exemplo do que ocorre com o Ministério Público.[81]

§ 13. ADVOGADOS

Sumário: 91. Capacidade de postulação. 92. O mandato judicial. 93. Direitos e deveres.

91. Capacidade de postulação

Não se confunde a *capacidade processual*, que é a aptidão para ser parte, com a *capacidade de postulação*, que vem a ser a aptidão para *realizar* os atos do processo de maneira eficaz.

A capacidade de postulação em nosso sistema processual compete exclusivamente aos advogados, de modo que é obrigatória a representação da parte em juízo por advogado legalmente habilitado (art. 36). Trata-se de um pressuposto processual, cuja inobservância conduz à nulidade do processo (arts. 1º e 3º da Lei nº 8.906, de 04.07.1994).

Há casos, porém, em que, excepcionalmente, se admite a postulação diretamente pela parte. Permite, assim, o art. 36 que a parte postule *em causa própria*, isto é, sem outorga de mandato a advogado, quando:

I – tiver habilitação legal, ou seja, quando a própria parte for advogado legalmente habilitado;

II – mesmo não sendo advogado, quando não houver causídico no lugar, ou quando os existentes se recusarem ao patrocínio da causa ou estiverem impedidos.

Também nos juizados especiais, ou de pequenas causas, a Lei nº 9.099, de 26.09.95, art. 9º, admite a postulação direta pelas partes, tornando facultativa a representação por advogado, desde que o valor da causa não ultrapasse 20 salários mínimos.

92. O mandato judicial

Para que o advogado represente a parte no processo, há de estar investido de

poderes adequados, que devem ser outorgados por *mandato escrito*, público ou particular (art. 38).

O instrumento público só é obrigatório para os analfabetos ou para os que não tenham condições de assinar o nome. Admite-se que a procuração *ad judicia* seja assinada digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da lei específica (art. 38, parágrafo único, acrescido pela Lei nº 11.419, de 19.12.2006).

Para o instrumento particular de mandato judicial não se exigem maiores solenidades. Basta que o documento seja assinado pelo outorgante (art. 38). O reconhecimento de firma que era exigido pelo art. 38 foi dispensado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994. Qualquer pessoa maior e capaz, mesmo os menores devidamente representados ou assistidos, pode constituir advogado por instrumento particular.[82]

A procuração judicial não depende de especificação de poderes, pois é suficiente outorgá-la como "procuração geral para foro" (procuração *ad judicia*) para que o advogado esteja habilitado a praticar todos os atos do processo (art. 38).

Dependem, porém, de outorga expressa os poderes para receber a citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso (art. 38, *caput*, segunda parte).

A exibição do instrumento de mandato pelo advogado é, em casos de urgência, dispensada provisoriamente. Assim é que o art. 37 permite-lhe, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição. E, ainda, poderá intervir no processo, praticar atos reputados urgentes, como contestar uma ação ou embargar uma execução, estando ausente a parte interessada. Nesses casos, independentemente de caução, o advogado se obrigará a exibir o instrumento de mandato no prazo de 15 dias, prorrogável até outros 15, por despacho do juiz (art. 37).

Apresentada a procuração, o ato praticado estará perfeito e considerar-se-á ratificado na data em que foi praticado. Mas, não exibido o instrumento no prazo do art. 37, *caput*, os atos do advogado sem mandato "serão havidos como *inexistentes*", ficando o causídico, ainda, responsável pelas despesas e perdas e danos que acarretar ao processo (art. 37, parágrafo único).[83]

O mandato judicial, como qualquer outro, pode ser livremente revogado pelo outorgante, mas a parte terá que, no mesmo ato, constituir outro advogado para substituir o primitivo no processo (art. 44).

93. Direitos e deveres

Os direitos e deveres dos advogados acham-se especificados no Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei nº 8.906, de 04.07.1994).

O Código de Processo Civil, no entanto, especifica certos deveres e obrigações, diretamente ligados a exercício do mandato judicial. Assim, o art. 39 incumbe ao advogado o dever de:

I – declarar, na petição inicial ou na contestação, o endereço em que receberá a intimação;

II – comunicar ao escrivão do processo qualquer mudança de endereço.

Descumprido o disposto no item I, o juiz, antes de determinar a citação do réu, mandará que se supra a omissão no prazo de 48 horas.

Não sanada a falta, a petição inicial será indeferida. Desobedecida a norma do item II, reputar-se-ão válidas as intimações enviadas, em carta registrada, para o endereço constante dos autos (art. 39, parágrafo único).

O art. 40 assegura aos advogados, no exercício do mandato judicial, os seguintes direitos:

I – examinar, em cartório de justiça e secretaria de tribunal, autos de qualquer processo, salvo o disposto no art. 155, sobre feitos que corram em segredo de Justiça;

II – requerer, como procurador, vista dos autos de qualquer processo pelo prazo de cinco dias;

III – retirar os autos do cartório ou secretaria, pelo prazo legal, sempre que lhe competir falar neles por determinação do juiz, nos casos previstos em lei.

Sendo comum às partes o prazo para falar no processo, os autos não deverão sair do cartório, a não ser mediante prévio ajuste dos interessados, manifestado em petição dirigida ao juiz (art. 40, § 2º). Quando, porém, houver necessidade de extrair cópias de peças do processo, a retirada dos autos, pelo prazo de uma hora, é assegurada ao procurador de qualquer das partes, independentemente de prévio ajuste (alteração do § 2º pela Lei nº 11.969, de 06.07.2009).

Ao receber os autos do escrivão, o advogado estará obrigado a passar recibo no competente livro de carga do Cartório (art. 40, § 1º).

A faculdade do inciso I do art. 40 pode ser usada a qualquer tempo e mesmo por advogado que não tenha procuração nos autos; desde que o feito não tenha

corrido em segredo de Justiça.

Mas as dos incisos II e III são exclusivas dos advogados das partes que litigam no processo e dependem de mandato nos autos.

§ 14. SUBSTITUIÇÕES DAS PARTES E PROCURADORES

Sumário: 94. Substituição de parte. 95. Substituição do advogado.

94. Substituição de parte

O processo, uma vez aperfeiçoada a relação processual pela integração de todos os seus elementos subjetivos, estabiliza-se. Por isso, dispõe o art. 41 que "só é permitida, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expressos em lei", como o da no-meação à autoria (art. 66).

Isto não quer dizer que o titular do direito material litigioso não possa transferi-lo na pendência do processo. Pode, mas não deixará de ser a parte da relação processual, onde, a partir da alienação, passará a agir como substituto processual do adquirente.

Assim, de acordo com o art. 42, "a alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes."

Haverá mudança na situação jurídica *material*, mas não na *formal*. Em consequência, o adquirente ou cessionário não poderá ingressar em juízo para ocupar a posição de parte que toca ao transmitente, a não ser que o outro litigante o consinta (art. 42, § 1º).

O sistema do Código inspirou-se na lição de Lopes da Costa, que lembrava que, *in casu*, a insolvência do adquirente não deveria exonerar a parte transmitente da responsabilidade pelas despesas do processo.

Fica, outrossim, à escolha da parte contrária consentir ou não na substituição da parte por seu sucessor *inter vivos*, como esclarece o art. 42, § 1º, *in fine*.

Em qualquer caso, todavia, o adquirente ou cessionário terá sempre assegurado o direito de intervir no processo, para *assistir* o transmitente nos moldes dos arts. 50 a 55 (art. 42, § 2º). A assistência não será simples, mas litisconsorcial, visto que o cessionário intervirá no processo em defesa de direito próprio oponível ao adversário do cedente (art. 54). Isto faz com que sua assistência não dependa do consentimento do devedor, sendo irrecusável o

interesse jurídico na intervenção, desde, é claro, que seja válida e eficaz a cessão, nos termos do direito material (Código Civil, art. 286).

Por outro lado, a alteração de direito material, por não refletir na situação processual pendente, nenhum prejuízo acarretará à força da sentença, cujos efeitos se estenderão normalmente aos sucessores das partes, entre as quais foi prolatado o julgado (art. 42, § 3º).

Não se pode considerar substituição de parte a que decorre de alteração estatutária de pessoas jurídicas, com admissão de novos sócios e modificação de denominação social; nem tampouco as provenientes de fusão ou incorporação de pessoas jurídicas, por não se tratar de *transmissão a título particular*, nos termos de que fala o art. 42, *caput*.

No caso de morte de qualquer dos litigantes, a substituição por seu espólio ou seus sucessores é necessária, salvo a hipótese de ação intransmissível. Haverá suspensão do processo, para que se promova a habilitação incidente dos interessados (art. 1.055), salvo se estiver em curso a audiência de instrução e julgamento, caso em que o processo continuará até a sentença (art. 265, § 1º). Prolatada a sentença, iniciará a suspensão do processo que durará até a efetiva habilitação dos sucessores ou do espólio. Enquanto isto não se verificar, não fluirá, obviamente, o prazo de apelação para a parte vencida.

Note-se que a substituição de parte não se confunde com a substituição processual a que alude o art. 6º (*vide* nºs 68 e 69).

95. Substituição do advogado

A substituição do advogado no curso do processo pode ser provocada pela parte ou pelo próprio causídico, e pode, ainda, decorrer de caso de força maior que o impeça de continuar no patrocínio da causa.

Quando a parte revogar o mandato outorgado ao seu advogado, no mesmo ato constituirá outro que assuma sua função nos autos (art. 44). A desobediência dessa regra levará à extinção do processo, se o autor ficar sem advogado que o represente, pois faltará um pressuposto de desenvolvimento válido da relação processual (art. 267, III). Se a omissão for do réu, o processo deverá prosseguir à sua revelia, com as consequências do art. 322.

Quando a representação processual tiver de cessar, em virtude de renúncia do advogado ao seu mandato, deverá este cientificar a parte para que lhe nomeie sucessor. Durante os 10 dias seguintes à cientificação, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo (art. 45).

Segundo a redação primitiva do Código, a renúncia do mandato judicial deveria ser comunicada por meio de notificação judicial. Com a inovação do texto do art. 45, introduzida pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, tal solenidade tornou-se dispensável. Qualquer meio de cientificação será válido. Um "ciente" na declaração pessoalmente apresentada, um telegrama, um "telex" ou "fax", conforme o caso, serão suficientes para a comprovação a ser feita em juízo pelo advogado, para liberar-se do *munus* processual de continuar representando a parte.

Na hipótese de morte ou incapacidade do advogado, o juiz suspenderá o processo e marcará o prazo de 20 dias para a parte constituir novo procurador. A falta de substituição, ao fim do referido prazo, acarretará a extinção do processo sem julgamento de mérito se a omissão for do autor; ou o prosseguimento do feito à revelia do réu se for este a parte omissa (art. 265, § 2º).

1 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Processo Civil*. Buenos Aires: EJEA, v. I, n. 101, p. 175.

2 SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. 5. ed., Barcelona: Bosch, 1950, § 23, p. 85.

3 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. trad. de DINAMARCO, Cândido Rangel. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I, n. 41, p. 89.

4 BUZAID, Alfredo. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 63-64.

5 "Não existe, no direito processual civil brasileiro, a chamada substituição processual voluntária, *i.e*., aquela que decorreria de convergência de vontade, entre o substituído e o substituto, redutível a um negócio jurídico e a essa finalidade circunscrito" (ARRUDA ALVIM. Notas atuais sobre a figura da substituição processual. *Informativo Incijur*, nº 64, p. 1, nov. 2004).

6 A Lei nº 7.347/85 criou uma legitimação especial para associações e outras entidades que podem demandar, através da ação civil pública, a tutela de interesses difusos, ou seja, a defesa de bens que nem sempre pertencem diretamente à parte do processo. Também a Constituição Federal de 1988 instituiu legitimidade para certas associações pleitearem em juízo direito de seus associados (art. 5º, inc. XXI).

7 Há quem veja na substituição processual uma espécie de "gestão de patrimônio alheio", mediante autorização direta da lei, como ressalta a clássica lição de Hellwig. Melhor, porém, é a constatação feita por Mandrioli de que sempre ocorrerá "alguma relação entre o substituto e o substituído", na qual o legislador se apoiará para, excepcionalmente, legitimar a litigância, em nome próprio, sobre direito ou interesse de outrem. Não haverá, portanto, como fugir da necessária existência, por parte do substituto, da "titularidade de uma situação conexa com aquela feita valer" no processo, em prol do substituído (MANDRIOLI, Crisanto. *Delle parti e dei difensori. In:* ALLORIO, Enrico. *Commentario del Codice di Procedura Civile*. Torino: UTET, 1973, v. I, t. II, p. 926). No sentido de existir interesse próprio do substituto processual no exercício da demanda em favor de terceiro: ASSIS, Araken de. Substituição processual. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 26, p. 52-54, nov-dez/2003; BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1928, § 36, p. 597.

8 ARRUDA ALVIMNETTO, José Manoel de. Substituição Processual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 426, p. 32, abr. 1971.

9 ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Op. cit*., p. 1; MARIZ, Waldemar. *Substituição Processual*, São Paulo, Tese de Catedrático da PUC-SP, 1969, p. 172.

10 ANDRIOLI, Virgilio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n. 46, p. 231.

11 SCHÖNKE, Adolfo. *Op. cit*., § 25, p. 91.

12 Para NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, o regime de separação absoluta de que cogita o art. 1.647 é o que decorre de pacto antenupcial, e não o do casamento celebrado sob *separação obrigatória de bens* (*Código Civil Comentado*, 3. ed., São Paulo: RT, 2005, p. 780, nota 2 ao art. 1.647).

13 STJ, 3ª T., REsp. 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 01.12.2009, *DJe* 05.02.2010.

14 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. I, t. I, n. 116, p. 145.

15 TJMG, Ag. Inst. 15.777, Rel. Des. Edésio Fernandes, *in DJMG*, de 10.10.1980; TAMG, Ap. 50.335-5, Rel. Juiz José Marrara, ac. 18.12.1989, *in RJTAMG*, 40/237; Celso Barbi, *op. cit*., p. 135.

16 Os procuradores das pessoas jurídicas de direito público, integrantes de seus quadros institucionais,

exercem representação legal e não convencional. Por isso, sua intervenção no processo não depende de exibição de mandato. Nesse sentido, é a jurisprudência do STF: "Ao procurador autárquico não é exigível a apresentação de instrumento de mandato para representá-la em juízo" (STF, Súmula nº 644).

17 "Se a inventariante do espólio é dativa, mas tem o pátrio poder sobre os herdeiros menores, a falta de procuração outorgada em nome destes (por ela própria) não compromete a regularidade do processo, ainda mais se o acórdão lhes reconheceu o direito pleiteado." (STJ, 3ª T., AgRg no Ag 439.655/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 04.05.2006, *DJU* 12.06.2006, p. 472).

18 TJMG, Apel. 25.918, ac. 17.05.63, Rel. Des. Hélio Costa, *Jurisprudência Mineira*, 43/35; STJ, REsp. 173.024/MG, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 14.12.98, *in DJU* de 29.03.99, p. 169; STJ, REsp. 206.525/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 20.05.99, *in DJU* de 28.06.99, p. 123.

19 TJSP, agr. 232.230, ac. 21.03.74, *in RT*, 467/95.

20 "É nula a citação efetivada na pessoa de gerente que, declaradamente, não possui, nem ostenta poderes de representação da pessoa jurídica" (STJ, 3ª T., REsp. nº 821.620/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 21.11.2006, *DJe* 24.11.2008).

21 Conclusão unânime do VII Encontro Nacional de Tribunais de Alçada; cf. Francisco de Paula Xavier Neto, "A citação inicial e a regra do art. 215, § 1º, do CPC", *in RJTJESP*, 99/18. "O entendimento dominante neste Tribunal é no sentido de não declarar nula a citação feita na pessoa do gerente que, sem objeção, ostenta poderes de representação" (STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 535.833/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 16.3.2004, *DJU* 19.4.2004, p. 191). "É possível a realização da citação do gerente de agência bancária que não dispõe de poderes para representá-la judicialmente" (STJ, 3ª T., REsp. nº 540.376/SP, Rel. Min. Castro Filho, ac. 09.09.2003, *DJU* 29.09.2003, p. 252).

22 As sociedades de fato, agora, com a orientação do CPC de 1973, podem ser sujeito ativo e passivo da relação processual, nas demandas sobre os negócios jurídicos que praticarem. Alterou-se, dessa maneira, o sistema tradicional do Cód. Civil, que só lhes reconhecia legitimidade passiva (art. 20, § 2º). O reconhecimento, porém, de legitimidade processual da sociedade de fato não exclui a responsabilidade pessoal dos sócios pelas obrigações assumidas em nome dela. STJ, 4ª T., AgRg no Ag 1.084.141/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 18.08.2009, *DJe* 24.08.2009; STJ, 1ª T., REsp 665.114/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 07.03.2006, *DJ* 27.03.2006, p. 172; STJ, 3ª T., REsp 612.680/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 26.08.2004, *DJU* 16.11.2004, p. 277.

23 "Não há falar em citação da sociedade em conta de participação, que não tem personalidade jurídica, nem existência perante terceiros" (STJ, 3ª T., REsp. nº 474.704/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 17.12.2002, *DJU* 10.03.2003, p. 213).

24 1º TACiv.SP, Apel. 211.340, ac. 26.07.75, *in RT* 485/113; STJ, REsp. 9.584/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 11.02.92, *in DJU* de 09.03.92, p. 2.584; TJSP, Ap. 264.996-2, Rel. Des. Gildo dos Santos, ac. 21.09.95, *in JTJSP* 180/41. "Registrada a convenção, o condomínio será representado pelo síndico; não registrada, será representado pelo administrador, incidindo, na espécie, o artigo 640 do Código Civil, cujo teor dispõe que o condômino que administrar sem oposição dos outros presume-se mandatário comum. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 3ª T., REsp. nº 445.693/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, ac. 06.03.2003, *DJU* 23.06.2003, p. 356). A representação a cargo do síndico compreende "a defesa dos interesses comuns" do condomínio. Falta-lhe legitimidade para pleitear reparação de interesse pessoal dos condôminos, como é o caso dos danos morais (STJ, 3ª T., REsp 1.177.862/RJ, Rela. Min. Fátima Nancy Andrighi, ac. 03.05.2011, *DJe* 1º.08.2011).

25 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 157.

26 ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Código de Processo Civil Comentado*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. II, p. 92.

27 STF, Ag. Inst. 55.116, *in DJ* de 30.05.72, p. 3.428, *apud* Sahione Fadel, *Código de Processo Civil*

Comentado, v. I, p. 63.

28 TJSP, Apel. 212.182, ac. 30.05.75, Rel. Des. Dias Filhos, *in RT* 478/61; STJ, REsp. 10.892/PE, Rel. Humberto Gomes de Barros, ac. 02.06.96, *in DJU* de 18.11.96, p. 44.844. STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 1.084.141/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 18.08.2009, *DJe* 24.08.2009; STJ, 1ª T., REsp. nº 665.114/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 07.03.2006, *DJU* 27.03.2006, p. 172.

29 ANDRIOLI, Virgilio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n. 62, p. 328. "'O processo não é um jogo de esperteza, mas instrumento ético da jurisdição para efetivação dos direitos de cidadania.' (REsp 65.906/DF, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). O Código de Processo Civil (artigo 14, inciso II) impõe aos litigantes um comportamento regido pela lealdade e pela boa-fé, o que se traduz na obediência a um padrão de conduta que razoavelmente se espera de qualquer pessoa em uma relação jurídica impedindo a conduta abusiva e contrária à equidade" (STJ, 3ª T., AgRg no REsp 709.372, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 24.05.2011, *DJe* 03.06.2011).

30 ANDRIOLI, Virgílio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n. 62, p. 328.

31 Em matéria de inércia na cobrança de danos progressivos, o STJ considerou a conduta do credor violadora do dever de boa-fé objetiva, do qual resulta "o dever de mitigar o próprio prejuízo". Para o acórdão, a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano, de modo que o "agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor", pode ser considerado como "infringência aos deveres de cooperação e lealdade", para justificar redução do *quantum* da indenização (STJ, 3ª T., REsp. nº 758.518/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 17.06.2010, *DJe* 28.06.2010). Para Fredie Didier Jr., o princípio em questão tem aplicação às *astreintes* que só venham a ser cobradas depois de longa inércia do credor: "É lícito conceber a existência de um dever da parte de mitigar o próprio prejuízo, impedindo o crescimento exorbitante da multa, como corolário do princípio da boa-fé processual, cláusula geral prevista no art. 14, II, CPC" (DIDIER JUNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boafé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*, v. 171, p. 48, maio 2009).

32 "Os deveres contidos no art. 14 do CPC são extensivos a quem quer que cometa o atentado ao exercício da jurisdição. Por esse motivo, a multa por desacato à atividade jurisdicional prevista pelo parágrafo único deste artigo é aplicável não somente às partes e testemunhas, mas também aos peritos e especialistas que, por qualquer motivo, deixam de apresentar nos autos parecer ou avaliação" (STJ, 3ª T., REsp 1.013.777/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 13.04.2010, *DJe* 01.07.2010). Em outros termos: "É mais amplo ainda, porém, o alcance do art. 14. Isto porque não só as partes, mas todos aqueles que de qualquer forma participam do processo têm de cumprir os preceitos estabelecidos pelo art. 14..." (STJ, 1ª T., REsp 757.895/PR, Rel. Min. Denise Arruda, ac. 02.04.2009, *DJe* 04.05.2009).

33 As penas de prisão, acaso decorrentes do crime de desobediência, não podem ser aplicadas pelo juiz cível, diante do ato atentatório ao exercício da jurisdição. Somente o juiz criminal, em processo próprio, poderia fazê-lo. Ao juiz cível cabe somente a aplicação da multa disciplinar do parágrafo único do art. 14 do CPC (acrescido pela Lei nº 10.358/2001). A cobrança, porém, terá de ser feita pela Fazenda Pública, por meio de executivo fiscal.

34 A multa por ato atentatório ao exercício da jurisdição pode ser aplicada pelo juiz tanto ao autor como ao réu, bem como a terceiros intervenientes, peritos, assistentes técnicos, tradutores, oficiais de justiça, depositários, administradores judiciais e quaisquer outras pessoas que venham a atuar no processo, menos os advogados. As sanções a que estes se submetem são apenas as previstas no Estatuto da OAB. A ressalva de que a multa aos procuradores das partes será feita administrativamente não se aplica apenas aos advogados liberais, cuja disciplina é controlada pela OAB, mas também àqueles vinculados aos entes estatais, sujeitos a regime estatutário próprio da entidade a que servem (STF, Pleno, ADI nº 2.652-6/DF, ac. 08.05.2003, Rel. Min. Maurício Corrêa, *Revista Forense* 372/247).

35 Embora o inc. II do art. 17 fale apenas em "alterar a verdade dos fatos" (conduta ativa), a jurisprudência entende, com base no inc. V (procedimento "temerário"), que se reputa, também,

litigância de má-fé "a omissão de fato relevante para o julgamento da causa" (STJ, 2ª Seção, AgRg no CC 108.503/ DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 22.09.2010, *DJe* 13.10.2010. No mesmo sentido: TST, Súmula 403).

36 "Evidente a intenção do agravante em prolongar indefinidamente o exercício da jurisdição, mediante a interposição dos inúmeros recursos e petições desprovidos de qualquer razão e notoriamente incabíveis. II – Recurso manifestamente infundado: imposição ao pagamento de multa de 10% (dez por cento) do valor corrigido da condenação, nos termos do art. 557, § 2º, do CPC" (STF, 1ª T., AI nº 608.735 AgR-ED-AgR-ED-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ac. 05.05.2009, *DJe* 12.06.2009).

37 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. I, n. 168, p. 182.

38 "A condenação prevista no art. 18, § 2º, do CPC, pressupõe dolo da parte que litiga de má-fé, além da demonstração inequívoca do prejuízo causado à parte contrária" (STJ – 3ª T., REsp 756.885/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 14.08.2007, *DJU* 17.09.2007, p. 255). No mesmo sentido: STJ – 1ª T., REsp 271.584/PR, Rel. Min. José Delgado, ac. 23.10.2000, *DJU* 05.02.2001, p. 80.

39 No Supremo Tribunal Federal, a Resolução 213/2001 determina que, para atender à prioridade em favor dos idosos, os autos serão identificados mediante etiqueta afixada na capa. Também o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) determina que a circunstância seja anotada em local visível nos autos do processo (art. 71, § 1º).

40 Os arts. 1.211-A e 1.211-C do CPC não definem o que seja doença grave. No art. 69-A, inc. IV, da Lei nº 9.784/1999, que cuida do processo administrativo, há um rol de enfermidades qualificadas como graves: "tuberculose ativa, esclerose múltipla, neoplasia maligna, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida ou outra doença grave, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após o início do processo".

41 ANDRIOLI, Virgilio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n. 63, p. 348.

42 TJSP, Ag. Inst. 244.241, ac. 15.07.75, Rel. Des. Geraldo Roberto, *in RT*, 487/78; TJSC, Ag. 8.828, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, ac. 11.10.94, *in Jurisp. Cat*. 73/460. TJDF, 1ª T. Cível, Processo: AI 124728620088070000 DF 0012472-86.2008.807.0000, Rel. Lécio Resende, ac. 17.09.2008, *DJe* 22.09.2008.

43 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1. ed., v. I, t. I, n. 206, p. 209.

44 BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit*., n. 209, p. 211.

45 STJ, 2ª T., REsp 687.065/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, ac. 06.12.2005, *DJU* 23.03.2006, p. 156; STJ, 1ª T., REsp 764.519/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 10.10.2006, *DJU* 23.11.2006, p. 223.

46 STJ, 3ª T., REsp 303.597/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 17.04.2001, *DJU* 11.06.2001, p. 209.

47 STJ, 2ª T., REsp 687.065/RJ, cit; STJ, 3ª T., AgRg no Ag 801.134/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 05.04.2011, *DJe* 15.04.2011.

48 STJ, 1ª T., REsp 1.134.249/MG, Rel. p/ ac. Min. Benedito Gonçalves, ac. 1º.12.2011, *DJe* 02.02.2012. Em outros termos: "Não há que se falar em direito à fixação dos honorários advocatícios, ante a ausência de vencedor e vencido na demanda" (STJ, 2ª T., AgRg no Ag 372.136/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 07.10.2003, *DJU* 10.11.2003, p. 171).

49 Questiona-se a possibilidade da compensação determinada pelo art. 21 do CPC em face da previsão da Lei nº 8.906/94, art. 23, que confere aos advogados direito próprio à verba sucumbencial. O Superior Tribunal de Justiça, porém, já firmou seu entendimento, no sentido de que "os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte" (STJ, Súmula nº 306).

50 STF, RE 83.193, ac. 11.05.76, Rel. Min. Bilac Pinto, in Edson Prata, Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Civil, v. I, nº 106, p. 212; TJSP, Apel. 238.627, ac. 01.11.74, Rel. Des. Dimas R. Almeida, in Edson Prata, op. cit., I, nº 137, p. 253; STJ, REsp. 90.395/SP, Rel. Min. Milton Pereira, ac. 20.03.97, in DJU de 28.04.97, p. 15.813. "É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do Código de Processo Civil" (Súmula 256/STF). STJ, 2ª T., EDcl no REsp. nº 1.138.912/RS, Rel. Min. Castro Meira, ac. 13.04.2010, *DJe* 23.04.2010. No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. nº 1.157.286/ RS, Rel. Min. Castro Meira, ac. 19.11.2009, *DJe* 27.11.2009. "A condenação, portanto, trata de matéria de ordem pública cognoscível *ex officio*" (STJ, 2ª T., EDcl no REsp. nº 1.143.736/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 08.02.2011, *DJe* 16.02.2011). "A reforma *in totum* do acórdão acarreta inversão do ônus da sucumbência, ainda que não haja pronunciamento explícito sobre esse ponto. Inexistência de omissão" (STJ, 2ª T., EDcl no REsp. nº 839.664/PE, Rel. Min. Castro Meira, ac. 19.10.2006, *DJU* 31.10.2006, p. 268).

51 TJRS, Apel. 23.656, Rel. Des. Bonorino Buttelli, *in* Edson Prata, *op. cit.*, I, nº 116, p. 228; 2º TACiv.SP, Ag. 412.034-00/1, Rel. Juiz Luiz Henrique, ac. 09.08.94, *in RT*, 714/182. Por modificação do texto do art. 20 do Código de Processo Civil, feita pela Lei nº 6.355, de 08.09.76, tornou-se expressa a responsabilidade do vencido por honorários de advogado do vencedor, mesmo quando este litigue em causa própria. TJSP, 33ª Câmara de Direito Privado AI 990102142582 SP Rel. De Santi Ribeiro, ac. 05.10.2010, *DJe* 13.10.2010. No mesmo sentido: TJSP, CR 1232509000/SP, Rel. Mario A. Silveira, ac. 02.02.2009, *DJe* 17.02.2009.

52 Assim entendia, até algum tempo atrás, o STJ (AgRg no REsp 641.276/SC – Edcl, Rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 12.09.2005, p. 215). Embora continue sendo tranquila a inclusão, na liquidação e na execução, dos juros legais e correção monetária omitidos na sentença, – regra que, logicamente, deveria prevalecer também para os encargos da sucumbência (CPC, art. 20), porquanto todas essas verbas independem de pedido da parte (decorrem de imposição da lei) –, o certo é que o STJ não tem mais observado essa orientação quando o caso é de honorários advocatícios. Ou seja: "Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria" (Súmula n. 453/STJ).

53 STJ, 1ª T., EDcl no AgRg no REsp. nº 641.276/SC, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 16.08.2005, *DJU* 12.09.2005.

54 STJ, 2ª T., EDcl no REsp. nº 1.201.109/DF, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 09.11.2010, *DJe* 17.11.2010.

55 Simpósio Nacional de Direito Processual Civil, realizado em Curitiba, em 1975, conf. relato de Edson Prata, *in Revista Forense*, 257/26.

56 STJ, 3ª T., REsp. nº 20806/SP, Rel. Min. Cláudio Santos, *DJU* 23.11.1992 p. 21884; STJ, 4ª T., REsp. nº 97466/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* 02.12.1996 p. 47684; STJ, 1ª T., AgRg no REsp 1.179.600/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* 13.11.2009; STJ, 6ª T., AgRg no REsp. nº 1.076.802/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, *DJe* 23.3.2009; STJ, 5ª T., EDcl no AgRg no Ag 1.049.416/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 12.4.2010; STJ, 2ª T., AgRg no REsp. nº 1.266.090/RS, Rel. Min. Castro Meira, ac. 27.11.2012, *DJe* 06.12.2012.

57 STJ, 3ª Seção, EREsp. nº 132.229/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 09.02.2000, *DJU* de 11.09.2000, p. 219; STJ, 2ª T., REsp. nº 190.795/RS, Rel. Min. Hélio Mosimann, ac. 09.02.1999, *DJU* de 12.02.2001, p. 104; STJ, 4ª T., REsp. nº 193.521/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. 06.02.2001, *DJU* de 19.03.2001, p. 118; STJ, 5ª T., REsp. nº 140.406/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, ac. 13.11.2000, *DJU* de 11.12.2000, p. 224; STJ, 1ª T., Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. 25.09.2000, *DJU* de 05.02.2001, p. 77. "Pelas normas processuais, não se tem dúvida de que, nas execuções de títulos judiciais ou extrajudiciais, sejam elas embargadas ou não, são devidos honorários advocatícios (art. 20, § 4º, do CPC)" (STJ, 2ª T., REsp. nº 1.087.716/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 18.12.2008, *DJe* 18.02.2009).

58 STJ, Corte Especial, REsp. nº 1.028.855/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 27.11.2008, *DJe* 05.03.2009. "Embora os honorários advocatícios possam ser fixados para a fase de cumprimento de sentença, a sua exigibilidade só é possível se o devedor não efetuar o pagamento ou depósito no montante da condenação no prazo de 15 dias previsto no art. 475-J do CPC, antes da prática de atos executórios" (STJ, 2ª T., REsp. nº 1.190.935/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 05.08.2010, *DJe* 17.08.2010. No mesmo sentido: STJ, 2ª T., EDcl no REsp. nº 1.259.256/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 13.12.2011, *DJe* 02.02.2012; STJ, Corte Especial, REsp. nº 1.134.186/RS, Rel. Min, Luís Felipe Salomão, ac. 01.08.2011, *DJe* 21.10.2011).

59 1º TACiv.SP, Apel. 209.203, Rel. Juiz Martiniano de Azevedo, ac. 19.03.75, *in* RT, 485/106; *idem*, Ag. Inst. 193.524, Rel. Juiz César Moraes, ac. 30.05.73, *in RT – Informa*, 90/30; STJ, REsp. 34.300-1/SP, Rel. Min. José de Jesus Filho, ac. 15.09.93, *in DJU* de 04.10.93, p. 20.546; STJ, REsp.nº 56.189-2/MG, Rel. Min. Costa Leite, ac. 13.03.95, *in DJU* de 10.04.95, p. 9.275. "A condenação em honorários advocatícios nas medidas cautelares é cabível quando há resistência da parte contrária. Precedentes: AgRg nos EDcl no, *DJe* 02.02.2009; AgRg no REsp. nº 1.043.796/SP, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 02.06.2009; AgRg no REsp. nº 886.613/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 18.02.2009 (AgRg no REsp. nº 1.200.073/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 28.09.2010, *DJe* 11.10.2010)" (STJ, 2ª T., REsp. nº 965.082/BA, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 20.09.2007, *DJU* 02.10.2007, p. 241). Porém, "a Corte Especial/STJ pacificou entendimento no sentido de que, 'nas medidas cautelares destinadas a dar efeito suspensivo a recurso que não o tenha, não são devidos honorários de advogado' (STJ, EREsp 677.196/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 18.02.2008)" (STJ, 1ª T., AgRg nos EDcl na DESIS no REsp. nº 1.175.261/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, ac. 14.09.2010, *DJe* 20.09.2010).

60 STF, ac. *in RTJ*, 50/656; TJMG, Apel. 32.438, *in D. Jud. MG*, de 06.08.70; STJ, REsp. 166.332/SP, Rel. Min. Bueno de Souza, ac. 17.12.98, *in DJU* de 22.03.99, p. 210; TJSP, Ap. 161.413-1, Rel. Des. Luís de Macedo, ac. 06.02.92, *in RJTJSP* 135/117; STF, 2ª T., RE 67.453/MG, Rel. Min. Themistocles Cavalcanti, ac. 18.08.1969, RTJ 50/656. STJ, 1ª T., AgRg no AgRg no Ag 1.228.775/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 13.04.2010, *DJe* 04.05.2010. Na Súmula do STF, sob o nº 519, consta o seguinte verbete: "aplica-se aos executivos fiscais o princípio da sucumbência". Todavia, "A jurisprudência desta Corte tem apontado no sentido de que a titularidade dos honorários advocatícios de sucumbência, quando vencedora a Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, ou as empresas públicas, ou as sociedades de economia mista, não constituem direito autônomo do procurador judicial, porque integram o patrimônio público da entidade" (STJ, 2ª T., REsp. nº 1.213.051/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 14.12.2010, *DJe* 08.02.2011). "Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença" (Súmula 421 do STJ).

61 "A circunstância de se haver cumprido a prestação depois de instaurada a lide não exclui a mora da devedora, mora que tornou necessária a ação judicial e acarretou os ônus dela decorrentes" (STF, RE nº 74.413, ac. 16.06.72, *in RTJ*, 64/478). "Está sujeita ao pagamento de custas e honorários advocatícios a parte que ingressa em juízo antes de citada e paga a dívida objeto da ação" (1º TA Civ.SP, Apel. 209.819, ac. 21.05.75, *in RT*, 479/113). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 1.217.052/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 17.02.2011, *DJe* 23.02.2011. Nem mesmo quando o pagamento é feito extrajudicialmente, antes da citação, mas após o ajuizamento do processo (STJ, 1ª T., REsp. nº 1.178.874/PR, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 17.08.2010, *DJe* 27.08.2010). No mesmo sentido: STJ, 1ª T., REsp. nº 774.331/GO, Rel. Min. Denise Arruda, ac. 08.04.2008, *DJe* 28.04.2008). É que o pagamento, na espécie, corresponde a "reconhecimento do pedido" (STJ, REsp. nº 46.210-0/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 26.10.94, *in RSTJ* 74/336). No mesmo sentido: REsp. nº 1.178.874/PR, *cit*.

62 STJ, 3ª T., REsp 684.169/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 24.03.2009, *DJe* 14.04.2009.

63 STJ, 2ª T., REsp 151.040/SP, ac. 01.10.1998, Rel. Min. Adhemar Maciel, *DJU* 01.02.1999, p. 148.

64 STJ, 2ª T., EDcl no REsp 723.952/MS, Rel. Min. Castro Meira, ac. 23.08.2005, *DJU* 19.09.2005, p. 298.

65 STJ, 2ª T., REsp 828.519/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 07.08.2008, *DJe* 22.08.2008.

66 "Honorários de advogado – critério para seu arbitramento – inadmissibilidade de fixação irrisória, por não condigna com a categoria profissional, já à luz do art. 97 e parágrafo da Lei nº 4.215, de 27.04.63" (2º TACiv.SP, Apel. 19.350, ac. 17.07.74, *in* Edson Prata, *Repertório*, cit., I, nº 160, p. 280). No mesmo sentido: STJ, REsp. nº 18.647/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 11.11.92, *in DJU* de 17.12.92, p. 24.215; STJ, 5ª T., AgRg no REsp. nº 1.057.407/MA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, ac. 09.11.2010, *DJe* 13.12.2010; STJ, 2ª T., AgRg nos EDcl no REsp. nº 1.205.657/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 03.05.2011, *DJe* 10.05.2011. No arbitramento equitativo da condenação honorária, reconhece-se a possibilidade de adotar-se um percentual sobre o valor da causa, sem os limites do art. 20, § 3º, "ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade (STJ, 1ª Seção, REsp. nº 1.155.125/ MG, Rel. Min. Castro Meira, ac. 10.03.2010, *DJe* 06.04.2010). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. nº 1.211.113/PR, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 04.11.2010, *DJe* 11.11.2010; STJ, 3ª T., REsp. nº 1.198.642/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 21.10.2010, *DJe* 05.11.2010.

67 STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 1.093.511/MS, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), ac. 22.06.2010, *DJe* 03.08.2010. "A solução correta, juridicamente, é a solução que entenda deva haver aqui uma paridade de tratamento entre autor e réu: a regra do art. 20, § 3º, compreende também a hipótese de improcedência, no caso concreto, tendo em vista que deve incidir o percentual de 10% a 20% sobre o valor do bem jurídico negado" (Arruda Alvim, *in Rev. de Processo*, 5/194).

68 "Arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento" (STJ, Súmula nº 14; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.216.526/RS, Rel. Min. Castro Meira, ac. 07.04.2011, *DJe* 14.04.2011; 2º TACiv.SP, Ap. 220.877-2, ac. 31.05.88, Rel. Juiz Cunha Cintra, *in RT*, 633/137; STJ, REsp. nº 13.923-0/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, ac. 07.10.92, *in DJU* de 23.11.92, p. 21.871). Mas, se a condenação impõe honorários em valor certo, a correção deve se fazer a partir da data em que foram fixados (STF, RE nº 116.525-1-SP, Rel. Min. Carlos Madeira, *in DJU* de 26.08.88; RE 116.244, Rel. Min. Moreira Alves, ac. 17.06.88, *in RTJ*, 126/1.224; STJ, RE nº 2.144/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 20.03.90, *in Rev. Jurídica* 152/31; STJ, 2ª Seção, EDcl no REsp. nº 1.119.300/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 13.10.2010, *DJe* 20.10.2010).

69 VI ENTA 17: "Os honorários, na execução, não se regem pelo § 3º do art. 20, CPC". No mesmo sentido: STJ, REsp. nº 12.291-PR, 3ª T., Rel. Min. Cláudio Santos, ac. 03.09.1991, *in DJU* de 23.09.1991, p. 13.085; STJ, 3ªT., REsp. nº 792.647/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 03.10.2006, *DJU* 20.11.2006, p. 309; STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 1.189.280/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 14.09.2010, *DJe* 27.09.2010; STJ, 5ª T., AgRg no Ag nº 1.267.209/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, ac. 19.08.2010, *DJe* 13.09.2010. "É possível a cumulação de verba honorária fixada em sede de execução com a estipulada em ação de embargos do devedor" (STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 1.182.524/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 10.05.2011, *DJe* 19.05.2011; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.226.372/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 26.04.2011, *DJe* 05.05.2011).

70 STF, RE nº 75.473, ac. 25.05.73, Rel. Min. Djaci Falcão, *in RTJ*, 67/553; e RE nº 72.410, ac. 11.05.73, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *in RTJ*, 68/100; STJ, REsp. nº 69.513/RJ, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 28.05.96, *in RSTJ* 95/308.

71 STJ, REsp. nº 167.220/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 19.05.98, *in DJU* de 29.06.98, p. 222; STJ, REsp. nº 68.790/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 03.09.96, *in DJU* de 25.11.96, p. 46.203; STJ, 4ª T., REsp. nº 737.708/CE, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 12.06.2007, *DJU* 13.08.2007, p. 374. O mesmo critério tem sido observado também nos casos de responsabilidade civil do preponente por dano causado pelo preposto (STJ, 4ª T., REsp. nº 119.745/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac.

14.03.2000, *DJU* 18.09.2000, p. 132; STJ, Corte Especial, EREsp. nº 109.675/RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Rel. p/ Acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 25.06.2001, *DJU* 29.04.2002, p. 151; STJ, 4ª T., REsp. nº 519.258/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 06.05.2008, *DJe* 19.05.2008). Situação especial é a das ações previdenciárias, em que "os honorários advocatícios devem ser fixados com exclusão das prestações vincendas, considerando-se apenas as prestações vencidas até o momento da prolação da decisão concessiva do benefício" (STJ, 5ª T., REsp. nº 403.831/SP, Rel. Min. Felix Fischer, ac. 26.03.2002, *DJU* 22.04.2002, p. 251).

72 "Fixação da base de cálculo da verba honorária no somatório das prestações vencidas mais um ano de parcelas vincendas" (STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 905.784/DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 16.11.2010, *DJe* 24.11.2010).

73 STF, RE nº 71.888, ac. 13.10.72, Rel. Min. Eloy da Rocha, *in RTJ*, 63/454. No caso de cumulação de despejo e cobrança dos aluguéis, a verba "deve ser fixada sobre o valor da condenação" (TJSP, 26ª Câmara de Direito Privado, Processo: APL 9051084722009826 SP 9051084-72.2009.8.26.0000, Rel. Mario A. Silveira, ac. 16.03.2011, *DJe* 21.03.2011).

74 STF, RE 70.679, ac. 11.12.70, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, *in RT*, 485/228; STJ, REsp. 829/SP, Rel. Min. Miguel Ferrante, ac. 29.11.1989, *in RSTJ* 7/376. A matéria está, atualmente, disciplinada pelo art. 5º, nº LXIII, da CF, que assegura a isenção do ônus da sucumbência ao autor da ação popular, "salvo comprovada má-fé".

75 STF, Ac. *in RTJ*, 49/601; TJSP. Apel. 241.787, ac. 09.05.75, *in* Edson Prata, *Repertório, cit*., I, nº 187, p. 313; STJ, REsp. 23.555-1/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 25.09.92, *in DJU* de 26.10.92, p. 19.046; STJ, REsp. 124.659/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 30.04.98, *in DJU* de 22.06.98, p. 87. STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 980.545/SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, ac. 10.05.2011, *DJe* 16.05.2011. Quando as sucumbências recíprocas não forem equivalentes a verba honorária deverá ser distribuída e compensada "na proporção da vitória das partes" (STJ, 2ª T., EDcl no REsp. nº 1.032.398/RS, Rel. Min. Castro Meira, ac. 03.05.2011, *DJe* 12.05.2011). No mesmo sentido: STJ, 5ª T., EDcl no AgRg no Ag nº 992.260/RS, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, ac. 03.05.2011, *DJe* 19.05.2011; STJ, 4ª T., EDcl no REsp. nº 885.638/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, ac. 05.04.2011, *DJe* 11.04.2011; STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 1.210.093/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 05.04.2011, *DJe* 27.04.2011).

76 TJRS, Apel. 24.724, Rel. Des. Barbosa Sena, *in* Edson Prata, *op. cit*., I, nº 121, p. 239; STJ, 3ª T., AgRg no Ag 387.066/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª T., 25.09.2006, *DJU* 16.10.2006, p. 362. Todavia, "Nos procedimentos de jurisdição voluntária, em que há litigiosidade, não meros interessados, é cabível a condenação da parte vencida em honorários advocatícios. Precedentes do STJ: REsp n. 77.057-SP, Rel. Ministro Nilson Naves, *DJ* de 25.3.1996; AgRg no Ag n. 128.881-MG, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, *DJ* de 25.2.1998" (STJ, 2ª T., REsp. nº 283.222/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 06.12.2005, *DJU* 06.03.2006, p. 273).

77 "A jurisprudência desta Corte entende que, nos termos do § 1º do art. 24 da Lei n. 8.906/94, o patrono da causa possui direito autônomo de executar os honorários sucumbenciais em legitimidade concorrente com a parte" (STJ, 2ª T., REsp. nº 1.138.111/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 02.03.2010, *DJe* 18.03.2010). No caso de sucumbência recíproca, "deve haver a compensação das verbas, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte (Súmula n. 306 do STJ)" (STJ, 2ª T., AgRg no REsp. nº 790.295/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 14.12.2010, *DJe* 10.02.2011). Tendo funcionado sucessivos advogados da mesma parte no processo "Inadmissível a promoção, por Ex-Advogado, de execução autônoma de honorários, em novo processo de execução sem o prévio arbitramento judicial do valor proporcional à prestação profissional realizada" (STJ, 3ª T., REsp. nº 930.035/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 19.10.2010, *DJe* 09.12.2010).

78 STJ, 3ª T., REsp 1.134.725/MG, Relª Min. Nancy Andrighi, ac. 14.06.2011, *DJe* 24.06.2011. No

mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp 1.027.797/MG, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, ac. 17.02.2011, *DJe* 23.02.2011.

79 Uma velha divergência sobre cabimento ou não de condenação a honorários sucumbenciais contra o beneficiário da justiça gratuita foi totalmente superada. Atualmente o STJ acata o entendimento do STF de que a regra do art. 12 da Lei nº 1.060 foi efetivamente recepcionado pela Constituição atual (STF, 1ª T., RE 311.580 ED, Rel. Min. Sydney Sanches, ac. 19.11.2002, *DJU* 07.02.2003), "ficando suspensa, entretanto, a obrigação até que cesse a situação hipossuficiente do beneficiário ou caso decorridos cinco anos da sentença final, quando consumada a prescrição, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50" (STJ, 2ª T., REsp. nº 1.204.766/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 14.04.2011, *DJe* 28.04.2011). Note-se que a isenção em favor do beneficiário da justiça gratuita limita-se aos honorários de sucumbência, não afetando sua responsabilidade pelos contratuais (STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 1.168.344/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 26.04.2011, *DJe* 10.05.2011; STJ, 4ª T., REsp. nº 598.877/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 16.11.2010, *DJe* 01.12.2010).

80 A jurisprudência distingue entre o deferimento de assistência judiciária no bojo dos autos principais e o que ocorre em pedido autuado em apenso. No primeiro caso, o recurso cabível é o agravo e, no último, a apelação (STJ, REsp. nº 15.527/SP, 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira, ac. 18.12.91, *in* 24.02.92, p. 1.856; STJ, REsp. nº 7.641/SP, 4ª T., Rel. Min. Athos Carneiro, ac. 01.10.91, *in DJU* de 11.11.91, p. 16.150; STJ, REsp. nº 28.769-1/RJ, 1ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 04.12.92, *in RSTJ* 40/563;STJ, 1ª T., AgRg no Ag nº 1.078.100/SP, Rel. Min. Denise Arruda, ac. 17.02.2009, *DJe* 26.03.2009; STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 1.000.482/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 06.05.2008, *DJe* 19.05.2008).

81 STJ, 6ª T., AgRg no REsp. nº 1.183.788/AM, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, ac. 10.08.2010, *DJe* 06.09.2010; STJ, 1ª T., REsp. nº 1.035.716/MS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 20.05.2008, *DJe* 19.06.2008). No entanto, o prazo duplo é benefício reconhecido apenas "ao Defensor Público da Assistência Judiciária, não se estendendo à parte, beneficiária da justiça gratuita, mas representada por advogado que não pertence aos quadros da Defensoria do Estado" (STJ, 3ª T. AgRg no Ag nº 765.142/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 10.10.2006, *DJU* 12.03.2007, p. 226).

82 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1977, v. I, n. 298, p. 313.

83 O STF já decidiu que se o advogado interpõe recurso, sem mandato, e não obtém ratificação no prazo do art. 37, inexistente há de ser considerado o seu apelo. Conhecer de tal recurso violaria a coisa julgada, já operada, diante da inexistência legal dele. Nem o juiz nem o Tribunal têm poderes para sanar tal vício porque se lhes opõe sempre a barreira intransponível da coisa julgada (RE 94.262, Pleno, Ac. 17.06.1981, Rel. Min. Cunha Peixoto, *in RTJ*, 103/692). "Inaplicabilidade, no caso, do art. 13 do Estatuto Processual Civil" (STF, AgRg em AgIn 159.012-3/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, ac. 18.12.95, *in RT* 735/203) (STJ, *Súmula 115*). No mesmo sentido: STJ, AgRg. nos EREsp. 139.249/DF, Corte Especial, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 18.03.98, *in DJU* de 22.06.98, p. 4. STF, 2ª T., AI nº 771.624 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, ac. 07.12.2010, *DJe* 22.03.2011; STF, Pleno, AI nº 650.804 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. 20.09.2007, *DJe* 26.10.2007. O entendimento restritivo, no entanto, segundo a jurisprudência do STJ, limita-se ao recurso especial, porquanto na tramitação da instância ordinária o recurso sem mandato "não é inexistente, constituindo-se vício sanável, posto que, em face do princípio da instrumentalidade processual, deve-se intimar a parte para sanar tal irregularidade" (STJ, 1ª T., AgRg no AgRg no Ag nº 627.133/RJ, Rel. Min. José Delgado, ac. 12.04.2005, *DJU* 30.05.2005, p. 226).

Capítulo V
PLURALIDADE DE PARTES

§ 15. LITISCONSÓRCIO

Sumário: 96. Pluralidade de partes. 97. Classificações. 98. Espécies de litisconsórcio. 99. Sistema do Código. 100. Casos legais de litisconsórcio. 101. Litisconsórcio necessário. 102. Litisconsórcio necessário não observado na propositura da ação. 103. Litisconsórcio facultativo recusável. 104. Posição de cada litisconsorte no processo. 105. Autonomia dos litisconsortes para os atos processuais.

96. Pluralidade de partes

Normalmente, os sujeitos da relação processual são singulares: *um* autor e *um* réu.

Há, porém, casos em que ocorre a figura chamada *litisconsórcio*, que vem a ser a hipótese em que uma das *partes* do processo se compõe de *várias pessoas*.

Os diversos litigantes, que se colocam do mesmo lado da relação processual, chamam-se *litisconsortes*. O que justifica o cúmulo subjetivo, *in casu,* é o direito material disputado tocar a mais de um titular ou obrigado, ou é a existência de conexão entre os pedidos formulados pelos diversos autores ou opostos aos diversos réus.[1]

97. Classificações

O *litisconsórcio* pode ser *ativo* ou *passivo,* conforme se estabeleça entre vários autores ou entre diversos réus.

Não se confundem com litisconsortes, todavia, os componentes de pessoas jurídicas, ou de massas coletivas como a herança. A *parte*, no caso, é simples: a pessoa moral ou o espólio.

Quanto ao momento em que se estabelece o litisconsórcio, pode ele ser classificado em *inicial* ou *incidental*.

Diz-se litisconsórcio *inicial* o que já nasce com a propositura da ação,

quando vários são os autores que a intentam, ou quando vários são os réus convocados pela citação inicial.

É *incidental* o litisconsórcio que surge no curso do processo em razão de um fato ulterior à propositura da ação, como o em que a coisa litigiosa é transferida a várias pessoas que vêm a assumir a posição da parte primitiva (arts. 42 e 43). É também incidental o que decorre de ordem do juiz, na fase de saneamento, para que sejam citados os litisconsortes necessários não arrolados pelo autor na inicial (art. 47, parágrafo único). E, ainda, o que surge quando, na denunciação da lide, o terceiro denunciado comparece em juízo e se integra na relação processual ao lado do denunciante (art. 74).

98. Espécies de litisconsórcio

Quanto às consequências do litisconsórcio sobre o processo, há possibilidade de classificações sob dois ângulos diferentes:

a) conforme possam ou não as partes *dispensar* ou *recusar* a formação da relação processual plúrima, o litisconsórcio classifica-se em:

I – *necessário*: o que não pode ser dispensado, mesmo com o acordo geral dos litigantes;

II – *facultativo*: o que se estabelece por vontade das partes e que se subdivide em *irrecusável* e *recusável*. O primeiro, quando requerido pelos autores, não pode ser recusado pelos réus. O segundo admite rejeição pelos demandados;

b) do ponto de vista da *uniformidade* da decisão perante os litisconsortes, classifica-se o litisconsórcio em:

I – *unitário* (especial): que ocorre quando a decisão da causa deva ser uniforme em relação a todos os litisconsortes; e

II – *não unitário* (comum): que se dá quando a decisão, embora proferida no mesmo processo, pode ser diferente para cada um dos litisconsortes.

Em regra, o litisconsórcio cria uma *unidade procedimental*, mas conserva a autonomia das ações cumuladas, de sorte que os pedidos reunidos pelos diversos autores, ou contra os diversos réus, mesmo sendo julgados por sentença formalmente una, podem ter desfechos diferentes.[2] Em casos particulares, contudo, os colitigantes integram relação materialmente una e incindível. Mesmo não sendo necessário o litisconsórcio, o pedido que cada um formula é o mesmo e se funda na mesma causa de pedir. Não é possível, portanto, o mesmo pedido, em tais circunstâncias, ser submetido a julgamento diferente para cada um dos colitigantes. É a partir do direito material que se estabelecerá a

cindibilidade ou incindibilidade das causas objeto de um litisconsórcio. Se, no plano material, não for possível senão um julgamento, a hipótese será, processualmente, de *litisconsórcio unitário*. Ao invés de cúmulo de ações, ter-se-á uma *única ação*, com pluralidade de titulares. Se for possível, materialmente, definir direitos distintos, embora conexos, para cada colitigante, a solução uniforme para todos eles não será obrigatória. Ter-se-á um *cúmulo de ações* em processo único, podendo, por isso, haver julgamento diferente para cada ação acumulada pelos vários litisconsortes.

Como se vê, a classificação do litisconsórcio em *necessário* e *facultativo* não exaure todos os aspectos do fenômeno processual. Por outro lado, não se pode confundir litisconsórcio *necessário* ou *obrigatório* com litisconsórcio *unitário*, nem litisconsórcio *facultativo* ou *não obrigatório* com litisconsórcio *não unitário*. O exemplo da pretensão dos sócios minoritários de anular decisão assemblear é típico de exercício de direito material conferido igualmente a diversas pessoas. Qualquer um dos sócios dissidentes pode mover a ação anulatória, com eficácia geral para todos os demais sócios. Se vários deles se reunirem para propor a ação conjuntamente, o litisconsórcio será *facultativo*, porque não imposto pela lei. O julgamento da causa, todavia, não poderá ser senão um só, já que é impossível invalidar a assembleia para uns e mantê-la para outros.[3]

De outro prisma, é possível entrever-se litisconsórcio *obrigatório*, porque imposto pela lei, sem que o julgamento final tenha de ser o mesmo para todos os consorciados. Pense-se na execução de dívida de um dos cônjuges em que a penhora recaia sobre imóvel do casal. Ambos os cônjuges terão de figurar na relação processual (art. 655, § 2º), mas cada qual poderá apresentar defesa distinta e obter sentença diferente, não obstante o caráter necessário do litisconsórcio.[4]

99. Sistema do Código

Conforme o art. 46, *caput*, "duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I – entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II – os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;

III – entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;

IV – ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito".

O elenco do art. 46 compreende, como se vê, tanto o litisconsórcio necessário como o facultativo. Aliás, como regra geral, os casos arrolados pelo Código, no dispositivo comentado, podem ser havidos como de litisconsórcio *facultativo*, pois, segundo o próprio texto legal, as partes *podem* litigar em conjunto, mas nem sempre estão forçadas a tanto.[5]

Conjugando o art. 46 com o 47, conclui-se que, nas mesmas hipóteses do primeiro dispositivo, o litisconsórcio será *necessário* (isto é, não poderá ser dispensado pelos litigantes) "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".

Em síntese, o sistema do Código é de reunir no art. 46 os casos em que litisconsórcio *pode* ser facultativo, e no art. 47 especificar as condições para que ele seja necessário.[6]

100. Casos legais de litisconsórcio

Analisemos o casuísmo do art. 46, por meio de exemplos concretos:

I – Comunhão de direitos ou obrigações:

Pode ocorrer em casos comuns de condomínio sobre bens quando se faculta a cada condômino reivindicar o todo, mas todos os condôminos, em litisconsórcio facultativo, podem também demandar em conjunto o bem comum (art. 623, II, do Código Civil de 1916; CC de 2002, art. 1.314).

No caso de *cônjuges*, a demanda sobre imóveis ou direitos reais a eles relativos já torna necessário o litisconsórcio de marido e mulher (CC de 2002, art. 1.647). O mesmo acontece com a ação divisória, em que todos os condôminos são partes necessárias (art. 967, nº II, do Código de Processo Civil).

A título de comunhão de obrigações, tem-se litisconsórcio nas causas sobre dívidas suportadas, em comum, por vários devedores, solidários ou não, como, por exemplo, nos títulos cambiários, nos contratos de locação com fiador etc. O litisconsórcio, *in casu*, é apenas facultativo.

II – Direitos e obrigações derivados do mesmo fundamento de fato ou de direito:

Esse litisconsórcio pode ocorrer em ação derivada de ato ilícito praticado por preposto, eis que o preponente também responde solidariamente pela reparação do dano; ou em caso em que de um só ato ilícito decorrem prejuízos para várias

vítimas. Na primeira hipótese, o prejudicado pode demandar apenas um dos dois corresponsáveis, ou ambos conjuntamente, em litisconsórcio passivo. Na segunda, cada uma das vítimas pode propor sua ação contra o culpado, ou todos podem reunir-se e propor uma só demanda, em litisconsórcio ativo. Em ambos os casos, porém, o litisconsórcio será apenas facultativo.[7]

Litisconsórcio passivo *necessário* dessa espécie é que acontece, também, na ação pauliana (arts. 106 e 107 do CC de 1916; arts. 158 e 159 do CC de 2002), pois na ação de anulação dos atos em fraude de credores o alienante e o adquirente são partes obrigatórias da causa.[8]

III – Conexão pelo objeto ou pela causa de pedir:

Se um prédio está ocupado por dois inquilinos parciais, as ações de despejo referentes ao mesmo imóvel podem ser cumuladas por meio de litisconsórcio passivo, porque o bem visado (objeto da ação) é comum às duas causas.

Há conexão pela causa de pedir quando duas pretensões contra pessoas diferentes se fundam num *só fato jurídico*, o que torna o inciso III do art. 46 uma repetição, em parte, do inciso II do mesmo artigo (mesmo fundamento de fato ou de direito).

IV – Afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito:

Aqui não há *conexão*, pois os fatos jurídicos não são os mesmos, mas apenas *afins*.

Se, por exemplo, vários contribuintes são ameaçados de lançamento de um mesmo tributo ilegal, para cada um deles haveria um fato jurídico distinto, que poderia ser apreciado separadamente em ações individuais. Mas as pretensões de evitar o lançamento iminente teriam fundamento numa *questão jurídica igual* para todos, pois a ilegalidade do tributo seria a mesma.

Numa medida de economia processual, as várias ações poderiam ser cumuladas num só processo, em litisconsórcio ativo contra a Fazenda Pública.

É claro, porém, que o litisconsórcio do art. 46, nº IV, só será possível quando houver uniformidade de competência do juízo para as diversas ações afins. É que, não havendo conexão para justificar a prorrogação de competência, falece ao autor o direito de demandar um ou alguns dos litisconsortes facultativos fora do juízo que lhes corresponde.

101. Litisconsórcio necessário

Há litisconsórcio *necessário*, segundo o art. 47, "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".

O conceito legal, no entanto, é falho, pois o Código definiu o litisconsórcio *necessário* conforme apenas as características do litisconsórcio *unitário*.

Acontece que o litisconsórcio unitário nem sempre é necessário, bastando lembrar os casos de condôminos que reivindicam a coisa comum e de credores solidários frente à cobrança da dívida única. Agindo em conjunto, ou separadamente, o resultado será uniforme para todos os interessados, mas o litisconsórcio não é obrigatório.

Por outro lado, há casos em que o litisconsórcio é necessário e o resultado da causa não é obrigatoriamente o mesmo para todos os participantes do processo. São exemplos: o concurso de credores do devedor insolvente, a participação dos confrontantes nas ações divisórias e demarcatórias etc. Todos são partes obrigatórias, segundo a lei, mas a decisão das pretensões de uns e outros pode ser diferente.

Em nosso sistema legal, o litisconsórcio ativo *necessário* é sempre fruto de exigência da lei, isto é, decorre de hipóteses em que o legislador obriga os vários demandantes a propor a causa em conjunto, como marido e mulher, nas causas a que se refere o art. 10 do Código de Processo Civil.[9]

Somente ao litisconsórcio passivo é que se aplica a segunda parte do art. 47 (necessidade de decisão uniforme para todas as partes), tanto que o dispositivo legal conclui com a afirmação de que, em tal hipótese, "a eficácia da sentença dependerá da *citação* de todos os litisconsortes no processo".

Assim, podemos concluir que litisconsórcio necessário, ativo ou passivo, é aquele sem cuja observância não será eficaz a sentença, seja por exigência da própria lei, seja pela natureza da relação jurídica litigiosa.

Ocorrerá, em síntese, nas seguintes hipóteses:

a) quando a lei o determinar expressamente, podendo ser *ativo* ou *passivo* (exemplo: marido e mulher, nos casos do art. 10);

b) quando, frente a vários interessados, pela natureza da relação jurídica, a lide tiver de ser decidida de modo uniforme para todas as partes, caso que só ocorre com o litisconsórcio *passivo* (exemplo: ação de anulação promovida pelo prejudicado contra os contraentes de negócio jurídico fraudulento ou simulado).[10] O que, de fato, torna necessário o litisconsórcio é a forçosa incidência da sentença sobre a esfera jurídica de várias pessoas. Sem que todas elas estejam presentes no processo, não será possível emitir um julgado oponível a todos os envolvidos na relação jurídica material litigiosa e, consequentemente, não se logrará uma solução eficaz do litígio.

O fato de os diversos litisconsortes terem sido incluídos pelo autor no polo passivo do processo não obriga todos os citados a permanecerem na condição de réus. O litisconsórcio necessário tem de ser observado na propositura da ação, sob pena de invalidade da relação processual. Mas o litígio real pode envolver apenas um ou alguns dos demandados obrigatórios, de sorte que, uma vez concluída a citação, é perfeitamente possível que alguns deles se posicionem favoravelmente à pretensão do autor, passando a atuar ao seu lado no polo ativo. É o caso, por exemplo, da dissolução parcial de uma sociedade, em que o retirante somente pode demandar a alteração do contrato social em presença de todos os demais sócios. Aqueles que não se opõem à dissolução parcial não estão obrigados a permanecer no polo passivo do processo e, para evitar as consequências de uma causa a que nunca resistiram, lícito lhes é, após a citação, manifestar sua adesão ao pedido do autor, em lugar de contestar a ação. Não seria justo nem razoável obrigá-los a se manterem numa posição processual que não escolheram e que não corresponde a seus desígnios de fato e de direito, principalmente porque não foram causadores do litígio nem lhes interessa mantê-lo. Aliás, eles somente foram colocados como réus porque, sendo necessário o litisconsorte, não haveria como o autor deixar de convocá-los a comparecer em juízo[11].

102. Litisconsórcio necessário não observado na propositura da ação

Dispõe o art. 47, *in fine*, que nos casos de litisconsórcio *necessário* "a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo".

Se o autor não requerer a citação dos litisconsortes necessários e o processo tiver curso até sentença final, esta não produzirá efeito nem "em relação aos que não participam do processo nem em relação aos que dele participaram".[12] Ocorrerá nulidade total do processo.[13]

Ao juiz, todavia, cabe evitar que o processo se desenvolva inutilmente. Por isso, deparando-se com caso da espécie, "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" (art. 47, parágrafo único).[14]

Há duas correntes a respeito da citação dos litisconsortes necessários: uma que só a admite perante litisconsortes passivos e outra que defende sua possibilidade tanto com relação a sujeitos ativos como passivos da relação processual.

A melhor exegese, no entanto, é a de Celso Barbi, que só tolera a citação dos litisconsortes passivos, mesmo porque, tecnicamente, citação é chamamento que se faz ao réu para defender-se em juízo (art. 213) e não de alguém para vir agir como autor.

Como regra geral, o direito é avesso a constranger alguém a demandar como autor (o direito de ação é *faculdade* e não *obrigação*). Por isso mesmo, a própria ordem jurídica fornece a solução para os casos de recusa de adesão de litisconsortes ativos necessários, seja permitindo ao condômino ou coerdeiro defender sozinho o direito comum (arts. 623, II, e 1.580, parágrafo único, do Código Civil de 1916; CC de 2002, arts. 1.314 e 1.791, parágrafo único), seja facultando ao interessado a obtenção de suprimento judicial da outorga do cônjuge, quando haja denegação sem motivo justo ou ocorra impossibilidade de obtê-la (art. 11 do Código de Processo Civil).

Embora não se possa ordenar a citação de litisconsorte ativo, o juiz, reconhecendo que o autor não teria legitimidade para intentar a ação sozinho, pode-lhe assinar prazo para obter a adesão do cointeressado necessário. Não vindo o consorte para o feito, o processo será extinto, sem apreciação do mérito.

Mesmo no caso do litisconsórcio passivo, o juiz não ordena de plano a expedição do mandado citatório dos réus omitidos pelo autor. Só a este incumbe a escolha do sujeito passivo da causa. O juiz apenas assina prazo ao autor para promover a citação daqueles que considera como litisconsortes necessários à validade da relação processual. Se o demandante não se dispuser a chamar os novos sujeitos passivos, não caberá ao juiz outra solução que a de anular o processo, nos termos do art. 47.

É por isso que a lei prevê que o juiz, quando for o caso, apenas determinará ao autor que "*promova* a citação de todos os litisconsortes necessários" (art. 47, parágrafo único). À parte é que caberá a diligência de requerer a citação e fornecer ao juízo os dados reclamados para sua efetivação. Nisto consiste a *promoção da citação,* de que trata a lei processual. Se o autor entender que não deva promovê-la, o juiz decretará a extinção do processo, nos termos da parte final do parágrafo único do art. 47.

Não terá, contudo, poder de inserir, de ofício, no polo passivo da relação processual, réu não nomeado pelo autor. A decisão que ordena a promoção da citação de litisconsorte é de natureza interlocutória, desafiando, por isso, recurso de agravo. A que extingue o processo por falta de citação de litisconsorte necessário é sentença terminativa. Pode ser impugnada por apelação.

Que solução adotar quando, malgrado a não citação do litisconsorte

necessário, a sentença lhe for favorável? A regra é a do art. 249, § 1º, segundo a qual não se repete nem se supre a falta quando não prejudicar a parte. Sendo assim, mesmo sem ter sido citado, nenhum prejuízo teria sofrido o litisconsorte. Cabe bem a lição de José Roberto dos Santos Bedaque: "A sentença de improcedência será válida, visto que, tendo em vista seu conteúdo, os vícios processuais tornaram-se irrelevantes. Será também plenamente eficaz em relação às partes e a terceiros, estes não vinculados apenas à imutabilidade decorrente da coisa julgada material".[15]

No mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci observa que o descumprimento do litisconsórcio passivo necessário se torna irrelevante pela falta de prejuízo do litisconsorte não citado, em face do sucesso alcançado, também em seu benefício, "pela parte que foi demandada isoladamente".[16]

103. Litisconsórcio facultativo recusável

O Código de 1939 era expresso em permitir a recusa, pelo réu, do litisconsórcio fundado na afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito (art. 88).

O Código atual era omisso em sua redação primitiva.

Era inegável, no entanto, que a reunião de dezenas ou até de centenas de demandantes numa só relação processual poderia causar sérios prejuízos ao demandado e à própria tramitação do processo.

À vista disso, mesmo no silêncio da lei, entendiam Pontes de Miranda e Celso Barbi, com inteira procedência, que ainda persistia a recusabilidade do litisconsórcio em tal hipótese.

O primeiro autor acima o considera como "um litisconsórcio convencional" que se estabelece por "acordo expresso ou tácito dos litigantes".[17] E o segundo esclarece que, "apesar da omissão da lei, deve se entender que o réu pode impugnar o litisconsórcio fundado no item IV (do art. 46), demonstrando a inferioridade em que ficará para a defesa, porque essa situação viola o princípio da igualdade das partes. E o juiz tem poderes para atender a essa impugnação, com base no art. 125, o qual lhe atribui competência para tomar providências destinadas a assegurar às partes igualdade de tratamento e para rápida solução do litígio".[18]

Assim, embora não pudesse haver a pura e simples recusa do litisconsórcio facultativo, era permitido ao réu invocar o art. 125 para evitar, em casos concretos, a quebra do princípio de tratamento igualitário das partes e de

andamento célere do processo.

Para dar uma solução definitiva ao problema, a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, acrescentou um parágrafo único ao art. 46, tornando explícito o que a doutrina já entendia implícito, ou seja, o poder conferido ao juiz de controlar a formação e o volume do litisconsórcio facultativo. Isto será feito mediante limitação do número de litigantes, sempre que se tornar evidente que a rápida solução do litígio ou a defesa do réu estejam sendo prejudicadas. Postulado o desmembramento depois da citação, ficará interrompido o prazo de resposta, cuja retomada se dará, de maneira integral, a partir da intimação da decisão, seja de acolhida ou de rejeição da pretensão de redução do litisconsórcio (art. 46, parágrafo único, *in fine*).

104. Posição de cada litisconsorte no processo

"Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos"; e, por isso, "os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros" (art. 48).

Em regra, portanto, os litisconsortes se consideram como litigantes autônomos em seu relacionamento com a parte contrária.

O princípio, no entanto, é de maior aplicação ao litisconsórcio *simples*, que funciona como *cumulação* de ações dos vários litigantes, sendo possível soluções diferentes para cada um dos vários litisconsortes.

Quando se cuida, porém, de litisconsórcio *unitário*, a regra do art. 48 é de escassa aplicação ou menor efeito prático, posto que a decisão final terá de ser proferida de modo uniforme para todos os litisconsortes. Desse modo, os atos que beneficiarem um litisconsorte beneficiarão também os demais.[19] Mas o contrário não prevalece, isto é, as omissões de um litisconsorte não prejudicam os demais, porque é evidente que não se pode fazer perecer direito de outrem.

Em suma: no litisconsórcio unitário, os atos benéficos alcançam todos os litisconsortes, mas não os atos e as omissões prejudiciais.[20]

As provas, todavia, não se consideram como pertinentes apenas ao litisconsorte que as tenha promovido, sejam favoráveis ou contrárias ao interesse comum do litisconsórcio. É que, pelo princípio da livre pesquisa da verdade material, as provas são do *juízo*, não importando a quem tenha cabido a iniciativa de produzi-las. Prevalece, modernamente, o princípio da *comunhão da prova*.[21]

Em matéria recursal, diz o art. 509 que "o recurso interposto por um dos

litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses". A regra se aplica, evidentemente, ao litisconsórcio *unitário* apenas, porque nos demais casos não se justifica a comunicação de efeito do recurso aos colitigantes omissos já que não se impõe a necessária uniformidade na disciplina da situação litigiosa.[22]

Nem mesmo a circunstância de ser *necessário* o litisconsorte imporá a comunhão de interesses sobre o recurso de um dos colitigantes, uma vez que esse tipo de consórcio processual nem sempre reclama decisão idêntica para todos. Por isso, a melhor doutrina é categórica: "Somente quanto ao litisconsórcio unitário é que incide o preceito do art. 509, *caput*."[23]

Irrelevante, outrossim, é a circunstância de ter-se o litisconsorte como facultativo, pois a configuração do litisconsórcio unitário se dá independentemente de ser necessária sua formação. O que importa, para aplicar-se a expansão recursal determinada pelo art. 509, é a necessidade lógico-jurídica de decisão uniforme da causa para todos os litisconsortes, o que pode perfeitamente acontecer num litisconsórcio facultativo.[24]

No que tange à *confissão*, existe regra expressa no art. 350, no sentido de que a confissão de um litisconsorte não prejudica os demais. A norma é geral e incide sobre qualquer tipo de pluralidade subjetiva. Mesmo nas ações reais imobiliárias, onde o litisconsórcio é necessário entre os cônjuges, o Código é claro ao dispor que a confissão de um deles não valerá sem a do outro (art. 350, parág. único). Para que a parte utilize a confissão, *in casu*, como prova, haverá de promover o depoimento pessoal de ambos os consortes a fim de alcançar igual manifestação de todos eles.[25]

105. Autonomia dos litisconsortes para os atos processuais

Ainda que seja *unitário* o litisconsórcio, "cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo e todos devem ser intimados dos respectivos atos" (art. 49).

Para a prática dos atos processuais prevalece autonomia dos litisconsortes, em qualquer circunstância, seja no que toca à iniciativa, seja no que se refere à intimação dos atos do juiz, dos outros litisconsortes, ou de outra parte.

Em razão dessa autonomia e da maior complexidade que dela resulta, na prática, para o andamento do processo, há, no Código, uma regra especial sobre contagem de prazo: quando forem diferentes os procuradores dos vários litisconsortes, serão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e,

de modo geral, para falar nos autos (art. 191). A regra, porém, só se aplica quando, na fase recursal, persiste o litisconsórcio. Se este desaparece, porque apenas um dos litisconsortes sucumbiu, e, portanto, só ele terá legitimidade para recorrer, não há mais como dispensar-lhe o tratamento especial do art. 191.[26]

§ 16. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Sumário: 106. Conceito. 107. Classificações.

106. Conceito

Ocorre o fenômeno processual chamado *intervenção de terceiro* quando alguém ingressa, como parte ou coadjuvante da parte, em processo pendente entre outras partes.[27]

A intervenção de terceiros é sempre *voluntária*, sendo injurídico pensar que a lei possa obrigar o estranho a ingressar no processo. O que ocorre, muitas vezes, é a provocação de uma das partes do processo pendente para que o terceiro venha a integrar a relação processual. Mas "a possibilidade de o juiz obrigar, por ato de ofício, o terceiro a ingressar em juízo deve hoje ser contestada. O juiz não pode, inquisitorialmente, trazer o terceiro a juízo". O que ele faz, em casos como o do parágrafo único do art. 47, é determinar a uma das partes que, se quiser a decisão de mérito, *cite* terceiros (litisconsortes necessários), pois do contrário o processo será trancado sem ela. A coação legal exerce-se sobre a parte e não sobre o terceiro. Esse continua livre de intervir ou não. Não se lhe comina pena alguma. Suporta apenas o ônus de sujeitar-se aos efeitos da sentença, como decorrência da citação.[28]

Aliás, até mesmo o réu, parte principal e necessária do processo, é citado para figurar na relação processual, mas não pode ser compelido coativamente a intervir *in concreto* nos atos do juízo. Tem o direito de permanecer revel, sem embargo da citação para defender-se.

Por outro lado, a intervenção, sempre facultativa para o terceiro, não é, porém, arbitrária. Só pode ocorrer naquelas hipóteses especialmente previstas pela lei processual.

107. Classificações

Classifica-se a intervenção segundo dois critérios diferentes:

I – conforme o terceiro vise a *ampliar* ou *modificar* subjetivamente a relação processual, a intervenção pode ser:

a) ad coadiuvandum: quando o terceiro procura prestar cooperação a uma das partes primitivas, como na *assistência*;

b) ad excludendum: quando o terceiro procura excluir uma ou ambas as partes primitivas, como na *oposição* e na *nomeação à autoria*;

II – conforme a iniciativa da medida, a intervenção pode ser:

a) espontânea: quando a iniciativa é do terceiro, como geralmente ocorre na *oposição* e na *assistência*;

b) provocada: quando, embora voluntária a medida adotada pelo terceiro, foi ela precedida por citação promovida pela parte primitiva (*nomeação à autoria, denunciação da lide, chamamento ao processo*).

Os casos de intervenção de terceiros catalogados pelo Código de Processo Civil são os seguintes:

a) a *assistência* (arts. 50 a 55);

b) a *oposição* (arts. 56 a 61);

c) a *nomeação à autoria* (arts. 62 a 69);

d) a *denunciação da lide* (arts. 70 a 76);

e) o *chamamento ao processo* (arts. 77 a 80).

Pode-se, também, considerar como uma forma de intervenção voluntária o *recurso do terceiro prejudicado*, previsto no art. 499.

§ 17. OPOSIÇÃO

Sumário: 108. Conceito. 109. Competência. 110. Procedimento. 111. Julgamento da oposição.

108. Conceito

Segundo o art. 56 do Código de Processo Civil, "quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos".

Consiste a *oposição*, portanto, na "ação de terceiro para excluir tanto o autor como o réu".[29]

Com essa intervenção no processo alheio, o terceiro visa a defender o que é seu e está sendo disputado em juízo por outrem.

É medida de livre iniciativa do terceiro, simples faculdade sua, visto que nenhum prejuízo jurídico pode lhe causar a sentença a ser proferida num processo em que não figura como parte.[30]

Mas, sem dúvida, pode o processo alheio acarretar-lhe dano de fato, que exigirá, mais tarde, uma outra ação para obter a respectiva reparação.

Desde logo, portanto, pode o opoente, para abreviar a solução da pendência entre ele e as duas partes do processo, pedir o reconhecimento judicial de seu direito, que exclui o dos litigantes.

A *oposição*, no sistema de nosso Código, pode ser *total* ou *parcial*, isto é, pode referir-se a toda a coisa ou direito litigioso, ou apenas parte deles.

É admissível a medida em todos os procedimentos, sejam as ações reais ou pessoais, e até mesmo no processo de execução.

Sua admissibilidade, todavia, está subordinada à existência de uma disputa de outrem sobre a coisa ou direito que o opoente pretende seu.[31] Assim, se a pretensão do terceiro for apenas de defender passivamente sua posse sobre bens apreendidos judicialmente, sem discussão sobre o mérito do direito ou da posse, na ação principal (como nas penhoras, arrestos etc.), a medida adequada será a ação de embargos de terceiros (art. 1.046) e não a de oposição.[32]

Por outro lado, a oposição é uma nova e verdadeira *ação*, com pretensão e

partes diferentes da que inicialmente se ajuizou entre os opostos. A pretensão do opoente é também diversa e contrária à de ambos os litigantes e visa a uma sentença que pode ser declaratória ou condenatória, conforme pedir apenas o reconhecimento do direito ou também a entrega da coisa em poder de um dos opostos.

Vem a nova ação juntar-se à que estava proposta, não para simplesmente cumular um outro pedido, mas para opor um pedido que tem por escopo precisamente excluir o pedido pendente. A reunião das duas ações, destarte, decorre de *conexão* oriunda do objeto comum.

Dada, porém, a diversidade de objetivo, a pretensão do opoente nunca é processada nos próprios autos da ação que deu oportunidade à intervenção do terceiro. A oposição é, no procedimento adotado pelo Código, sempre autuada separadamente (arts. 59 e 60), embora possa ter eficácia suspensiva com relação à ação principal (art. 60, segunda parte).

O limite temporal de admissibilidade da oposição é o trânsito em julgado da sentença da causa principal.[33]

109. Competência

O conhecimento da ação de oposição compete ao juiz da causa principal, segundo a regra do art. 109.

Dessa forma, como terceiro interveniente, não é dado ao opoente interpor exceção de incompetência relativa do juízo; mas poderá perfeitamente arguir a suspeição, a incompetência absoluta, a coisa julgada e a litispendência.[34]

Se o processo principal já estiver em grau de recurso, perante Tribunal Superior, a oposição deverá ser proposta no juízo de primeiro grau.[35]

Não haverá, *in casu*, possibilidade de revogar ou modificar, propriamente, o juiz de primeiro grau uma decisão do Tribunal, pois a lide que aquele vai apreciar é outra. No caso de acolhimento da oposição, haveria apenas uma nova sentença que atingiria aquele que eventualmente tivesse obtido ganho de causa no Tribunal, sujeitando-o à força do que ficou decidido no procedimento incidental em favor do opoente.

A propósito, observe-se que, diante dos limites subjetivos da *res iudicata* (art. 472), nem mesmo o trânsito em julgado da decisão da causa principal, transcorrida sem a oposição, é empecilho a que o terceiro, que não figurou na relação processual, intente ação comum contra a parte vencedora para recuperar a posse do bem que a sentença lhe conferiu.

110. Procedimento

A oposição pode ocorrer sob a forma de *intervenção no processo* (art. 59), ou de *ação autônoma* (art. 60).

Dá-se a primeira quando o pedido do opoente é ajuizado antes da audiência de instrução e julgamento. A segunda se verifica após iniciada a audiência, mas sempre antes do trânsito em julgado da sentença.

Em qualquer dos dois casos, será o pedido do opoente manifestado em petição inicial, observados os requisitos dos arts. 282 e 283. Sua distribuição será feita ao juízo da causa principal, por dependência, formando-se, porém, uma autuação própria (art. 57).

Registrada e autuada a oposição, e sendo deferido o seu processamento, proceder-se-á à citação dos opostos (autor e réu da ação principal), para que contestem a nova ação no prazo comum de 15 dias (art. 57).

Mesmo quando o réu for revel na causa originária, sua citação pessoal para a ação de oposição haverá de ser promovida na forma estabelecida no Título V, Capítulo IV, Seção 3ª, do Código de Processo Civil (art. 57, parágrafo único), isto é, através de mandado, edital, carta etc.

Se a oposição for oferecida antes da audiência, será apensada aos autos principais e correrá simultaneamente com a ação, observado o procedimento desta, sendo ambas julgadas, afinal, pela mesma sentença (art. 59).

A oposição ajuizada como ação autônoma, ou seja, a oferecida depois de iniciada a audiência de instrução e julgamento, seguirá procedimento próprio, conforme o rito ordinário, e será julgada sem prejuízo da causa principal (art. 60, primeira parte).

Ao juiz, todavia, é permitido sobrestar no andamento do processo – e é quase sempre conveniente que assim o faça – a fim de julgar a oposição conjuntamente com a causa principal (art. 60, segunda parte), numa medida de evidente economia processual. Antes de suspender o processo principal, é aconselhável que o juiz ultime a instrução em andamento, de forma que a causa principal fique na pendência apenas da sentença.

A suspensão em tela não poderá, todavia, ultrapassar o prazo de 90 dias, findo o qual o processo principal retomará seu curso, ainda que não tenha sido julgada a ação de oposição (art. 60).

111. Julgamento da oposição

O procedimento da oposição admite julgamento de extinção do processo, com ou sem solução de mérito, nos mesmos casos previstos no Código, para o processo de conhecimento em geral (arts. 267 a 269).[36]

A revelia pode ocorrer e produzir os efeitos do art. 319, se não incidirem as vedações do art. 320.

O reconhecimento da procedência do pedido do interveniente, por ambas as partes da ação principal, conduz a julgamento antecipado da oposição, em favor do opoente (art. 269, nº II).

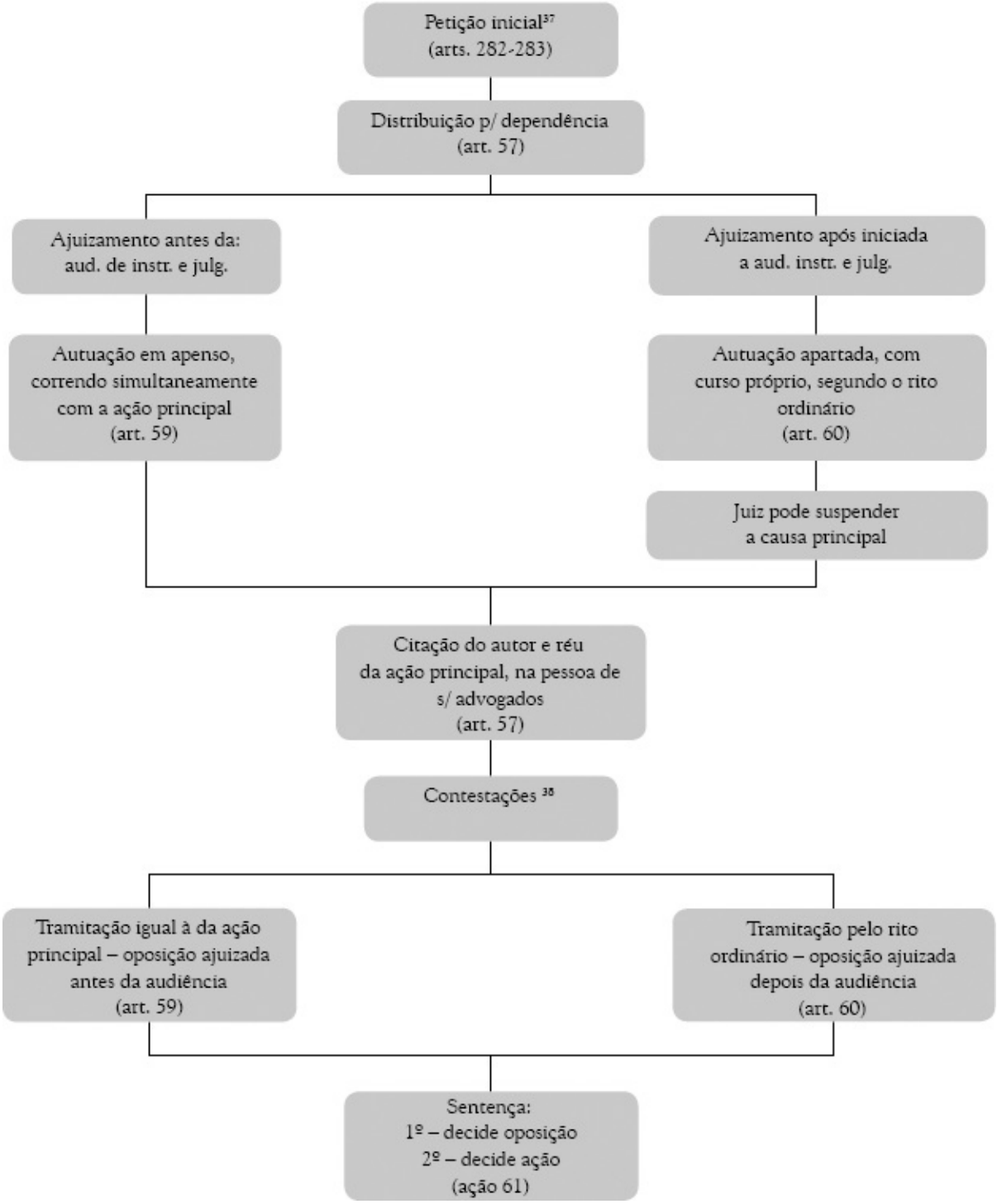
Mas, se apenas uma das partes reconhecer a procedência do pedido, a ação de oposição continuará seu curso normal contra o outro litigante (art. 58).

A sentença que decidir a oposição, separadamente ou em conjunto com a causa principal, com ou sem solução de mérito, imporá à parte sucumbente as sanções pertinentes às despesas processuais e honorários advocatícios, observados os arts. 34 e 23.

O recurso interponível, em todos os casos, será o de apelação (art. 513).

Fluxograma nº 1

OPOSIÇÃO
(arts. 56-61)



§ 18. NOMEAÇÃO À AUTORIA

Sumário: 112. Conceito. 113. Pressuposto da nomeação à autoria. 114. Procedimento. 114-a. Recurso.

112. Conceito

Consiste a nomeação à autoria no incidente pelo qual o mero detentor, quando demandado, indica aquele que é o proprietário ou o possuidor da coisa litigiosa, visando a transferir-lhe a posição de réu (art. 62).

Cabe, também, a medida, nas ações de indenização, quando o réu, causador do dano, "alega que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro" (art. 63).

Na primeira hipótese, o Código cuida tão somente do *mero detentor*, isto é, do servidor da posse de outrem, daquele que exerce um poder de fato sobre a coisa, mas em proveito alheio. Ocorre nas situações de dependência hierárquica, como a do empregado, do mandatário, do agente ou do preposto. Corresponde aos casos previstos no art. 1.198 do Código Civil de 2002 (CC de 1916, art. 487), em cujos termos não se considera possuidor "aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas".

A origem da relação entre o verdadeiro possuidor e o mero detentor tanto pode provir de um vínculo jurídico como de uma simples situação de fato.

A nomeação à autoria no sistema do Código não é uma faculdade, mas sim um *dever* do demandado, de cuja inobservância resulta a responsabilidade por perdas e danos (art. 69, nº I). Igual sanção se aplica, também, ao caso em que o réu nomeia pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada (art. 69, nº II). O prejuízo a reembolsar tanto pode ser do autor como do terceiro que não foi nomeado à autoria.

113. Pressuposto da nomeação à autoria

É pressuposto do incidente o ajuizamento da ação de demanda da coisa ou de indenização contra o detentor ou preposto, como se este fosse o titular da posse da coisa reivindicada ou o responsável pelos danos.

Não cabe a nomeação à autoria se o detentor passou a exorbitar de sua situação e a exercer atos de posse em nome próprio; nem quando o preposto agiu com excesso de gestão e praticou ato culposo, casos em que corre responsabilidade solidária do agente.

114. Procedimento

O demandado deve fazer a nomeação no prazo de defesa (art. 64). Não está obrigado a fazê-lo junto com a contestação, pois a nomeação provoca a suspensão do processo (art. 64), e se for recusada pelo nomeado ensejará reabertura do prazo de defesa ao nomeante (art. 67).

Nada impede, porém, a apresentação simultânea da contestação e da nomeação à autoria, situação em que a contestação só será apreciada se a nomeação não for aceita.

O pedido do nomeante é formulado através de petição no bojo dos autos. Ao deferi-lo, o juiz "suspenderá o processo e mandará ouvir o autor no prazo de cinco dias" (art. 64).

Três atitudes pode tomar o autor:

a) aceitar expressamente a nomeação (art. 65, primeira parte);

b) abster-se de manifestar, caso em que se presume a aceitação (art. 68, nº I);

c) recusar a nomeação (art. 65, segunda parte).

Em nenhum caso o autor está obrigado a acolher a nomeação feita pelo réu.

Se, todavia, há aceitação, expressa ou tácita, caberá ao autor promover a citação do nomeado. Mas, se há recusa, que só pode ser expressa, ficará sem efeito a nomeação e o processo retomará seu curso normal contra o demandado nomeante (art. 65), a quem será reaberto o prazo de contestação (art. 67).

Também o nomeado não está obrigado a aceitar a nomeação. A recusa, no entanto, deve ser expressa, porque o silêncio importa aceitação tácita, *ex vi* do art. 68, nº II.

O Código não diz qual o prazo que, na citação, deve ser concedido ao nomeado para opinar sobre a nomeação. Vigora, portanto, a regra do art. 185, isto é, o prazo será de cinco dias se o juiz não estipular outro no despacho que ordenar a diligência.

Recusada a nomeação pelo terceiro nomeado, o processo retornará à sua

primitiva situação. Cessará a suspensão e o prazo de defesa será reaberto *in totum* ao réu nomeante (art. 67), começando a fluir da intimação que, então, será feita para o fim específico de responder.[39] O processo continuará contra o nomeante, como se a nomeação à autoria não tivesse ocorrido (art. 66).

Aceita, todavia, a nomeação, seja de forma expressa ou tácita, o processo passará a correr contra o terceiro nomeado e o primitivo demandado será excluído da relação processual, através do que a doutrina chama *extromissão da parte*.[40]

Operada a substituição da parte demandada, o juiz levantará a suspensão do processo e abrirá, ao novo réu, o prazo de resposta, mediante intimação específica.

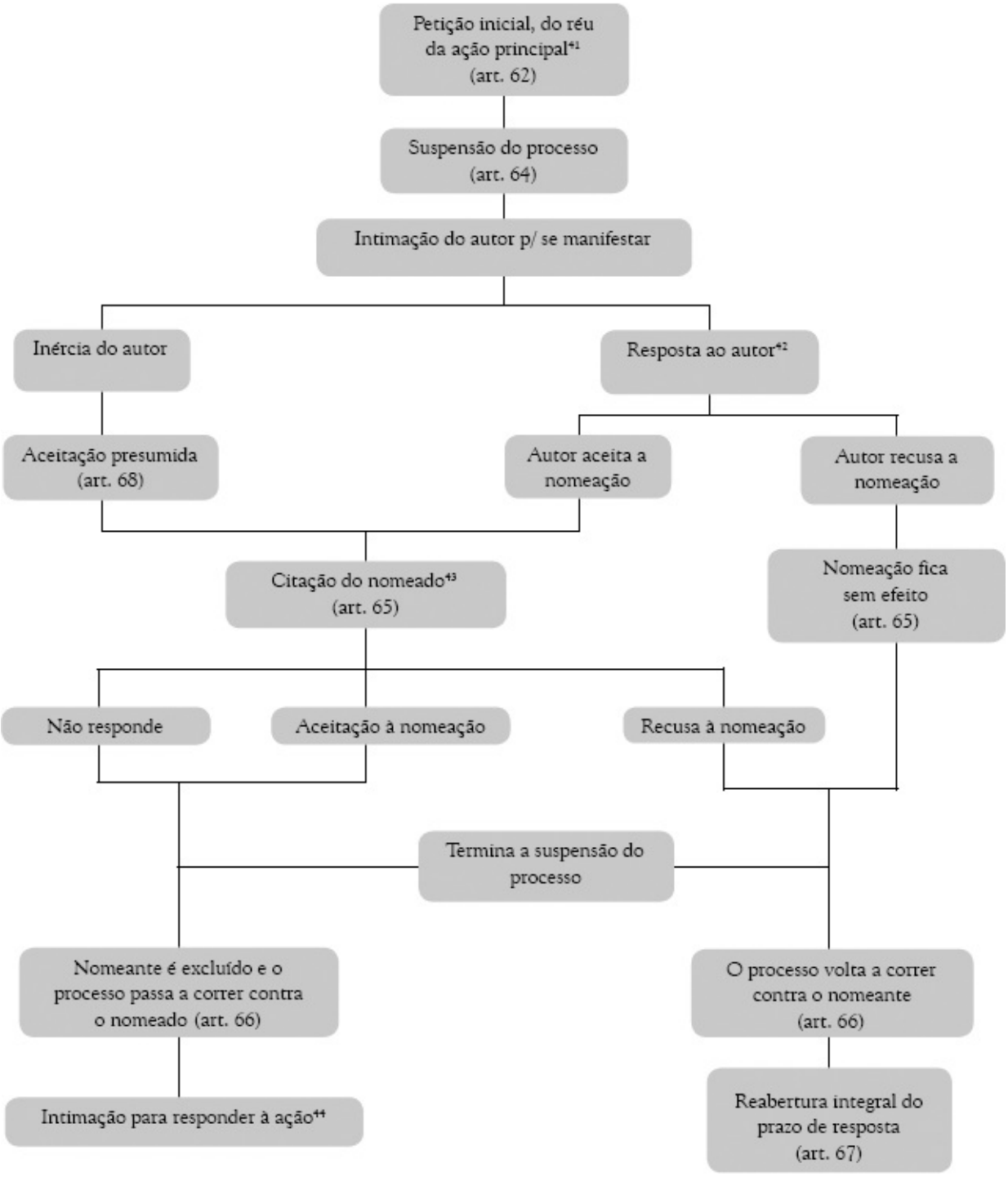
Note-se que, mesmo recusada a nomeação, quer pelo autor, quer pelo terceiro, poderá demonstrar o nomeante a sua simples figura de detentor ou de proposto, conseguindo a extinção do processo por ilegitimidade de parte (art. 267, nº VI).

114-a. Recurso

O acolhimento ou não da nomeação à autoria não implicando extinção do processo, nos moldes do art. 267, nem resolução do mérito da causa, na forma do art. 269 (art. 162, § 1º, com redação da Lei nº 11.232, de 22.12.2005), mas apenas solucionando questão incidente sobre a parte passiva legítima para responder pela demanda, configura decisão interlocutória (art. 162, § 2º). O recurso manejável, portanto, contra o decisório que soluciona o pedido de nomeação à autoria é o agravo (art. 522).

Fluxograma nº 2

NOMEAÇÃO À AUTORIA
(arts. 62-69)



§ 19. DENUNCIAÇÃO DA LIDE

Sumário: 115. Conceito. 115-a. Responsabilidade civil do Estado e direito regressivo contra o funcionário causador do dano. 116. Obrigatoriedade da denunciação da lide. 116-a. Casos de não cabimento da denunciação da lide. 117. Objetivo do incidente. 118. Legitimação. 119. Procedimento. 120. Efeitos da denunciação da lide. 120-a. Recursos. 120-b. Execução da sentença. 120-c. Execução da sentença pelo denunciante. 121. Denunciações sucessivas.

115. Conceito

Conhecem-se, no direito comparado, duas modalidades principais de intervenção de terceiro relacionadas com o direito de regresso: (a) uma em que o terceiro é convocado a participar do processo instaurado contra o beneficiário da garantia, sem que contra o garante já se esteja propondo a ação regressiva (sistema romano); (b) outra em que o garante é chamado a, desde logo, responder pelos prejuízos que o beneficiário venha a sofrer na eventualidade de sair vencido no processo pendente (sistema germânico). Essas modalidades interventivas nem sempre são adotadas de forma pura e exclusiva, havendo com frequência figuras híbridas que conjugam elementos das duas versões históricas.

No Código de Processo Civil atual do Brasil, a denunciação da lide presta-se à dupla função de, cumulativamente, (a) *notificar* a existência do litígio a terceiro; e (b) *propor* antecipadamente a ação de regresso contra quem deva reparar os prejuízos do denunciante, na eventualidade de sair vencido na ação originária.

No sistema do Código, portanto, a denunciação da lide é medida qualificada legalmente como *obrigatória*, que leva a uma sentença sobre a responsabilidade do terceiro em face do denunciante, de par com a solução normal do litígio de início deduzido em juízo, entre autor e réu.

Consiste em chamar o terceiro (denunciado), que mantém um vínculo de direito com a parte (denunciante), para vir responder pela garantia do negócio jurídico, caso o denunciante saia vencido no processo.

Os casos em que tem cabimento a denunciação da lide, segundo o art. 70, são:

I – o de garantia da evicção;

II – o da posse indireta;

III – o do direito regressivo de indenização.

Examinemo-los separadamente:

a) A primeira hipótese se refere ao chamamento do *alienante*, quando o *adquirente* a título oneroso sofre reivindicação da coisa negociada por parte de terceiro. A convocação se faz para que o denunciado venha garantir ao denunciante o exercício dos direitos que lhe advém da evicção, nos termos dos arts. 1.107 a 1.117 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, arts. 447 a 457).

Se o adquirente não lançar mão da denunciação da lide e vier a sucumbir perante a reivindicação da outra parte, não poderá exercitar, contra o transmitente, o direito de garantia que da evicção lhe resultaria (art. 1.116 do Código Civil de 1916; CC de 2002, art. 456). Daí a obrigatoriedade, na espécie, da denunciação da lide.

b) A segunda hipótese do art. 70 se refere à denunciação da lide ao proprietário ou possuidor indireto quando a ação versar sobre bem em poder do possuidor direto e só este for demandado.

Casos de posse indireta são, exemplificativamente, os do usufrutuário, do credor pignoratício e do locatário, hipótese em que os atos possessórios diretos não anulam a posse indireta daqueles que a cederam, temporariamente, aos primeiros (art. 486 do Código Civil de 1916; CC de 2002, art. 1.197).

Em todos esses exemplos, o proprietário ou possuidor, ao ceder a posse direta a outrem, assume o dever de garantir o exercício normal dela por aquele que passa a ser o possuidor direto.

Se a mesma posse vem a ser reivindicada por terceiro, impõe-se a denunciação da lide para que o possuidor direto (denunciante) possa obter, na eventualidade de sucumbência, na sentença da própria ação por ele suportada, a condenação do possuidor indireto a perdas e danos pela não garantia da posse cedida (art. 76).

Possuidor indireto, finalmente, não se confunde com mero detentor, ou servidor da posse de outrem. Não tendo direito à posse, o mero detentor não tem direito de indenização a resguardar contra o verdadeiro possuidor. A ele, quando demandado pessoalmente, compete apenas nomear à autoria o legítimo possuidor (art. 62).

c) A última hipótese do art. 70 (nº III) se refere à denunciação da lide àquele que estiver obrigado, por lei ou contrato, a indenizar o denunciante, em ação regressiva, pelo prejuízo que eventualmente advier da perda da causa.

A falta de denunciação, segundo a lição de Celso Barbi, leva à perda do direito de regresso.[45] Essa perda, porém, só ocorre em casos como o da garantia da evicção, conforme se esclarece no item 116, adiante.

O art. 70, nº III, consoante abalizado entendimento do mesmo processualista, deve ser interpretado, restritivamente, de modo a abranger unicamente o *direito regressivo*, como tal conceituado em lei, e não situações apenas assemelhadas, como a do contrato de seguro. Na verdade, a responsabilidade do segurador é direta e não regressiva, pois decorre do dano e não da sucumbência do segurado,[46] segundo Celso Barbi.[47]

No entanto, a jurisprudência, a meu ver com acerto, tem evoluído no sentido de ampliar a admissibilidade da denunciação da lide e não restringi-la, como a princípio entendeu o citado processualista. Hoje, já não se discute mais sobre a admissibilidade da denunciação da lide nos casos de agente de ato ilícito quando este conte com seguro de responsabilidade civil.

Com o advento do Código Civil de 2002, a estrutura jurídica do seguro de responsabilidade civil sofreu profunda alteração: o seguro não mais garante apenas o reembolso da indenização custeada pelo segurado; garante o pagamento das perdas e danos, pela seguradora, diretamente ao terceiro prejudicado pelo sinistro (CC, art. 787). Assim, o segurado que for demandado em ação indenizatória deverá utilizar o chamamento ao processo (art. 77, III) para forçar a introdução da seguradora no processo, e não mais a denunciação da lide (art.70, III). Não será um direito de regresso que se estará exercitando, mas o direito de exigir que a seguradora assuma o dever de realizar a indenização direta ao autor da ação indenizatória, pois, no atual regime securitário, o direito da vítima é exercitável tanto perante o causador do dano como em face de sua seguradora (ver, adiante, o nº 124-b).

Não se pode, enfim, utilizar a denunciação da lide com o propósito de excluir a responsabilidade do réu para atribuí-la ao terceiro denunciado, por inocorrer direito regressivo a atuar na espécie. É que, "em tal caso, se acolhidas as alegações do denunciante, a ação haverá de ser julgada improcedente e não haverá lugar para regresso; desacolhidas, estará afastada a responsabilidade do denunciado".[48]

115-a. Responsabilidade civil do Estado e direito regressivo contra o funcionário causador do dano

Há quem, na doutrina e jurisprudência, defenda a tese de que não pode haver

denunciação da lide nas ações de responsabilidade civil contra o Estado, porque este responde objetivamente, e o direito regressivo contra o funcionário depende do elemento subjetivo culpa.

A denunciação, na hipótese, para que o Estado exercite a ação regressiva contra o funcionário faltoso, realmente não é obrigatória. Mas, uma vez exercitada, não pode ser recusada pelo juiz.

O entendimento de que o fundamento da responsabilidade do Estado é o nexo objetivo do dano, enquanto o da responsabilidade regressiva do funcionário é a culpa, *data venia*, não impede o exercício da denunciação da lide.

Em todos os casos de denunciação da lide há sempre uma diversidade de natureza jurídica entre o vínculo disputado entre as partes e aquele outro disputado entre o denunciante e o denunciado.

Assim, numa ação reivindicatória o que se discute entre as partes é o melhor título dominial; já entre denunciante e denunciado a discussão será sobre a existência ou não da obrigação de responder pela evicção. Numa indenização a respeito de bens segurados, a disputa principal será sobre a verificação do dano e da culpa, enquanto a do denunciante e sua seguradora denunciada terá como objeto a cobertura ou não da apólice sobre o prejuízo noticiado no processo.

Na verdade, quando se exercita a denunciação, promove-se um cúmulo sucessivo de duas ações, pois "a denunciação da lide faz surgir uma ação secundária e conexa entre denunciante e denunciado, que impõe julgamento simultâneo com a ação principal".[49]

Existindo o direito regressivo a ser resguardado pelo réu, a instauração do procedimento incidental da denunciação em nada altera a posição do autor na ação principal. Se seu direito de indenização é objetivo, continua com esse caráter perante o Estado-réu. Se o direito regressivo contra o funcionário depende da culpa do servidor que praticou o ato lesivo, ao denunciante é que incumbirá o ônus da prova da culpa, durante a instrução normal do processo. O autor da ação principal não sofrerá agravo nenhum em seus ônus e deveres processuais. O direito regressivo do Estado é que restará condicionado ao fato da culpa do servidor e só será acolhido se tal restar evidenciado na instrução.

O pressuposto da denunciação da lide fundada no art. 70, nº III, do CPC – segundo decidiu o TJSP – é "que a ação de regresso, contra o terceiro, decorra do texto específico da lei ou de relação jurídica contratual com o denunciante".[50]

O que não se admite é a denunciação da lide simplesmente à vista de qualquer alegação de relação jurídica do demandando com terceiro, que pudesse guardar alguma conexão remota com a questão debatida no processo. Mas, se o

fato mesmo em litígio está previsto em contrato ou em texto legal expresso como causa de ação regressiva, não há como negar à parte da ação principal a faculdade de promover o cúmulo sucessivo de ações por meio da denunciação da lide, a fim de que seu direito de regresso seja, desde logo, discutido e executado.

Em se tratando de responsabilidade civil do Estado, é a Constituição que, ao mesmo tempo em que consagra o dever objetivo da Administração, de reparar o dano causado por funcionário a terceiros, institui também a ação regressiva do Estado contra o funcionário responsável, desde que tenha agido com dolo ou culpa (art. 37, § 6º).

Se o art. 70, nº III, do CPC, prevê a denunciação da lide "àquele que estiver obrigado, *pela lei* ou pelo contrato, a indenizar, em *ação regressiva*, o prejuízo do que perder a demanda"; e se o texto constitucional é claríssimo em afirmar que o Estado tem "ação regressiva contra o funcionário responsável" não há como vedar à Administração Pública o recurso à litisdenunciação.

Por isso, já decidiu o TJSP que, "em ação de indenização por acidente de trânsito, a Municipalidade deve denunciar a lide ao motorista, seu funcionário, para os fins de ação regressiva".[51] Esse direito é, aliás, comum a qualquer preponente, em face de ato ilícito cometido por seu preposto. Em outro julgado o mesmo Tribunal paulista assentou, a propósito, que "o proprietário do veículo, sendo réu em ação de indenização por acidente de trânsito, tem o direito de chamar a juízo o seu preposto, apontado como causador do dano".[52]

O STF, no entanto, já decidiu que não cabe a obrigatória denunciação da lide ao funcionário causador do dano, quando a ação de responsabilidade civil é dirigida contra o Poder Público.[53]

A moderna orientação do STJ é, porém, a de que, mesmo não sendo medida obrigatória, nada impede que a Fazenda Pública utilize a denunciação da lide ao seu servidor, quando demandada para responder civilmente por ato deste. Aliás, tem sido destacado que "é de todo recomendável que o agente público, responsável pelos danos causados a terceiros, integre, desde logo, a lide, apresente sua resposta, produza prova e acompanhe a tramitação do processo".[54] Portanto, pode e deve a entidade pública promover a denunciação da lide ao preposto, nas ações indenizatórias.[55]

116. Obrigatoriedade da denunciação da lide

Sobre a obrigatoriedade da denunciação da lide, é digna de acolhida a lição de Pedro Soares Muñoz, para quem, na dúvida, devem prevalecer as regras de

direito material. Assim, merece subsistir o ensinamento de Lopes da Costa, segundo o qual "quando à denúncia a lei substantiva atribuir direitos materiais (o caso da evicção, por exemplo) é ela obrigatória. Se apenas se visa ao efeito processual de estender a coisa julgada ao denunciado, é ela facultativa" (para o denunciante). Para o denunciado, porém, os efeitos inerentes à intervenção são sempre obrigatórios.[56]

Nessa ordem de ideias, numa ação de responsabilidade civil, decorrente de ato ilícito, provocado por preposto do réu, não se pode falar em obrigatoriedade da denunciação da lide ao agente a que no processo se atribui a culpa pelo evento. Sua convocação, pelo réu, para exercitar o eventual direito de regresso, seria simplesmente facultativa, de modo que a omissão da denunciação da lide não provocará nulidade do processo, nem perda do direito da parte vencida (preponente) de ajuizar, futuramente, outra ação direta contra o preposto para cobrar-lhe regressivamente a indenização.

Em conclusão: a obrigatoriedade de que fala o art. 70 decorre do direito material e não da lei processual.[57]

Para efeitos meramente processuais, o significado da obrigatoriedade configurada no aludido dispositivo da lei formal restringe-se à circunstância de que, em qualquer das hipóteses legais, sem o incidente da denunciação da lide e a observância do respectivo procedimento, não será admissível a solução do problema do direito regressivo na sentença que decidir a causa principal. Em outros termos, a parte que pretender sentença que envolva, além da causa principal, também o direito de regresso contra o terceiro responsável pela garantia de seu direito envolvido no litígio, terá obrigatoriamente que fazer uso da denunciação da lide, nos moldes dos arts. 70 a 76.

Entretanto, mesmo no caso de evicção, em que tradicionalmente se tinha como obrigatória a denunciação de lide, por força do direito material, a jurisprudência evoluiu, mais recentemente, para fixar o entendimento de que a omissão do evicto no manejo da denunciação da lide só provoca efeitos internos no processo. Isto é, acarreta-lhe a perda da possibilidade de exercer a pretensão regressiva, por força apenas da sentença em que a evicção o atingiu. Não lhe ficará prejudicado, porém, o direito de usar ação autônoma para recobrar o preço pago pela coisa evicta.[58]

116-a. Casos de não cabimento da denunciação da lide

Em princípio, a previsão legal de cabimento da denunciação da lide abrange

todas as causas do processo de cognição, sem distinção da natureza do direito material controvertido e do procedimento da ação. O art. 280, inciso I, no entanto, não a permite nos casos submetidos ao procedimento sumário, salvo quando fundada em contrato de seguro (alteração da Lei nº 10.444, de 07.05.2002).

Também o Código de Defesa do Consumidor não a admite nas ações de reparação de dano oriundas de relação de consumo (Lei nº 8.078/90, art. 88).[59]

Outra hipótese em que a doutrina e jurisprudência repelem a denunciação da lide é a dos embargos à execução, por seu âmbito restrito e específico.[60]

Trata-se de intervenção típica do processo de conhecimento com o objetivo de ampliar o objeto a ser enfrentado na sentença. Por isso não há lugar para denunciação da lide no processo de execução, nem mesmo na fase de cumprimento da sentença.

117. Objetivo do incidente

Visa a denunciação a enxertar no processo uma nova lide, que vai envolver o denunciante e o denunciado em torno do direito de garantia ou de regresso que um pretende exercer contra o outro. A sentença, de tal sorte, decidirá não apenas a lide entre autor e réu, mas também a que se criou entre a parte denunciante e o terceiro denunciado.

Realiza-se, por meio da denunciação da lide, um cúmulo de ações, que tanto pode ser *originário* (quando promovido pelo autor) como *superveniente* (quando a iniciativa é do réu). Esse cúmulo, no entanto, tem a característica de ser *eventual*, uma vez que o pedido formulado pelo denunciante contra o denunciado pressupõe sempre a condição de sua sucumbência na ação principal. Em outras palavras, o pedido veiculado na ação regressiva somente será apreciado em seu mérito se ocorrer a derrota da pretensão do denunciante na ação primitiva.

Dessa maneira, o objetivo do incidente é instaurar um cúmulo de ações sucessivas, ampliando o objeto do processo, sobre que irá se formar a coisa julgada.

118. Legitimação

Pode a denunciação partir tanto do autor como do réu, e até daquele que já figura como denunciado, em relação a outros alienantes ou responsáveis regressivos anteriores.

São legitimados passivos, para o incidente, o alienante a título oneroso, o proprietário ou possuidor indireto e o responsável pela indenização regressiva.

A circunstância de ser o responsável pela garantia litisconsorte da ação principal não dispensa nem impede a denunciação da lide. É que o objetivo da intervenção, na espécie, é deduzir uma nova ação em juízo, sem a qual a sentença solucionará a lide primitiva, mas não poderá condenar o garante regressivo naquilo que diz respeito à sua responsabilidade perante o beneficiário da mesma garantia. Há, portanto, legítimo interesse na propositura da denunciação da lide, mesmo quando o terceiro (litisdenunciado) já figure, a outro título, na relação processual originária.

119. Procedimento

Cumpre distinguir entre a denunciação feita pelo autor e a promovida pelo réu:

I – Denunciação feita pelo autor:

Quando a denunciação da lide parte do autor, o momento de sua propositura confunde-se com o da própria ação. Na petição inicial, então, será pedida a citação do denunciado, juntamente com a do réu.

Mas o juiz deverá marcar o prazo de resposta do denunciado, e o processo ficará suspenso (art. 72). Em princípio, será de quinze dias (art. 297).[61] Na verdade, o caso é mais de litisconsórcio do que de intervenção de terceiro, porquanto o denunciado já se integra à relação processual desde sua origem. Não é, pois, um estranho que vem a figurar supervenientemente num processo instaurado entre outras partes, tal como se passa com as verdadeiras "intervenções de terceiro".[62]

Para a diligência citatória do denunciado, marca a lei o prazo de sua realização, que é de 10 dias para o residente na Comarca, e de 30 dias para o residente em outra Comarca, ou em lugar incerto (art. 72, § 1º). "Não se procedendo à citação no prazo marcado, a ação prosseguirá unicamente em relação ao denunciante" (art. 72, § 2º).[63]

A sanção, todavia, pressupõe culpa do denunciante na demora da citação, porque se esta decorrer de ineficácia dos serviços forenses, obviamente nenhuma pena poderá ser imposta à parte.[64]

No curso do referido incidente, poderá o denunciado:

1) simplesmente permanecer inerte, caso em que findo o prazo de comparecimento o juiz determinará a citação do demandado, prosseguindo a

ação apenas entre autor e réu; ou

2) comparecer e assumir a posição de litisconsorte, caso em que poderá aditar a petição inicial; ou, finalmente,

3) negar sua qualidade, quando, então, o autor prosseguirá com a ação contra o réu e terá, mesmo assim, assegurado o direito a ver solucionado na sentença final o direito decorrente da evicção, ou da responsabilidade por perdas e danos a cargo do denunciado.

Só depois de solucionado o incidente da citação do denunciante é que, restabelecido o curso do processo, se realizará a citação do réu (art. 74, *in fine*).

II – Denunciação feita pelo réu:

O réu deverá fazer a denunciação da lide no prazo para contestar a ação (art. 71). Da propositura do incidente decorrerá a suspensão do processo (art. 72), observando-se os mesmos prazos de citação e resposta já aludidos no tópico da denunciação feita pelo autor (§ 1º do art. 72).

Feita a denunciação da lide, não estará o réu obrigado a apresentar simultaneamente a contestação. *Ad instar* do que se dá na nomeação à autoria (art. 67), deverá ser reaberto ao denunciante o prazo para contestar, após a solução do incidente, mesmo porque, as mais das vezes, dependerá do comparecimento do denunciado para estruturar sua resposta.[65]

Ao denunciado o juiz marcará o prazo de resposta e, após sua citação, poderá ocorrer uma das seguintes hipóteses previstas pelo art. 75:

1ª) Se o denunciado aceitar a denunciação, poderá contestar o pedido, no prazo de resposta (15 dias), que começará a fluir depois do prazo dado para responder à nomeação (isto é, depois que o processo deixar de sofrer os efeitos da suspensão inicial).

2ª) Se o denunciado for revel, ou seja, deixar de responder à denunciação, ou comparecer apenas para negar a qualidade que lhe for atribuída, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até o final. O prazo de contestação será reaberto após a solução do incidente, mediante intimação do réu, como já afirmamos, se a defesa não tiver sido oferecida juntamente com o pedido de denunciação da lide.

3ª) Se o denunciado comparecer e confessar os fatos alegados pelo autor, poderá o denunciante prosseguir na defesa, com reabertura do prazo de resposta, nas condições mencionadas no tópico anterior.

O adquirente, em vias de sofrer a evicção, para assegurar-se das garantias legais, não pode deixar de promover a denunciação da lide ao transmitente (Novo Código Civil, art. 456, *caput*). Se este, contudo, não atender à convocação

e deixar de comparecer para defender o direito transmitido negocialmente, não terá o denunciante de empenhar-se exaustivamente na sua defesa perante o promovente da evicção. Diante do desinteresse do responsável pelo direito alienado e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou de usar os recursos cabíveis, sem que essa atitude comprometa a garantia que a lei civil lhe proporciona (Novo Código Civil, art. 456, parágrafo único).

120. Efeitos da denunciação da lide

A denunciação provoca uma verdadeira cumulação de ações, de sorte que o denunciante, perdendo a causa originária, já obterá sentença também sobre sua relação jurídica perante o denunciado, e estará, por isso, dispensado de propor nova demanda para reclamar a garantia da evicção ou a indenização de perdas e danos devida pelo denunciado.

Haja ou não aceitação da denunciação, o resultado do incidente é sujeitar o denunciado aos efeitos da sentença da causa. Este decisório, por sua vez, não apenas solucionará a lide entre autor e réu, mas também, julgando a ação procedente, declarará, conforme o caso, o direito do evicto ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo, para o denunciante (art. 76).

Num só ato judicial, duas condenações serão proferidas: uma contra o denunciante e em favor do outro demandante; e outra contra o denunciado, em favor do denunciante, desde que este tenha saído vencido na ação principal e que tenha ficado provada a responsabilidade do primeiro.[66] Dar-se-á ensejo, portanto, a duas execuções forçadas, caso não se observe o cumprimento voluntário do julgado.

Quando, porém, o denunciante for vitorioso na causa principal, não haverá julgamento de mérito na demanda regressiva. Esta ficará simplesmente prejudicada, não havendo lugar para verbas sucumbenciais,[67] mormente quando o denunciado não tenha negado sua condição de responsável de regresso.[68]

A propósito dos honorários advocatícios deve ser observado o seguinte:

(a) se o denunciante sair vencido na ação originária e vencedor na denunciação referente à evicção, o denunciado será condenado nos encargos da ação regressiva e no reembolso daqueles a que o evicto for condenado a pagar ao evictor;[69]

(b) em outros casos de garantia a exemplo do seguro de responsabilidade civil, o garantidor, sendo procedente a denunciação não responderá, em

princípio, por honorários advocatícios, se não houver contestação à ação regressiva;[70] sujeitar-se-á, porém, se a ela opuser resistência e sair derrotado;

(c) se a denunciação for *prejudicada* pela vitória do denunciante na ação originária, duas situações devem ser consideradas: (i) não haverá honorários sucumbenciais em favor do denunciante, na extinção da ação de regresso sem julgamento de mérito, se o denunciado não tiver concorrido para o evento gerador da causa originária (*v.g.*, ato ilícito de terceiro cujo dano seja objeto de seguro); (ii) haverá imposição da verba advocatícia, sem embargo do reflexo da vitória do denunciante na ação originária, se o denunciado tiver contestado a ação regressiva; nesse caso os honorários sucumbenciais serão impostos à parte vencida na controvérsia incidental sobre o cabimento ou não da ação de regresso.[71]

A propósito dos efeitos da condenação, impõe-se considerar que, a rigor, as duas ações cumuladas – a principal e a de garantia – referem-se a objeto e pessoas distintas, de modo que jamais se haveria de condenar o litisdenunciado a cumprir diretamente a prestação reclamada pelo autor contra o réu. Primeiro, dever-se-ia condenar o demandado para em seguida condenar o denunciado a reembolsá-lo pelo valor que fosse empregado no cumprimento da prestação àquele imposta. No entanto, em caso de seguro de responsabilidade civil, tem decidido o STJ que, "reconhecido o dever de a seguradora denunciada honrar a cobertura do sinistro, é permitido ao julgador proferir decisão condenatória diretamente contra ela".[72]

A posição do STJ, que se formou antes da vigência do atual Código Civil, parece ter encontrado acolhida pela sistemática constante do art. 787 do novo estatuto legal. Estatui, com efeito, dito dispositivo que "no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro", o que tem sido interpretado como fonte de um direito próprio da vítima para exigir diretamente da seguradora a indenização a que tem direito, dentro das forças do seguro.[73]

Na verdade, esse novo regime do seguro de responsabilidade civil, onde a obrigação indenizatória da seguradora antecede a sujeição do segurado, desnatura a denunciação da lide em seus moldes tradicionais. O ofendido passa, após o sinistro, a travar uma relação jurídica direta com a seguradora, que assim poderá desde logo ocupar a posição da ré na ação de ressarcimento do dano. E mesmo quando, em ação ajuizada contra o segurado, for convocada por meio da denunciação da lide, de iniciativa do réu, a posição da seguradora será a de parte principal, sujeita, portanto, à condenação direta e não mais regressiva.[74] Aliás, na

sistemática atual do seguro de responsabilidade civil, mais adequado será utilizar-se o chamamento ao processo do que a denunciação da lide (v., *retro*, nº 115 e, *infra*, nº 124-b).

120-a. Recursos

Se a admissibilidade da denunciação da lide for rejeitada na fase de saneamento da causa, sem prejuízo do prosseguimento do processo entre as partes originárias, ter-se-á configurado decisão interlocutória, pouco importando que a relação processual incidente (entre denunciante e denunciado) tenha sido extinta (art. 162, § 2º). Uma vez que a relação processual principal e seu objeto devem permanecer incólumes, o recurso cabível somente poderá ser o agravo (art. 522).

Quando a apreciação se der na sentença, para acolher ou rejeitar a denunciação, isto é, para julgá-la improcedente, o recurso a respeito desta causa incidental será a apelação (art. 513).

120-b. Execução da sentença

Sem dúvida, a sentença que acolhe a denunciação da lide credencia o denunciante a executar regressivamente o denunciado, para realizar a garantia que a este compete, em face do resultado adverso da ação principal (art. 76).

O problema que sempre preocupou doutrina e jurisprudência situa-se na posição em que fica o vencedor da causa principal, quando o vencido não cumpre a condenação que lhe foi diretamente imposta. A exegese tradicional fixou majoritariamente o entendimento de que a parte principal não teria legitimidade para executar o litisdenunciado por inexistir relação material entre ambos. O direito de regresso trava-se entre denunciante e denunciado, de maneira que apenas aquele, após o desembolso provocado pelo cumprimento da sentença da causa principal, teria legitimidade para executar a condenação da ação de garantia.[75]

No entanto, numa visão evolutiva e finalística do instituto processual, Athos Gusmão Carneiro assumiu posição doutrinária diversa, que não rejeita ao autor da ação principal a possibilidade de intentar a execução direta do denunciado, se não lhe for favorável a do devedor principal (o réu). Com efeito, "a posição do denunciado pelo réu é, na ação principal, a de litisconsorte do denunciante, nos exatos termos do art. 75, I, 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".[76]

No clima atual do direito processual civil, onde os institutos legais são analisados e interpretados não mais do ponto de vista dogmático e positivista, mas antes de tudo à luz das funções que lhes tocam realizar dentro do *devido* (e *justo*) *processo legal*, a tese da execução direta do denunciado é, realmente, a mais recomendável. Tendo em conta a garantia de efetividade que se espera da tutela jurisdicional na tarefa pacificadora dos litígios, benemérita de acolhida é a lição de Ruy Rosado de Aguiar, acatada por julgado do STJ:

> "Sempre me pareceu que o instituto da denunciação da lide, para servir de instrumento eficaz à melhor prestação jurisdicional, deveria permitir ao juiz proferir sentença favorável ao autor, quando fosse o caso, também e diretamente, contra o denunciado, pois afinal ele ocupa a posição de litisconsorte do denunciante."[77]

Reconhecendo-se, portanto, nos próprios termos da lei (CPC, art. 75, I) a possibilidade de o denunciado ocupar a posição processual de litisconsorte do denunciante, frente ao autor da ação principal, nenhum empecilho há à condenação, direta ou solidária, do terceiro responsável pelo direito de regresso.

Mesmo que não se veja uma relação creditícia direta entre o autor e o denunciado, não há razão para, funcionalmente, se lhe negar uma sub-rogação nos direitos do réu-denunciante em face do terceiro denunciado, no que diz respeito à garantia a seu cargo.

Enfim, é de se considerar o estágio avançado da moderna processualística, que não aceita soluções exegéticas desvinculadas de suas funções institucionais. Correta e aconselhável, nessa ordem de ideias, a moderna visão que permite, principalmente quando se frustram as condições de cobrança perante o devedor principal, o recurso à execução direta contra o denunciado. Isto, sem dúvida, atende satisfatoriamente à economia processual e, sobretudo, à garantia de efetividade da prestação jurisdicional. A composição do conflito, afinal, será completa e efetiva, evitando-se solução formal, insatisfatória, e apenas setorial, porque, a não ser assim, ficaria desguarnecido injustamente o principal direito subjetivo reconhecido pela sentença, qual seja, o do credor (autor da ação principal).

120-c. Execução da sentença pelo denunciante

Pela característica de referir-se a denunciação a direito de regresso, prevaleceu durante muito tempo a condição de que, para o denunciante, só seria manejável a execução da sentença depois de cumprida a condenação principal, ou seja, depois de resgatada a prestação a ele imposta.

Uma vez, porém, que desde a sentença deferidora do direito de regresso, já dispõe o denunciante de título executivo contra o denunciado, seria injusto e antieconômico impor àquele a sujeição inflexível ao cumprimento da condenação para somente depois do desembolso voltar-se contra o responsável pela garantia regressiva.

Enfrentando o problema, assentou o STJ que a solução tradicional[78] "contraria o princípio da economia processual, no seu duplo aspecto: o de evitar a prática de atos desnecessários e o de reduzir os custos do processo. Com efeito, – advertiu o Min. Ari Pargendler – a execução da sentença de que trata a ação principal, embargada ou não, impõe ao réu o pagamento de novos honorários de advogado, cujo ressarcimento exigirá outra execução em face do denunciado. Nada disso vem ao encontro das finalidades da denunciação da lide, e, por outro lado, não é decisivo no contexto dos autos".

Observou o aresto que, na hipótese do processo, o denunciante já estava sendo executado pelo autor da ação principal e, por isso, tinha todo interesse em obter os meios de satisfazer o crédito exequendo sem os dissabores do desembolso imediato, quando dispunha de título executivo para exigir que tal valor fosse honrado pelo litisdenunciado.

Reconheceu, enfim, o STJ que a melhor solução para a causa seria justamente compelir o litisdenunciado a efetuar o pagamento da condenação, colocando "o numerário correspondente à disposição do juízo, a fim de que este oportunamente proceda ao ressarcimento dos prejuízos suportados pela vítima, como for de direito". Dessa maneira, todos os envolvidos no processo têm suas posições jurídicas resguardadas e seus direitos cumpridos com funcionalidade e economia.

121. Denunciações sucessivas

O denunciado pode ter, com relação a outrem, a mesma posição jurídica do denunciante perante ele.

Daí prever o art. 73 que, "para os fins do disposto no art. 70, o denunciado,

por sua vez, intimará do litígio o alienante, o proprietário, o possuidor indireto ou o responsável pela indenização e, assim, sucessivamente, observando-se, quanto aos prazos, o disposto no artigo antecedente".

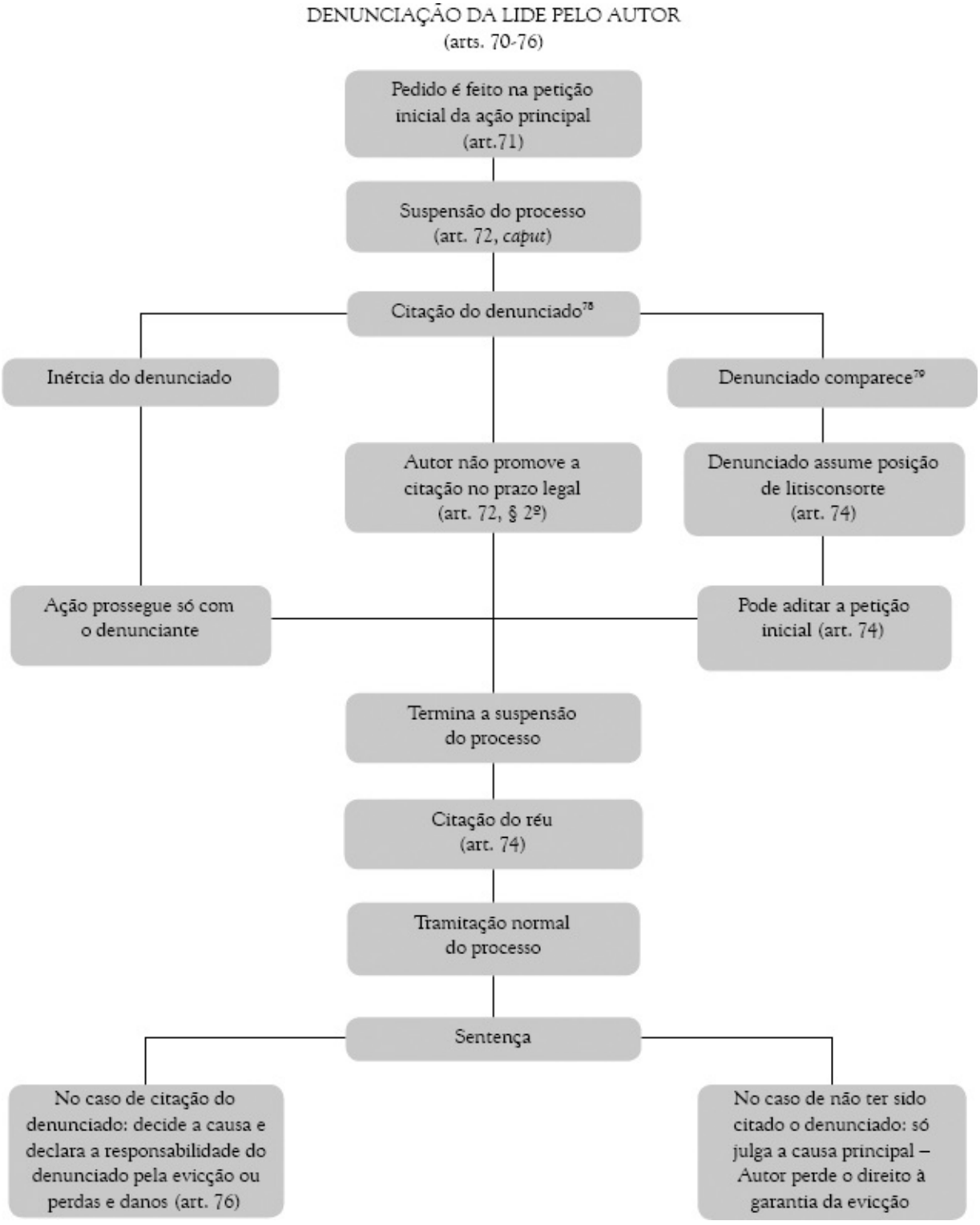
Em suma, o que permite o art. 73 é a cumulação sucessiva de várias denunciações da lide num só processo.

Quando isto se der, somente após a última denunciação é que o processo retornará à sua marcha normal, pondo fim à suspensão preconizada pelo art. 72.

Entendia-se que a denunciação sucessiva, nos termos do art. 73, não se podia fazer *per saltum*, de sorte que cada denunciado teria que promovê-la regressivamente, em face do transmitente imediato. O tema foi enfocado de maneira diferente pelo Novo Código Civil, ao tratar, no art. 456, da garantia da evicção. Com esta inovação, o direito de reclamar os efeitos da referida garantia poderá ser exercido mediante notificação do litígio, ao alienante imediato, ou a qualquer dos anteriores. Não há que se observar, portanto, a ordem rigorosa das alienações do bem evicto.

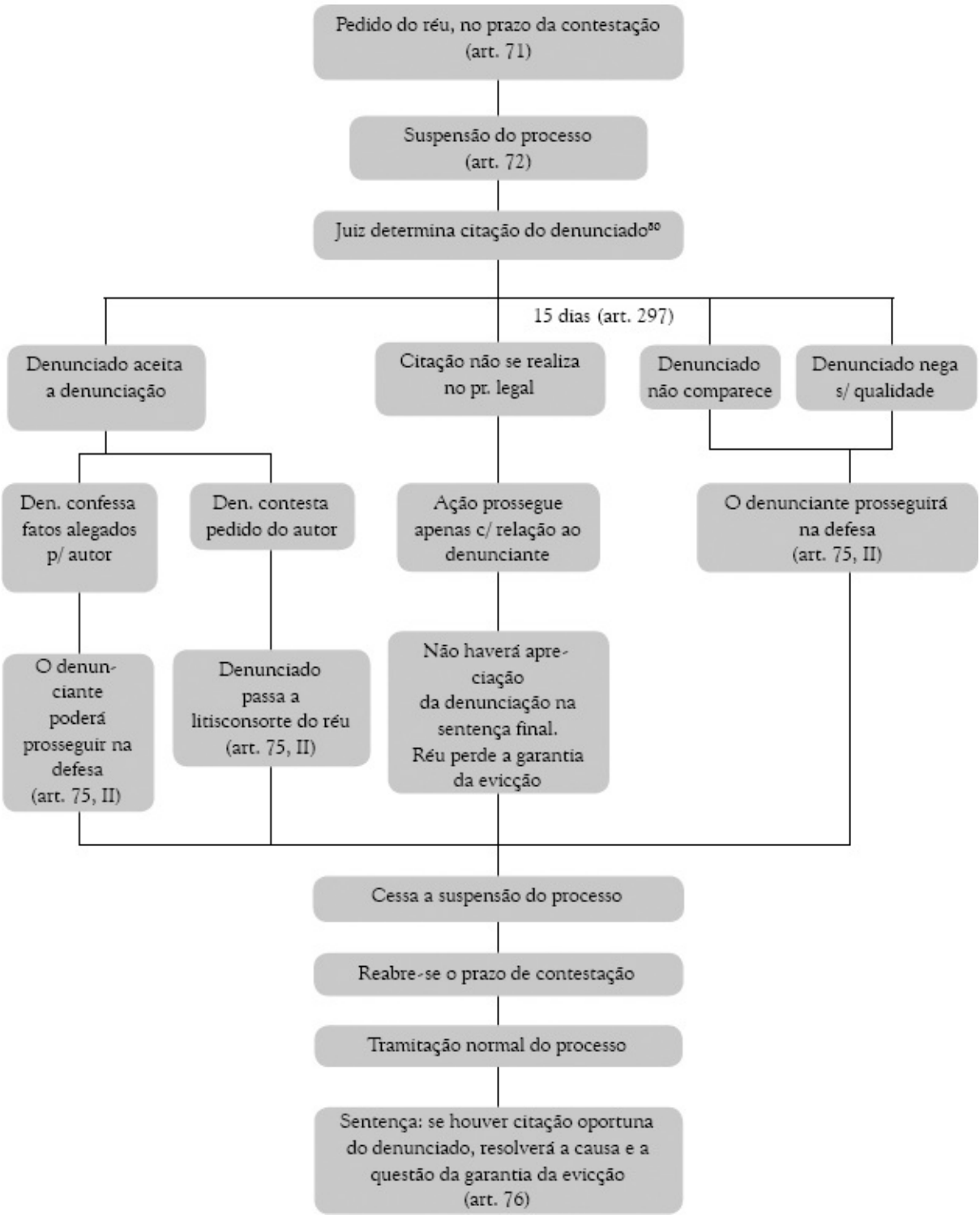
Conferindo-se ao evicto o direito de avançar na cadeia regressiva dos sucessivos alienantes, a lei civil acabou por instituir uma solidariedade passiva entre eles e perante aquele que sofre a evicção. O que afinal suportar a garantia terá, naturalmente, direito de reembolso junto aos alienantes que o precederam na cadeia.

Fluxograma nº 3



Fluxograma nº 4

DENUNCIAÇÃO DA LIDE PELO RÉU
(arts. 70-76)



§ 20. CHAMAMENTO AO PROCESSO

Sumário: 122. Conceito. 123. Casos de admissibilidade do incidente. 124. Procedimento. 124-a. Chamamento ao processo nas ações do consumidor. 124-b. O chamamento ao processo em caso de seguro de responsabilidade civil.

122. Conceito

Chamamento ao processo é o incidente pelo qual o devedor demandado chama para integrar o mesmo processo os coobrigados pela dívida, de modo a fazê-los também responsáveis pelo resultado do feito (art. 77). Com essa providência, o réu obtém sentença que pode ser executada contra o devedor principal ou os codevedores, se tiver de pagar o débito.

A finalidade do instituto é, portanto, "favorecer o devedor que está sendo acionado, porque amplia a demanda, para permitir a condenação também dos demais devedores, além de lhe fornecer, no mesmo processo, título executivo judicial para cobrar deles aquilo que pagar".[82]

O chamamento ao processo é uma *faculdade* e não uma obrigação do devedor demandado.

Segundo a própria finalidade do incidente, só o réu pode promover o chamamento ao processo.

123. Casos de admissibilidade do incidente

Conforme o art. 77, é admissível o chamamento ao processo:

I – do devedor, na ação em que o fiador for réu;

II – dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles;

III – de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

A norma, no entanto, não se aplica aos coobrigados cambiários, porque, diversamente da solidariedade civil, não há entre os diversos vinculados à mesma cambial unidade de causa nem de responsabilidade.

Os diversos coobrigados, no direito cambiário, só aparentemente são solidários (no que toca a responder cada um, por inteiro, pela dívida), pois, na realidade, a obrigação de cada um deles é autônoma, independente e abstrata, contando com causa própria.[83]

O chamamento ao processo é cabível, em qualquer espécie de procedimento, no processo de cognição, salvo no sumário (art. 280).

Já no processo de execução não é de admitir-se a medida, dado que a finalidade da execução forçada não é a prolação de sentença, mas apenas a realização do crédito do exequente. Não haveria, assim, onde proferir a sentença, a que alude o art. 78, e que viria servir de título executivo ao vencido contra os codevedores. Mesmo quando opostos embargos, estes têm objetivo exclusivo de elidir a execução, não havendo lugar para o embargante (que é autor e não réu) introduzir uma outra demanda contra quem não é parte na execução.[84]

Tanto a denunciação da lide como o chamamento ao processo se prestam ao exercício incidental de direitos regressivos da parte em face de estranho à causa pendente. Mas os direitos de regresso cogitados no art. 77 são bem diferentes daqueles previstos no art. 70, nº III.

Nas hipóteses de denunciação da lide o terceiro interveniente não tem vínculo ou ligação jurídica com a parte contrária do denunciante na ação principal. A primitiva relação jurídica controvertida no processo principal diz respeito apenas ao denunciante e ao outro litigante originário (autor e réu). E a relação jurídica de regresso é exclusivamente entre o denunciante e o terceiro denunciado.

Já no chamamento ao processo, o réu da ação primitiva convoca para a disputa judicial pessoa que, nos termos do art. 77, tem, juntamente com ele, uma obrigação perante o autor da demanda principal, seja como fiador, seja como coobrigado solidário pela dívida aforada. Vale dizer que só se chama ao processo quem, pelo direito material, tenha um nexo obrigacional com o autor.[85]

Não se pode chamar ao processo, então, quem não tenha obrigação alguma perante o autor da ação primitiva (adversário daquele que promove o chamamento). Para a aplicação desse tipo de procedimento intervencional, há de, necessariamente, estabelecer-se um litisconsórcio passivo entre o promovente do chamamento e o chamado, diante da posição processual ativa daquele que instaurou o processo primitivo. Isto, contudo, não exclui a possibilidade de uma sentença final, ou de um saneador, que venha a tratar diferentemente os litisconsortes, ou seja, persiste a possibilidade de uma decisão que exclua o chamado ao processo da responsabilidade solidária no caso concreto e que, por

isso, condene apenas o réu de início citado pelo autor.

124. Procedimento

O réu deve propor o incidente no prazo de contestação (art. 78). Recebendo a petição, o juiz suspenderá o curso do processo e será observado quanto à citação e prazos o mesmo rito da denunciação da lide, recomendado pelo art. 72 (art. 79).

Haja ou não aceitação do chamamento, pelo terceiro (chamado), ficará este vinculado ao processo, de modo que a sentença que condenar o réu terá, também, força de coisa julgada contra o *chamado*.

De tal sorte, havendo sucumbência dos devedores em conjunto, "valerá como título executivo, em favor do que satisfizer a dívida para exigi-la, por inteiro, do devedor principal ou de cada um dos codevedores a sua quota, na proporção que lhe tocar" (art. 80).

Embora o chamamento ao processo não seja obrigatório, como a denunciação da lide, quando o réu lança mão do incidente, para obter título executivo contra o devedor principal ou outros devedores solidários, não é permitido ao juiz denegar tal pretensão.[86]

124-a. Chamamento ao processo nas ações do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 88) veda a denunciação da lide nas demandas derivadas das relações por ele disciplinadas, para simplificar o atendimento das pretensões do consumidor. No entanto, o seu art. 101, II, autoriza, expressamente, o chamamento ao processo da seguradora, quando o fornecedor tiver contrato que acoberte o dano discutido na demanda.

Esse tipo de responsabilidade de terceiro seria típico de denunciação da lide e não de chamamento ao processo, já que esta última modalidade de intervenção de terceiro pressupõe solidariedade passiva entre os responsáveis pela reparação, o que, evidentemente, não há entre segurador e segurado, em face do autor da ação de indenização. A Lei nº 8.078/90, no entanto, desviou o chamamento ao processo de sua natural destinação, com o fito evidente de ampliar a área de garantia para o consumidor. Se a seguradora permanecesse sujeita à denunciação da lide, a sentença não poderia ser executada pelo consumidor diretamente contra a seguradora. Apenas o fornecedor, depois de cumprida a condenação, teria direito de voltar-se contra esta. Uma vez, porém, que a lei especial autoriza

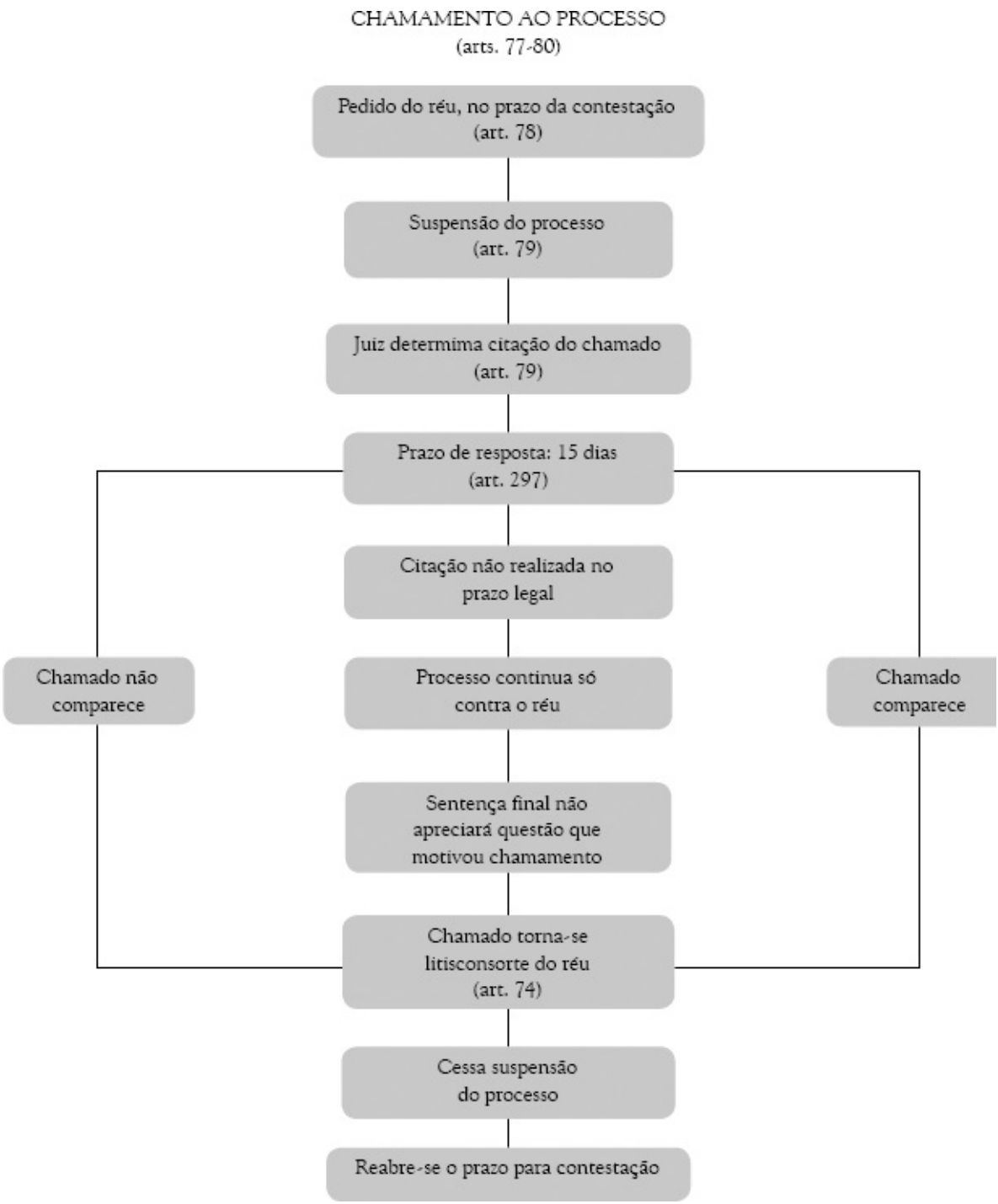
o chamamento da seguradora, esta se torna litisconsorte do fornecedor e, havendo condenação, o consumidor poderá executar a sentença tanto contra este como contra aquela. Com isto, evidentemente, se ampliou a garantia de efetividade do processo em benefício do consumidor.[87]

124-b. O chamamento ao processo em caso de seguro de responsabilidade civil

A nova conceituação do contrato de seguro de responsabilidade civil feita pelo Código Civil de 2002 teve importante repercussão sobre a intervenção da seguradora na ação indenizatória intentada pela vítima do sinistro. Pelo art. 787 da atual lei civil, no contrato de que se cuida, a seguradora assume a *garantia* do pagamento das perdas e danos devidos pelo segurado ao terceiro. Não é mais o reembolso de seus gastos que o seguro de responsabilidade civil cobre. O ofendido tem, portanto, ação que pode exercer diretamente, tanto contra o segurado como contra a seguradora. Havendo, dessa maneira, obrigação direta de indenizar, quando a ação for proposta apenas contra o causador do dano, este, para convocar a seguradora para prestar a garantia contratada, terá de utilizar o chamamento ao processo e não mais a denunciação da lide.

Essa modalidade interveniente, no regime do Código Civil de 2002, portanto, deixou de ser remédio aplicável apenas às relações de consumo. Em todos os casos de seguro de responsabilidade civil, o direito do segurado em face da seguradora passou a ser, no campo processual, objeto de chamamento ao processo.

Fluxograma nº 5



Prazo para realização da citação: 10 dias na comarca e 30 dias em outra comarca (art. 79 c/c art. 72, § 1º).

§ 21. ASSISTÊNCIA

Sumário: 125. Conceito. 126. Pressupostos da intervenção. 127. Assistência simples e assistência litisconsorcial. 128. Cabimento e oportunidade da intervenção assistencial. 129. Procedimento. 130. Poderes e ônus processuais do assistente. 130-a. Assistência provocada. 130-b. O recurso de terceiro prejudicado.

125. Conceito

O Código preferiu tratar da assistência junto ao litisconsórcio fora do Capítulo da "Intervenção de Terceiros".

Mas, na realidade, o ingresso do assistente no processo é caso típico de intervenção voluntária de terceiro, mesmo quando é considerado litisconsorte da parte principal.[88]

Segundo o art. 50, dá-se a *assistência* quando o terceiro, na pendência de uma causa entre outras pessoas, tendo interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes, intervém no processo para prestar-lhe colaboração.

O assistente, portanto, não é parte da relação processual e nisso se distingue do litisconsorte. Sua posição é de terceiro que tenta apenas coadjuvar uma das partes a obter vitória no processo.

Não defende direito próprio, mas de outrem, embora tenha um interesse próprio a proteger indiretamente.

126. Pressupostos da intervenção

Normalmente, a sentença não produz efeito senão perante as partes do processo. Não beneficia nem prejudica terceiros.

Há casos, porém, em que a situação resultante da sentença para uma das partes tem consequências ou reflexos sobre outras relações jurídicas existentes entre a parte e terceiros. Embora essas relações não sejam objeto de discussão no processo, o terceiro tem interesse em que a solução seja no sentido que favoreça e não prejudique sua posição jurídica frente a uma das partes.

Trata-se de encarar a sentença não na sua função e força peculiares, mas

como um simples fato que o terceiro não pode ignorar.

A intervenção do terceiro, como assistente, pressupõe interesse. Mas seu interesse não consiste na tutela de seu direito subjetivo, porque não integra ele a lide a solucionar; mas na preservação ou na obtenção de uma situação jurídica de outrem (a parte) que possa influir positivamente na relação jurídica não litigiosa existente entre ele, assistente, e a parte assistida.[89]

Se A., dono de uma coisa, convenciona alugá-la ou emprestá-la a B., e C. ajuíza uma ação reivindicatória sobre a mesma coisa, é intuitivo que B. tem interesse jurídico em que A. saia vitorioso na causa, pois, caso contrário, não poderá desfrutar da coisa que foi objeto do contrato. Legítima será, destarte, sua intervenção no processo para ajudar A. a obter sentença que lhe seja favorável.[90]

Por outro lado, o interesse do assistente há de ser *jurídico,* como reclama do art. 50, isto é, deve relacionar-se com um vínculo jurídico do terceiro com uma das partes, de sorte que não se tolera a assistência fundada apenas em "relação de ordem sentimental" –[91] ou em "interesse simplesmente econômico".[92]

Diante disso, podemos sintetizar os pressupostos da assistência em:

a) existência de uma relação jurídica entre uma das partes e o terceiro (assistente); e

b) possibilidade de vir a sentença a influir na referida relação.[93]

127. Assistência simples e assistência litisconsorcial

Quando o assistente intervém tão somente para coadjuvar uma das partes a obter sentença favorável, sem defender direito próprio, o caso é de assistência *adesiva* ou *simples* (*ad adiuvandum tantum*).

Quando, porém, o terceiro assume a posição de assistente na defesa direta de *direito próprio* contra uma das partes o que se dá é a assistência *litisconsorcial*. A posição do interveniente, então, passará a ser a de litisconsorte (parte) e não mais de mero assistente (art. 54).

É o que se passa, por exemplo, com o herdeiro que intervém na ação em que o espólio é parte representada pelo inventariante. A sentença a ser proferida perante o espólio não terá apenas efeito reflexo para o herdeiro, mas efeito direto e imediato sobre seu direito na herança litigiosa.

O assistente, na hipótese, não será apenas equiparado a litisconsorte, será efetivamente um litisconsorte facultativo do espólio, na defesa de direito próprio.[94]

"Nesse ponto reside a grande diferença entre o assistente *coadjuvante* (art.

50) e o considerado *litisconsorte* (art. 54): aquele não pode assumir, em face do pedido, posição diversa da do assistido; esse, o assistente litisconsorcial, de que trata este artigo, pode fazê-lo. A assistência simples cessa nos casos em que o processo termina por vontade do assistido (art. 53); a litisconsorcial permite que o interveniente prossiga para defender o seu direito, ainda que a parte originária haja desistido da ação, haja reconhecido a procedência do pedido ou haja transacionado com a outra parte".[95]

Em suma: o assistente litisconsorcial é aquele que mantém relação jurídica própria com o adversário da parte assistida e que assim poderia desde o início da causa figurar como litisconsorte facultativo. Seu ingresso posterior, como assistente, assegura-lhe, assim, o *status* processual de litisconsorte.[96]

128. Cabimento e oportunidade da intervenção assistencial

"A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra" (art. 50, parágrafo único).[97]

Enquanto não há coisa julgada, é possível a intervenção do assistente, mesmo que já exista sentença e a causa esteja em grau de recurso.[98]

Mas, porque a intervenção é apenas facultativa e dela não depende a eficácia da sentença (mesmo nos casos de assistência litisconsorcial), o assistente recebe o processo no estado em que se encontra, sem direito a renovar os atos já praticados pelas partes ou de promover aqueles que sofreram preclusão por inércia do assistido.

No processo de conhecimento, qualquer tipo de procedimento admite a assistência. O mesmo ocorre com o processo cautelar. Mas no processo de execução propriamente dito não há lugar para a assistência, porque a execução forçada não se destina a uma sentença, mas apenas à realização material do direito do credor. Assim, não haveria, na realidade, como coadjuvar a parte a obter sentença favorável (art. 50).[99]

Quando, porém, a execução for embargada, pelo devedor ou por terceiro, aí, sim, será admissível a assistência, porque os embargos são ação incidental de cognição, que se desenvolve em busca de uma sentença.

129. Procedimento

A assistência deve ser requerida, por petição do terceiro interessado, dentro

dos autos em curso. Ambas as partes serão ouvidas e qualquer delas poderá impugnar o pedido, em cinco dias, contados da intimação (art. 51).

Se não houver impugnação, ao juiz caberá, simplesmente, admitir a assistência sem maior apreciação em torno do pedido, segundo se depreende da primeira parte do art. 51, *caput*.[100] Não se admite um veto simplesmente à assistência, porque, havendo interesse jurídico do terceiro, é direito seu intervir no processo como assistente.

Se, todavia, houver impugnação, esta só poderá referir-se à falta de interesse jurídico do terceiro para interferir a bem do assistido (art. 51, *caput*, segunda parte).

Da impugnação decorre um procedimento incidental que não deverá prejudicar, nem suspender, o andamento do processo principal.

O procedimento da impugnação é o seguinte (art. 51):

1º) o juiz determinará o desentranhamento do pedido de assistência e da impugnação;

2º) essas peças serão autuadas em apenso aos autos principais;

3º) autorizará, então, o juiz a produção de provas, assinando as partes o prazo que julgar conveniente;

4º) encerrada a instrução, o juiz terá cinco dias para julgar o incidente, deferindo ou denegando o pedido de assistência.

Esse procedimento aplica-se tanto ao pedido de assistência simples como do litisconsorcial (art. 54, parágrafo único).

O julgamento do incidente provocado pelo pedido de assistência configura decisão interlocutória e, como tal, desafia recurso de agravo.[101]

130. Poderes e ônus processuais do assistente

"O assistente atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido" (art. 52).

Pode o assistente produzir provas, requerer diligências e perícias, apresentar razões e participar de audiências.

Sujeita-se, outrossim, aos ônus ou encargos que tocam ao assistido. Por isso, "se o assistido for vencido, o assistente será condenado nas custas em proporção à atividade que houver exercido no processo" (art. 32).

Se a assistência se der em favor do demandado revel, "o assistente será considerado seu gestor de negócios" (art. 52, parágrafo único). Os prazos que, para o revel, correriam independentemente de intimação passarão a depender,

então, da ciência a ser dada ao assistente, como gestor dos negócios do assistido.

A participação do assistente é *acessória* e, como tal, pressupõe a do assistido, que é a *principal*.

Como à parte assiste a faculdade de dispor tanto do direito substancial como do processual, a assistência não pode impedir (art. 53) que:

a) o *autor* desista da ação e provoque a extinção do processo;

b) o *réu* reconheça a procedência do pedido, provocando julgamento de mérito contrário à parte assistida;

c) as *partes* ponham fim ao litígio mediante transação.

Essas limitações, no entanto, restringem-se à assistência *simples* ou *adesiva* (art. 50). No caso de assistência *litisconsorcial* (art. 54), assumindo o assistente a qualidade de *litisconsorte*, ser-lhe-á lícito prosseguir na defesa de seu direito, ainda que a parte originária haja desistido da ação, haja reconhecido a procedência do pedido ou haja transacionado com o outro litigante.[102]

Ainda que se possa atribuir ao assistente a qualidade de parte, no sentido puramente processual, o litígio pendente não é seu, não restando, por isso, autorizado a alterar o objeto da demanda. Destaca CÂNDIDO DINAMARCO: "a intervenção do terceiro na qualidade de assistente *não altera o objeto do processo*, uma vez que se limita a *aderir* à pretensão do assistido, sem formular demanda nova (...). O mérito a ser julgado, em caso de assistência, tem os mesmos contornos do que seria sem ela. O juiz simplesmente julga a demanda inicial do autor..."[103].

Essa limitação é a mesma, seja a assistência simples ou litisconsorcial. Embora no último caso, o litisconsorte tenha maior autonomia na prática dos atos processuais, não pode ignorar a preclusão dos atos e fases já superados, principalmente quanto àqueles que determinaram a definição e a estabilização do objeto do processo.

Todo assistente, mesmo o equiparado a litisconsorte, recebe o processo nos termos objetivos em que a parte assistida o havia colocado (art. 54)[104].

O assistente litisconsorcial, embora se sujeite aos efeitos da coisa julgada, não pode formular pedido novo, pois o que lhe é permitido é simplesmente aderir aos pedidos já formulados pela parte à qual se coliga[105].

É certo que o assistente litisconsorcial já tem sua relação material com uma das partes sujeita ao processo. Isto, porém, não o autoriza a formular pedido novo e diverso daquele deduzido pelo assistido, em virtude da estabilidade da demanda, ocorrida antes de seu ingresso na relação processual. É bom lembrar que, estabilizado o objeto do processo (art. 264) nem mesmo o autor original tem

poderes para inovar o pedido ou a causa de pedir[106]. Não há, pois, como pensar que o pudesse fazer o terceiro, que veio ao processo, para assisti-lo.

Quanto ao direito de recorrer, sendo o assistente litisconsorcial também *parte* do processo, terá sempre a faculdade de interpor recursos, ainda quando o assistido não o faça.[107] O assistente simples, porém, só terá oportunidade de recorrer se também assim o fizer o assistido. É que da inércia da parte principal decorre a sua aquiescência à sentença, provocando a coisa julgada; e ao assistente simples não é dado opor-se aos atos do assistido que, de qualquer forma, ponham fim ao processo (art. 53). Logo, não lhe é possível forçar o prosseguimento do feito em segundo grau, quando o assistido já houver se conformado com o decisório de primeiro grau.[108]

Há quem defenda a possibilidade de o assistente recorrer mesmo que o assistido não o faça. O argumento é o de que ao assistente a lei confere a qualidade de "gestor de negócios" (CPC, art. 52, parágrafo único), de sorte que o seu recurso autônomo só não seria conhecido "se o assistido expressamente tiver manifestado a vontade de não recorrer, renunciando ao recurso ou desistindo de recurso já interposto"[109].

Não creio, todavia, se possa ampliar dessa maneira a regra excepcional que confere ao assistente a função jurídica de gestor de negócio alheio. Essa modalidade de intervenção de terceiro na administração dos bens e interesses de outrem pressupõe, lógica e juridicamente, a ausência do titular no momento da gestão, tanto que o art. 864 do Cód. Civ., obriga o gestor a comunicar de imediato ao dono do negócio a gestão assumida, só devendo mantê-la ou dar-lhe sequência após resposta que a aprove.

É por isso que o Cód. De Proc. Civ., nos atos processuais, só permite a *gestão de negócios* em relação aos direitos e interesses da parte, no caso de revelia do assistido, visto que é, então, que o respectivo titular se mostra ausente do processo, devendo os prazos de defesa, impugnação ou recurso fluírem sem intimação do revel (CPC, art. 322). Quando a parte está presente no processo e recebe a regular intimação do ato judicial que contraria seus interesses, o prazo de recurso flui necessariamente do ato de comunicação processual. Se a faculdade de impugnação não é exercitada dentro do devido tempo, tem-se como configurada sua aquiescência tácita ao decisório, da qual decorre a impossibilidade de recorrer (CPC, art. 503), operando a preclusão e a consequente *coisa julgada*. Convém relembrar que o dispositivo em questão admite, para os efeitos cogitados, a aceitação da sentença ou decisão tanto de forma *expressa* como *tácita*. Ora, quem voluntariamente dispõe do direito de

recorrer, deixando exaurir o prazo hábil ao seu exercício, somente pode ser visto como aceitante do julgado. Se, então, a não interposição em tempo útil faz operar a extinção do direito de assistido, como entender que o assistente simples possa exercer a coadjuvância à prática de um meio de defesa a que a parte principal, presente no processo, já não mais tem direito?

Da assistência, em qualquer de suas formas, resultam efeitos interessantes no que se relaciona à coisa julgada.

O assistente litisconsorcial é parte do processo e, como tal, sujeita-se, normalmente, à eficácia da coisa julgada, frente à sentença que decidir a causa.

Mas o assistente coadjuvante, não sendo parte, não pode s ofrer no sentido técnico, os consectários da *res iudicata*, mesmo porque apenas defende direitos de terceiro, ou seja, do assistido. No entanto, em razão de sua intervenção voluntária no processo, impõe-lhe o Código uma restrição que consiste em ficar impedido de voltar a discutir, em outros processos, sobre "a justiça da decisão" (art. 55, *caput*).[110]

A essa regra restritiva, porém, o Código abre duas exceções, para permitir ao assistente *simples* a reabertura de discussão em torno do que foi decidido contra o assistido, e que ocorrem quando alegar e provar que:

I – pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença (art. 55, I);

II – desconhecia a existência de alegações ou de provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu (art. 55, II).

Das ressalvas feitas nos incisos do art. 55, é fácil concluir que "a justiça da decisão" – sobre a qual o assistente não pode voltar a discutir – refere-se às questões de fato que influíram na sentença adversa à parte assistida e que, por isso, terá ferido algum interesse do interveniente. Não há que se pensar em rediscussão direta pelo assistente, da relação material debatida e alcançada pela coisa julgada, pela razão óbvia de não envolver aquela relação direito algum do assistente. O que o art. 55 impede é, diante de eventuais efeitos externos (práticos) da sentença prejudiciais à relação jurídica do terceiro (aquela que justificou a assistência), venha ele a reabrir a discussão fundada em má-apreciação dos fatos e provas examinados e julgados em sua presença. Esse quadro fático, salvo as exceções dos itens I e II do art. 55, não poderá voltar à discussão por iniciativa do assistente, em futuro processo, sobre cujo objeto a sentença anterior tenha de repercutir, ainda que reflexamente.

130-a. Assistência provocada

Há hipóteses em que nenhuma das figuras interventivas típicas cabe para provocar a inclusão do terceiro no processo, mas esta se faz necessária ou recomendável. Isto pode se dar, *v.g*., no caso de uma ação cautelar preparatória de futuro processo principal onde viria a ocorrer a denunciação da lide ou o chamamento ao processo de um estranho que mantenha vínculo jurídico com uma das partes em litígio.

Claro é que no processo cautelar não há lugar para obter uma sentença que declare direito regressivo ou coobrigação de terceiro solidário com um dos litigantes, o que torna inaplicáveis as figuras interventivas previstas nos arts. 70 e 77, em sua pureza.

Mas a medida cautelar, como a antecipação de prova ou a exibição de documento, pode influir decisivamente naquilo que se vai mais tarde solucionar no processo de mérito, onde se exercitará a pretensão própria da denunciação da lide ou do chamamento ao processo. O remédio que, então, se pode aplicar à ação cautelar será uma espécie de *assistência provocada*, por meio da qual se incluirá o terceiro no processo preventivo, sem submetê-lo desde logo aos efeitos da ação regressiva ainda não manejável.

Dessa maneira, a convocação do terceiro funciona como *medida preparatória* da denunciação da lide ou do chamamento ao processo, a serem feitos no futuro processo principal, mediante ciência ao interveniente que lhe possibilite participação, em contraditório, no procedimento da prova antecipada.[111]

130-b. O recurso de terceiro prejudicado

O art. 499 do Código de Processo Civil assegura não só à parte vencida, mas também ao terceiro prejudicado, o direito de recorrer. O recurso, portanto, constitui uma oportunidade para realizar a intervenção de quem não é parte no curso do processo.

Essa interferência se justifica pelos mesmos princípios que inspiram os casos gerais de intervenção, que, além da economia processual, atendem também ao desígnio de criar meios de evitar reflexos do processo sobre relações mantidas por alguma das partes com quem não esteja figurando na relação processual.

Assim, o direito de recorrer, reconhecido ao estranho ao processo, justifica-se pelo reconhecimento da legitimidade do seu interesse em evitar efeitos

reflexos da sentença sobre relações interdependentes, ou seja, relações que, embora não deduzidas no processo, dependam do resultado favorável do litígio em prol de um dos litigantes.

Dessa maneira, o terceiro que tem legitimidade para recorrer é aquele que, antes, poderia ter ingressado no processo como assistente ou litisconsorte.

É importante ressaltar que o recurso de terceiro não se equipara aos embargos de terceiro ou a uma espécie de rescisória, em que o recorrente pudesse exercer uma *ação nova*, alegando e defendendo direito próprio, para modificar, em seu favor, o resultado da sentença. Mesmo porque seria contrário a todo o sistema do devido processo legal vigente entre nós imaginar que o terceiro pudesse iniciar, sem forma nem figura de juízo, uma ação nova já no segundo grau de jurisdição.

Exata, a respeito da matéria, é a lição de Vicente Greco Filho:

> "O recurso de terceiro prejudicado é *puro recurso*, em que se pode pleitear a nulidade da sentença por violação de norma cogente, mas não acrescentar nova lide ou ampliar a primitiva. Ao recorrer, o terceiro não pode pleitear nada para si, porque ação não exerce. O seu pedido se limita à lide primitiva e a pretender a procedência ou improcedência da ação como posta originariamente entre as partes. Desse resultado, positivo ou negativo para as partes, é que decorre o seu benefício, porque sua relação jurídica é dependente da outra."[112]

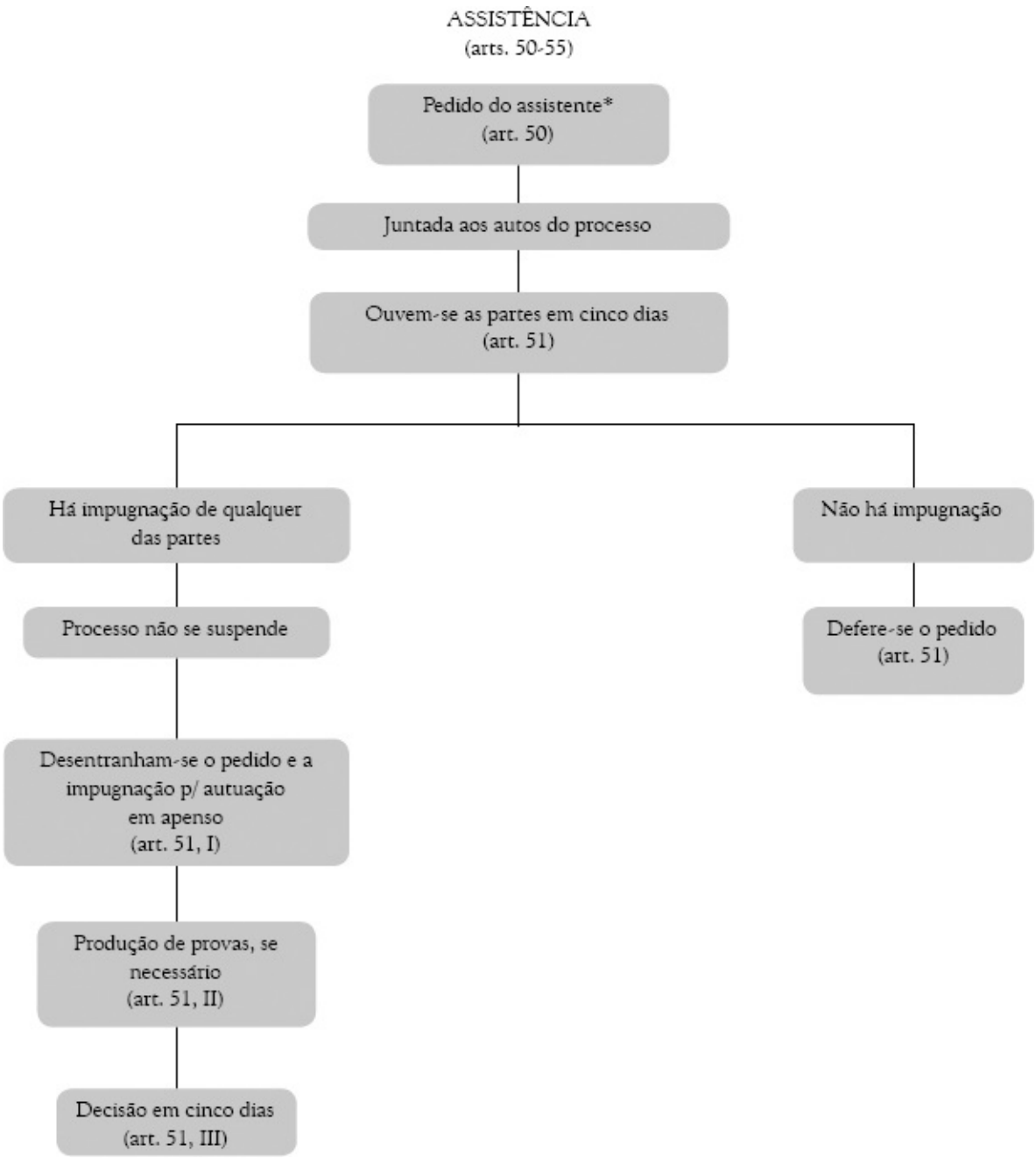
Assim, o compromissário-comprador não pode recorrer para fazer seu direito prevalecer sobre a pretensão reivindicatória de quem saiu vitorioso em causa contra o promitente-vendedor. Pode apenas pleitear a reforma da sentença para que o resultado em prol do promitente-vendedor seja também útil para sua relação interdependente (isto é, a que se origina do compromisso de compra e venda).

Mesmo quando o litisconsorte necessário não citado intervém pela via recursal, não se dá o exercício do direito de ação, mas apenas se busca a invalidação da sentença para que, mais tarde, o terceiro possa propor a ação que lhe couber, ou para que a ação pendente retorne à fase de postulação e o recorrente, então, possa exercer, regularmente, seu direito de contestá-la.

Em suma: o recurso de terceiro prejudicado é uma forma de intervenção de terceiro em grau de recurso ou, mais propriamente, uma *assistência* na fase recursal, porque, no mérito, o recorrente jamais pleiteará decisão a seu favor, não

podendo ir além do pleito em benefício de uma das partes do processo.[113] É que o assistente nunca intervém para modificar o objeto do processo e sempre para ajudar "uma das partes a ganhar a causa", pois é "a vitória do assistido que beneficia indiretamente o assistente".[114]

Fluxograma nº 6



* *Oportunidade*: é cabível em qualquer fase do procedimento de cognição, em todos os

graus de jurisdição (art. 50, parágrafo único).

1 A teorização do litisconsórcio põe em relevo a constatação de que, sem embargo da autonomia do direito de ação e do direito processual como um todo, não se pode deixar de reconhecer a natureza instrumental e a interdependência entre direito substancial e processo (ZANUTTIGH, Loriana. Verbete "Litisconsorzio", *in Digesto*. 4. ed., *Discipline Privatistiche, Sezione Civile*. v. 11, 1996, p. 42).

2 A disciplina ordinária do litisconsórcio "é inspirada, de um lado, pelo critério da *unidade formal* do processo no qual se desenvolvem as causas cumuladas e, de outro lado, pelo sistema da independência *substancial* das aludidas causas cumuladas" (MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. 8. ed., Torino: Giappichelli, 1991, v. I, p. 304, nota 21).

3 São evidentes e lógicas as razões que revelam os casos em que o julgamento deve ser "uno *e único*", configurando a situação que se pode definir como "ação única *plurissubjetiva*" ou como "litisconsórcio *unitário*". Embora facultativo o litisconsórcio, nota-se, em virtude da natureza do direito material em litígio, a identidade do *pedido* e da *causa de pedir*, o que exige, no tratamento judicial da causa cumulativa, "um desenvolvimento formal e substancialmente *único*" (MANDRIOLI, Crisanto. *Op. cit*., p. 304). Porque não é possível separar uma causa das outras, "por razões lógicas e de ordem positiva", mesmo tendo sido livre a iniciativa de agir em litisconsórcio "a decisão da controvérsia não pode ser senão uniforme" (ZANUTTIGH, Loriana. *Op. cit*., p. 41).

4 Mesmo havendo obrigatoriedade da participação de várias pessoas no processo, ainda assim "a decisão pode não ser única, na medida em que a posição processual das partes, embora necessária, é diversa" (ZANUTTIGH, Loriana. *Op. cit*., p. 42). Lembre-se, *v.g*., dos juízos concursais e divisórios.

5 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. I, n. 287, pp. 264-265. No nosso sistema, "O litisconsórcio, quando cabível, é, em regra, facultativo. Para que as partes sejam obrigadas a litisconsorciar-se (para haver litisconsórcio necessário), é indispensável, salvo nos casos em que a lei o imponha, que os litisconsortes sejam partes de uma peculiar relação de direito material, única e incindível, que determina, como imperativo lógico necessário, um julgamento uniforme para todos (CPC, art. 47)" (STJ, 1ª T., REsp. nº 1.061.343/PB, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 12.08.2008, *DJe* 21.08.2008).

6 BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit*., n. 287, p. 265.

7 "(...) em ação indenizatória o litisconsórcio é sempre facultativo, seja ativo ou passivo, podendo cada um dos prejudicados, isoladamente (ou em conjunto) pleitear, em juízo, o direito ao ressarcimento. Se mais de um for o causador do dano, poderá o prejudicado exigir de um só (ou de todos) a titularidade do pagamento, eis que existe solidariedade entre os devedores" (STJ, 1ª T., REsp. nº 449.352/SC, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 25.02.2003, *DJU* 24.03.2003, p. 147).

8 "Em se tratando de ação anulatória (pauliana) para tornar sem efeito negócio jurídico, há litisconsórcio necessário entre todos os que participaram do ato, porquanto a sentença será, necessariamente, a mesma em relação às partes litigantes" (STJ, 4ª T., REsp. nº 242.151/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 02.09.2008, *DJe* 15.09.2008). O TJSP considerou litisconsortes necessários além do atual proprietário do imóvel e do vendedor todos os demais participantes das vendas que se seguiram ao primeiro ato de alienação que se pretende anular (Apel. 235.093 – ac. 09.08.74, *in RT* 477/94; e Apel. 235.069 – ac. 16.05.75, *in RT* 477/94). No mesmo sentido: TJSC, Apel. 25.225, Rel. Des. Xavier Vieira, ac. 12.09.1989, *in RF* 311/176.

9 BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit*., n. 301, p. 278.

10 BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit., loc. cit*.

11 GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 52.

12 BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit*., n. 304, p. 280, com apoio em CHIOVENDA E REDENTI.

13 No RE nº 69.653, decidiu o STF que o não chamamento à lide do litisconsórcio necessário causa a "nulidade *ab initio* do processo" (ac. 12.03.74, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *in RTJ*, 71/72; no mesmo sentido: RE 61.744, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, ac. 09.06.72, *in RTJ*, 61/377; STJ, REsp. nº 113.874/ MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. 22.08.98, *in DJU* de 30.11.98, p. 51; STJ, REsp. nº 50.010/PR, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 03.12.96, *in DJU* de 25.08.97, p. 39.375). "Decisão proferida sem a citação dos litisconsortes necessários é nula, nos termos do art. 47, parágrafo único do CPC", de modo que "é o caso de anular-se o processo" (STJ, 2ª T., RMS nº 21.530/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 02.12.2010, *DJe* 15.12.2010). Omitido o litisconsorte necessário na propositura da ação, sua posterior citação para os fins do art. 47 do CPC só é possível enquanto não verificada a extinção do direito que se lhe pretende opor. "Após essa data, a falta de citação do litisconsorte implica a decadência do direito de pleitear a rescisão, conduzindo à extinção do processo sem resolução do mérito" (STJ, Corte Especial, EREsp. nº 676.159/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 01.12.2010, *DJe* 30.03.2011).

14 A necessidade de citação de todos os litisconsortes necessários para validade da sentença é requisito apenas dos julgamentos de mérito. Para extinguir o processo por carência de ação ou falta de pressuposto processual, nenhuma citação é indispensável, posto que até a própria petição inicial pode ser liminarmente indeferida a esse pretexto (art. 295).

15 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 379.

16 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006, p. 236.

17 PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1974, v. II, p. 27.

18 BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit*., n. 288, p. 267. "Nada impede que o juiz desconstitua o litisconsórcio ativo facultativo multitudinário, a fim de evitar prejuízos para a defesa do réu" (STJ, 2ª T., REsp. nº 8.665/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, ac. 28.04.1998, *DJU* 17.08.1998, p. 50). No entanto, o pedido do réu de limitação do litisconsórcio "deverá ser feito antes de decorrido o prazo para a sua defesa, sob pena de preclusão" (STJ, 5ª T., REsp. nº 402.447/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, ac. 04.04.2006, *DJU* 08.05.2006, p. 267).

19 BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit*., n. 312, p. 288.

20 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, p. 174.

21 BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista Forense*, v. 204, p. 412-420, out.-nov.-dez./1963.

22 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. V, n. 213, pp. 371-372. STJ, Corte Especial, REsp. n. 1.091.710/PR, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 17.11.2010, *DJe* 25.03.2011.

23 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bockseller, 1997, 1. ed., v. III, n. 612, p. 136; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed., Forense, v. I, nºs 311 e 312, pp. 282-283; DINAMARCO, Cândido Rangel. "Litisconsórcio", *in RT*, 2. ed., n. 25, pp. 105-107.

24 "O consórcio, formado por vários demandantes, para o exercício de ação plurissubjetiva, em busca de um mesmo bem da vida e sob o patrocínio de um mesmo advogado, gera universalidade de interesses, reconhecida pelo direito. O art. 509 do CPC deve ser interpretado com olhos na realidade e nos fins sociais para os quais foi concebido (Lei de Introdução do Código Civil, art. 5º)" (STJ, 1ª T., REsp. 142.996/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 01.12.97, *DJU* de 20.04.98, p. 32). No mesmo sentido: STJ, 1ª Seção, EREsp. n. 286.020/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 09.05.2002, *DJU* 01.07.2002, p. 205.

25 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. IV, n. 92, p. 122.

26 “Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido” (STF, Súmula nº 641).

27 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, v. I, n. 236, p. 262.

28 TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1974, v. I, pp. 236-237.

29 MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*. São Paulo: Duprat, 1912, v. III, § 306, p. 377. Na ação de usucapião, não há necessidade de o terceiro interessado defender-se por meio de oposição, uma vez que pela natureza da demanda pode contestar a ação diretamente, haja vista que a citação naquela ação abrange inclusive terceiros desconhecidos (TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, CR 3246384900 SP, Rel. Natan Zelinschi de Arruda, ac. 1.10.2008, *DJe* 10.10.2008).

30 *Res inter alios iudicata aliis nec prodest, nec nocet* (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1971, v. II, n. 311; TJRS, Ap. 594.088.957, Rel. Des. Oswaldo Stefanello, ac. 01.11.94, *in RJTJRS* 170/382; TJSP, Ap. 258.569-2, Rel. Des. Ruy Coppola, ac. 18.04.95, *in JTJSP* 170/49). “O terceiro adquirente de imóvel, a título oneroso e de boa-fé não é alcançável por decisão em processo de que não fora parte, ineficaz, quanto a este a decisão” (STJ, 3ª T., REsp. nº 158.097/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 01.12.1998, *DJU* 15.03.1999, p. 217, *REPDJ* 10.05.1999, p. 167).

31 TJGB, ac. 26.12.67, *in Revista Forense*, 229/122.

32 OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição Processual*. São Paulo: RT, 1971, nº 37, p. 75.

33 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1974, v. I, n. 237, p. 264. Celso Barbi, no entanto, entende que o opoente só pode intervir antes da publicação da sentença e não até o seu trânsito em julgado (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. I, t. II, n. 355, p. 314; no mesmo sentido: TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1974, v. I, p. 242). Pontes de Miranda, todavia, e a nosso ver com razão, entende que a oposição tanto possa ser ajuizada antes da audiência como depois dela e da prolação da sentença (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1974, v. II, pp. 95 (nº 2) e 100 (nº 1), se o Código permite expressamente que a oposição tenha curso autônomo, e possa ser julgada “sem prejuízo da causa principal” (art. 60), nenhum óbice existe ao seu ajuizamento depois de proferida a sentença de primeiro grau de jurisdição, mas antes do seu trânsito em julgado.

34 BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit.*, v. I, t. II, n. 365, pp. 318-319.

35 MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, v. I, n 237, p. 264.

36 STJ, 3ª T., REsp. nº 73.959/DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 14.10.1997, *DJU* 23.03.1998, p. 88. “O despacho que indefere pedido de oposição pode ser impugnado em agravo de instrumento” (STJ, 3ª T., RMS nº 8.864/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 13.10.1998, *DJU* 30.11.1998, p. 148).

37 Oportunidade: em qualquer fase do processo até a sentença da ação principal (art. 56).

38 Prazo: 15 dias (art. 57).

39 STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 928.501/GO, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 17.08.2010, *DJe* 26.08.2010. No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 257.091/RO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 21.08.2001, *DJU* 08.04.2002, p. 209.

40 STJ, 3ª T., REsp. nº 47.062/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 31.05.1994, *DJU* 08.08.1994, p. 19.567. José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, 1ª ed., v. I, nº 238, p. 266; Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., v. I, p. 254.

41 Oportunidade: durante o prazo de defesa (art. 64).

42 Prazo: cinco dias (art. 64).

43 Prazo: cinco dias (art. 185).

44 Prazo: o de resposta normal, conforme o rito do processo.

45 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. I, t. II, n. 408, p. 344-345.

46 BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit.*, n. 406, p. 342.

47 As posições restritivas do Prof. Celso Barbi, tanto com relação à perda do direito de regresso quanto ao descabimento da denunciação da lide em casos de responsabilidade contratual (seguro) foram por ele revistas nas edições mais modernas de sua obra. Assim, por exemplo, na 5ª edição de seus comentários constou que a obrigatoriedade da denunciação não teria aplicabilidade aos casos dos itens II e III do art. 70, ou seja, ao direito regressivo propriamente dito (item 407, pp. 340-341). Da mesma forma na referida edição foi expressamente admitido o entendimento de ensejar o contrato de seguro a denunciação da lide (item 408, p. 342).

48 STJ, 3ª T., REsp. nº 58.080-3/ES, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 19.03.96; *RSTJ*, 84/202; STJ, 1ª T., REsp. nº 830.766/RS, Rel. Min. José Delgado, ac. 05.10.2006, *DJU* 09.11.2006, p. 262; STJ, 4ª T., REsp. nº 1.141.006/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 06.10.2009, *DJe* 19.10.2009.

49 TAMG, apel. 14.878, *in D. Jud. MG* de 23.09.1980; STJ, REsp. 51.260-3/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 10.10.1994, *in DJU* de 19.12.94, p. 35.312; *in JSTJ/TRFs* 72/195.

50 R*T*, 518/69. No mesmo sentido: STJ, REsp. 36.561-9/SP, Rel. Min. Antônio Torreão Braz, ac. 14.12.93, *in DJU* de 28.02.94, p. 2893; STJ, REsp. 21.653/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 05.06.97, *in DJU* de 23.06.97, p. 29072; TJSP, AI 48.942-4/4, Rel. Des. Cézar Peluso, ac. 05.08.97, *in ADV-COAD* 42/97, ementa nº 80309, p. 671. Nos termos do art. 70, III, do CPC, para que se defira a denunciação da lide, é necessário que o litisdenunciado esteja obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar a parte autora, em ação regressiva (STJ, 2ª T., REsp. nº 948.553/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 18.12.2008, *DJe* 18.2.2009).

51 Ac. *in RT*, 518/99. No mesmo sentido: STJ, REsp. 163.097/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 18.06.98, *in DJU de* 28.09.98, p. 13; STJ, REsp. 95.368/SP, Rel. Min. José Delgado, ac. 10.10.96, *in DJU* de 18.11.96, p. 44.849.

52 Ac. 3ª Câmara Cível, Apel. 254.866, Des. Rel. Ferreira de Oliveira, ac. 07.10.1976, *in RT*, 493/81. No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 256.013/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 15.3.2007, *DJU* 16.4.2007, p. 180; STJ, 4ª T., REsp. nº 155.224/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves ac. 09.03.2004, *DJU* 01.07.2004, p. 196.

53 STF, 2ª T., RE nº 93.880/RJ, Rel. Min. Decio Miranda, ac. 01.12.1981 *in RTJ* 100/1.352; STF, 2ª T, RE nº 95.091/RJ, Rel. Min. Cordeiro Guerra, ac. 03.02.1983, *in RTJ*, 106/1.054 e 100/1.352. Também no STJ já se decidiu pelo descabimento em igual situação STJ, 1ª T., REsp. nº 1.089.955/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, ac. 03.11.2009, *DJe* 24.11.2009).

54 STJ, 1ª T., REsp. nº 594/RS, Rel. Min. Garcia Viera, ac. 07.11.1996, RT, 667/172; STJ, 1ª T., REsp. nº 891.998/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 11.11.2008, *DJe* 1.12.2008; STJ, 1ª T., EREsp. Nº 313.886/RN, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 26.02.2004, *DJU* 22.03.2004 p. 188; STJ, 1ª T., AgRg no REsp. nº 1.149.194/ AM, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 02.09.2010, *DJe* 23.09.2010.

55 STJ, 2ª T., REsp. nº 44.503/SP, Rel. Min. Helio Mosimann, ac. 05.02.1998, *RSTJ*, 106/167; STJ, 2ª T., REsp. nº 4.338-0/SP, Rel. Min. Américo Luz, ac. 05.10.1992, *RSTJ*, 40/285; STJ, 2ª T., REsp. nº 15.614-0/ SP, Rel. Min. José de Jesus Filho, ac. 06.12.93, *RSTJ*, 58/260 e 62/216. Reconhece, porém, a jurisprudência do STJ que, mesmo sendo facultativa a denunciação da lide nos casos de direito de regresso, como entre o poder público e seu servidor, pode ser inadmitido quando ferir "os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional" (STJ, 1ª Seção, EREsp. nº 313.886/RN, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 26.02.2004, *DJU* 22.03.2004, p. 188). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. nº 955.352/RN, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 18.06.2009, *DJe* 29.06.2009; STJ, 1ª T., AgRg nos EDcl no REsp. nº 927.940/ SE, Rel. Min. Francisco Falcão, ac. 07.08.2007, *DJU* 03.09.2007, p. 14; STJ, 2ª T.,

REsp. nº 975.799/DF, Rel. Min. Castro Meira, ac. 14.10.2008, *DJe* 28.11.2008.

56 MUÑOZ, Pedro Soares. Da Intervenção de Terceiros no Novo Código de Processo Civil. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. 1974, v. I, pp. 21-22. STJ, 4ª T., REsp. nº 648.253/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 04.10.2005, *DJ* 03.04.2006, p. 352; STJ, 2ª T., REsp. nº 156.284/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, ac. 16.08.2001, *DJU* 08.10.2001, p. 190; STJ, 3ª T., REsp. nº 647.186/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 01.09.2005, *DJU* 14.11.2005, p. 313).

57 "A denunciação da lide só se torna obrigatória na hipótese de perda do direito de regresso, não se fazendo presente essa obrigatoriedade no caso do inciso III do artigo 70 do Código de Processo Civil" (STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 1.384.117/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 17.05.2011, *DJe* 30.05.2011). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 880.698/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 10.04.2007, *DJU* 23.04.2007, p. 268; STJ, 3ªT., AgRg no Ag nº 1.384.117/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 17.05.2011, *DJe* 30.05.2011. Mesmo quando a garantia da evicção torna obrigatório o uso da denunciação da lide, a jurisprudência tem entendido que sua falta somente afeta o direito à indenização prevista na lei civil. O adquirente evicto, porém, não ficará impedido de recobrar o preço do alienante por meio de ação autônoma (STJ, 3ª T., REsp. nº 9.552/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 25.05.92, *DJU* de 03.08.92, p. 11.308). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. nº 923.856/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 02.09.2010, *DJe* 04.10.2010; STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 917.314/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 15.12.2009, *DJe* 22.02.2010.

58 STJ, 4ª T., AgRg no Ag 1.323.028/GO, Rel. Min. Marco Buzzi, ac. 16.10.2012, *DJe* 25.10.2012; STJ, 3ªT., REsp. nº 255.639/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 24.04.2001, *DJU* 11.06.2001, p. 204; STJ, 4ª T., REsp. nº 1.332.112/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 21.03.2013, *DJe* 17.04.2013.

59 "Nas relações de consumo, a denunciação da lide é vedada apenas na responsabilidade pelo fato do produto (artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor), admitindo-o nos casos de defeito no serviço (artigo 14 do CDC), desde que preenchidos os requisitos do artigo 70 do Código de Processo Civil" (STJ, 3ª T., REsp. nº 1.123.195/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 16.12.2010, *DJe* 03.02.2011).

60 STJ, REsp. nº 1.284/GO, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 07.08.1990, *RSTJ* 24/280; STJ, 2ª T., REsp. nº 691.235/SC, Rel. Min. Castro Meira, ac. 19.06.2007, *DJU* 01.08.2007, p. 435; STJ, 2ª T., REsp. nº 685.621/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 15.09.2005, *DJU* 03.10.2005, p. 201.

61 Em edições anteriores defendemos o prazo de cinco dias, com base no art. 185. Revendo, porém, o assunto, verificamos que o prazo é de resposta e assim deve prevalecer o que o rito ordinário prevê para este tipo de ato, segundo a regra geral do art. 297, c/c art. 273.

62 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, n. 604, v. II, p. 415; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, n. 49, p. 132.

63 Esse prazo é estipulado em favor da parte contrária à que requereu a denunciação, para evitar seu prejuízo de ficar com o processo suspenso indefinidamente. Por isso, sendo ultrapassado, sem a consumação da diligência, poderá logo pedir a retomada do curso do processo. Se, porém, a citação for realizada além do prazo, mas ainda com o processo paralisado, não haverá motivo para negar-lhe efeito. Não poderá, por exemplo, o denunciado arguir a intempestividade como motivo para exonerar-se da responsabilidade de garantia ou do direito regressivo do denunciante. O § 2º do art. 72 deve ser interpretado em harmonia com o respectivo *caput*, onde se estipula a suspensão do processo, *in casu*, em prejuízo das partes do processo principal, e não do terceiro denunciado.

64 STJ, REsp. nº 3.508/RJ, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 18.09.90, *RSTJ* 15/435; STJ, 4ª T., REsp. nº 71.572/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. 10.11.1997, *DJU* 16.3.1998, p. 135.

65 "Nada impede que o réu, simultaneamente, denuncie a lide e conteste. De outro lado, já que o legislador não se manifestou em sentido contrário, deve-se-lhe permitir que apenas faça a denúncia, reservando-se para contestar após exaurido o incidente. Esta faculdade não só se compatibiliza com a

tradição do direito brasileiro como resulta de uma interpretação sistemática do CPC" (FLAKS, Milton. *Denunciação da lide*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, n. 202, p. 223). No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1976, v. III, pp. 289-290. Contra: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, n. 50, p. 110, nota 68.

66 Decidiu o STF que não é lícito julgar a responsabilidade do litisdenunciado no saneador. O mérito da denunciação é de ser julgado em conjunto com a ação principal, numa só sentença, segundo a regra geral das ações conexas e das cumulações de pedidos (STF – Ação Civ. Orig. nº 268, Pleno, ac. 30.06.1982, Rel. Min. Buzaid, in RTJ, 103/465). Mas, se por falta de condição da ação ou pressuposto processual, o denunciante for carecedor da ação regressiva, a extinção dela, ou seu descabimento, poderá ser declarado no saneador. Isto porque esta fase é a destinada à eliminação dos defeitos processuais bem como a impedir que o processo tenha seguimento sem possibilidade de solução de mérito.

67 TJSP, Ap. 260.051/SP, 1ª CC., Rel. Des. Cardoso Rolim, ac. 18.04.77, *RJTJSP* 46/50.

68 STJ, REsp. nº 91.642/RJ, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 10.06.96, *RSTJ* 88/126; STJ, 6ª T., REsp. nº 84.491/SP, Rel. Min. Vicente Leal, ac. 5.6.2001, *DJU* 25.6.2001, p. 250.

69 O denunciado terá concorrido de alguma forma para a perda suportada pelo denunciante na ação originária e o exercício da garantia a que estava vinculado exigia do evicto o manejo da ação de regresso. Daí a sujeição do denunciado aos efeitos sucumbenciais das duas ações interligadas (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 18.ed., 2009, n. 61, p. 159; BUENO, Cássio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, n. 9.3, p. 313).

70 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil cit.* 2009, v. II, n. 607, p. 422; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo civil interpretado*, coordenado por MARCATO, Antônio Carlos. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 167, nota 3 ao art. 76; CARNEIRO: Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*, cit., 2009, n. 61, p. 159-160. STJ, 3ª T., REsp. nº 285.723/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, ac. 12.11.2001, *DJU* 8.4.2002, p. 210.

71 Na doutrina, salvo o caso de denunciação necessária (evicção), prevalece a tese de responsabilidade do denunciante pelas verbas sucumbenciais em favor do denunciado, mesmo quando a extinção da ação de regresso se deva ao efeito prejudicial da vitória obtida na ação originária. Sendo facultativa a denunciação da lide, o promovente assumiria o risco de sua frustração pelo eventual sucesso na demanda principal (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Da denunciação da lide*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, n. 12.6.1, p. 304-305; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros, cit*. 2009, n. 6, p. 161-162; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado, cit*. p. 166). A meu ver, porém, sendo inconteste a existência do direito de regresso, a mais justa solução não é a aplicação automática dos encargos de sucumbência, mas a da observância do princípio da causalidade. Não sendo injusta ou descabida a denunciação, não haverá motivo para justificar a imposição de honorários ao denunciante. A solução mais equitativa será, dentro do prisma da causalidade, impor os encargos sucumbenciais das duas ações cumuladas ao vencido na ação originária, já que sua conduta, do ponto de vista prático, teria sido a causa de ambas as demandas.

72 STJ, 4ª T., REsp. nº 290.608-0/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 03.10.2002, *DJU* de 16.12.2002, p. 341; STJ, 3ª T., REsp. nº 1.178.680/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 14.12.2010, *DJe* 02.02.2011; STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 474.921/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 05.10.2010, *DJe* 19.10.2010; STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 792.753/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 01.06.2010, *DJe* 29.06.2010. STJ, 3ª T., REsp. nº 686.762/RS, Rel. Min. Castro Filho, ac. 29.11.2006, *DJU* 18.12.2006, p. 368; STJ, 4ª T., REsp. nº 943.440/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 12.04.2011, *DJe* 18.04.2011.

73 TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de*

Seguro de Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro. 2. ed., São Paulo: RT, 2003, § 31.4, p. 138. Ver outros acórdãos na nota 68.

74 Aplaudindo a jurisprudência do STJ, acerca da denunciação da lide em matéria de responsabilidade civil (inclusive em caso de seguro e de direito regressivo nas ações contra o Estado), Athos Gusmão Carneiro considera "possível ao autor *executar a sentença condenatória* não só contra o réu denunciante como contra o denunciado, *seu litisconsorte por força da lei processual*, isso naturalmente dentro dos limites da condenação na demanda regressiva" (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, n. 56.3, p. 137). Nesse sentido, decidiu o STJ que a qualidade de litisconsorte atribuída a denunciado pelo CPC, "em última análise, permite que a ele se atribua diretamente o ônus da responsabilidade, com exclusão do denunciante" (STJ, 3ªT, REsp. 26.734/SP, Rel. Min. Dias Trindade, ac. 06.10.1992, *RSTJ* 40/543, *in* Athos Caneiro, *op. cit*., p. 137, nota 79). No mesmo sentido: STJ, 3ªT., REsp. 25.519, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 14.02.1992, *RSTJ* 48/292; STJ, 4ªT., REsp. 97.590, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 15.10.1996, *RSTJ* 93/320; STJ, 4ªT., REsp. 115.046, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 25.08.1998, *RSTJ* 116/270.

75 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. II, p. 411; NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 6. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 383.

76 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 122-123. No mesmo sentido: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo. Eficácia da sentença na denunciação da lide: execução direta do denunciado. *Revista Jurídica*, v. 325, pp. 70-74. STJ, 4ª T., REsp. nº 397.229/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 02.05.2002, *DJU* 12.08.2002, p. 220; STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 474.921/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 05.10.2010, *DJe* 19.10.2010; STJ, 4ª T., REsp. nº 1.010.831/RN, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 28.04.2009, *DJe* 22.06.2009.

77 STJ, 4ª T., REsp. nº 97.590/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 15.10.1996, *RSTJ* 93/320. Essa exequibilidade direta contra o denunciado costuma ser contestada ao argumento de que o autor não teria formulado pedido contra o denunciado e, por isso, não teria o que dele reclamar na fase de execução. O que importa, porém, não é, na espécie, o pedido primitivo, mas a introdução superveniente de um litisconsorte, por expressa autorização da lei. Entre denunciante e denunciado, em face do autor, estabelece-se *ex lege* um litisconsórcio unitário, como reconhece José Manuel de Arruda Alvim Netto (*Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1976, v. III, p. 322). Assim, a exemplo do que se passa no chamamento ao processo, onde outros coobrigados são inseridos pelo réu, independentemente de pedido do autor, todos eles passam a figurar no polo passivo da demanda, propiciando sentença condenatória em face de todos os litisconsortes, sejam originários ou supervenientes (CPC, art. 80). Logo, a falta de pedido do autor não é, pela lei processual, empecilho a que, por iniciativa do réu, se amplie, nas hipóteses de intervenção de terceiros, o polo passivo da causa principal. A jurisprudência do STJ evoluiu para admitir tranquilamente a condenação e execução da seguradora, quando denunciada a lide.

78 "A sentença que julga procedente a denunciação da lide vale como título executivo (CPC, art. 76); o aparelhamento deste independe do andamento da execução da sentença proferida na ação principal, podendo o denunciado à lide ser obrigado a cumprir sua obrigação, antes de que o réu o faça" (STJ, 3ª T., AgRg. no Ag. 247.761/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 08.02.2000, *DJU* 20.03.2000, p. 74). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 713.115/MG, Rel. Min. Castro Filho, ac. 21.11.2006, *DJU* 4.12.2006, p. 300.

79 Prazo para realização da citação: 10 dias (denunciado que reside na comarca) e 30 dias (que reside em outra comarca) (art. 72, § 1º).

80 Prazo de resposta do denunciado: 15 dias (art. 297).

81 Prazo para realização da citação: 10 dias na mesma comarca e 30 dias fora da comarca (art. 72, § 1º).

82 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. II,

n. 434, p. 359.

83 CUNHA PEIXOTO. Chamamento ao Processo de Devedores Solidários. *Rev. Julgs. do TAMG*, v. I, pp. 15-22; BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit*., n. 439, p. 362.

84 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de Execução*, 3. ed., pp. 61-65; PORTO, Antônio Rodrigues. "Do Chamamento ao Processo no Novo Código de Processo Civil", *in RT*, 458/261-262; BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit*., n. 440, pp. 364-366. Assim também entendeu o Simpósio Nacional de Processo Civil, realizado em Curitiba, em 1975 (relato de Edson Prata, *in Revista Forense*, 252/26). Da mesma forma é a jurisprudência: TFR – Ag. Inst. 38.076, ac. 07.03.75, *in Revista Forense*, 251/185; 1º TACiv.SP – Apel. 218.396, ac. 23.11.75, *in RT*, 484/134; *idem* Apel. 216.299, ac. 04.11.75, *in RT*, 483/123; *idem* – Ag. Inst. 208.453, ac. 26.12.74, *in RT*, 481/136; TRF da 1ª R., Ap. 95.01.12169-0/DF, Rel. Juiz Tourinho Neto, *in ADV* de 24.09.95, nº 70.865; 2º TACiv.SP, Ag. 374291/7-00, Rel. Juiz Adail Moreira, ac. 02.12.92, *in Adcoas* 1993, nº 140.045; STJ, 2ª T., REsp. 691.235/SC, Rel. Min. Castro Meira, ac. 19.6.2007, *DJU* 1.8.2007, p. 435.

85 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Direito Processual Civil*. São Paulo: J. BUSHATSKY, 1975, n. 109 e 110, pp. 172 e 174. "Regra fundamental, pois, para se distinguir a denunciação à lide do chamamento ao processo, está no fato de que, sempre que o credor puder cobrar tanto de um quanto de outro, em forma de solidariedade passiva, a hipótese é de chamamento e não de denunciação" (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, v. I, p. 95).

86 O TJSP reconheceu cabível o chamamento ao processo em caso de acidente automobilístico tríplice, em que a ação foi ajuizada apenas entre dois dos motoristas envolvidos. "Não se discute que, no caso de pluralidade de autores do dano, o ofendido pode se voltar contra qualquer deles ou contra todos *in solidum*. Mas a nova lei processual não oferece opção ao magistrado, diante do requerimento de chamamento ao processo, pois, embora tal requerimento não vincule o direito de regresso e afronte o próprio instituto da solidariedade passiva, o certo é que é legal e visa à obtenção, pelo réu, do título executivo contra o devedor ou demais devedores solidários, como preceitua o art. 80 da lei processual" (Apel. 239.818, ac. 14.02.1975, *in Revista Forense*, 252/195).

87 No caso de chamamento da seguradora, o CDC veda a esta a convocação do Instituto de Resseguros do Brasil. Quando o fornecedor cair em falência, o síndico deverá informar a eventual existência de seguro, para que o consumidor lesado possa manejar a ação indenizatória diretamente contra a seguradora, não podendo esta denunciar a lide ao IRB (CDC, art. 101, II, *in fine*). Esse regime, porém, só se aplica às ações de indenização reguladas pelo CDC.

88 TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. I, p. 222; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. I, n. 236, p. 263.

89 O TJDF reconheceu ser admissível a assistência do sublocatário na ação revisional de aluguel ajuizada pelo locador contra o locatário (ac. 15.09.55, *in Revista de Direito Mercantil*, v. VI, p. 910). O assistente luta pela vitória do assistido ou porque a sua relação jurídica é vinculada àquele, ou a *res in iudicium deducta* também lhe pertence (STJ, 1ª T., AgRg no REsp. 1.080.709/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 24.08.2010, *DJe* 10.09.2010).

90 Sem que se demonstre, por parte do terceiro, interesse jurídico na vitória da parte assistida; sem que se mostre que a sentença poderá influir, direta ou indiretamente, na relação jurídica do terceiro com uma das partes, não há falar em assistência, quer como intervenção simplesmente adesiva, quer como intervenção autônoma, litisconsorcial" (2º TACiv.-SP – ac. 26.12.73, *in RT*, 463/191).

91 TJMG, Ag. Inst. 11.750 – Rel. Des. Edésio Fernandes, ac. 04.08.70, *in Jurisprudência Mineira*, 46/198; 2º TACiv.-SP, Ag. 460.953-00/0, Rel. Juiz Mariano Siqueira, ac. 14.05.96, *in RT* 732/309.

92 STJ, REsp. 9.548-0/SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 01.12.92, *in DJU* de 26.04.93, p. 7.211; STF, MS 21.059-1/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 05.09.93, *in RF* 317/213; STJ, 2ª T., AgRg no REsp. 1.241.523/PR, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 05.05.2011, *DJe* 12.05.2011; STJ, 1ª T., AgRg

no REsp. 1.080.709/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 24.08.2010, *DJe* 10.09.2010.

93 "Para verificar a existência de interesse jurídico de terceiro, para intervir no processo como assistente de uma das partes, há de partir-se da hipótese de vitória da parte contrária para indagar se dela lhe adviria prejuízo juridicamente relevante" (STF, Pleno, MS 21.059, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 05.09.90, *DJU* de 19.10.90, p. 11.486). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. 1.199.940/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 1.3.2011, *DJe* 4.3.2011. Mesmo que não haja uma verdadeira relação jurídica entre o assistente e o assistido, haverá de existir a possibilidade de a derrota processual de uma das partes atingir, de alguma forma, "algum direito" do interveniente (STJ – 3ª T., REsp 1.143.166/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 16.12.2010, *DJe* 03.11.2011). Assim, "é de se reconhecer o interesse jurídico do credor do falido, devidamente habilitado na ação falimentar, para intervir como assistente da massa falida nos autos em que ela atuar como parte" (STJ – 3ª T., REsp 1.025.633/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 24.05.2011, *DJe* 29.09.2011).

94 STJ, 1ª T., REsps. 76.970 e 79.906/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. 17.10.96, *RSTJ* 93/77; *RT* 737/203; *RT* 739/222; STJ, 2ª T., AgRg no REsp. 916.010/SP, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 19.8.2010, *DJe* 3.9.2010.

95 TORNAGHI, Hélio. O*p. cit.*, v. I, p. 231.

96 TORNAGHI, Hélio. O*p. cit.*, v. I, p. 232.

97 Na ação direta de inconstitucionalidade, a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, veda a ocorrência de assistência (art. 7º). A mesma vedação consta do art. 139, § 2º, do RISTF. É possível, a critério do relator, todavia, a participação de entidades que possam eventualmente funcionar como *amicus curiae*, sem, entretanto, assumir a posição de parte ou assistente (art. 7º e § 2º da Lei nº 9.868/1999).

98 "Admite-se o pedido de assistência no segundo grau de jurisdição, sem distinção quanto à natureza da decisão recorrida (art. 50)" (STJ, 3ª T., REsp. 17.111/SC, 09.03.92, *DJU* de 13.04.92, p. 4.999); STJ, 3ª T., REsp. 299.685/BA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 27.4.2004, *DJU* 17.5.2004, p. 213. O mesmo ocorrendo quando a lide estiver em grau de recurso especial, no STJ (STJ, 4ª T., AgRg no REsp. 196.656/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 18.5.2000, *DJU* 21.8.2000, p. 141).

99 "Se a execução não tende à obtenção de sentença destinando-se apenas à realização de atos concretos para realização coativa do título, resulta inadmissível a assistência no processo executivo" (STJ, 6ª T., REsp. 329.059/SP, Rel. Min. Vicente Leal, ac. 7.2.2002, *DJU* 4.3.2002, p. 306).

100 Mesmo no silêncio das partes, admite-se que o juiz, de ofício, possa indeferir o pedido de assistência, quando evidente a falta de interesse jurídico do postulante (STJ – 1ª T., REsp 821.586/PR, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 07.10.2008, *DJe* 03.11.2008).

101 STJ, 3ª T., REsp. 46.102-2/MG, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 20.08.96, *DJU* de 30.09.96, p. 36.637.

102 TORNAGHI, Hélio. *Op. cit.*, I, p. 231.

103 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. II, nº 597, p. 385.

104 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual*. 2. ed. Atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008, v. II, nº 344, p. 55.

105 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. I, p. 203.

106 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 175: "o assistente litisconsorcial, assim, é parte interveniente no curso do processo já instaurado e, por isso mesmo, recebe pelo direito processual tratamento idêntico ao dispensado para a parte, em termos processuais, *restrigindo-se-lhe, todavia, os poderes diante do princípio da demanda porque esta já fora instaurada e já se encontra estabilizada*" (grifamos).

107 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Cód. Proc. Civ*. 2. ed., vol. II, p. 87; COSTA, Moacyr Lobo da. *Assistência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 149.

108 “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” (STJ – 2ª T., REsp 535.937/SP, Rel. Humberto Martins, ac. 26.9.2006, *DJU* 10.10.2006, p. 293).

109 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, 9. ed., Salvador: JusPodivm, 2011, v. 3, p. 49. No mesmo sentido: STJ – 6ª T., REsp 99.123/PR, Rel. Min. Vicente Leal, ac. 3.6.2002, *DJU* 1.7.2002, p. 410.

110 “A justiça da decisão”, de que fala o art. 55, refere-se aos fatos e provas acolhidos como fundamento da sentença proferida contra a parte assistida. Em novo processo intentado pelo assistente, não se poderá opor-lhe a exceção de coisa julgada, no tocante ao dispositivo da sentença anterior. Mas os seus fundamentos fáticos permanecerão indiscutíveis, salvo as exceções previstas nos incisos I e II do art. 55 do CPC (Cf. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. *Manual de direito processual civil*. 11. ed., São Paulo: RT, 2007, v. II, n. 47, p. 133; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado – Direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, t. 1, pp. 484-485; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 167-168).

111 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 2. ed., São Paulo: RT, 1987, n. 203, p. 340; Aroldo Plínio Gonçalves, *Da Denunciação da Lide*, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 314, nota 371; Sydney Sanches, *Denunciação da Lide*, São Paulo: RT, 1984, cit. por Dinamarco, *op. cit*., p. 342, nota 8.

112 GRECO FILHO, Vicente. *Da Intervenção de Terceiros*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 103.

113 GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit*., p. 103-104.

114 MONIZ DE ARAGÃO. “Parecer”, *in RF*, v. 251, p. 164; BARBOSA MOREIRA. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 25.

Capítulo VI
SUJEITO ESPECIAL DO PROCESSO

§ 22. O MINISTÉRIO PÚBLICO

Sumário: 131. Conceito. 132. Funções. 133. Natureza. 134. Ministério Público como parte. 135. Ministério Público como *custos legis*. 136. Ausência do Ministério Público no processo. 137. Órgãos do Ministério Público. 138. Princípios e garantias.

131. Conceito

Com a instituição da Justiça Pública e o reconhecimento da imprescindibilidade de ocupar o juiz uma posição imparcial no processo, surgiu, para o Estado, a necessidade de criar um órgão que se encarregasse de promover a defesa dos interesses coletivos da sociedade na repressão dos crimes.

Abolida a vingança privada, e reconhecido que os crimes atingem mais as condições de convivência social do que os interesses privados dos ofendidos, era preciso encarregar alguém de defender permanentemente os interesses comuns da sociedade perante o Poder Judiciário.

Foi assim que surgiu a figura do Ministério Público como órgão agente da repressão penal, titular da pretensão punitiva do Estado-administração perante o Estado-juiz.

Dessa função primitiva evoluiu a atuação do Ministério Público para áreas do processo civil onde, também, se notava prevalência do interesse público sobre o privado.

Modernamente, tanto no processo criminal como no civil, o Ministério Público "é a personificação do interesse coletivo ante os órgãos jurisdicionais", ou seja, o representante da "ação do Poder Social do Estado junto ao Poder Judiciário".[1]

Pode, destarte, o Ministério Público ser conceituado como "o órgão através do qual o Estado procura tutelar, com atuação militante, o interesse público e a ordem jurídica, na relação processual e nos procedimentos de jurisdição

voluntária. Enquanto o juiz aplica imparcialmente o direito objetivo, para compor litígios e dar a cada um o que é seu, o Ministério Público procura defender o interesse público na composição da lide, a fim de que o Judiciário solucione esta *secundum ius*, ou administre interesses privados, nos procedimentos de jurisdição voluntária, com observância efetiva e real da ordem jurídica".[2]

132. Funções

No exercício das múltiplas tarefas que lhe confere a ordem jurídica, o Ministério Público ora age como *parte* (art. 81), ora como *fiscal da lei* (art. 82).

No processo civil, mesmo quando se comete ao Ministério Público a tutela de interesses particulares de outras pessoas, como os interditos, a Fazenda Pública, a vítima pobre do delito etc., a sua função processual nunca é a de um *representante* da parte material.

Sua posição jurídica é a de *substituto processual* (art. 6º), em razão da própria natureza e fins da instituição do Ministério Público ou em decorrência da vontade da lei. Age, assim, em nome próprio, embora defendendo interesse alheio.

Dessa forma, "quer atue como parte principal, quer como *substituto processual*, o Ministério Público é *parte* quando está em juízo"[3] e nunca procurador ou mandatário de terceiros.

Como parte, o Ministério Público, quase sempre, tem legitimidade apenas *ativa*, isto é, só pode propor ações, visto que nunca pode ser demandado como sujeito passivo ou réu. Pode, no entanto, eventualmente assumir a defesa de terceiros, como na interdição e na curatela especial de revéis citados por edital ou com hora certa.

Outorgado o direito de ação ao Ministério Público, atribui-lhe o Código os mesmos poderes e ônus que tocam às partes (art. 81).

Como fiscal da lei, não tem compromisso nem com a parte ativa nem com a passiva da relação processual, e só defende a prevalência da ordem jurídica e do bem comum.

No sistema do Código, a distinção entre função do Ministério Público como parte e como *custos legis* é meramente nominal, pois, na prática, os poderes que lhe são atribuídos, na última hipótese, são tão vastos como os dos próprios litigantes. Assim é que, intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público, segundo o art. 83, "terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de

todos os atos do processo" (nº I); e "poderá juntar documentos e certidões, produzir provas em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade" (nº II).

Além disso, "o Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei" (art. 499, § 2º).

Não se deve aplicar, porém, ao *custos legis* as dilatações de prazo para recorrer previstas pelo art. 188, já que esse dispositivo se refere especificamente à sua atuação como *parte*.

133. Natureza

O Ministério Público não é órgão do Poder Judiciário,[4] nem é um poder da soberania nacional.

Figura entre os órgãos da Administração Pública, pois realiza a tutela sobre direitos e interesses, não no exercício da jurisdição, mas sim sob forma administrativa, ou seja, "promovendo, fiscalizando, combatendo e opinando".[5]

Mas, na atual estrutura constitucional brasileira, o Ministério Público é colocado numa posição *sui generis*, como "instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (Constituição Federal de 1988, art. 127).

No processo, como não podia deixar de ser, sua atuação é de *parte* e não de *magistrado*.[6] Não lhe cabe decidir ou solucionar litígios, mas apenas bater ou propugnar pela prevalência do interesse geral e do bem comum na prestação jurisdicional a cargo do Poder Judiciário.

134. Ministério Público como parte

Entre outros, são casos em que o Ministério Público, segundo a legislação em vigor, age como *parte:*

a) na ação de nulidade de casamento (art. 208, parágrafo único, do Código Civil de 1916; CC de 2002, art. 1.549);

b) na ação de dissolução de sociedade civil (art. 670 do Código de Processo Civil de 1939);

c) na ação rescisória de sentença, fruto de colusão das partes para fraudar a lei (art. 487, III, *b*, do Código de Processo Civil), ou quando não foi ouvido no

curso do processo em que era obrigatória a sua intervenção (art. 487, nº III, *a*);

d) na ação direta de declaração de inconstitucionalidade (Constituição Federal, art. 129, inc. IV);

e) na ação de indenização da vítima pobre de delito (art. 68 do Código de Processo Penal), bem como nas medidas cautelares destinadas a garantir a mesma indenização (Código de Processo Penal, arts. 127 e 142);

f) no pedido de interdição (art. 1.177 do Código de Processo Civil), ou na defesa do interditando (art. 1.182, § 1º, do Código de Processo Civil);

g) no pedido de especialização de hipoteca legal, para garantir gestão de bens de incapaz (art. 1.188, parágrafo único, do Código de Processo Civil);[7]

h) na ação civil pública, para defesa de interesses difusos (Lei nº 7.347/85), e para proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência (Lei nº 8.069/1990, art. 201, V);

i) nas ações previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, relativas a alimentos, suspensão e destituição do poder familiar, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, especialização de hipoteca legal, prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes, nas hipóteses do art. 98 do ECA (Lei nº 8.069/1990, art. 201, III e IV);

j) na ação contra a improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992, art. 17).

Alguns privilégios são assegurados ao Ministério Público, quando age como parte, a saber:

a) não se sujeita ao pagamento antecipado de custas (art. 27), favor que se aplica, igualmente, quando exerce apenas a função de *custos legis*;

b) o prazo de contestação é contado em quádruplo, e em dobro o de recorrer (art. 188).

135. Ministério Público como *custos legis*

A intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei, se dá, no processo civil (art. 82, com a redação da Lei nº 9.415, de 23.12.1996):

I – nas causas em que há interesse de incapazes;

II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou

qualidade da parte.

A regra é que, prevalecendo o poder dispositivo das partes sobre os direitos privados, mormente aqueles de expressão econômica, não cabe ao Ministério Público intervir nas causas a eles relativas.

Se o interesse em litígio é público, como o relacionado com os bens e obrigações das pessoas jurídicas de direito público, ou porque envolve uma parcela imprevisível da comunidade, como se dá com a falência, a intervenção do *custos legis* é de conveniência intuitiva.

Mas, mesmo em se tratando de direitos privados, há casos em que o processo contencioso ou procedimento de jurisdição voluntária versa sobre determinados bens que se acham colocados sob tutela especial do Estado, de modo que o litígio passa a atingir também, e por isso, um interesse público.

É o que ocorre nos casos do art. 82, nos I e II.

O Ministério Público, quando, em todas essas eventualidades, atua como *custos legis*, apresenta-se como *sujeito especial* do processo ou do procedimento. Como destaca José Frederico Marques, "atua em nome próprio, para defesa de interesse que o Estado deve tutelar nos conflitos litigiosos, ou na administração judicial de direitos subjetivos, a fim de que não fiquem à mercê da vontade privada. Ou, ainda, sujeito especial que participa do processo, como *viva vox* de interesses da ordem jurídica a serem salvaguardados na composição da lide".[8]

136. Ausência do Ministério Público no processo

Em todos os casos em que a lei considera obrigatória a intervenção do Ministério Público, a falta de sua intimação para acompanhar o feito é causa de *nulidade* do processo, que afetará todos os atos a partir da intimação omitida (arts. 84 e 246) (*vide*, adiante, o nº 288).

Por isso mesmo, é conferida, ainda, legitimação ao Ministério Público para propor ação rescisória de sentença, pela razão de não ter sido ouvido no processo em que se fazia obrigatória sua intervenção de *custos legis* (art. 487, III, a) (*vide*, adiante, o nº 614).

137. Órgãos do Ministério Público

O Ministério Público está organizado tanto na ordem federal como na estadual, de modo que a cada aparelho do Poder Judiciário corresponde um organismo próprio do Ministério Público.

Na órbita da Justiça Federal, o seu órgão máximo é o Procurador-Geral da República, e há representante do Ministério Público atuando, de maneira independente, junto ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais, à Justiça Militar, à Justiça Eleitoral, à Justiça do Trabalho e à Justiça Federal de primeira instância.

Em cada Estado e no Distrito Federal, há organismos locais formando o Ministério Público de atuação junto à Justiça estadual ou local.

Nos Estados, como o de Minas Gerais, a chefia do Ministério Público cabe ao Procurador-Geral, cuja função não se confunde com a do Advogado-Geral do Estado, pois, enquanto este assume a tutela fazendária dos bens do erário, aquele atua na tutela da justiça ideal e da ordem jurídica de maneira lata.

Subdivide-se o Ministério Público estadual em representações que atuam perante os Tribunais de segundo grau e outros que militam no primeiro grau de jurisdição (perante os juízes de direito).

Os primeiros costumam ser denominados "Procuradores de Justiça", e os últimos "Promotores de Justiça", ou às vezes recebem nomes particulares devido à especialização de funções, como a de "curadores de incapazes", "curadores de registros públicos", "curador de falência" etc.

138. Princípios e garantias

A instituição do Ministério Público está subordinada, em termos constitucionais, a três princípios fundamentais:

a) o da *unidade*, que significa que seus vários agentes integram uma só corporação, para efeito institucional;

b) o da *indivisibilidade*, segundo o qual seus diversos membros podem ser indiferentemente substituídos uns pelos outros em suas funções sem que disso decorra alteração subjetiva nos processos em que o Ministério Público atua;

c) o da *independência*, que significa que cada um dos membros do Ministério Público age segundo sua própria consciência jurídica, sem se submeter à ingerência do Poder Executivo, nem dos juízes, e nem mesmo dos órgãos superiores da própria instituição.[9]

Para assegurar o perfeito exercício da missão que lhe foi conferida, a Constituição Federal (arts. 127, 128 e 129) outorga aos membros do Ministério Público as seguintes garantias:

a) autonomia funcional e administrativa (art. 127, § 2º);

b) estruturação em carreira (arts. 128, §§ 1º e 3º; e 129, § 2º);

c) ingresso na carreira mediante concurso de provas e títulos, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica (art. 129, § 3º, com a redação da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004);

d) vitaliciedade após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado (art. 128, § 5º, inc. I, a);

e) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa (art. 128, § 5º, inc. I, b, com a redação da Emenda nº 45, de 08.12.2004);

f) irredutibilidade de vencimentos (art. 128, § 5º, inc. I, c).

Na forma preconizada pela Constituição, a Lei Orgânica do Ministério Público, para todo País, foi editada por meio da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que substituiu a antiga Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Essa lei federal, no âmbito de cada unidade da Federação, é completada por estatutos locais, que sistematizam o Ministério Público estadual (cf. art. 128, § 5º).

1 REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, v. I, n. 89, p. 90.

2 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. I, n. 250, p. 284.

3 ASSIS, Jacy de. "O Ministério Público no Processo Civil", *in Revista Brasileira de Direito Processual*, v. III, p. 97.

4 REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Op. cit*., I, n. 89, p. 90.

5 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., I, n. 254, p. 292.

6 CINTRA, Araújo; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1974, n. 105, p. 178.

7 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., I, n. 252, p. 287.

8 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., n. 253, p. 288.

9 CINTRA, Araújo; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit*., n. 106, p. 179; FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. V, p. 105.

Capítulo VII
JUÍZES

§ 23. COMPETÊNCIA

Sumário: 139. Conceito. 140. Distribuição da competência. 141. Classificação da competência.

139. Conceito

A composição coativa dos litígios é função privativa do Estado moderno.

Do monopólio da justiça enfeixado nas mãos do Estado decorre a jurisdição como um poder-dever de prestar a tutela jurisdicional a todo cidadão que tenha uma pretensão resistida por outrem, inclusive por parte de algum agente do próprio Poder Público.

A *jurisdição*, que integra as faculdades da soberania estatal, ao lado do poder de legislar e administrar a coisa pública, vem a ser, na definição de Couture, a função pública, realizada por órgãos competentes do Estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de juízo, se determina o direito das partes com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente passíveis de execução.[1]

Como função estatal, a jurisdição é, naturalmente, *una*. Mas seu exercício, na prática, exige o concurso de vários órgãos do Poder Público.

A *competência* é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição.

Houve época em que se confundiam os conceitos de jurisdição e competência.

Em nossos dias, porém, isto não mais ocorre entre os processualistas, que ensinam de maneira muito clara que a competência é apenas a medida da jurisdição, isto é, a determinação da esfera de atribuições dos órgãos encarregados da função jurisdicional.[2]

Se todos os juízes têm jurisdição, nem todos, porém, se apresentam com

competência para conhecer e julgar determinado litígio.

Só o juiz competente tem legitimidade para fazê-lo.[3]

140. Distribuição da competência

A definição da competência se faz por meio de normas constitucionais, de leis processuais e de organização judiciária.

Os critérios legais levam em conta a soberania nacional, o espaço territorial, a hierarquia de órgãos jurisdicionais, a natureza ou o valor das causas, as pessoas envolvidas no litígio.

Na Constituição Federal encontra-se o arcabouço de toda a estrutura do Poder Judiciário nacional. Ali se definem as atribuições do Supremo Tribunal Federal (art. 102), do Superior Tribunal de Justiça (art. 105) e da Justiça Federal (arts. 108 e 109), bem como das justiças especiais (Eleitoral, Militar e Trabalhista) (arts. 114, 121 e 124).

A competência da justiça local, ou estadual, assume feição residual, ou seja, tudo o que não toca à Justiça Federal ou às Especiais é da competência dos órgãos judiciários dos Estados.

Respeitadas as regras básicas da Constituição, como, por exemplo, a da obrigatoriedade da existência de um Tribunal de Justiça em cada Estado, a organização das Justiças locais é feita por legislação também local (Constituição Federal, art. 125).

A distribuição da competência é, dentro dos limites gerais traçados pela Constituição, matéria de legislação ordinária: da União, no tocante à Justiça Federal e às Justiças Especiais; e dos Estados, no referente às Justiças locais (Constituição Federal, arts. 107, § 1º, 110 e 125, § 1º).

141. Classificação da competência

Inicialmente, o legislador seleciona abstratamente algumas espécies de *lides* que, com exclusividade ou não, são atribuídas à Justiça brasileira. Daí resulta o que se chama "competência internacional" (arts. 88 a 90).

Na verdade, o Código quando cuida da "competência internacional" está não apenas tratando de competência, mas da própria jurisdição, isto é, está determinando quando pode ou não atuar o próprio poder jurisdicional do Estado.

Assentada a competência da Justiça brasileira, passa-se à questão de estabelecer qual o órgão judiciário nacional que há de encarregar-se da solução

da causa.

Surge, então, o que o Código denomina “competência interna” (arts. 91 a 124).

Em resumo: as normas de “competência internacional” definem as causas que a Justiça brasileira deverá conhecer e decidir, e as de “competência interna” apontam quais os órgãos locais que se incumbirão especificamente da tarefa, em cada caso concreto.

§ 24. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

Sumário: 142. Noções gerais. 143. Espécies de competência internacional. 144. Competência concorrente e litispendência.

142. Noções gerais

Os arts. 88 e 89 traçam objetivamente, no espaço, os limites da jurisdição dos tribunais brasileiros diante da jurisdição dos órgãos judiciários de outras nações.[4]

Essa delimitação decorre do entendimento de que só deve haver jurisdição até onde o Estado efetivamente consiga executar soberanamente suas sentenças. Não interessa a nenhum Estado avançar indefinidamente sua área de jurisdição sem que possa tornar efetivo o julgamento de seus tribunais.

Limita-se, assim, especialmente a jurisdição pelo princípio da efetividade.[5]

143. Espécies de competência internacional

A competência da Justiça brasileira, em face dos tribunais estrangeiros, pode ser:

a) cumulativa;

b) exclusiva.

O art. 88 enumera casos em que a ação tanto pode ser ajuizada aqui como alhures, configurando, assim, exemplos de jurisdição *cumulativa ou concorrente*.

Assim, pode a ação ser proposta perante a Justiça brasileira (embora nem sempre seja obrigatória tal propositura), quando (art. 88):

I – o réu, qualquer que seja sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III – a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Já os casos do art. 89 se submetem com absoluta exclusividade à competência da Justiça Nacional, isto é, se alguma ação sobre eles vier a ser ajuizada e julgada no exterior nenhum efeito produzirá em nosso território, o que não ocorre nas hipóteses de competência concorrente.

São, segundo o art. 89, da competência exclusiva da nossa Justiça:

I – as ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II – o inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

A contrario, e ainda em função do princípio da efetividade, as ações relativas a imóveis situados fora do País[6] e o inventário e partilha de bens localizados em território estrangeiro escapam à jurisdição nacional.[7]

Uma coisa, porém, é certa: em relação a fatos ocorridos no estrangeiro, "fora das situações previstas nos arts. 88 a 90 da Lei Adjetiva, a hipótese é de *inexistência de jurisdição,* estando a autoridade judicial brasileira *impedida* de conhecer da questão, por ausência de um dos pressupostos necessários à própria existência do processo".[8]

Nem mesmo a conexão de causas justifica a ampliação da competência internacional do Brasil, porquanto o fenômeno da comunhão de elementos entre uma ação aqui proposta e outra em andamento no exterior "não se inclui entre os pontos de contacto suficientes para estender até ela a jurisdição nacional (art. 88)".[9] Em outras palavras: "O direito brasileiro não elegeu a conexão como critério de fixação da competência internacional, que não se prorrogará, por conseguinte, em função dela."[10]

Quanto à cláusula de eleição de foro inserida em contrato ajustado fora do País, não deve ser vista como causa de afastamento da competência internacional concorrente da Justiça brasileira, principalmente quando o fato discutido no processo tenha ocorrido no Brasil, ou seus efeitos tenham aqui repercutido. Para o Superior Tribunal de Justiça a competência concorrente do juiz brasileiro não pode ser afastada pela convenção das partes.[11]

144. Competência concorrente e litispendência

Nas hipóteses de competência concorrente (art. 88), a eventual existência de uma ação ajuizada, sobre a mesma lide, perante um tribunal estrangeiro, "não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa, e das que lhe são conexas" (art. 90).

Nada impede, portanto, que a ação, em tal conjuntura, depois de proposta em outro país, venha também a ser ajuizada perante nossa justiça, salvo se já ocorreu a *res iudicata*, pois então será lícito à parte pedir a homologação do julgado para produzir plena eficácia no território nacional (art. 483).

Nenhum efeito, todavia, produz a coisa julgada estrangeira em questão de

matéria pertinente à competência exclusiva da Justiça brasileira (art. 89), já que a sentença, em semelhante circunstância, nunca poderá ser homologada.

Se a demanda ajuizada no Brasil já foi objeto de decisão (ainda que em provimento liminar), não há que se homologar sentença estrangeira sobre a mesma causa, mormente quando o seu teor for diverso do que se adotou no julgado nacional. Na espécie, haverá de se preservar a soberania nacional.[12]

§ 25. COMPETÊNCIA INTERNA

Sumário: 145. Noções gerais. 146. Competência em matéria civil. 147. Competência da Justiça Federal. 148. Competência das Justiças Estaduais.

145. Noções gerais

A competência interna divide a função jurisdicional entre os vários órgãos da Justiça Nacional, levando em conta os seguintes pontos fundamentais de nossa estrutura judiciária:

1º) existem vários organismos jurisdicionais autônomos entre si, que formam as diversas "Justiças" previstas pela Constituição Federal;

2º) existem, em cada "Justiça", órgãos superiores e órgãos inferiores, para cumprir o duplo grau de jurisdição;

3º) o território nacional e os estaduais dividem-se em seções judiciárias ou comarcas, cada uma subordinada a órgãos jurisdicionais de primeiro grau locais;

4º) há possibilidade de existir mais de um órgão judiciário de igual categoria, na mesma comarca, ou na mesma seção judiciária;

5º) há possibilidade de existir juízes substitutos ou auxiliares, não vitalícios, e com competência reduzida.

"Da observação desses dados fundamentais e característicos do direito brasileiro, torna-se possível determinar as diversas etapas através das quais a jurisdição sai do plano abstrato que ocupa como poder que têm todos os juízes, e passa para o plano concreto da atribuição do seu exercício a determinado juiz (com referência a determinado processo)."[13]

Segundo Araújo Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco, a operação tendente a determinar a competência interna, diante de cada caso concreto, se faz através de sucessivas etapas, cada uma representando um problema a ser resolvido, observada a seguinte sequência:

a) *competência de Justiça*: qual a *Justiça* competente?

b) *competência originária*: dentro da Justiça competente, o conhecimento da causa cabe ao órgão *superior* ou ao *inferior*?

c) *competência de foro*: se a atribuição é do órgão de primeiro grau de jurisdição, qual a *comarca* ou *seção judiciária* competente?

d) *competência de juízo*: se há mais de um órgão de primeiro grau com as mesmas atribuições jurisdicionais, qual a *vara* competente?

e) *competência interna*: quando numa mesma Vara ou Tribunal servem *vários juízes*, qual ou quais deles serão competentes?

f) *competência recursal*: a competência para conhecer do recurso é do *próprio órgão* que decidiu originariamente ou de um *superior?*[14]

Prevalecendo, outrossim, em nosso sistema jurisdicional o princípio de duplo grau de jurisdição como regra geral, há sempre, pelo menos, duas operações sucessivas de determinação de competência para cada causa ajuizada:

a) uma inicial, tendente a determinar o órgão que tomará conhecimento originário da lide; e

b) outra posterior, que fixará o órgão a cuja competência será atribuído o julgamento do recurso eventualmente interposto das decisões daquele que conheceu da causa em primeiro grau de jurisdição.

A primeira recebe a denominação de competência *originária* (juízo da *causa*) e a segunda, de competência *hierárquica* (juízo do *recurso*).

146. Competência em matéria civil

É pela natureza da relação jurídica substancial litigiosa que se faz a distribuição de competência entre as várias *Justiças* do sistema judiciário nacional.

A competência da Justiça Civil é *residual*: excluídas as matérias atribuídas às Justiças Especiais (Trabalhista, Militar e Eleitoral), bem como os temas de direito penal, o resíduo forma o que se convencionou chamar de objeto da *jurisdição civil*.

Dessa forma, para efeito de administração da Justiça, a jurisdição civil abrange, na verdade, assuntos não só pertinentes ao Direito Civil, mas também a outros ramos jurídicos, como o Direito Constitucional, Administrativo, Comercial etc.

Ao nosso estudo, que se refere ao Direito Processual Civil, interessa cuidar apenas da competência relativa à matéria *civil*, pois é da *jurisdição civil* que trata o Código de Processo Civil, como vem expresso em seu art. 1º.

Duas são as "Justiças" que no Brasil se encarregam do exercício da jurisdição em matéria civil: a *Federal* e a *dos Estados*.

Cumpre, pois, diante de um caso civil concreto, determinar, em primeiro lugar, qual será a "Justiça" competente, para depois descobrir-se qual o seu órgão interno que se encarregará do processo.

147. Competência da Justiça Federal

É a Constituição da República que define quais as causas civis que tocam à Justiça Federal. Para tanto, observaram-se critérios ligados aos sujeitos e à matéria envolvidos no litígio.

Ratione personae, são da competência da Justiça Federal, dentro da *jurisdição civil*:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas, na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes, exceto as de falência e as de acidente de trabalho, cuja competência é sempre da Justiça estadual (Constituição Federal, art. 109, inc. I);

II – as causas entre Estado estrangeiro, ou organismo internacional, e município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil (Constituição Federal, art. 109, inc. II);

III – os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, salvo as hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal e a dos Tribunais das Justiças Especiais (Constituição Federal, art. 109, inc. VIII).

A competência especial da Justiça Federal não abrange, *ratione personae*, as causas em que são partes as sociedades de economia mista da União, já que se trata de pessoas jurídicas de direito privado. E, como bem observa José Frederico Marques, "não cabe à União, em tais casos, arrogar-se a qualidade de assistente (que não tem, pelo menos em tese) para intervir no processo e deslocar a competência".[15]

Ocorre a competência *ratione materiae* da Justiça Federal nas seguintes hipóteses:

I – causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (Constituição Federal, art. 109, inc. III);

II – a disputa sobre direitos indígenas (Constituição Federal, art. 109, inc. XI);

III – execução de carta rogatória após o *exequatur* e de sentença estrangeira após homologação (Constituição Federal, art. 109, inc. X);

IV – causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização (Constituição Federal, art. 109, inc. X);

V – causas relativas a direitos humanos, quando verificada a hipótese prevista no § 5º do art. 109 da Constituição (a Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, incluiu o inc. V-A no elenco das competências arroladas no art. 105 da Constituição).

A última competência não se refere a toda e qualquer ação sobre a matéria, mas apenas aquelas em que se questionar "grave violação de direitos humanos", verificada em incidente de deslocamento de competência suscitado pelo Procurador-Geral da República perante o Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de haver necessidade de "assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte" (CF, art. 109, § 5º, acrescido pela EC 45, de 8.12.2004).

Diante do esquema de competência da Justiça Federal, já exposto, conclui-se que sua posição no quadro geral do sistema judiciário pátrio é, na verdade, a de um *órgão especial da Justiça ordinária*, ou seja, da *Justiça* que se encarrega das ações cíveis e criminais, em contraposição às verdadeiras "Justiças especiais", que, como o próprio nome indica, cuidam de matérias também *especiais* (eleitoral, trabalhista e militar).

A *Justiça ordinária*, à que se filia a Justiça Federal, ao lado das Justiças Estaduais, é, em conclusão, a que exerce a jurisdição residual em todos os campos do direito material não atribuídos às Justiças Especiais, e que, pela Constituição Federal, abrange:

a) jurisdição civil; e

b) jurisdição penal.

148. Competência das Justiças Estaduais

Na jurisdição ordinária (civil e penal), as questões não atribuídas à Justiça Federal, pela Constituição, são da competência das Justiças Estaduais ou locais. Essa competência é, dessa forma, residual.

A própria Constituição Federal, no entanto, exclui algumas causas que, naturalmente, seriam da competência da Justiça Federal (*ratione materiae* e *ratione personae*) para atribuí-las explicitamente às Justiças locais.

É o que ocorre com:

a) as causas de interesse da Previdência Social, cujo objetivo for benefício de natureza pecuniária, sempre que a comarca do domicílio do segurado ou beneficiário não for sede de Vara da Justiça Federal (art. 109, § 3º, da Constituição Federal);

b) os processos falimentares, mesmo que haja interesse da União perante a massa falida (Constituição Federal, art. 109, inc. I);

c) os litígios relativos a acidentes do trabalho (Constituição Federal, art. 109, inc. I);

d) outras causas definidas por lei para comarcas onde inexiste vara do juízo federal (Constituição Federal, art. 109, § 3º). Exemplo: executivo fiscal (Lei nº 5.010/66, art. 15, inc. I).

§ 26. CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA INTERNA

Sumário: 149. Generalidades. 150. Competência do foro e competência do juiz. 151. Divisão da competência do foro. 152. Cumulatividade de juízos competentes. 153. *Perpetuatio iurisdictionis*.

149. Generalidades

A Justiça Federal e as Justiças locais compõem-se de órgãos superiores e inferiores, e, no primeiro grau de jurisdição, dividem-se em várias seções territoriais ou comarcas, cada uma gerida por um órgão judiciário próprio.

Para atribuir o processamento e julgamento de uma determinada causa a um desses órgãos, a doutrina tradicional, que vem de Wach e Chiovenda, baseia-se nos seguintes critérios:

I – *critério objetivo*: que se funda no valor da causa, na natureza da causa ou na qualidade das partes;

II – *critério funcional*: que atende às normas que regulam as atribuições dos diversos órgãos e de seus componentes, que devam funcionar em um determinado processo, como se dá nas sucessivas fases do procedimento em primeiro e segundo graus de jurisdição. Por esse critério, determina-se não só qual o juiz de primeiro grau, como também qual o tribunal que em grau de recurso haverá de funcionar no feito, além de estabelecer-se, internamente, qual a câmara e respectivo relator que atuarão no julgamento;

III – *critério territorial*: que se reporta aos limites territoriais em que cada órgão judicante pode exercer sua atividade jurisdicional. Sua aplicação decorre da necessidade de definir, entre os vários juízes do país, de igual competência em razão da matéria ou em razão do valor, qual o que poderá conhecer de determinada causa. Baseando-se ora no domicílio da parte, ora na situação da coisa, ou ainda no local em que ocorreu o fato jurídico, o legislador atribui a competência da respectiva circunscrição territorial. A competência assim firmada recebe o nome de competência *territorial* ou *do foro*.

Em consonância com essa doutrina largamente difundida, está o sistema adotado pelo vigente Código de Processo Civil, que reconhece as seguintes modalidades de definição de competência interna:

a) competência em razão do valor da causa (art. 91);

b) competência em razão da matéria (art. 91);

c) competência funcional (art. 93); e

d) competência territorial (arts. 94-100).

Como se vê, o legislador leva em consideração, em tema de competência, ora elementos da *lide*, ora dados do *processo*.

Com base em elementos da *lide* (*interesse*, *bem e sujeitos*), há competências estabelecidas à luz da natureza do direito material controvertido; da qualidade da parte; do valor da causa, do domicílio do réu; da situação do imóvel; do local do ato ilícito ou do cumprimento da obrigação convencional; do foro de eleição etc.

Ocorre, outrossim, competência firmada com base em características do *processo*, por exemplo:

a) *competência em razão da natureza do processo*: mandados de segurança contra atos do Presidente da República, ou de Governador de Estado, bem como a ação rescisória, casos em que as ações são da competência originária dos Tribunais Superiores;

b) *competência em razão da natureza do procedimento*: a lei processual especifica, segundo esse critério, por exemplo, qual o Tribunal Superior que na fase do procedimento recursal deverá reexaminar a causa;

c) *competência em razão de relação da causa atual com o processo anterior*: ocorre em casos como o da execução de sentença, que compete ao juiz da ação de conhecimento que proferiu o julgado; em casos também de procedimentos acessórios, de causas conexas etc.

150. Competência do foro e competência do juiz

Há que distinguir a competência do foro da competência do juiz.

Foro é o local onde o juiz exerce as suas funções. Mas no mesmo local podem funcionar vários juízes com atribuições iguais ou diversas, conforme a Organização Judiciária.

Se tal ocorrer, há que se determinar, para uma mesma causa, primeiro qual o foro competente e, depois, qual o juiz competente.

Foro competente, portanto, vem a ser a circunscrição territorial (seção judiciária ou comarca) onde determinada causa deve ser proposta. E juiz

competente é aquele, entre os vários existentes na mesma circunscrição, que deve tomar conhecimento da causa, para processá-la e julgá-la.

A competência dos juízes é matéria pertencente à Organização Judiciária local. A do foro é regulada pelo Código de Processo Civil.

151. Divisão da competência do foro

A competência do foro classifica-se em:

a) competência *comum* ou *geral*; e

b) competências *especiais*.

A primeira se determina pelo domicílio do réu (art. 94). E as especiais levam em conta, para certas causas determinadas pelo Código, as pessoas, as coisas e os fatos envolvidos no litígio (arts. 95 a 100).

152. Cumulatividade de juízos competentes

Quando numa mesma circunscrição territorial, vários são os juízes em exercício, a cada um se atribui uma *vara*, na linguagem forense, o que quer dizer que cada um responde por um *juízo*, ou *órgão jurisdicional*.

Em tais casos a competência pode ser distribuída por dois critérios:

a) *ratione materiae*: quando há heterogeneidade de competência entre os diversos órgãos, de modo que cada grupo de lides é atribuído a um tribunal ou uma vara específica (ex: Vara de Família, Vara de Falências etc.);

b) *por simples distribuição*: quando a competência de todos os órgãos é *homogênea* (ex.: diversas varas cíveis da mesma Comarca).

153. *Perpetuatio iurisdictionis*

A competência é determinada no momento da propositura da ação. A partir de então, irrelevantes são as modificações do estado de fato ou de direito que venham a ocorrer, "salvo quando suprimem o órgão judiciário ou alteram a competência em razão de matéria ou da hierarquia" (art. 87). Assim, a criação de vara especializada para certas causas pode autorizar a redistribuição de feitos, com fundamento na presença de competência inovada *ratione materiae*. Esse deslocamento, segundo jurisprudência do STF, não afronta o princípio do juiz natural.[16]

Adota nosso Código, portanto, o princípio da *perpetuatio iurisdictionis*, que

é norma determinadora da inalterabilidade da competência objetiva, a qual, uma vez firmada, deve prevalecer durante todo o curso do processo.

A inalterabilidade, no entanto, é *objetiva*, isto é, diz respeito ao *órgão judicial* (juízo) e não à *pessoa do juiz*, pois este pode ser substituído.

Encontramos exemplos de alterações supervenientes do estado de fato, que não influem na competência já estabelecida, nas mudanças de residência ou domicílio das partes, do valor da causa, do estado material ou da situação do objeto da lide.

Dá-se alteração do estado de direito quando, *v.g*., se verifica modificação da lei, que venha a adotar outro critério para a determinação de competência para a espécie de causa a que corresponde o processo pendente.

Com relação a essas alterações jurídicas, cumpre distinguir entre a competência absoluta e a relativa. Se a competência já firmada for territorial ou em razão do valor, em nada serão afetadas as causas pendentes. Mas, se for suprimido o órgão judiciário perante o qual corria o feito, ou se alteração legislativa referir-se à competência *absoluta* (*ratione materiae* ou de hierarquia), já então os feitos pendentes serão imediatamente alcançados: os autos, em tal caso, terão de ser encaminhados ao outro órgão que se tornou competente para a causa.[17] O mesmo deve ser observado quando se tratar de competência funcional.[18]

Exemplo concreto de alteração de competência hierárquica no-lo dá o próprio Código de 1973, que excluiu o desquite amigável da relação dos feitos sujeitos a recurso *ex officio* (art. 475).

Os casos já homologados por juízes de direito que, na data da vigência do novo Código, estavam pendentes de julgamento nos Tribunais de Justiça, escaparam à competência hierárquica desses órgãos superiores e, automaticamente, as sentenças de primeiro grau de jurisdição transitaram em julgado. Aos tribunais, que foram privados de sua antiga competência de hierarquia, nada mais coube senão devolver os autos à origem, sem nenhum julgamento.[19]

Na hipótese de subdivisão da circunscrição territorial do juízo, também os processos são divididos entre os dois órgãos judiciários resultantes da alteração de organização judiciária. Assim, o juiz da comarca desmembrada será o competente para a continuação dos processos iniciados na outra, observando-se as regras gerais como a do critério de localização do domicílio do réu.[20]

O deslocamento dos processos para a comarca desmembrada será imperativo, sobretudo se se tratar de feitos sujeitos à competência funcional ou

ratione materiae, já que, em tais hipóteses, não vigora de maneira alguma o princípio da *perpetuatio iurisdictionis*, como ressalva o art. 87 do CPC.[21]

§ 27. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO VALOR DA CAUSA E EM RAZÃO DA MATÉRIA

Sumário: 154. Competência em razão do valor da causa. 155. Competência em razão da matéria.

154. Competência em razão do valor da causa

"A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato" (art. 258). Esse valor "constará sempre da petição inicial" (art. 259).

Com base no valor dado à causa podem, as normas de Organização Judiciária, atribuí-la à competência de um ou outro órgão judicante.

Isto, porém, é matéria pertinente à organização local da Justiça, e que, por isso mesmo, não vem regulado no Código de Processo Civil (art. 91).

As causas atribuídas à competência dos juizados especiais, segundo a Lei nº 9.099, de 26.09.95, sujeitam-se, dentre outros, ao critério do valor de até 40 salários mínimos.

Uma hipótese de influência do valor da causa sobre a competência recursal ocorre com os executivos fiscais de pequeno valor, já que a impugnação da sentença não será endereçada ao tribunal de segundo grau, mas ao próprio juiz prolator da decisão (Lei nº 6.830, de 22.09.1980, art. 34, § 3º).

155. Competência em razão da matéria

Em nosso sistema judiciário, a matéria em litígio (isto é, a natureza do direito material controvertido) pode servir, inicialmente, para determinar a competência civil na esfera constitucional, atribuindo à causa ou à Justiça Federal ou à Justiça local.

Passada esta fase, a procura do órgão judicante competente será feita à base do critério territorial. Mas, dentro do foro, é ainda possível a subdivisão do mesmo entre varas especializadas (por exemplo: varas de família, de falência, de acidentes de trânsito etc.).

Estaremos, portanto, em semelhante situação, diante de competência de juízes *ratione materiae*. Mas, como destaca o Código de Processo Civil, no art. 91, esse problema é afeto à Organização Judiciária local, "ressalvados os casos expressos neste Código".

Entre os casos em que o Código interfere na fixação da competência *ratione materiae*, há o disposto no art. 92, onde se determina que "compete exclusivamente ao juiz de direito processar e julgar:

I – o processo de insolvência;

II – as ações concernentes ao estado e à capacidade da pessoa.

Isto quer dizer que a Organização Judiciária local não poderá atribuir tais causas à competência de juízes de investidura temporária e sem as garantias constitucionais dos juízes togados vitalícios.

§ 28. COMPETÊNCIA FUNCIONAL

Sumário: 156. Conceito. 157. Classificação.

156. Conceito

Refere-se a competência funcional à repartição das atividades jurisdicionais entre os diversos órgãos que devam atuar dentro de um mesmo processo.[22]

Uma vez estabelecido o juízo competente para processamento e julgamento de uma determinada causa, surge o problema de fixar quais serão os órgãos jurisdicionais que haverão de funcionar nas diversas fases do respectivo procedimento, visto que nem sempre um só órgão terá condições de esgotar a prestação jurisdicional.

Basta lembrar que, enquanto a causa é ajuizada num foro, a citação deve ser realizada em outro, o mesmo acontecendo com a coleta da prova, a penhora e o praceamento. Há, ainda, a fase recursal, que normalmente desloca a competência de um órgão inferior para outro superior.

157. Classificação

A competência funcional classifica-se:
a) pelas fases do procedimento;
b) pelo grau de jurisdição;
c) pelo objeto do juízo.

1. Temos, por exemplo, *casos de competência funcional por fases do procedimento*, na execução em curso numa comarca e que incide sobre bens situados em outra. A competência para os atos da fase da penhora, avaliação e praceamento será deslocada para o juízo da situação dos bens (art. 658). O mesmo ocorre quando as testemunhas ou o objeto a ser periciado se encontram fora da circunscrição territorial do juiz da causa. A competência funcional para a fase instrutória será igualmente deslocada. Também na ação rescisória, que é

processo de competência originária dos Tribunais Superiores, sempre que houver prova a colher, a competência será delegada pelo relator ao juiz de direito onde deva a mesma ser produzida (art. 492).

2. *Casos de competência funcional por graus de jurisdição:*

São os casos de competência hierárquica, que ocorrem normalmente: *a)* nos casos de competência originária dos Tribunais Superiores para algumas espécies de causas, como a ação rescisória; e *b)* a competência recursal.

3. *Casos de competência funcional pelo objeto do juízo:*

No julgamento dos tribunais, quando é suscitada questão de inconstitucionalidade, ocorrem duas decisões por órgãos distintos: a Câmara decide o recurso e o Pleno decide o incidente.

Outro exemplo de competência funcional diversificada pelo objeto do juízo ocorre quando a penhora ou a medida cautelar decretada por um juiz é cumprida por outro, em diferente circunscrição territorial. Se houver embargos de terceiro, a competência para o incidente será do juiz deprecado e não do juiz da causa principal.

§ 29. COMPETÊNCIA TERRITORIAL

Sumário: 158. Conceito. 159. Foro comum. 160. Foros subsidiários ou supletivos. 161. Foros especiais. 162. Ações reais imobiliárias. 163. Foro da sucessão hereditária e da ausência. 164. Foro da União e dos Territórios Federais. 165. Foros *ratione personae*. 166. Foro das pessoas jurídicas. 166-a. Foro dos Estados e Municípios. 167. Foros *ratione loci* em matéria de obrigações. 168. Foro relativo à arbitragem. 168-a. Foro do idoso.

158. Conceito

Denomina-se competência territorial a que é atribuída aos diversos órgãos jurisdicionais levando em conta a divisão do território nacional em circunscrições judiciárias.

O Código, nos arts. 94 e segs., regula a competência territorial que também é chamada de *competência de foro*. A distribuição interna dessa competência, chamada *competência de juízo*, é matéria reservada às organizações judiciárias locais.

Há, para o sistema do Código, um *foro geral* ou *comum* e vários *foros especiais*: aquele é fixado em razão do domicílio do réu (artigo 94), e estes levam em conta a natureza da causa, a qualidade da parte, a situação da coisa, o local de cumprimento da obrigação ou da prática do ato ilícito etc. (arts. 95 a 101).

Fora do Código, como matéria constitucional, existe a divisão do território nacional em unidades maiores: Estados e Territórios. Essas unidades políticas formam também unidades judiciárias, com tribunais próprios com hierarquia (juízos de 2º grau) sobre os juízos locais de 1º grau situados em seu território (comarcas).

A Justiça Federal comum abrange todo o território nacional, que se acha dividido em Regiões, as quais, por sua vez, se subdividem em Seções Judiciárias (foros de primeiro grau). A cada Região corresponde um tribunal de segundo grau sob a denominacão de Tribunal Regional Federal. Atualmente existem cinco desses Tribunais em atividade (CF – ADCT, art. 27, § 6º; Lei nº 7.727, de 09.01.1989), com sedes, respectivamente, em Brasília (1ª Região), Rio de

Janeiro (2ª Região), São Paulo (3ª Região), Porto Alegre (4ª Região) e Recife (5ª Região).

Desta forma, quando, segundo o Código, se fixa o foro competente para uma causa (competência originária), já se estabelece, automaticamente, qual o Tribunal Superior que exercerá a competência funcional, no grau de recurso.

159. Foro comum

O foro *comum* ou *geral* para todas as causas não subordinadas a foro especial é o do domicílio do réu (art. 94), regra que se aplica inclusive às pessoas jurídicas (arts. 99 e 100, IV).

O conceito de domicílio é dado pelo Código: para a pessoa física "é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo" (art. 70, CC de 2002; CC de 1916, art. 31); para as pessoas jurídicas, "o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos" (art. 75, IV, do CC de 2002; CC de 1916, art. 35, IV). Há, outrossim, domicílios especiais regulados nos arts. 71 a 77 do Código Civil de 2002 (CC de 1916, arts. 32 a 41), que também deverão ser levados em conta na determinação do foro comum, nos casos concretos.

Assim, pertence ao foro comum e não aos especiais, a norma, aliás desnecessária, do art. 98, que manda ser o réu incapaz demandado no foro do domicílio do representante legal. Isto porque o domicílio do incapaz é justamente o de seu representante (CC de 2002, art. 76, parágrafo único; CC de 1916, art. 36).[23]

160. Foros subsidiários ou supletivos

Os parágrafos do art. 94 estabelecem regras a serem observadas quando o domicílio do réu for múltiplo, incerto ou ignorado:

a) tendo mais de um domicílio, o réu poderá ser demandado em qualquer deles (§ 1º);

b) se incerto ou desconhecido o domicílio do réu, a competência será deslocada ou:

I – para o local onde for encontrado; ou,

II – para o foro do domicílio do autor (§ 2º).

Quando o réu for domiciliado no estrangeiro, e não tiver residência no País, mas ocorrer a competência internacional da Justiça brasileira, o foro competente

será o do autor. Se também este residir fora do Brasil, a ação poderá ser proposta em qualquer foro, à escolha do promovente (art. 94, § 3º), desde que verificada a competência interna de nossa Justiça. Se, porém, a ação for real e versar sobre imóvel, prevalecerá a competência especial do *forum rei sitae* (art. 95).

Se vários são os réus, e diversos são os seus domicílios, poderá o autor ajuizar a ação no foro de qualquer um dos demandados (art. 94, § 4º).

161. Foros especiais

O atual Código, segundo critérios *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione loci*, estabelece foros especiais para:

a) ações reais imobiliárias (art. 95);

b) inventários e partilhas, arrecadação, cumprimento de disposições de última vontade e ações contra o espólio (art. 96);

c) ações contra o ausente (art. 97);

d) ações em que a União e os Territórios forem partes ou intervenientes (art. 99);

e) ações de separação, anulação de casamento, alimentos, anulação de títulos (art. 100, nºs I, II e III);

f) ações contra pessoas jurídicas; ações relativas a obrigações com lugar determinado para cumprimento (art. 100, nº IV);

g) ações de reparação de dano; e ações contra administrador ou gestor de negócios alheios (art. 100, nº V);

h) revogado pela Lei nº 9.307/96.

162. Ações reais imobiliárias

Aplica-se o *forum rei sitae* às ações reais imobiliárias, isto é, "nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa" (art. 95).

Não basta que a ação seja apenas *sobre imóvel* (como a de despejo, por exemplo). Para incidir o foro especial, é necessário que verse sobre direito real (reivindicatória, divisória, usucapião etc.).

A competência em questão é territorial e, por isso, relativa (art. 111). Mas torna-se excepcionalmente *absoluta* e *inderrogável* quando o litígio versar sobre "direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova" (art. 95, segunda parte).

Uma particularidade interessante foi a inclusão expressa feita pelo Código, das *ações possessórias* entre as reais *imobiliárias*, com o que se pôs fim a uma antiga polêmica doutrinária e jurisprudencial.

Para as demais ações reais imobiliárias não contempladas na ressalva do art. 95 (competência absoluta), instituiu o legislador uma faculdade para o autor: pode ele optar pelo foro do domicílio (foro comum) ou pelo de eleição (foro contratual). É o caso, por exemplo, da execução *hipotecária*, da rescisão ou anulação do compromisso de compra e venda irretratável, das ações relativas aos direitos reais sobre coisas alheias, como usufruto, o uso e a habitação etc., ações essas que o promovente poderá ajuizar no foro comum ou contratual, embora a situação do imóvel seja em outra circunscrição.[24]

Se o imóvel litigioso estiver situado em mais de uma circunscrição judiciária, qualquer um dos foros que o jurisdiciona será competente para as ações reais a ele relativas, fixando-se a competência pelo critério da prevenção (art. 107).

163. Foro da sucessão hereditária e da ausência

O inventário e a partilha, a arrecadação da herança, bem como a execução dos testamentos e codicilos, serão processados no foro onde o *de cujus* (autor da herança) teve seu último domicílio, no Brasil (art. 96).

Se ocorrer incerteza a respeito do domicílio do finado, aplica-se ao juízo sucessório a norma do parágrafo único do art. 96, que prevê os seguintes foros subsidiários:

a) o da *situação dos bens* do espólio, se todos se localizarem no território na mesma circunscrição judiciária (art. 96, I);

b) o do *local do óbito*, se o *de cujus* possuía bens em lugares diferentes (art. 96, II).

Pode acontecer que o local do óbito esteja fora do território nacional e que os bens do espólio, situados no País, estejam em várias comarcas.

O foro de qualquer uma delas terá competência para o inventário, observando-se o princípio geral da prevenção.[25]

O foro do inventário é universal, de sorte que, além do processo sucessório, atrai para si a competência especial relativa a todas as ações em que o espólio seja réu (art. 96, *in fine*).[26]

Se, porém, o espólio for autor na causa, não haverá a atração do foro universal do inventário, e a competência será, então, a do foro comum (do domicílio do réu) ou alguma outra especial que acaso incida na espécie (como a

do *forum rei sitae*).

Cuida-se, no dispositivo em análise, de competência territorial e, por isso, relativa. De tal sorte, o inventário proposto fora do juízo nele previsto não pode ser rejeitado pelo juiz de ofício. A competência para o processo sucessório é prorrogável, se não houver exceção por parte de algum interessado.[27]

A competência regulada pelo art. 96, é bom notar, não é de *juízo*, mas sim de *foro*, conforme os termos da própria lei. Disso decorre, nas comarcas onde existirem muitas varas de igual competência, que a causa contra o espólio poderá correr perante outro juiz que não o do inventário. O que se exige é que as ações corram no mesmo foro e não no mesmo juízo.[28]

Com relação à ausência, o foro do último domicílio do ausente é também universal e, por isso, o competente para:

a) a arrecadação de seus bens;

b) a abertura da sucessão provisória ou definitiva (inventário e partilha);

c) o cumprimento de disposições testamentárias;

d) as ações em que o ausente for réu (art. 97).

164. Foro da União e dos Territórios Federais

O art. 99 do Código de Processo Civil, que trata do foro especial da União, deve ser entendido em harmonia com o art. 109, § 1º, da Constituição Federal. Assim, o foro especial da União deve ser examinado em duas circunstâncias diferentes:

a) se for *autora*, a União proporá a ação perante a Justiça Federal, no foro da Seção Judiciária onde o réu tiver seu domicílio;

b) se a União for *ré*, o autor poderá optar entre um dos seguintes foros para o ajuizamento da ação:

1º) o do Distrito Federal;

2º) o da Seção Judiciária onde o autor tiver seu domicílio;

3º) o da Seção Judiciária onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda;

4º) o da Seção Judiciária onde estiver situada a coisa litigiosa.

As autarquias da União e as empresas públicas federais, também jurisdicionadas pela Justiça Federal, seguem, em matéria de competência, as normas comuns às demais pessoas jurídicas, previstas no art. 100, IV, *a* e *b*, do CPC (foro da *sede* ou da *agência* que praticou o ato).[29]

Para os executivos fiscais da União e ações acerca de benefícios de natureza

pecuniária da Previdência Social, há exceção constitucional que permite o respectivo ajuizamento perante as Justiças locais (Constituição Federal, art. 109, § 3º, c/c Lei nº 5.010/66, art. 15, inc. I).

As causas de interesse de Territórios Federais, como autor, réu ou interveniente, são da competência da Justiça Federal, do foro da respectiva capital (art. 99).

Se a causa entre terceiros iniciar-se em foro estranho ao da União ou dos Territórios, mas uma dessas entidades vier posteriormente a intervir nela, ocorrerá, em razão da intervenção, um deslocamento de competência para o foro especial. Os autos, por isso, serão remetidos ao juiz federal competente da capital do Estado ou Território, logo após a intervenção (art. 99, parágrafo único).[30]

Não ocorre, todavia, o deslocamento de competência nos processos de insolvência e em outros casos especiais previstos em lei (art. 99, parágrafo único, nºs I e II), como os processos de falência, de seguro da Previdência Social, de acidentes do trabalho etc.

165. Foros *ratione personae*

O art. 100 estabeleceu três casos de foros especiais, em busca de melhor tutela a interesses de parte, que o legislador considerou em posição de merecer particular tratamento:

São, portanto, competências especiais:

a) a do foro da residência da mulher, para a ação de separação e de anulação de casamento. Pouco importa seja ela autora ou ré: estas ações devem sempre ser propostas no foro legal do art. 100, nº I. Trata-se, porém, de competência relativa e não absoluta, de modo que pode haver prorrogação dela quando:

1º) a própria mulher abra mão de seu privilégio e proponha a ação no foro comum do marido; ou quando,

2º) descumprida a regra pelo marido-autor, a mulher deixe de opor exceção declinatória de foro, em tempo hábil (art. 114).

A mesma regra do art. 100, nº I, aplica-se à conversão da separação judicial em divórcio (Lei nº 6.515/77). A ação direta de divórcio, todavia, não autoriza o privilégio de foro para a mulher, devendo observar, ao contrário, a regra geral da competência do domicílio do réu, por falta de disciplina legal específica.[31] Quanto à conversão de separação em divórcio, convém lembrar que não há prevenção do juízo da causa primitiva. A competência se define pelo domicílio

atual da mulher, ou seja, pelo contemporâneo ao pedido de conversão;[32]

b) a do foro do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação de alimentos (art. 100, nº II). Aqui, também, é lícito ao autor optar pelo foro comum (o do domicílio do réu), por não se tratar de competência absoluta, mas apenas de um privilégio de caráter relativo;[33]

c) a do foro do domicílio do devedor (autor), para a ação de anulação de títulos extraviados ou destruídos (art. 100, nº III).

166. Foro das pessoas jurídicas

As pessoas jurídicas, de direito público e de direito privado, sujeitam-se à regra geral da competência do domicílio do réu.

Como rés, as pessoas jurídicas (inclusive autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações etc.) devem, por isso, ser demandadas no foro:

a) da respectiva *sede*; ou

b) da *agência* ou *sucursal*, quanto às obrigações que o departamento tenha contraído (art. 100, nº IV, *a* e b).

Ambas as hipóteses correspondem ao conceito de domicílio das pessoas jurídicas, firmado pelo Código Civil de 1916, no art. 35, nº IV, e §§ 3º e 4º (CC de 2002, art. 75, IV e §§ 1º e 2º).

As sociedades de fato e todas que não possuem personalidade civil, mas que devem responder pelos negócios jurídicos realizados, são demandadas no foro do local onde exercem sua atividade principal (Código Civil de 2002, arts. 986 a 990).

Como, em qualquer caso, a pessoa jurídica ré estará sendo demandada em seu domicílio, caberá ao autor optar entre o foro da sede ou da agência em que a obrigação foi contraída. A previsão do art. 100, IV, *b*, representa uma faculdade para o demandante e não uma imposição legal.

166-a. Foro dos Estados e Municípios

Quanto aos Estados e Municípios, é comum a criação, por lei estadual, de varas especializadas, nas capitais, a que se atribui a competência para o processamento das denominadas causas da Fazenda Pública. Não se trata, porém, de foro privilegiado como o da Justiça Federal para as causas da União e suas autarquias, mas de simples critério de organização judiciária para

distribuição de feitos.

A jurisprudência, corretamente, entende que essa legislação local não tem força para alterar as regras de competência estabelecidas pelo Código de Processo Civil.[34]

Se a capital corresponde ao foro previsto na lei processual, a causa será normalmente encaminhada à vara da Fazenda Pública, porque é a lei de organização judiciária que cabe definir a atribuição de cada juízo por ela instituído. Se, no entanto, a causa sujeita-se a outro foro definido pelo Código de Processo Civil, como o da situação do imóvel ou o do local do dano ou do cumprimento da obrigação, não poderá ser deslocada para a vara da Fazenda Pública existente em foro diverso, isto é, o da capital,[35] pela simples razão de que "a existência de vara privativa instituída por lei estadual não altera a competência territorial resultante das leis de processo".[36]

167. Foros *ratione loci* em matéria de obrigações

O art. 100, nº IV, *d*, contém uma norma especial para as ações relativas ao cumprimento de obrigações contratuais. Determina a competência do foro do local "onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento".

Aplica-se, por exemplo, à cobrança de títulos cambiários que estipulem praça de pagamento em local diverso do domicílio do devedor.

A norma institui, todavia, apenas um privilégio para o credor, que, salvo termos especiais da convenção, pode preferir ajuizar a ação no foro comum do réu, isto é, no de seu domicílio. Se não houver prejuízo para este, o que em regra não se dá, não poderá o demandado impugnar a escolha do juízo feita pelo autor.

No art. 100, nº V, o Código instituiu mais dois foros especiais, também em razão do local em que os fatos se passaram, e que se referem às ações de reparação do dano e às movidas contra o gestor de negócios alheios (letras *a* e *b*).

O primeiro é o *forum delicti comissi*, segundo o qual é competente para a ação de reparação do dano o foro do lugar em que o ato ilícito se deu. Mas, se o dano decorrer em razão de delito ou acidente de veículos, poderá o autor optar entre o do lugar do evento e o do seu próprio domicílio (art. 100, parágrafo único). Há, portanto, três opções para o autor das ações de indenização por acidente automobilístico:

a) a do foro comum (domicílio do réu);

b) a do foro especial do lugar do acidente; e, ainda,

c) a de um segundo foro especial, que é o do domicílio do próprio autor.[37]

O segundo foro especial *ratione loci* do art. 100, nº V, é o relativo à ação em que for réu o administrador ou gestor de negócios alheios. Aqui, também, não prevalece, a benefício do autor, o foro comum do domicílio do réu, pois o gestor ou administrador pode ser demandado, a respeito dos negócios administrados, no local onde praticou a gestão.

168. Foro relativo à arbitragem

A homologação do laudo arbitral, que o texto primitivo do art. 101 atribuía ao juiz de primeiro grau a que originariamente coubesse conhecer da demanda, foi eliminada pela Lei nº 9.307, de 23.09.96. O laudo dos árbitros passou a ser um equivalente à sentença judicial, independentemente de sua homologação em juízo.

A Lei de Arbitragem, todavia, prevê, no caso de divergência entre as partes acerca da formalização do compromisso arbitral, uma ação destinada ao cumprimento forçado da cláusula compromissória (art. 7º), cuja competência cabe ao órgão do Poder Judiciário, a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa (art. 6º, parágrafo único).

Há previsão, também, na Lei nº 9.307, de ação para decretação de nulidade da sentença arbitral (art. 33), devendo a competência, no âmbito do Judiciário, seguir as regras comuns do Código de Processo Civil.

168-a. Foro do idoso

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) prevê, para certas demandas, uma competência declarada *absoluta* e que é fixada com base no "foro do domicílio do idoso", e da qual somente se excluem as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores" (art. 80).[38]

Não se vê vantagem alguma em considerar *absoluta* a competência do foro do idoso. Poder-se-ia perfeitamente privilegiá-lo com tal foro, mas como regra relativa, a exemplo do que se faz com os credores de alimentos e com a mulher casada. Sendo absoluta a competência, não poderá ser prorrogada pelo juiz nem alterada pelas partes, sob pena de nulidade do julgamento por outro juiz que não o do foro do domicílio do idoso. Ora, muitas vezes, é muito mais conveniente, para o próprio idoso, a prevalência de um foro de eleição, ou do domicílio do

réu, ou mesmo do local do evento danoso ou do cumprimento do contrato. Como está na lei, não há margem para opção alguma e a norma inflexível acabará por prejudicar aquele que se pretende tutelar.

§ 30. MODIFICAÇÕES DA COMPETÊNCIA

Sumário: 169. Competência absoluta e competência relativa. 170. Prorrogação de competência. 171. Prorrogação legal. 171-a. Intensidade da conexão. 172. Efeito prático. 173. Prevenção. 174. Outros casos de prorrogação legal. 175. Conexão entre ação penal e ação civil. 176. Prorrogação voluntária. 176-a. Derrogação de foros especiais instituídos por leis de ordem pública. 176-b. Prorrogação de competência em caso de foro de eleição ajustado em contrato de adesão.

169. Competência absoluta e competência relativa

O legislador distribuiu a competência entre os vários órgãos judiciários com base em critérios ligados ora ao *interesse público* (conveniência da função jurisdicional), ora ao *interesse privado* (comodidade das partes).

Em princípio, é o interesse das partes que determina a distribuição da competência territorial e é o interesse público que conduz às competências de justiças especializadas, de hierarquia, de varas especializadas, de órgãos internos de tribunais etc.

Assim, admite-se como regra geral que as partes possam modificar as regras de competência territorial, mas o mesmo não ocorre com os foros estabelecidos segundo o interesse público.

Conforme a possibilidade de sofrer ou não alterações, a competência interna classifica-se em *absoluta* e *relativa*.

Absoluta[39] é a competência insuscetível de sofrer modificação, seja pela vontade das partes, seja pelos motivos legais de prorrogação (conexão ou continência de causas).

Relativa, ao contrário, é a competência passível de modificação por vontade das partes ou por prorrogação oriunda de conexão ou continência de causas.

São relativas, segundo o Código, as competências que decorrem do valor ou do território (art. 102) e absolutas a *ratione materiae* e a de hierarquia (art. 111).

Há, no entanto, exceções à relatividade da competência territorial, por ressalvas feitas pelo próprio legislador. Assim, embora se trate de competência de território, são imodificáveis as que se referem às seguintes causas:

a) ações imobiliárias relativas a direito de propriedade, vizinhança, servidão,

posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova (art. 95);[40]

b) ações em que a União for autora, ré ou interveniente (art. 99);[41]

c) ações de falência.[42]

Sempre absolutas são as competências *funcionais*, não só hierárquicas, mas também as do órgão judiciário oriundas da *perpetuatio iurisdictionis*. Fixado o juiz competente para atuar no processo, pelo ajuizamento da causa, outro não poderá decidir o mesmo litígio, a não ser que ocorra algum caso superveniente que desloque a competência pela conexão ou continência (art. 105), ou alguma modificação da organização judiciária, nos termos do art. 87.

É, outrossim, relativa a competência por distribuição, ou seja, a que se dá entre os vários juízes de igual competência, de uma mesma circunscrição territorial.[43]

170. Prorrogação de competência

Dá-se a *prorrogação de competência* quando se amplia a esfera de competência de um órgão judiciário para conhecer de certas causas que não estariam, ordinariamente, compreendidas em suas atribuições jurisdicionais.

A prorrogação pode ser:

a) legal (ou necessária): quando decorre de imposição da própria lei, como nos casos de conexão ou continência (arts. 102 e 104);

b) voluntária: quando decorre de ato de vontade das partes, como no foro de eleição (art. 111), ou na falta de oposição de exceção ao foro incompetente (art. 114).

A prorrogação, no entanto, em quaisquer desses casos, pressupõe competência *relativa*, visto que juiz absolutamente incompetente nunca se legitima para a causa, ainda que haja conexão ou continência, ou mesmo acordo expresso entre os interessados. Em qualquer fase do procedimento, o réu pode invocar a incompetência absoluta do juízo, e o próprio juiz, *ex officio*, tem poder para reconhecê-la. Até mesmo depois do trânsito em julgado da sentença, ainda será possível usar a ação rescisória para anular o processo encerrado com tal vício (art. 485, nº II).

171. Prorrogação legal

A *conexão* e a *continência* são as formas mais comuns de modificação ou prorrogação legal de competência relativa.

"Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o *objeto* ou a *causa de pedir*" (art. 103). Já a continência é uma conexão de maior amplitude porque envolve todos os elementos das duas ações – partes, objeto e causa de pedir –, mas o pedido é mais amplo numa delas (art. 104).

Todo processo tem como objetivo a composição de *lide* ou *litígio*, cujos elementos essenciais são os *sujeitos*, o *objeto* e a *causa petendi*. O que caracteriza a conexão entre as várias causas é a identidade parcial dos elementos da lide deduzida nos diversos processos.

O Código admite duas modalidades de conexão: *a)* pelo *objeto comum*; e *b)* pela *mesma causa de pedir* (art. 103). Não gera prorrogação de competência, portanto, a chamada conexão *subjetiva*, aquela que corresponde à identidade de partes em diversas causas. É legalmente relevante apenas a conexão *objetiva*, ou seja, derivada da comunhão de objeto ou de causa de pedir quando ocorrida entre os processos iniciados perante juízos diferentes.

A conexidade objetiva de que cogita o art. 103 é, pois, aquela registrada entre ações aforadas separadamente e que conduz à reunião posterior dos processos para julgamento simultâneo, na forma prevista no art. 105. Há, porém, uma outra conexidade, que a lei trata como cumulação de pedidos e que se passa originariamente na própria petição inicial (art. 292). É também hipótese de cumulação de ações ou causas, visto que cada pedido, se formulado separadamente, poderia ser objeto de ação autônoma. Esse cúmulo originário, diversamente do cúmulo sucessivo, depende da identidade de *partes* (conexão *subjetiva*) e independe da comunhão dos elementos objetivos. Basta que os pedidos sejam compatíveis entre si e que o procedimento seja adequado a todos eles, e, ainda que o juízo tenha competência para conhecê-los (art. 292, §1º)[44].

A primeira forma de conexão se dá quando nas diversas lides se disputa o mesmo objeto, como, por exemplo, no caso de duas ações voltadas, separadamente, contra dois coobrigados de *uma mesma dívida* (devedor e fiador, ou sacado e avalista etc.), pois a ambos os demandados se pede o mesmo objeto, isto é, o pagamento da mesma dívida. Ocorre também conexão entre as várias execuções do devedor comum de que surjam sucessivas penhoras de mesmo bem (*objeto* da execução).

A segunda forma de *conexão* é a que se baseia na identidade de *causa petendi* que ocorre quando as várias ações tenham por fundamento o mesmo fato jurídico.[45]

Verifica-se essa forma de conexão, *v.g*., quando uma parte propõe a ação de nulidade do contrato e a outra a sua execução ou a consignatória do respectivo

preço; ou quando o senhorio propõe a ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis e o inquilino em ação à parte ajuíza a consignação dos mesmos aluguéis. O fato jurídico (contrato) que serve de base às diversas causas é *um só*.

A *causa petendi*, porém, nem sempre é um *fato único*, sendo comum encontrá-la num conjunto de fatos coligados. Assim, o autor que pede a rescisão do contrato não cumprido invoca pelo menos dois fatos relevantes: o contrato (causa remota) e o inadimplemento (causa próxima).

Para haver identidade de causas, para efeito de litispendência e coisa julgada, é preciso que a *causa petendi* seja exatamente a mesma, em toda sua extensão (causa próxima e causa remota). Mas, para o simples caso de conexão, cujo objetivo é a economia processual e a vedação de decisões contraditórias, basta a coincidência *parcial* de elementos da causa de pedir, tal como se dá no concurso do despejo por falta de pagamento e a consignação em pagamento, em que apenas a causa remota é igual (locação).

Fenômeno que se assemelha à conexão é a *continência* que se dá "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" (art. 104).

A continência é, portanto, maior do que a conexão, dado que uma das causas se contém por inteiro dentro da outra, e não apenas no tocante a alguns elementos da lide, como se passa entre as ações conexas.

A relação é de *continente* para *conteúdo*, de modo que todos os elementos da causa menor se fazem também presentes na maior. Envolve a continência, pois, os três elementos da lide: sujeitos, objeto e *causa petendi*.

Essa identidade de elementos faz a continência aproximar-se da figura da litispendência. Não se confundem, todavia, posto que se nota uma diferença *quantitativa* entre as causas ligadas pela continência, eis que na maior o pedido só é parcialmente igual ao da menor. Já na litispendência, a igualdade das duas causas, em todos os elementos da lide, há de ser total.

Por outro lado, a conexão pode verificar-se perante feitos ajuizados até entre partes diferentes; mas a continência, tal como a litispendência, só se pode dar entre os mesmos litigantes.

Exemplo típico de continência é encontrado no caso em que um mesmo credor ajuíza duas ações contra o mesmo devedor: na primeira cobra algumas prestações vencidas, e, na posterior, reclama o total da dívida, englobando o objeto da primeira.

Só pode haver prorrogação por conexão ou continência, nos termos do art. 106, quando se tratar de competência em razão do valor e do território (art. 102)

(competências *relativas*). Esses fatores não alteram as competências *absolutas*, que são improrrogáveis. Pode, no entanto, ocorrer uma inversão da força atrativa em prol da competência do juízo especial (*vide* nº 173, abaixo).

171-a. Intensidade da conexão

Ao identificar a conexidade capaz de modificar a competência fixada para causas ajuizadas perante juízos diversos, o Código a vincula à comunhão de *objeto* ou de *causa de pedir* (art. 103). Literalmente, ter-se-ia a impressão de que o fenômeno só ocorreria quando o *mesmo pedido* fosse formulado repetidamente em duas ou mais causas, ou quando todas elas tivessem fundamento na mesmíssima *causa petendi*. Não é, entretanto, dessa maneira radical que a norma legal tem sido interpretada e aplicada pela doutrina e pelos tribunais.

Às vezes os pedidos, se encarados isoladamente, são iguais, mas se correlacionados com a causa de pedir, não mais haverão de ser tratados como idênticos, se a parte os relaciona em cada uma das demandas a fatos e fundamentos jurídicos distintos. Não se pode cogitar de igualdade entre os pedidos de separação judicial formulados entre as mesmas partes em ações diversas, quando cada cônjuge formula sua pretensão em imputações de diferentes infrações aos deveres conjugais. A conexidade será leve e superficial, já que o acolhimento ou rejeição de uma demanda não fará coisa julgada capaz de interferir na solução da outra. Ou seja, o pedido de separação do homem pode ser denegado e o da mulher acolhido, sem se estabelecer contradição alguma entre as duas sentenças. Outras vezes os pedidos não são exatamente os mesmos, mas a causa de pedir envolve, no mérito, uma questão decisiva para as suas demandas ajuizadas separadamente. Por exemplo: um condômino propõe ação de usucapião sobre uma gleba, cujo domínio pretende ter adquirido, por ter posse exclusiva com ânimo de dono por tempo suficiente para gerar a prescrição aquisitiva. O outro condômino propõe ação de divisão para por fim à comunhão relativa ao mesmo imóvel. Pedidos e causa de pedir são distintos, mas ambos recaem sobre o mesmo bem da vida, e não podem ser julgadas separadamente as duas pretensões porque haverá, sem dúvida, o risco de decisões contraditórias. Não se pode proceder à divisão, obviamente, se for procedente o pedido de usucapião. Nem se pode dar curso isolado à ação de usucapião se essa mesma questão figurar como exceção erguida no juízo divisório.

Por outro lado, o pedido de cobrança de um aluguel vencido e o de despejo por término do prazo de vigência do contrato, mesmo se relacionando com as

mesmas partes e com o mesmo contrato, não geram risco de decisões conflitantes, sendo, por isso, insuficientes para alterar a competência das ações aforadas separadamente. Já a ação de despejo por falta de pagamento do aluguel e a de consignação em pagamento devem ser reunidas, se a prestação contratual discutida em cada uma das demandas é a mesma, muito embora os pedidos e causas de pedir não sejam totalmente iguais. O risco de decisões contraditórias haverá, porque a questão de ocorrência ou não de pagamento válido da mesma prestação contratual estará em jogo nas duas demandas aforadas separadamente.

Esses exemplos, que são frequentes na jurisprudência, permitem-nos extrair algumas conclusões acerca da conexidade mencionada no art. 105 do Código de Processo, como causa de alteração de competência:

a) A comunhão de objeto e de causa de pedir não decorre da identidade absoluta de elementos de duas ou mais demandas; pode ser mais intensa ou menos intensa, conforme a presença de questões iguais a serem apreciadas nas diversas ações; é que, para admitir-se dita comunhão, nas demandas cumulativas, e nas causas de pedir complexas, bastará que apenas algumas pretensões ou alguns fatos causais sejam comuns; daí falar-se na possibilidade de conexão mais intensa ou menos intensa; dita circunstância será decisiva, quando se tiver de analisar o cabimento de prorrogação de competência, mediante reunião de causas ajuizadas separadamente.

b) A conexidade pode ser divisada entre os pedidos *mediatos* (perseguição do mesmo bem da vida), sendo, em regra, indiferente a diversidade dos pedidos *imediatos* (modalidade da tutela jurisdicional pleiteada). A reivindicação de um imóvel e o pedido de demarcação de suas linhas de confrontação, *v.g*., são objeto de pedidos imediatos distintos, mas geram prorrogação de competência porque a questão dominial sobre o mesmo imóvel estará em jogo nas duas demandas.

c) A conexidade pelo *objeto* pode referir-se à totalidade do pedido ou apenas a alguma parte dele, ou do interesse a ele pertinente. O importante é a análise das questões suscitadas pelos pedidos formulados em ações separadas. A comunhão de objeto pode ser remota ou imediata, devendo ser levada em conta a intensidade ou profundidade da comunhão de elementos nas causas confrontadas; é nesse sentido que a jurisprudência reconhece ao juiz o poder de avaliar a conveniência, ou não, de reunir ações conexas. O juízo será feito segundo haja ou não constatação de risco efetivo de julgamentos contraditórios[46].

d) A conexidade pela *causa de pedir* também admite graus e refere-se em regra à *causa próxima* (fundamento de direito) e não à *causa remota* (questão de fato que precede ao fundamento de direito: efeitos do fato). Assim, a relação

contratual (como a locação, o depósito, o comodato etc.) é o *fato* que longinquamente ensejou o surgimento do litígio, mas que não estará sendo questionado em si; é, de tal sorte, a causa remota da demanda; a falta de cumprimento do contrato é que se apresenta como o fato jurídico configurador da *causa imediata* do pedido. Se as demandas ajuizadas separadamente não versam sobre o fato da existência ou validade do contrato presente nas diversas demandas, a conexão será débil, sem embargo de ocorrer a presença de elemento causal comum. Para que a conexidade seja relevante, é necessário que, acerca do mesmo contrato, tenha sido suscitada questão (ponto controvertido) igual numa e noutra demanda. A prorrogação de competência por conexão não depende de igualdade completa de elementos causais, podendo limitar-se a uma parcela da *causa petendi*. Terá, porém, de referir-se à presença de uma ou mais questões (causa próxima) nas diversas demandas ajuizadas separadamente.

Enfim: (i) o risco de decisões conflitantes é a justificativa maior para a prorrogação de competência entre demandas conexas; (ii) a presença apenas de comunhão sobre causas remotas só justifica a reunião de processos se corresponder a medida de economia processual (evitar a repetição de atos processuais iguais e reduzir a duração dos processos). Nesta última situação, é preciso estar atento a que a reunião de causas remotamente conexas pode, muitas vezes, complicar e dilatar a duração do processo, por serem muito diversos os meios de provas e os debates reclamados em cada uma delas. A reunião dos processos deverá se evitada, porque, além de inexistir risco de julgamentos contraditórios, ocorrerá maior dispêndio de tempo e custos do que economia deles.

Quando ocorre o grave risco de decisões contraditórias, a reunião dos processos conexos é obrigatória (CPC, art. 105); ou, se tal não for possível pela diversidade de competência ou de estágio de evolução dos procedimentos já em curso, observar-se-á a suspensão daquele que estiver mais afastado do momento de sentenciamento ou daquele que estiver na dependência de questão prejudicial a ser enfrentada na outra demanda conexa (CPC, art. 265, IV, *a*)[47].

172. Efeito prático

Verificando-se conexão ou continência, as ações propostas em separado serão reunidas, mediante apensamento dos diversos autos, a fim de que sejam decididas simultaneamente, numa só sentença.

Essa reunião de processos pode ser determinada pelo juiz, de ofício, ou a

requerimento de qualquer das partes (art. 105).

O julgamento comum, *in casu*, impõe-se em virtude da conveniência intuitiva de serem decididas de uma só vez, de forma harmoniosa e sem o risco de soluções contraditórias, todas as ações conexas.[48]

Sendo um tanto fluido e impreciso o conceito de conexão, que, muitas vezes, pode decorrer de dados ou elementos bastante remotos das causas, deve-se entender que nem sempre será obrigatória a reunião de processos a esse título, mormente quando correrem separadamente perante juízes diversos.

O que realmente torna imperiosa a reunião de processos, para julgamento em sentença única, e com derrogação de competência anteriormente firmada, é a efetiva possibilidade prática de ocorrerem julgamentos contraditórios nas causas. E isso só se dará quando nas diversas ações houver *questão* comum a decidir, e não apenas fato comum não litigioso.[49]

É nesse sentido que algumas decisões dos tribunais falam numa certa discricionariedade do juiz na deliberação acerca da reunião dos processos conexos.[50] Mas há sempre um limite a essa liberdade judicial, pois quando o ponto comum for relevante para o desfecho das diversas causas conexas, não se pode afastar da necessidade do julgamento conjunto, já que não se pode correr o risco de decisões contraditórias em relação a uma mesma questão.[51]

173. Prevenção

A conexão e a continência não são critérios de determinação, mas de *modificação* da competência, que, em concreto, tocaria a outro órgão que não aquele que se tornou prevento.

O juízo que primeiro conheceu de uma das causas conexas tem, por isso, ampliada, *por prevenção,* sua competência para todas as ações interligadas que se lhe seguirem. Só se há, pois, de cogitar de *prevenção* quando mais de um juízo teria teoricamente competência para o feito. Prevento, assim, é aquele que, nas circunstâncias, prefere aos demais.

Prevenção, em tal hipótese, vem a ser a prefixação de competência, para todo o conjunto das diversas causas, do juiz que primeiro tomou conhecimento de uma das lides coligadas por conexão ou continência.

Nesse sentido, dispõe o art. 106, que, “correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar”.

Entre os juízos das diversas varas de uma mesma comarca ou seção

judiciária, não importa o momento em que se deu a citação do réu; com a simples distribuição estará ajuizada a ação (art. 263) e com o despacho da inicial estará preventa a sua competência para as ações conexas ou continentes.[52]

Se, porém, os juízes concorrentes forem de diversas competências territoriais, isto é, juízes de comarcas diferentes, a regra a observar é a do art. 219, que determina, como efeito obrigatório da citação válida, tornar prevento o juízo que a promoveu.

Duas, pois, são as regras a observar em matéria de prevenção por conexão ou continência:

a) a dos juízes da mesma competência territorial (art. 106); e

b) a dos juízes de competência territorial diversa (art. 219).

Sendo a norma do art. 106 peculiar às competências relativas, qual o critério a observar na eventualidade de conexão ou continência quando estiver em jogo uma competência absoluta?

Ensina Andrioli que, se o juiz da primeira causa for absolutamente incompetente para a segunda, a prorrogação deverá ser feita para o juiz desta e não daquela. Haverá, então, uma inversão no critério cronológico de determinação da competência comum; e o juiz que primeiro conheceu de uma das causas conexas ou continentes perderá a competência em favor do que conheceu posteriormente da outra.[53]

Quando a conexão ocorrer entre processos em curso perante Justiças diferentes (*v.g.*, uma na Justiça Estadual e outra na Justiça Federal), ocorre o embaraço intransponível da inderrogabilidade das competências absolutas fixadas pela Constituição: nem a Justiça do Estado pode conhecer de causa atribuída à Justiça Federal, nem esta pode processar causa constitucionalmente afetada a juízo estadual. A jurisprudência do STJ, por isso, firmou-se no sentido de inaplicabilidade, na espécie, da reunião de autos prevista no art. 105 do CPC. Se houver prejudicialidade entre as causas, deve utilizar-se o mecanismo da suspensão de uma delas, para aguardar o julgamento daquela que for havida como prejudicial à outra, tal como prevê o art. 265, IV, *a*.[54]

No entanto, firmou-se a jurisprudência no sentido de adotar uma orientação particular para a hipótese de continência entre as ações civis públicas ajuizadas perante a Justiça Federal e a Justiça dos Estados. Para essa modalidade de concurso de ações, observar-se-á a reunião das causas na Justiça Federal (Súmula 489 do STJ).

Ressalte-se, finalmente, que a conexão e a continência são eventos que influem apenas sobre processos pendentes, no mesmo grau de jurisdição.

Encerrado um dos processos, ou proferida a sentença, mesmo que haja interposição de recurso, não se pode falar em conexão frente à outra ação que se venha a ajuizar.[55] Se, porém, a segunda causa atingir recurso antes que o da primeira seja julgado pelo Tribunal, haverá oportunidade de reunião dos processos, também em segundo grau de jurisdição, para julgamento comum.

É, outrossim, de ordem pública o princípio que recomenda o julgamento comum das ações conexas, para impedir decisões contraditórias e evitar perda de tempo da Justiça e das partes com exame das mesmas questões em processos diferentes.[56] Não pode, por isso, o juiz deixar de acolher o pedido de reunião de ações, nos termos do art. 105.[57] Negada a fusão dos processos conexos, haverá nulidade da sentença que julgar separadamente apenas uma das ações,[58] se se verificar, de fato, o risco de julgamentos conflitantes.

Estando as causas em graus de jurisdição diferentes, impossibilitando a reunião para julgamento comum, caberá a suspensão daquela que se achar em estágio mais remoto, para aguardar-se a decisão da que estiver em nível mais avançado (art. 265, IV, *a*). Assim, evita-se o risco de contradição entre os dois julgamentos.

174. Outros casos de prorrogação legal

Além dos casos de conexão e continência (art. 102), ocorre, também, prorrogação de competência, segundo o Código de Processo Civil, nas seguintes hipóteses:

a) ações acessórias: as que resultam da decisão de um outro processo ou que se prestam a colaborar na eficácia de outro processo, como as ações cautelares, e que se ligam ao juízo anterior, por regra de competência funcional. A competência, nesses casos, mesmo após o encerramento do primeiro feito, continua sendo do juiz da causa principal (art. 109). São exemplos de causas acessórias: a prestação de contas do inventariante ou do credor; a restauração de autos; a habilitação incidente; a ação de depósito, ou de prestação de contas, contra o depositário do bem penhorado etc.;

b) ações incidentais: como a reconvenção, a ação declaratória incidente, as ações de garantia (nos casos de garantia da evicção ou de direito regressivo contra terceiros),[59] e outras que respeitam ao terceiro interveniente (como a oposição e os embargos de terceiros) (art. 109).

Deve-se observar que a simples circunstância de sucessão entre duas causas, em torno de uma mesma relação jurídica, ou de relações derivadas da que

primeiro se tornou litigiosa, não gera a *acessoriedade*, para efeito de competência. O atual Código não mais estabelece vinculação necessária da causa nova com a precedente. Salvo a hipótese de acessoriedade, que vem sempre presidida por alguma regra especial de competência no próprio texto do Código, as chamadas causas oriundas de outras (ações revisionais, por exemplo) somente estão ligadas à causa de origem, para efeito de competência, quando esta última ainda não houver sido julgada.[60]

175. Conexão entre ação penal e ação civil

A responsabilidade civil é independente da criminal (Código Civil de 1916, art. 1.525; CC de 2002, art. 935). Mas, "se o conhecimento da lide (civil) depender necessariamente da verificação da existência do fato delituoso, *pode* o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal" (art. 110).

Dispõe o parágrafo único do citado art. 110 que "se a ação penal não for exercida dentro de 30 dias, contados da intimação do despacho de sobrestamento, cessará o efeito deste, decidindo o juiz cível a questão prejudicial". Essa norma aplica-se, como se vê, às ações penais que dependem de iniciativa privada da parte, como os crimes contra a honra, que também geram responsabilidade civil (art. 1.547 do Código Civil de 1916; CC de 2002, art. 953).

Em qualquer caso, porém, a suspensão da ação civil para aguardar o resultado do processo criminal é apenas uma *faculdade* e não um dever imposto ao juiz. Fica, pois, a critério deste decidir sobre a conveniência ou não da adoção da medida.[61]

Por outro lado, é apenas relativa a independência da ação civil perante a ação penal, pois, se a absolvição criminal não impede a condenação civil, a condenação no juízo penal sempre vincula o juízo cível, tanto que a sentença condenatória do primeiro vale como título executivo perante o segundo, para obtenção da reparação do dano *ex delicto* (art. 475-N, nº II).[62]

Mesmo a sentença penal absolutória, quando fundada no reconhecimento da inexistência do fato ou de sua autoria, assim como nos casos de reconhecimento de ter agido o réu em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, também vincula o juízo cível, pois, em tais casos, não será mais permitido discutir sobre a excludente da responsabilidade dada como provada pelo juiz criminal (Código

Civil de 1916, art. 1.525, *in fine*; CC de 2002, art. 935, e Código de Processo Penal, art. 65).

176. Prorrogação voluntária

Ocorre a prorrogação *voluntária* de competência quando a modificação provém de ato de vontade das partes, o que é possível em duas circunstâncias previstas pelo Código:

a) na eleição de foro contratual (art. 111); e

b) na ausência de oposição de exceção declinatória do foro e do juízo, no prazo legal (art. 114).

Dispõe o art. 111 que as partes "podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações".

Trata-se do *foro contratual* ou *domicílio de eleição*, previsto no art. 42 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, art. 78), cuja convenção entre as partes está subordinada aos seguintes requisitos:

a) não se admite convenção das partes quanto à *competência absoluta* (*ratione materiae* e de hierarquia);

b) só a *competência relativa*, em casos patrimoniais (direitos e obrigações), é que se sujeita ao foro convencional;

c) as ações reais imobiliárias ressalvadas no art. 95 não permitem prorrogação contratual de competência;[63]

d) o acordo só produz efeito quando constar de contrato escrito e aludir, expressamente, a *determinado* negócio jurídico (art. 111, § 1º). Não é possível, destarte, um acordo geral e indeterminado para todas as ações que surgirem entre as partes, ou mesmo para um grupo de negócios. A cláusula de foro de eleição só vale para o próprio contrato em que foi inserida;

e) o foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes (art. 111, § 2º);

f) a convenção só pode se referir ao foro (circunscrição territorial judiciária), nunca especificamente a um juiz ou vara determinada, que componha ou integre a seção judiciária ou comarca eleita. Vale dizer: a eleição é *objetiva* (foro) e não *subjetiva* (juiz);

g) o foro de eleição, salvo condições especiais do contrato, é um privilégio e não um ônus para a parte. Dessa forma, é lícito ao proponente da ação abrir mão do privilégio e optar pelo foro comum, isto é, pelo do domicílio do réu, sem que

este possa impugnar a escolha, visto que lhe faltaria *interesse* para tanto, pois da opção não lhe advém prejuízo, mas sim benefício ou vantagem.[64] A jurisprudência tem, outrossim, reprimido o abuso de foros de eleição criados por meio de contratos de adesão, com o nítido propósito da parte mais forte de dificultar ou inviabilizar a ação da parte economicamente mais fraca, declarando ditas cláusulas como ineficazes.[65]

O segundo caso de prorrogação voluntária de competência está previsto no art. 114, onde se lê que a competência será prorrogada "se o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais".

Isto se dá quando o autor escolhe para ajuizamento da ação um foro que não tem legalmente competência, e o réu, no entanto, o aceita tacitamente, deixando de opor, no prazo de direito, a exceção de incompetência.

O juízo, inicialmente sem competência para a causa, tem, diante da atitude das partes, ampliada a sua atribuição jurisdicional e adquire, legalmente, poder para processar e julgar o feito.

Para que isso ocorra, é necessário que a competência postergada seja apenas *relativa*, porque a absoluta, como já se viu, é insuscetível de prorrogação voluntária.

Observe-se, outrossim, que prevendo a lei a prorrogação tácita de competência, quando admissível essa forma de modificação, não é permitido ao juiz recusar, de ofício, o conhecimento da causa, mediante ordem de remessa dos autos ao efetivamente competente. Só ao réu é dado recusar o juiz relativamente incompetente.[66] Antiga jurisprudência não admitia que a arguição de incompetência relativa se fizesse em mero tópico da contestação, por prever a lei um procedimento especial e apartado para as exceções.[67] Influenciada pelas modernas tendências da instrumentalidade e pela repulsa das nulidades por simples defeitos de forma, a jurisprudência superou o rigor da interpretação literal do Código e passou a considerar "mera irregularidade" a manifestação da declinatória de foro em preliminar da contestação.[68]

176-a. Derrogação de foros especiais instituídos por leis de ordem pública

As leis de ordem pública que, em matéria contratual, disponham sobre foro não instituem, em regra, competência absoluta. No entanto, como no âmbito das normas de ordem pública não prevalece a autonomia de vontade, não seria válida a cláusula de eleição do foro, dado que implicaria afastar, prévia e convencionalmente, a tutela especial que a ordem jurídica instituiu justamente

para acobertar os interesses da parte contratante mais frágil. Assim, por exemplo, a Lei nº 4.886, de 09.12.1965, que disciplina o contrato de representação comercial, prevendo "o foro do domicílio do representante" para as demandas entre representante e representado (art. 39), não pode ser ilidida por cláusula contratual de eleição de foro diverso, já que não se discute sobre o seu caráter de lei de ordem pública, voltada para a proteção dos interesses do representante, havido como a parte mais fraca no relacionamento obrigacional. Outras vezes, a lei de ordem pública regula a competência, mas ressalva a possibilidade de convenção diversa entre os contratantes. Isto quer dizer que, dentro do conjunto legal, a disposição acerca da competência não foi havida pelo legislador como de ordem pública. É o que, *v.g*., se passa com a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245, de 18.10.91), cujo art. 58, II, prevê, para as diversas ações locatícias, a competência do foro do lugar da situação do imóvel, "salvo se outro houver sido eleito no contrato".

Qualquer que seja, enfim, a forma com que a lei de ordem pública, no campo dos contratos, disponha sobre competência, não se deve tê-la como instituidora de competência *absoluta*, mas de competência territorial, por isso *relativa*. O que não vale é a cláusula negocial previamente derrogadora da competência legal. Sem embargo disso, no caso concreto de demanda, a parte beneficiária da tutela pode aceitar litigar em foro diverso, prorrogando, assim, a competência, seja como autor, propondo a ação no foro do réu, seja como réu, aceitando a escolha da parte contrária, sem oportuna oposição de exceção de incompetência.

176-b. Prorrogação de competência em caso de foro de eleição ajustado em contrato de adesão

A prorrogação de competência consiste em ampliar a competência do juiz, para nela incluir uma causa que ordinariamente não lhe tocaria. É fenômeno processual típico da incompetência relativa aquela que o art. 112 aponta como a arguível por meio de exceção. A competência absoluta é, por natureza, inderrogável, e, por isso mesmo, improrrogável: "deve ser declarada de ofício e pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção" (art. 113).

Uma vez que o novo texto do art. 114 não qualifica como absoluta a nulidade do foro de eleição em contrato de adesão, tanto que considera prorrogável a competência firmada com apoio nele, cai por terra a tendência de certa jurisprudência que considerava absoluta a competência do foro do domicílio da

parte débil do contrato de adesão. Se se mantivesse o caráter de competência absoluta, seu reconhecimento não estaria sujeito à preclusão e poderia ocorrer em qualquer momento do processo e em qualquer grau de jurisdição.

A previsão de prorrogabilidade do art. 114, alterado pela Lei nº 11.280, conferiu ao tema do foro de eleição em contrato de adesão a característica de uma fonte de incompetência apenas relativa, ou seja, a competência firmada com apoio em tal convenção, embora permita o reconhecimento de invalidade até mesmo de ofício, pode ser legalmente prorrogada caso o juiz não decline da competência que lhe foi atribuída pelo contrato.

Disso decorre que, uma vez prorrogada a competência convencional não rejeitada pelo juiz da causa, lícito não mais será ao tribunal questioná-la em grau de recurso.

Assim, o parágrafo único do art. 112 avançou muito no franquear ao juiz a declinação *ex officio* de competência oriunda de foro de eleição; mas a reforma do art. 114 limitou bastante a oportunidade e alcance da declinatória, ao instituir uma prorrogação legal para superar, na espécie, os inconvenientes da incompetência caso se lhe atribuísse a natureza absoluta. Com isso, a questão se encerra no momento em que o juiz de primeiro grau aceita a competência, mesmo tacitamente. Não fica aberta à apreciação ou reexame em qualquer tempo e grau de jurisdição. A prorrogação legal a consolida, tornando-a definitiva.[69]

Por outro lado, o fato de o parágrafo único do art. 112 prever a possibilidade de o juiz declinar, de ofício, da competência modificada por cláusula nula de contrato de adesão não quer dizer que se possa fazê-lo sem cumprir o contraditório. Não há razão para se desprezar, sumariamente, a vontade dos contratantes manifestada na escolha do foro convencional. O prejuízo aparentemente entrevisto na cláusula derrogatória do foro do domicílio do réu pode, na verdade, inexistir, e ninguém melhor do que ele para esclarecer a conveniência, ou não, de mantê-la. Em se tratando de competência prorrogável, por expressa previsão do citado parágrafo único do art. 112, a nulidade eventual não se revela absoluta, sendo passível de suprimento. Por esse motivo, se recomenda que o poder conferido ao juiz para a declinação *ex officio* de competência na espécie seja visto como excepcional e só seja exercido depois da manifestação do demandado, destinatário final da norma protetiva em foco.[70]

Em suma, o parágrafo único do art. 112 realmente permite ao juiz rejeitar a validade da cláusula de eleição de foro nos contratos de adesão, mas não pelo simples fato de se tratar de contrato de adesão. Para recusar a competência convencional o caso concreto deve revelar que a convenção decorreu,

efetivamente, de abuso praticado pelo estipulante em face da vulnerabilidade da parte aderente. Mesmo sendo de adesão, o contrato pode ter sido entre partes equilibradas, de sorte que não haverá como qualificar a eleição de foro abusivo.[71]

§ 31. DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

Sumário: 177. Verificação de competência. 178. Exceção de incompetência. 179. Incompetência absoluta. 179-a. Foro de eleição e declinação de competência (contrato de adesão).

177. Verificação de competência

"As causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de sua competência" (art. 86).

A competência, dessa forma, é pressuposto da regularidade do processo e da admissibilidade da tutela jurisdicional.[72]

O primeiro dever do juiz, quando recebe a inicial de uma ação, é verificar se é ou não o competente para tomar conhecimento da causa.

Admitida a competência, não há necessidade de pronunciamento positivo expresso da autoridade judiciária. O reconhecimento é feito de maneira implícita pelo deferimento da inicial.

Se, porém, esta competência for posta em dúvida pela parte, deverá o juiz pronunciar-se expressamente sobre o reconhecimento.

Há, pois, duas espécies de reconhecimento da competência pelo próprio juiz: a espontânea (que ordinariamente é de forma tácita); e a provocada (que deve ser expressa).

Mas, ao invés de reconhecer a sua competência para a causa, pode se dar o contrário: o juiz pode, muito bem, entender que é incompetente. Deverá então declarar expressamente que lhe não assiste a parcela de jurisdição necessária para legitimar sua atuação no feito.

Da mesma forma que o reconhecimento positivo, também o negativo pode ser espontâneo ou provocado.

As controvérsias em torno da competência podem ser solucionadas por meio de três incidentes:

a) a exceção de incompetência relativa (art. 112);

b) a arguição ou declaração de incompetência absoluta (art. 113);

c) o conflito de competência (arts. 115 a 124).

178. Exceção de incompetência

Se a incompetência do juiz que tomou conhecimento da causa for apenas relativa, para afastá-lo da relação processual, deverá o réu instaurar o incidente denominado exceção de incompetência (art. 112), cujo procedimento se acha regulado pelos arts. 304 a 311.

Da inércia do réu, que deixa de opor a exceção de incompetência relativa no prazo legal, decorre a automática ampliação da competência do juízo da causa (art. 114). Não pode o juiz, *ex officio*, afirmar sua incompetência relativa, portanto.

A instituição do parágrafo único do art. 112 pela Lei nº 11.280, de 16.02.06, criou uma situação curiosa. Quando se tratar de foro de eleição em contrato de adesão, o juiz pode de ofício declarar a nulidade da cláusula e declinar para o juízo de domicílio do réu. Destarte, o dispositivo considera absoluta a competência na espécie, embora fundada em regra territorial, pois, se assim não fosse, não haveria como reconhecê-la *ex officio*. Nada obstante, o art. 114, alterado pela mesma lei, prevê a prorrogação da competência derivada do foro de eleição caso o juiz não faça a declinação a que se refere o parágrafo único do art. 112. Instala-se, dessa maneira, uma dúvida sobre a natureza da competência (v., adiante, item nº 179-a).

179. Incompetência absoluta

Quando a causa é proposta perante juiz absolutamente incompetente, não há necessidade de se recorrer à exceção de incompetência para excluí-lo da relação processual.

Não há prorrogação de competência em tal caso e o juiz deve declarar-se incompetente *ex officio*. Se não o fizer, a parte pode alegar a incompetência em qualquer fase do processo, até mesmo nos graus superiores de jurisdição (art. 113).

Para fazê-lo, bastará à parte lançar mão de uma petição simples.

O § 1º do art. 113 prevê, porém, um momento adequado para a parte arguir a incompetência absoluta, sob pena de arcar com o ônus das custas do processo inutilmente desenvolvido perante o juízo indevido. De acordo com o citado dispositivo, não sendo a arguição deduzida no prazo de contestação, ou na primeira oportunidade em que lhes couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas.

Assim, antes da remessa dos autos ao juiz competente, serão apuradas as custas vencidas perante o juízo incompetente para efeito de preparo pela parte que retardou na arguição da incompetência absoluta.

Para manter o sistema do contraditório, é recomendável ao juiz ouvir a parte contrária antes de decidir, sempre que houver arguição de incompetência absoluta por uma das partes.

Reconhecida a incompetência absoluta, o processo é atingido por nulidade, mas esta só se restringe aos atos decisórios (art. 113, § 2º). Entre estes, porém, não se consideram automaticamente invalidados os que hajam deferido medidas de urgência (cautelares e antecipatórias), dada sua alta relevância para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional[73].

Os autos serão remetidos ao juiz competente, que terá de aproveitar todos os atos probatórios já praticados.

Pode, outrossim, ser objeto de anulação em ação rescisória a sentença trânsita em julgada, prolatada por juiz absolutamente incompetente (art. 485, II).

179-a. Foro de eleição e declinação de competência (contrato de adesão)

O foro de eleição é um ajuste expressamente autorizado pelo art. 111 do CPC, para alterar a competência em razão do valor e do território, em relação às ações oriundas de direitos e obrigações, nos limites do negócio jurídico em que a cláusula for inserida.

Todavia, em defesa do contratante vulnerável, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos contratos de adesão, especialmente nas relações de consumo, seria abusiva a cláusula imposta pela parte mais forte para deslocar a competência do foro natural do domicílio do consumidor. Diante disso, passou a decidir que o juiz do foro eleito por meio do contrato de adesão poderia declarar *ex officio* a nulidade da cláusula, declinando da sua competência para o juízo do foro do domicílio do réu.[74]

Foi em consonância com essa orientação jurisprudencial que a Lei nº 11.280/2006 acrescentou ao art. 112 o parágrafo único, para abrir uma exceção à regra nele contida de que só por meio de exceção se pode arguir a incompetência relativa, e permitir que a nulidade de cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, seja declarada de ofício pelo juiz. Como consequência dessa nulidade, a declinação de competência dar-se-ia por iniciativa do juiz da causa, sem necessidade de prévia exceção manifestada pela parte débil prejudicada pela cláusula presumida como abusiva.

Ao transplantar para o texto codificado, a reforma legislativa foi além da jurisprudência. Permitiu a declinação do ofício genericamente em todo e qualquer contrato de adesão, e não apenas naqueles firmados com consumidores, para os quais a lei reconhece expressamente a vulnerabilidade negocial em face dos fornecedores. Acontece que o uso do contrato de adesão nos meios comerciais de nosso tempo não é exclusivo das relações de consumo. Negócios interempresariais de vulto, como os contratos bancários, de fornecimento, de transporte, de concessão ou distribuição, de franquia, de *marketing*, de seguro, e tantos outros, seguem os critérios do contrato de adesão, sem que se possa configurar relação de consumo, nem mesmo debilidade contratual por parte da empresa aderente. Os contratos são de adesão simplesmente por imposição da necessidade de padronização dos negócios da empresa no mercado.

À luz dessa realidade, o próprio Superior Tribunal de Justiça ressalva que a abusividade da cláusula de eleição de foro não decorre *ipso iure* da natureza do contrato de adesão. Somente não prevalece o foro convencional se de fato constatada a abusividade do ajuste estipulado contra os interesses do contratante que não tinha como rejeitar a imposição da parte poderosa;[75] assim, "não se configura a abusividade da cláusula de foro de eleição quando o aderente é empresa de considerável porte, dispondo presumivelmente de condições para exercer sua defesa no foro indicado no contrato. Nesse caso – entende a jurisprudência –, não cabe ao juiz suscitar de ofício a sua incompetência (Súmula 33)".[76]

Cremos que teleologicamente a ressalva deve prevalecer na exegese do parágrafo único do art. 112 do CPC. Do contrário, o foro de eleição deixaria de ter aplicação nos negócios empresariais. Bastaria a configuração do contrato como de adesão para que inválida fosse a respectiva cláusula. E não é raro, na experiência do foro, que o próprio contratante por adesão tenha interesse em manter o foro convencional, pelo que, fora das típicas relações de consumo, seria pouco recomendável que o juiz, de ofício, tomasse a iniciativa de invalidar a convenção, sem aguardar a manifestação da parte que imagina estar tutelando e que, nas circunstâncias, é a única que realmente pode definir a conveniência ou não de manter a competência contratual.

Ademais, há uma circunstância relevante para diminuir o impacto do novo dispositivo legal sobre a abusividade e consequente invalidade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão. Trata-se da prorrogabilidade da competência firmada com base no foro convencional, caso o juiz não adote a declinação *ex officio* autorizada pelo parágrafo único do art. 112. É que a mesma

Lei nº 11.280 também alterou o texto do art. 114 do CPC, para deixar expresso que a competência decorrente da eleição contratual não está sujeita a uma invalidade total e absoluta. Ao contrário, a lei prevê sua prorrogação, bastando que o réu não a excepcione e que o juiz não decline para o foro do domicílio do réu, segundo o permissivo do parágrafo único do art. 112.

Reservou-se, portanto, um espaço para reflexão do juiz em torno da conveniência, ou não, de declinar de sua competência convencional. Isso reforça o entendimento de que nem sempre caberá o reconhecimento de invalidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão. As particularidades do caso concreto deverão ser ponderadas pelo juiz antes de tomar a deliberação prevista no parágrafo único do art. 112.

§ 32. CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Sumário: 180. Noções gerais. 181. Procedimento do conflito. 182. Efeitos do conflito.

180. Noções gerais

Tecnicamente, a cada causa corresponde a competência de um juiz ou tribunal. Vários órgãos judiciários, no entanto, podem ser convocados a atuar sucessivamente, em graus hierárquicos diversos num mesmo processo, em razão do recurso interposto pela parte ou mesmo *ex officio*, nos casos de duplo grau de jurisdição necessário (art. 475).

Mas é inadmissível que, simultaneamente, mais de um órgão judiciário seja igualmente competente para processar e julgar a mesma causa.

Acontece, na prática, que, às vezes, diversos juízes se dão por competentes para um mesmo processo ou todos se recusam a funcionar no feito, dando origem a um conflito, que o Código soluciona através do incidente denominado "conflito de competência" (arts. 115 a 123).

Para o Código, há conflito de competência quando:

I – dois ou mais juízes se declaram competentes;

II – dois ou mais juízes se consideram incompetentes;

III – entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos (art. 115).

Há, pois, conflitos positivos e negativos. Quando os vários juízes se dão por competentes, o conflito é positivo. Ao contrário, quando os diversos juízes se recusam a aceitar a competência, cada um atribuindo a outrem a função jurisdicional, o caso é de conflito negativo.

Para dar surgimento ao conflito positivo, não é necessário que haja decisão expressa de um ou de ambos os juízes a respeito da própria competência e da incompetência de outro. Basta que ambos os juízes pratiquem atos em causa idêntica, com reconhecimento implícito da própria competência, como se dá, por exemplo, quando o mesmo inventário é requerido perante dois juízes diferentes e ambos lhe dão curso.

Às vezes, fala-se que a configuração do conflito negativo exigiria que a divergência se estabelecesse com a remessa e devolução do feito entre dois juízes que insistissem em atribuir, cada um ao outro, a competência por ambos recusada. A lei, todavia, não impõe, necessariamente, tal reciprocidade. Basta, nos termos do art. 115, que dois ou mais juízes "se considerem incompetentes". É claro que se um juiz devolve a causa que outro lhe enviou, e o primeiro volta atrás para reconhecer a competência de início declinada, não haverá lugar para falar-se em conflito negativo. Este se teria esboçado, mas, em seguida, se extinguiu, já que um dos juízes afinal aceitou sua competência. É fácil compreender que, sem que mais de um juiz se recuse concomitantemente a conhecer do feito, não é possível cogitar-se de conflito negativo. Basta, então, que um dos dois resolva aceitar a competência, para impedir a configuração do conflito. Nesse sentido, é correto dizer que sem ocorrer a recíproca rejeição de competência entre os dois magistrados não houve conflito negativo.

Mas, se uma sucessão de recusas acontece, sem que nenhum dos magistrados restitua o processo à origem, a parte não pode ser forçada a assistir, sem reação, à peregrinação que lhe barra indefinidamente o acesso à Justiça. Imagine-se a hipótese em que o autor tenha escolhido a livre distribuição do feito, em determinada comarca, onde o réu tem uma filial; o juiz sorteado declina para outra vara da mesma comarca porque ali se efetuou medida cautelar preparatória; o juiz da cautelar, por sua vez, rejeita a competência porque a cautelar não chegou a ser praticada, mas, em lugar de restituir ao juiz anterior, a remete para outra comarca, a pretexto de ser nela domiciliado o réu. É claro que o autor não tem de aguardar a remessa ao juiz de outra comarca e a recusa deste para instaurar o conflito negativo. Depois da segunda declinação, já estará autorizada a medida preconizada pelo art. 115, sejam elas recíprocas ou não.[77]

A competência para julgar o conflito é do Tribunal hierarquicamente superior aos juízes conflitantes. Se, porém, a divergência for entre tribunais, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos, competirá ao Superior Tribunal de Justiça a respectiva solução (Constituição Federal, art. 105, inc. I, d).

A competência será do Supremo Tribunal Federal quando o conflito se instalar entre o Superior Tribunal de Justiça e qualquer outro Tribunal, ou entre Tribunais Superiores (TST, TSE e STM), ou ainda entre Tribunal Superior e qualquer outro Tribunal (Constituição Federal, art. 102, inc. I, *o*).

A legitimação para suscitar o conflito cabe:

I – ao juiz;

II – à parte;

III – ao Ministério Público (art. 116).

Perde o direito de propor o conflito a parte que antes tenha oferecido exceção de incompetência (art. 117). Dispõe o litigante, de fato, de dois caminhos processuais para atingir o mesmo objetivo: o conflito ou a exceção.

Usando um, porém, não lhe é dado repetir a arguição no outro. A regra em questão visa a impedir que uma das partes venha a provocar sucessivas suspensões do processo, de modo a procrastinar abusivamente a prestação jurisdicional.[78]

A parte que, todavia, não requereu o conflito, não estará inibida, por isto, de manejar a exceção declinatória de foro (art. 117, parágrafo único), mesmo porque este procedimento pode ser mais expedito, uma vez que, ensejando ao próprio juiz reconhecer, desde logo, sua incompetência, pode fazer desaparecer o conflito antes mesmo que seja decidido.

De outro lado, o fato de uma parte promover a exceção de incompetência não obriga o juiz a quem o processo for encaminhado, e que naturalmente não participou do incidente, a se submeter ao decisório do primeiro magistrado. Pode, então, suscitar o conflito, apresentando suas razões para recusar a competência definida na exceção.

181. Procedimento do conflito

Quando a iniciativa é do juiz, o incidente é iniciado através de ofício endereçado ao Presidente do Tribunal Superior (art. 118, I).

Se a arguição for da parte (autor ou réu), ou do representante do Ministério Público, deverá ser formulada por meio de petição (art. 118, II).

Tanto o ofício como a petição serão instruídos com os documentos (certidões, traslados, cópias autenticadas extraídas dos autos) necessários à prova do conflito (art. 118, parágrafo único).

No Tribunal, o Presidente, recebendo a petição ou o ofício, promoverá sua distribuição, conforme as normas de organização judiciária local.

“Após a distribuição, o relator mandará ouvir os juízes em conflito, se o incidente foi suscitado por parte ou pelo Ministério Público. Se a iniciativa foi de um dos juízes, será ouvido apenas o suscitado.”

O prazo de pronunciamento dos juízes é fixado pelo relator (art. 119).

O Ministério Público sempre funciona em procedimentos relativos às questões de competência, que são de ordem pública.

Assim, decorrido o prazo marcado pelo relator, com informações ou sem elas, será ouvido, em cinco dias, o representante do Ministério Público, de Segunda Instância. E, em seguida, o relator apresentará o conflito em sessão de julgamento (art. 121).

"Ao decidir o conflito, o tribunal declarará qual o juiz competente, pronunciando-se também sobre a validade dos atos do juiz incompetente" (art. 122).

Cabe, ordinariamente, ao órgão colegiado do Tribunal julgar o conflito de competência. No entanto, é também permitido, desde logo, ao relator proferir decisão singular sobre o mérito da exceção, caso em que julgará em nome do Tribunal, como um de seus órgãos. Isto acontecerá quando a questão suscitada na arguição do conflito corresponde a tema já solucionado pela jurisprudência dominante do Tribunal. Da decisão do relator caberá agravo interno, no prazo de cinco dias, para o órgão colegiado que tinha competência originária para o conflito (art. 120, parágrafo único, introduzido pela Lei nº 9.756, de 17.12.98).

182. Efeitos do conflito

Se o conflito é negativo, a causa fica, naturalmente, paralisada, no aguardo da definição do Tribunal. Os autos ficarão retidos em poder do juiz suscitante.

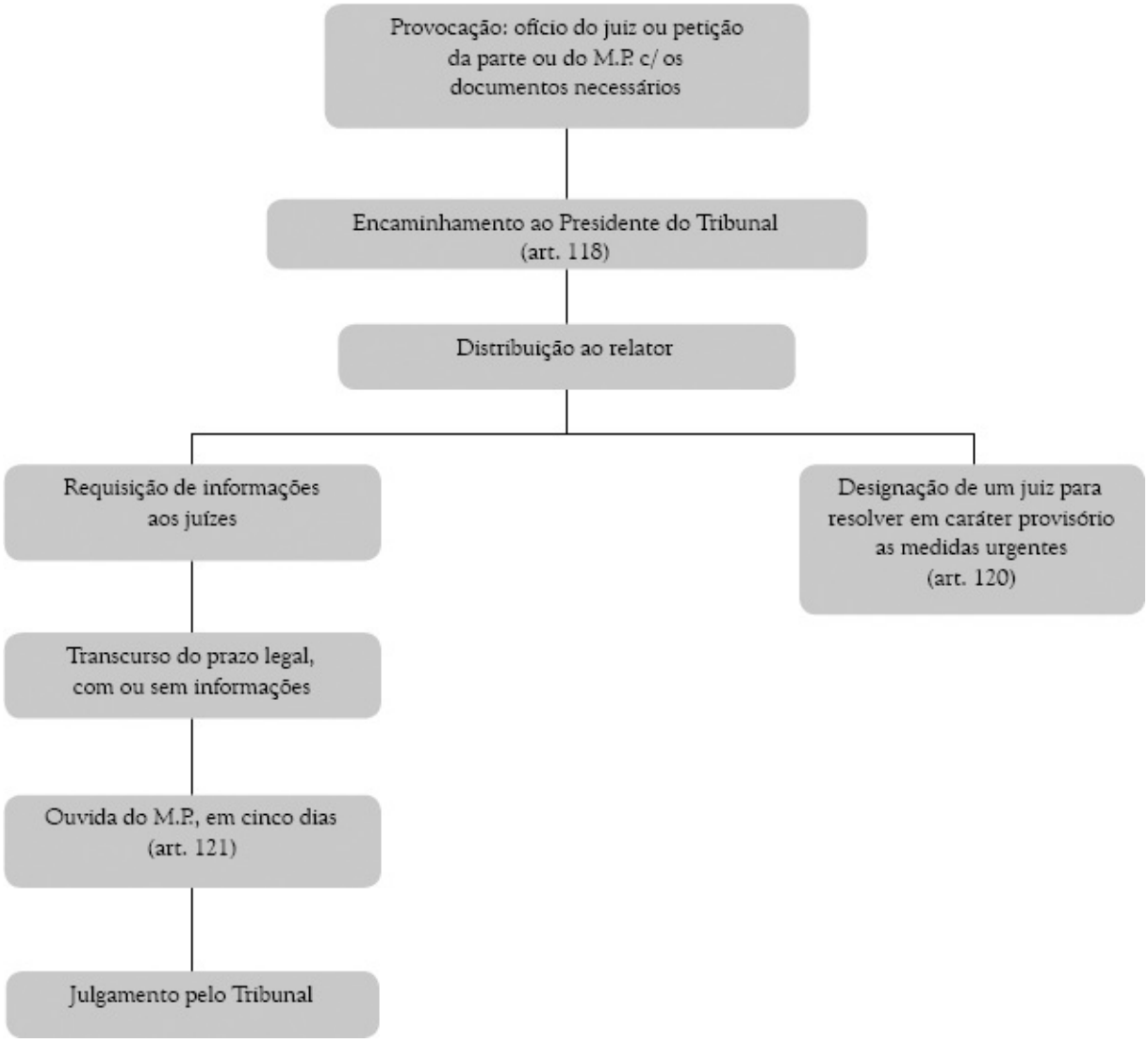
Quando o conflito for positivo, poderá o relator, de ofício, ou a requerimento das partes, determinar seja sobrestado o processo.

Mas, seja no conflito negativo, seja no positivo em que houver sobrestamento, caberá ao relator designar um dos juízes conflitantes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (art. 120).

Uma vez julgado o incidente, "os autos do processo, em que se manifestou o conflito, serão remetidos ao juiz declarado competente" (art. 122, parágrafo único).

Fluxograma nº 7

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
(arts. 115-122)



1 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, n. 25, p. 40.

2 COUTURE, Eduardo J. *Op. cit*., n. 17, p. 29; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1997, v. I, n. 158, p. 177.

3 "A competência é um critério de legitimação interna à ordem judiciária" (ANDRIOLI, Virgílio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, nº 23, v. I, p. 107).

4 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., v. I, n. 163, p. 184.

5 CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. II, p. 523.

6 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I, n. 488, p. 298; TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1944, n. 502, p. 261, *apud* BARBI, *op. cit*., p. 298, nota 5.

7 "Inventário. Sobrepartilha. Imóvel sito no exterior que escapa à jurisdição brasileira. O juízo do inventário e partilha não deve, no Brasil, cogitar de imóveis sitos no estrangeiro. Aplicação do art. 89, inciso II, do CPC. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp. 37.356-5/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* de 10.11.1997, p. 57.768).

8 MARTINS, Ives Gandra da Silva. "Parecer". *In*: CARVALHO, Milton Paulo de (coord.). *Direito processual civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 31. "É incompetente a Justiça brasileira para processar e julgar ação indenizatória de fato ocorrido fora de seu território, salvo as hipóteses contidas no art. 88, I e II, do Código de Processual Civil, ante a limitação da soberania" (STJ, 4ª T., RO nº 19/BA, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 21.08.2003, *DJU* 13.10.2003, p. 365; *RT* 823/154).

9 MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "Da competência internacional e dos princípios que a informam", *Revista de Processo*, v. 50, p. 61, abril-junho/1988.

10 STJ, 3ª T., REsp. nº 2.170/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 07.08.1990, *DJU* 03.09.1990 p. 8.842; *RSTJ* 12/361.

11 Competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira "não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes" (STJ, 4ª T., REsp. nº 251.438/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 08.08.2000, *RSTJ* 146/368). A cláusula de eleição de foro estrangeiro não impede que a ação seja proposta no Brasil, ainda que se trate de competência concorrente (STJ, 4ª T., REsp. nº 1.168.547/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 11.05.2010, Informativo de Jurisprudência nº 0434, 10 a 14 de maio de 2010).

12 STJ, Corte Especial, Sentença Estrangeira Contestada nº 819/EX, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 30.06.2006, *in DJU* de 14.08.2006, p. 247. STJ, Corte Especial, SEC. 826/KR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 15.09.2010, *DJe* 14.10.2010.

13 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1974, n. 118, pp. 196-197.

14 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit*., n. 118, p. 197.

15 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1997, v. I, n. 167, p. 188. A Lei nº 8.825/80, art. 7º, prevê a possibilidade de assistência da União às suas sociedades de economia mista, com deslocamento da causa para a Justiça Federal. Mas, isto, como é óbvio, só acontecerá no caso de assistência litisconsorcial ou de assistência simples em que a União demonstre, concretamente, seu interesse jurídico na solução da causa (CPC, arts. 50 e 54). Não basta a natureza da sociedade de economia mista para justificar a assistência. É preciso ocorrer uma específica

relação jurídica entre o ente derivado e a União, que, na iminência de ser prejudicada pela sentença, justifique a intervenção assistencial do acionista. “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 nº 61 do TFR; nesse sentido: acs. do STF, *in RTJ*, 58/705, 51/238, 56/219, 85/237, 94/529; 114/358; *RT*, 508/258; RF, 301/115). Conf., adiante, nº 164, nota 16. No mesmo sentido: STF, 1ª T., RE nº 596.836 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 10.05.2011, *DJe* 25.05.2011; STF, 2ª T., RE nº 400.291 AgR, Rel. Min. Eros Grau, ac. 24.06.2008, *DJe* 14.08.2008; STJ, 1ª Seção, CC nº 110.955/SP, Rel. Min. Castro Meira, ac. 09.06.2010, *DJe* 22.06.2010.

16 STF, 1ª T., HC 85.060/PR, rel. Min. Eros Grau, ac. 23.9.2008, *DJe* 03.10.2008; STF, Pleno, HC 88.660/CE, Rel. Min. Carmen Lucia, ac. 15.05.2008, *DJe* 02.06.2008. STF, 1ª T., HC nº 96.104, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ac. 16.06.2010, *DJe* 06.08.2010.

17 “O princípio da *perpetuatio iurisdictionis* contido no art. 151 do Código de Processo Civil (hoje, art. 87) sofre as derrogações oriundas da incompetência superveniente, sendo exemplo desta a matéria relativa à competência absoluta, em razão da matéria” (STF – RE 73.368, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 04.12.73, *in RTJ, 71/726*). No mesmo sentido: TAPR, ccomp. 45.507-6, Rel. Juiz Bonejos Demchuk, ac. 05.11.91, *in RF* 319/191.

18 STJ, REsp. 150.902/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 21.05.98, *in DJU* de 28.09.98, p. 65; STF, RE nº 611.535/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, ac. 19.04.2010, PROCESSO ELETRÔNICO, *DJe* 18.05.2010.

19 LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 83.

20 TAMG, Apel. Cív. 5.510, Rel. Juiz Amado Henriques, ac. 15.05.74, *in Rev. Lemi, 89/129*; TJSP, Conf. Comp. nº 256.729, Rel. Des. Azevedo Franceschini, ac. 03.02.79, *in RT*, 505/107. “As leis do processo e especialmente as de organização e divisão judiciárias, que são de ordem pública, impõem sua imediata aplicação mesmo aos processos pendentes. Criada e instalada nova Comarca, ao Juízo desta devem ser remetidos os autos pendentes que digam respeito à questão de pessoas ali residentes e de coisas ali situadas, as quais estão sob a competência territorial do novo Juízo, inaplicável aqui o princípio da *perpetuatio iurisdictionis*. A vigência imediata da norma processual de competência só sofre restrições em se tratando de processo onde foi proferida sentença, posto que a lei nova tem efeito imediato, mas não retroativo” (TJPR, Conf. Comp. nº 3/87, Rel. Des. Oto Sponholz, ac. 19.03.1987, *in* COAD – ADV, Bol. 23/87, nº 33.449, p. 366). No mesmo sentido: STJ, REsp. 156.898/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 30.04.98, *in DJU* de 16.11.98, p. 97. STJ, 3ª T., REsp. nº 664.351/BA, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 07.05.2007, *DJU* 29.06.2007, p. 579.

21 “Competência. Ação reivindicatória. Execução. Desmembramento de comarca. Remessa dos autos à novel comarca. Tratando-se de competência funcional, absoluta, abre-se exceção ao princípio da *perpetuatio iurisdictionis*” (STJ, 4ª T., REsp. 150.902/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 21.5.1998, *DJU* 28.9.98, p. 65).

22 O conceito de competência funcional foi forjado pela doutrina processual alemã de fins do século XIX e consiste na repartição das diversas funções jurisdicionais na mesma causa entre diferentes órgãos judiciais que nela devam atuar (Cf. BARBOSA MOREIRA. “A expressão ‘competência funcional’ no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública”, *in Revista Forense*, v. 380, pp. 180-181).

23 O foro do incapaz (art. 98), sendo, na verdade, foro comum, não prevalece para as ações subordinadas a *foro especial* (Simpósio de Direito Processual de Curitiba, de 1975, conf. relato de Edson Prata, *in Revista Forense*, 252/24).

24 “Nas ações executivas hipotecárias, havendo cláusula de eleição de foro no contrato, prevalece este sobre o da situação do imóvel” (1º TACiv.SP – Rev. nº 177.629, ac. 02.08.73, *in RT*, 460/179). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 1.048.937/PB, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 22.02.2011, *DJe*

03.03.2011. Sobre a prevalência do foro de eleição para a ação de anulação de compromisso de compra e venda é a jurisprudência (STJ, 3ª T., AgRg na MC nº 14.534/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 16.09.2008, *DJe* 26.09.2008).

25 STJ, 2ª Seção, CC 23.773/TO, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 10.2.1999, *DJU* de 5.4.1999, p. 77.

26 Diversamente do que se passava ao tempo do Código revogado, em que apenas as ações relativas à herança eram atraídas para o juízo do inventário, no sistema atual "qualquer ação em que o espólio seja réu é de competência do foro do inventário" (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. I, t. II, nº 550, p. 433).

27 STJ, 2ª Seção, CC 13.646-6/PR, Rel. Min. Ruy Rosado, ac. 09.08.95, *DJU* de 25.05.95, p. 31.059.

28 TJMG, Conf. Comp. nº 838, Rel. Des. Humberto Theodoro.

29 STF, *Súmulas* nos 508, 556 e 557.

30 Nas causas de interesse de sociedades de economia mista, "a intervenção *ad juvandi* da União não basta para deslocar a competência" (STF, RE 77.334, ac. 28.05.75, Rel. Min. Bilac Pinto, *in RTJ*, 74/135). Em caso de consignação em pagamento movida contra empresa vinculada à Eletrobrás, decidiu o TFR: "A assistência, que lhe pretende dar a União Federal, não assumindo o caráter de litisconsórcio, de modo a sujeitar a União, como parte, aos efeitos da decisão, não desloca a competência para a Justiça Federal. O interesse da União é de ordem reflexa, e não direta, seja como acionista da empresa líder, seja como poder concedente. Nesta última qualidade, edita normas reguladoras do serviço concedido que, como outras normas de direito federal, podem ser aplicadas pela Justiça comum estadual" (Apel. 33.832, ac. 18.03.74, Rel. Min. Décio Miranda, *in Revista Forense*, 249/193). "A jurisprudência evoluiu no sentido de que não basta a simples intervenção da União, sendo necessário que se demonstre o seu interesse efetivo na causa" (TFR – Ag. Inst. 37.908, ac. 04.11.74, Rel. Min. Otto Rocha, *in Revista Forense*, 251/180). No entanto, a Lei nº 9.469, de 10.07.97, veio a permitir a intervenção da União "nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais" (art. 5º). Para tanto será suficiente o interesse econômico da União, ainda que indireto, não havendo necessidade de comprovar "interesse jurídico" (parágrafo único). Essa interferência de que cogita a nova lei, porém, não chega a ser uma verdadeira assistência e, por isso, não tem força para deslocar o processo da justiça estadual para a federal. Continua prevalecendo, na jurisprudência, o entendimento de que "a intervenção da União Federal, autarquia ou empresa pública como assistente ou opoente, só deslocará a competência se demonstrado legítimo interesse próprio, ficando sem força atrativa a participação *ad adjuvandum*" (STJ, 1ª Seção, CC nº 20.971/MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. 25.03.98, *DJU* de 08.06.98, p. 5). Nesse sentido: STF, 1ª T., RE nº 596.836 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, ac. 10.05.2011, *DJe* 25.05.2011.

31 No sentido do texto, decidiu o TJMG: "No caso de divórcio direto, não há falar-se em foro privilegiado para a mulher, posto que não contemplado pelo art. 100 do CPC. Logo, sendo a competência objeto de direito expresso, estrito, limitado, não se pode estabelecê-la por analogia, sendo certo que o que não foi expressamente concedido há de ser admitido como vedado" (AI nº 16.166, Rel. Des. Regulo Peixoto, ac. 01.06.1981, *in DJMG* de 16.06.1981). No entanto, parece que a tendência da jurisprudência seguiu, durante algum tempo, rumo oposto, para admitir a aplicação analógica do art. 100, nº I, também à ação de divórcio direto (TJRS, AI nºs 38.664, 38.665 e 38.666, ac. 08.09.1981, Rel. Des. Pio Fiori de Azevedo, *in RT*, 564/204; TJSP, AI nº 35.279-1, ac. 09.08.1983, Rel. Des. Aniceto Aliende, *in RT*, 593/119; TJBA, AI nº 20/84, ac. 06.06.1984, Rel. Des. Abelard Santos, *in Ciência Jurídica*, 1/79, TJSP, AgI nº 17.315-0, Câmara Especial, Rel. Dirceu de Mello, ac. 17.03.94, *in Lex* – ITJ, 161/204; TJSP AgI nº 15.024 – 0/4, Câmara Especial, Rel. Garrigós Vinhaes, ac. 22.10.92, *in RT*, 696/92). O STJ, porém, já assentou que a ação direta de divórcio deve observar a competência do art. 94 e não a do art. 100 (STJ, 2ª Seção, CC 13.623-7/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 30.08.95, *DJU* de 18.09.95, p. 29.927).

32 TJSP, Ap. 82.455-1, ac. 24.03.1987, Rel. Des. Rangel Dinamarco, *in* COAD-ADV, Bol. 33/87, nº

34.492, p. 526; se é desconhecido o domicílio atual da mulher, o ex-marido poderá requerer a conversão em seu próprio (STJ, CC 704-RS, ac. 29.11.1989, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *in DJU* de 05.02.90, p. 448). Também será competente a Justiça brasileira, se o marido tem domicílio no Brasil e toma a iniciativa da ação de divórcio, mesmo que os cônjuges sejam estrangeiros (TJRJ, Ap. 34.326, ac. 07.02.1985, Rel. Des. Barbosa Moreira, *in RT*, 599/214). No mesmo sentido: STJ, REsp. 27.483/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 04.03.97, *in DJU* de 07.04.97, p. 11.112; STJ, 3ª T., REsp. nº 193.104/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 12.12.2002, *DJU* 10.03.2003, p. 184.

33 A jurisprudência, mui acertadamente, tem entendido que o foro do alimentando prevalece até mesmo no caso de execução da sentença de alimentos, quando ocorre mudança de residência após a condenação (TJSP, Apel. 4.696-1, *in RT* 547/62; TJMG, Conf. Comp. nº 918, ac. 20.02.1986, Rel. Des. Humberto Theodoro); STJ, 3ª T., HC nº 184.305/GO, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 17.03.2011, *DJe* 22.03.2011.

34 STJ, 2ª T., REsp. nº 181.879/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 03.02.2005, *DJU* 09.05.2005, p. 322.

35 STJ, 1ª T., REsp. nº 33.695-1/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 23.05.94, *RSTJ*, 67/356; STJ, 2ª T., REsp. nº 181.879/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 03.02.2005, *DJU* 09.05.2005, p. 322.

36 STJ, Súmula nº 206.

37 "Tratando-se de regra criada em favor da vítima do evento, pode esta perfeitamente abrir mão da prerrogativa e ajuizar a ação no domicílio do próprio réu" (TJMG – Ag. Inst. 14.034, Rel. Des. Monteiro Ferraz, ac. 26.08.76, *in D. Jud. MG* de 20.11.76). No mesmo sentido: STJ, CComp. 17.886/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, ac. 02.12.97, *in DJU* de 02.02.98, p. 28; STJ, CComp. 2.129/MG, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. 24.06.92, *in DJU* de 14.09.92, p. 14.933; STJ, 2ª Seção, CC nº 106.676/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 14.10.2009, *DJe* 05.11.2009.

38 "Art. 79. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados ao idoso, referentes à omissão ou ao oferecimento insatisfatório de: I – acesso às ações e serviços de saúde; II – atendimento especializado ao idoso portador de deficiência ou com limitação incapacitante; III – atendimento especializado ao idoso portador de doença infecto-contagiosa; IV – serviço de assistência social visando ao amparo do idoso. Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, próprios do idoso, protegidos em lei" (Lei nº 10.741/2003).

39 A competência absoluta é também chamada *real* ou de *atribuições* (REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1959, v. I, n. 113, p. 114).

40 STF, RE 64.967, Rel. Min. Thompson Flores, *in RTJ*, 54/361; RE 74.885, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *in RTJ*, 65/817; RE 77.460, Rel. Min. Thompson Flores, ac. 11.03.74; STJ, REsp. 7.272/GO, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 16.04.91, *in RSTJ* 28/460; TJSP, Ag. 17.763-0, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, ac. 07.07.94, *in JTJSP* 160/211; STJ, 1ª Seção, CC nº 112.647/DF, Rel. Min. Castro Meira, ac. 23.03.2011, *DJe* 04.04.2011.

41 A competência territorial da Justiça Federal é improrrogável apenas exteriormente, em relação aos foros das Justiças estaduais. Não internamente. Dentro do próprio sistema da Justiça Federal, não há motivo para se recusar a prorrogabilidade da competência entre suas diversas Seções Judiciárias, se se tratar de caso em que a definição de atribuições se deu em função de território.

42 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1997, v. I, n. 197, p. 219.

43 MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, n. 197, p. 220.

44 Há também conexidade sucessiva em vários casos, como, por exemplo, o das ações acessórias, das ações incidentais, das ações reconvencionais. A conexidade, em tais hipóteses, não opera nos moldes do art. 103, mas segue regras próprias que são analisadas nos itens que lhe dizem respeito (v., adiante, o

nº 174).

45 "A causa da ação (*causa petendi*) é o *fato jurídico* que o autor coloca como fundamento de sua demanda" (Liebman). "Quando duas ou mais ações se fundam no mesmo ato ou fato jurídico, têm elas mesma *causa* de pedir" (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, 1. ed., v. I, t. I, n. 292, p. 270).

46 "A reunião dos processos não se constitui dever do magistrado, mas sim faculdade, na medida em que a ele cabe gerenciar a marcha processual, deliberando pela conveniência ou não, de processamento simultâneo das ações, à luz dos objetivos da conexão" (STJ – 5ª T., AgRg no Ag 1.150.570/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, ac. 17.09.2009, *DJe* 13.10.2009).

47 "A decisão de ações conexas de despejo e consignatória de aluguéis constitui prejudicial da ação renovatória intentada entre as mesmas partes, impondo-se a suspensão do processo até o trânsito em julgado da decisão que resolver a questão prejudicial" (STJ – 4ª T., REsp 23.331-1-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 29.06.1992, *DJU* 10.08.1992, p. 11.955).

48 BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit*., v. I, t. II, n. 609, p. 468.

49 Nos processos que foram ajuizados separadamente, não pode o juiz de um deles declinar da competência para o outro, se inexistir risco de decisões conflitantes (TJMG, Ag. Inst. nº 17.375, da Comarca de Belo Horizonte, Rel. Des. Humberto Theodoro). "Existindo conexão entre duas ações que tramitam perante juízos diversos, configurada pela identidade do objeto ou da causa de pedir, impõe-se a reunião dos processos, a fim de evitar julgamentos incompatíveis entre si" (STJ, 1ª Seção, AgRg no CC nº 66.507/DF, Rel. Min. Castro Meira, ac. 23.04.2008, *DJe* 12.05.2008).

50 STJ, 6ª T., REsp. nº 703.429, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 03.05.2007, *DJU* 25.06.2007, p. 311; STJ, 4ª T., REsp. nº 5.270, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 11.02.1992, *DJU* 16.03.1992, p. 3.100; STJ, 3ª T., REsp. nº 1.226.016/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 15.03.2011, *DJe* 25.03.2011.

51 STJ, 3ª T., REsp. nº 119.775/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 12.05.1998, *DJU* 22.06.1998, p. 73, *RSTJ* 112/169; STJ, 4ª T., REsp. nº 131.862/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 28.10.2003, *DJU* 19.12.2003, p. 465, *RSTJ* 188/417; STJ, 2ª Seção, CC nº 110.996/MG, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, ac. 23.03.2011, *DJe* 29.03.2011; STJ, 1ª Seção, CC nº 107.932/MT, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 09.12.2009, *DJe* 18.12.2009.

52 A jurisprudência tem-se orientado para o rumo de aplicar o art. 106 apenas considerando como fator de prevenção o despacho que defere a citação do réu, e não qualquer outro despacho ordinatório do processo (Cf. Theotônio Negrão, *Cód. Proc. Civ. e Leg. Proc. em Vigor*, 20ª ed., nota 1 ao art. 106, p. 103; *Rev. Jur. TJSP*, 110/408; STJ, REsp. 2.099/PA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 06.03.90, *in RSTJ* 10/462). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 1.226.016/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 15.03.2011, *DJe* 25.03.2011.

53 ANDRIOLI, Virgílio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n. 30, p. 154.

54 STJ, 2ª Seção, CC 94.051/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 13.08.2008, *DJe* 21.08.2008; STJ, 1ª Seção, CC 105.358/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 13.10.2010, *DJe* 22.10.2010.

55 "Não há conexão de causas quando uma delas já foi julgada, estando em grau de recurso no Tribunal" (1º TA Civ.SP – Ag. Inst. nº 209.468, ac. 25.02.75, *in RT*, 485/134). No mesmo sentido: STJ, REsp. 120.404/GO; Rel. Min. Nilson Naves, ac. 10.03.98, *in RSTJ* 111/184; STJ, CComp. 15.824/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 26.06.96, *in DJU* de 09.09.96, p. 32.308.

56 TJGB, ac. 17.08.72, *in RT*, 452/202; STJ, CComp. 19.686/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 10.09.97, *in RT* 750/123; STJ, 1ª Seção, CC nº 115.532/MA, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 14.03.2011, *DJe* 09.05.2011.

57 TAMG, Apel. nº 4.726, ac. 12.03.76, *in Rev. Lemi*, 102/268; 2º TACiv.SP, Ag. nº 386.092/0-00, Rel. Juiz Souza Aranha, ac. 23.08.93, *in JTACiv.SP* 159/241; STJ, 2ª T., REsp. nº 929.737/RS, Rel. Min. Castro Meira, ac. 21.08.2007, *DJU* 03.09.2007, p. 159.

58 TAMG, ac. 23.04.71, na Apel. 2.939, *in D. Jud. MG*, de 09.06.71. Mas, nos processos que foram ajuizados separadamente não pode o juiz de um deles declinar da competência para o outro, se inexistir risco de decisões conflitantes (TJMG, AI nº 17.375, Rel. Des. Humberto Theodoro). "(...) a declaração de nulidade da conexão depende da demonstração de eventual prejuízo" (STJ, 2ª T., REsp. nº 1.179.286/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 07.10.2010, *DJe* 25.10.2010).

59 São ações de garantia as que uma das partes da ação principal pretenda exercitar para fazer atuar o direito material de garantia perante um terceiro na eventualidade de sucumbência (Andrioli, *op. cit*., v. I, nº 29, pp. 147-150). Exemplo típico de ação de garantia é, pois, a denunciação da lide (art. 70). Nas intervenções de terceiros que envolvam entidades federais, cabe à Justiça Federal assumir a competência "qualquer que seja a forma de intervenção de ente federal na relação processual, inclusive por 'chamamento ao processo', 'nomeação à autoria' e 'denunciação da lide'" (STJ, 1ª Seção, CC nº 89.271/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 14.11.2007, *DJU* 10.12.2007, p. 277).

60 TJRJ, Agr. nº 272, Rel. Des. Doreste Baptista, ac. 20.04.76, *in Rev. Processo*, 5/270. A jurisprudência do STJ, *v.g*., é no sentido de que não há vinculação ao Juízo da separação ou do acordo dos genitores (STJ, 2ª Seção, Rcl nº 3.049/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 12.08.2009, *DJe* 23.02.2010; STJ, 2ª Seção, CC nº 102.849/CE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 27.05.2009, *DJe* 03.06.2009).

61 TJMG, Apel. nº 25.136, Rel. Des. Mello Júnior, ac. 30.11.64, *in Jurisprudência Mineira*, 42/59. Como regra geral, "a ação civil de indenização contra o preponente não se suspende para aguardar o julgamento do processo criminal a que responde o preposto, se não existe divergência quanto ao fato e sua autoria" (TJSP, ac. 05.03.68, *in Revista Forense*, 227/174). "A suspensão do processo, na hipótese de que trata o art. 110 do CPC, é facultativa, estando entregue ao prudente exame do juiz, em cada caso, que deve ter em linha de conta a possibilidade de decisões contraditórias" (STJ, 3ª T., REsp. nº 47.246-6/RJ, Rel. Min. Costa Leite, ac. 30.08.94, *RSTJ*, 71/343; 4ª T., REsp. nº 33.200-3/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 13.03.95, *RSTJ*, 78/268; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.106.657/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 17.08.2010, *DJe* 20.09.2010).

62 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*. 3. ed., pp. 100-102; 23. ed., pp. 141-142.

63 STF, RE nº 64.967, Rel. Min. Thompson Flores, *in RTJ*, 54/361; RE nº 74/885, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *in RTJ*, 65/817; RE nº 77.460, Rel. Min. Thompson Flores, ac. 11.03.74; STJ, 1ª Seção, CC nº 112.647/DF, Rel. Min. Castro Meira, ac. 23.03.2011, *DJe* 04.04.2011. No negócio garantido por hipoteca é válido o foro de eleição (TJPR, Ag. nº 38, Rel. Des. Zeferino Krukoski, ac. 23.04.74, *RF* 246/380; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.048.937/PB, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 22.02.2011, *DJe* 03.03.2011).

64 "Doutrina e jurisprudência já manifestaram o entendimento de que o foro de eleição, domicílio especial que é, foi instituído em benefício do autor, que poderá, assim, renunciá-lo para demandar o réu no domicílio geral" (2º TACiv.SP, ac. 07.02.73, *in RT*, 450/193. No mesmo sentido: acs. de 26.09.73 e 20.11.73, do mesmo Tribunal, *in RT*, 459/176 e 460/207). Prevalece, pois, o entendimento geral de que "se o foro de eleição foi estabelecido a favor do credor, pode ele abdicar do mesmo e utilizar o do domicílio do réu, mais favorável a este" (TJPR, Apel. nº 305/74, ac. 25.02.75, *in RT*, 480/169). Ainda nesse sentido: STJ, REsp. nº 10.998/DF, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 04.02.92, *in DJU* de 09.03.92, p. 2.573. STJ, 4ª T., REsp. nº 961.326/MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 16.03.2010, *DJe* 29.03.2010; STJ, 2ª Seção, CC nº 107.769/AL, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 25.08.2010, *DJe* 10.09.2010.

65 TJRJ, AI nº 359/89, ac. 24.10.1989, Rel. Des. Hilário Alencar, *in* COAD-ADV, Bol. 8/90, nº 48.086, p. 126; TJRS, Ap. nº 589.005.011, ac. 19.09.1989, Rel. Des. Ruy Rosado, *in* COAD-ADV, Bol. 50/89, nº 47.121, p. 798; TAMG, AI nº 6.621, ac. 14.12.1988, Rel. Juiz Ney Paolinelli, *in Julgs. TAMG*, 34-37/97; TAPR, AI nº 472/89, ac. 29.09.1989, Rel. Juiz Gilney Carneiro, *in* COAD-ADV, Bol. 21/90, nº 49.326, p. 325. No caso de direito do consumidor, a declinação de competência pode se dar até de ofício, quando reconhecido o caráter abusivo da cláusula de eleição de foro (STJ, 3ª T., REsp. nº

142.936/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 17.11.98, *DJU* de 01.02.99, p. 185; STJ, 4ª T., REsp. nº 192.312/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 01.12.98, *DJU* de 29.03.99, p. 195).

66 TJSP, Agr. nº 239.650, ac. 13.12.74, *in RT*, 476/116; Agr. nº 2.756-1, ac. 30.04.1980, *in RT*, 547/95; TAMG, Ap. nº 6.591, ac. 19.03.75, *in Julgs. TAMG*, 2/155; STJ, CC nº 245, ac. 28.06.1989, *in Rev. Jur. Mineira*, 71/80; *STJ*, CC nº 706-DF, ac. 24.10.1989, *in DJU* de 27.11.1989, p. 17.560; STJ, CC nº 727-DF, ac. 17.10.1989, *in DJU* de 18.12.1989, p. 18.457. "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício" (STJ, Súmula nº 33; STJ, CComp. nº 14.519/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 13.12.95, *in DJU* de 04.03.96, p. 5.331; STJ, 2ª Seção, CC nº 36.052/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 23.10.2002, *DJU* 18.11.2002, p. 155.

67 "A exceção de incompetência do juízo deve ser arguida por petição própria, e não em preliminar de contestação" (TJSP, AI nº 22.524-1, Rel. Des. Mendes Pereira, ac. 13.04.1982, *in RT*, 562/108). Nesse sentido: TJSP, Ag. nº 20.969-0, Rel. Des. Ney Almada, ac. 02.02.95, *in JTJSP* 169/202.

68 "A arguição de incompetência, como preliminar, constitui mera irregularidade, cujos efeitos devem ser mitigados em atenção à instrumentalidade do processo" (STJ, 2ª Seção, CC nº 13.623-7/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 30.08.95, *DJU* de 18.09.95, p. 19.927, *LEX-STJ* 78/32). "Inserindo, a parte, na petição contestatória, a exceção de incompetência, deve o juiz, para evitar excesso de formalismo, determinar a extração de cópia (se necessária) e a autuação em separado, processando-a na forma da lei" (STJ, 1ª T., REsp. nº 57.022/PR, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 14.12.94, *DJU* de 13.03.95, p. 5.260). No mesmo sentido: TJSP, AI nº 5.024-0, Rel. Des. Sylvio do Amaral, ac. 29.06.1985, *RT* 605/30; TJSP, AI nº 132.508-1, 5ª C., Rel. Des. Márcio Bonilha, ac. 19.04.90, *RT* 659/80; TJRS, AI 590041968, 3ª CC., Rel. Des. Jorge Alcebíades Perrone de Oliveira, ac. 19.09.90, *RJTJRGS* 150/402; STJ, 2ª Seção, CC nº 76.002/SP, Rel. Min. Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), ac. 28.10.2009, *DJe* 01.02.2010.

69 Cabe uma distinção entre o contrato de adesão regulado pelo Código do Consumidor e o disciplinado pelo Código Civil. Para o primeiro, a jurisprudência tem aplicado o art. 51, IV, do CPC, qualificando o foro de eleição como cláusula abusiva, por dificultar a defesa do consumidor. Por isso, o caso seria de cláusula absolutamente nula, donde ser possível a decretação de incompetência a qualquer tempo do foro convencional (STJ, 4ª T., REsp. nº 669.990/CE, Rel. Min. Jorge Scartezzini, ac. 17.08.2006, *DJU* 11.09.2006, p. 289; STJ, 4ª T., REsp. nº 1.032.876/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 18.12.2008, *DJe* 09.02.2009). Não haveria lugar para prorrogação de competência, por falta de tempestiva exceção. Para o contrato paritário regulado pelo Código Civil, entretanto, não há regra de nulidade a aplicar ao foro de eleição, mesmo que se trate de contrato de adesão. Ter-se-ia de apurar, *in concreto*, algum vício de consentimento ou abuso de direito para reconhecer a invalidade da cláusula. Por isso, a matéria ficaria preclusa se o juiz ao despachar a inicial não recusasse a competência, ou se o réu, após a citação, não opusesse a exceção declinatória de foro, no prazo de direito (art. 114). Em outros termos: a competência, no âmbito do CDC, tende a ser tratada como absoluta, mesmo sendo territorial, e nos domínios do Código Civil é inegavelmente relativa, ainda que o foro de eleição se insira em contrato de adesão (STJ, 3ª T., REsp. nº 1.089.993/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 18.02.2010, *DJe* 08.03.2010).

70 COUTO, Mônica Bonetti. "A nova regra do parágrafo único do art. 112", *Tribuna do Direito*. São Paulo, jul./2006, p. 20.

71 Por exemplo, nos contratos de concessão comercial entre montadoras e revendedoras de veículos, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que, diante do vulto econômico envolvido, embora configurada a hipótese de contrato de adesão, deve prevalecer o foro de eleição, já que não é possível atribuir hipossuficiência a qualquer das partes (STJ, 2ª Seção, EDcl no AgRg nos EREsp. nº 972.879/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., ac. 12.08.2009, *DJe* 24.09.2009; STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 928.027/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 01.06.2010, *DJe* 18.06.2010).

72 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. I, n.

210, p. 233.

73 Em matéria de prevenção tem-se como princípio que, na repressão ao perigo de dano grave e de difícil reparação, nem sempre se há de observar, com precisão, o requisito da competência do juízo (ver o nº 998, no vol.II). Por isso, a melhor orientação jurisprudencial é aquela que preserva a eficácia das medidas de urgência decretadas por juiz incompetente, até que o juiz competente, assumindo o processo, possa mantê-las ou revogá-las (STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1.022.375/PR, Rel. Min. Castro Meira, ac. 28.06.2011, *DJe* 01.07.2011).

74 STJ, 2ª Seção, CC nº 21.540-MS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 02.05.98, *RSTJ* 113/157; STJ, 3ª T., REsp. nº 196.043-MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 09.11.00, *RSTJ* 140/330; STJ, 2ª Seção, CC nº 31.227-MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 25.04.01, *RSTJ* 151/223; STJ, 4ª T., REsp. nº 201.195-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 07.12.00, *RSTJ* 153/351; STJ, 2ª Seção, CC nº 23.968-DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. 22.09.99, *RSTJ* 129/212; STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 1.199.092/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 21.09.2010, *DJe* 06.10.2010.

75 STJ, 4ª T., REsp. nº 47.081-1-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 17.05.94, *RSTJ* 62/446; STJ, 2ª Seção, CC nº 32.273/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Filho, ac. 12.12.2001, *DJU* 10.06.2002, p. 137.

76 STJ, 2ª Seção, CC nº 13.632-6-MG, Rel. Min. Ruy Rosado, ac. 09.08.95, *DJU* 25.09.95, p. 31.059; STJ, 2ª Seção, CC nº 68.863/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 27.08.2008, *DJe* 09.09.2008; STJ, 3ª T., REsp. nº 1.072.911/SC, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 16.12.2008, *DJe* 05.03.2009.

77 “Se um juiz se diz incompetente e aponta a competência de outro, que também se declara incompetente, a espécie é de conflito negativo. Se esse juiz, que se deu por incompetente, remete os autos ao outro juiz, caracteriza-se o conflito negativo de competência” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. II, p. 346).

78 STJ, 2ª Seção, CC nº 17.588/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 09.04.97, *RSTJ* 98/191; STJ, 1ªSeção, CC nº 44.107/RN, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, ac. 08.03.2006, *DJU* 17.04.2006, p. 162; STJ, 3ª Seção, CC nº 89.295/CE, Rel. Min. Paulo Gallotti, ac. 10.10.2007, *DJU* 19.11.2007, p. 184.

Capítulo VIII
ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS E AUXILIARES DA JUSTIÇA

§ 33. ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

Sumário: 183. O Poder Judiciário brasileiro. 184. Duplo grau de jurisdição. 185. Jurisdição extraordinária. 186. Competência. 187. Disciplina da magistratura.

183. O Poder Judiciário brasileiro

O sistema constitucional brasileiro divide os órgãos do Poder Judiciário em dois aparelhos, um *federal*, com jurisdição nacional, e os *estaduais*, com jurisdição em cada Estado-membro. Todos são, no entanto, liderados pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e pelo Superior Tribunal de Justiça, em tema de direito comum. Ambos têm sede na capital da República e exercem jurisdição em todo o território nacional (Constituição Federal, art. 92, §§ 1º e 2º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004).

Há, ainda, o Conselho Nacional de Justiça, instituído pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004. Não se trata, porém, de órgão jurisdicional, mas de órgão de natureza administrativa e disciplinar.[1]

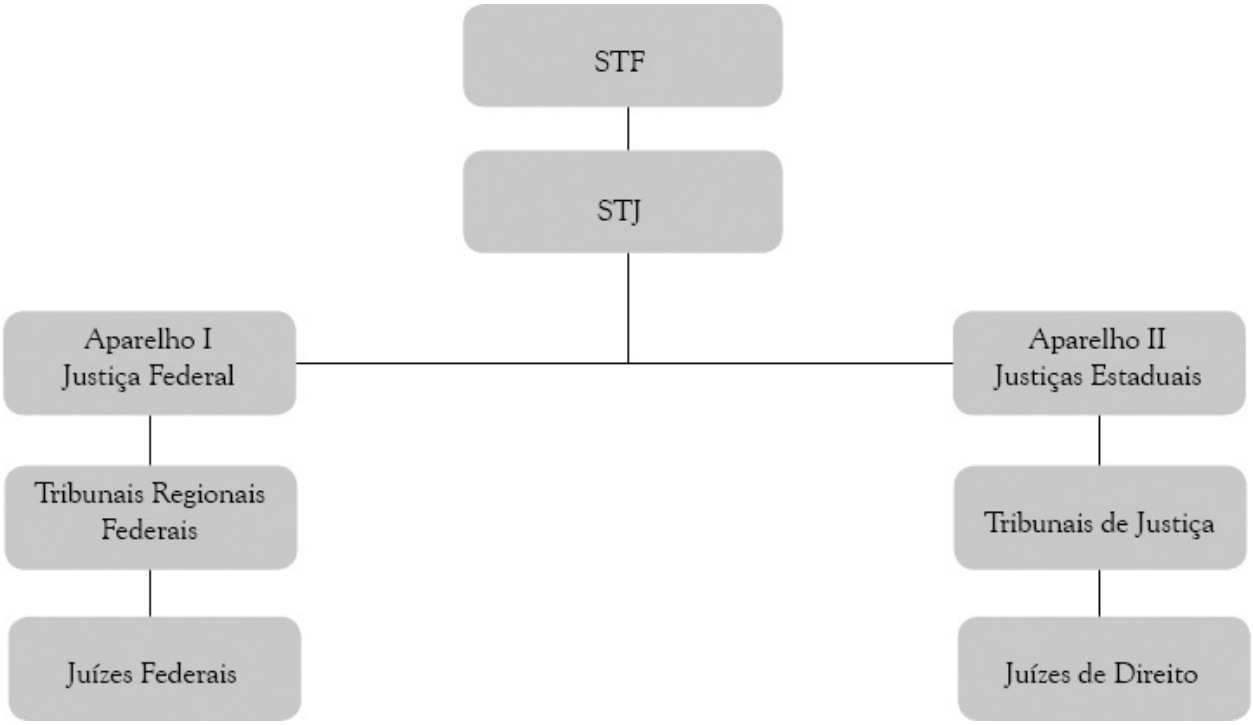
O aparelho federal compreende, além da justiça civil, órgãos de jurisdição *especial*, como a justiça militar, a justiça eleitoral e a justiça trabalhista (art. 92 da Constituição Federal).

Em matéria de *jurisdição civil*, que é a que interessa ao presente *Curso*, a administração da justiça está confiada ao aparelho federal, que compreende os Tribunais Regionais Federais e os juízes federais, e os aparelhos estaduais, que compreendem os Tribunais e juízes de cada Unidade da Federação. Ambos os aparelhos se sujeitam à jurisdição *extraordinária* comum e unificadora do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Forma-se, dessa maneira, uma pirâmide, que tem por ápice o Supremo Tribunal Federal, seguido do Superior Tribunal de Justiça e por base os juízes

estaduais e federais de 1º grau de jurisdição.

A representação gráfica pode ser feita da seguinte forma:



Dentro de cada aparelho, os juízes situam-se em dois planos: o do primeiro grau e o do segundo grau de jurisdição.

No primeiro situam-se os juízos singulares (juízes de direito e juízes federais) e no segundo, os juízos coletivos (TRF e Tribunais de Justiça).

Os do primeiro plano estão coordenados por um laço de subordinação a um mesmo tribunal de 2º grau.

Os tribunais formam o grau superior da hierarquia jurisdicional, colocando-se acima dos juízes, como órgãos de competência recursal. Seus membros são, pois, juízes de recurso ou sobrejuízes.[2]

Entre os juízes de 1º grau e os tribunais de 2º grau a que se acham subordinados os primeiros, a hierarquia é *orgânica e funcional*, pois os superiores exercem poder de *reexame e disciplina*.

Entre os aparelhos estaduais e federais de jurisdição civil no que toca à cúpula do Poder Judiciário nacional (STF e STJ), a hierarquia é apenas *funcional*, pois tão somente se verifica o reexame das matérias decididas, sem que ocorra interferência disciplinar.

Os tribunais gozam de autonomia administrativa e financeira, cabendo-lhes a elaboração de suas propostas orçamentárias, dentro dos limites estipulados

conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias (Constituição Federal, art. 99 e §§, com as inovações da Emenda nº 45, de 8.12.2004). Compete, ainda, aos tribunais escolher seus dirigentes e elaborar seus regimentos internos, bem como organizar os serviços de suas secretarias e dos juízos que lhes são vinculados, e, ainda, prover os cargos de juiz de carreira e os necessários à administração da justiça (Constituição Federal, art. 96).

À União, todavia, compete a elaboração de lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, para estabelecer normas, aplicáveis a todo o aparelhamento judiciário do País, sobre organização, funcionamento, disciplina, vencimentos, promoções, remoções etc., observados alguns princípios fundamentais já traçados pela própria Constituição (art. 93).

Dessa forma, as justiças estaduais organizar-se-ão segundo suas leis locais e regimentos internos, mas deverão acomodá-los às normas gerais traçadas pelo Estatuto Nacional.

184. Duplo grau de jurisdição

Tanto no aparelho *federal* como no *estadual*, a jurisdição civil está organizada segundo o sistema do duplo grau de jurisdição, que assegura ao vencido o reexame, pelo tribunal, em grau de recurso, da matéria apreciada e decidida pelos juízes de primeiro grau.

Permitia a Constituição o desdobramento da segunda instância estadual em tribunais de alçada, para divisão de trabalho. Entretanto, a Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, decretou a extinção dos tribunais de alçada existentes e sua absorção pelos tribunais de justiça. Dessa maneira, o segundo grau de jurisdição na justiça dos Estados ficou unificado nos tribunais de justiça.

Houve, no entanto, uma abertura para uma nova experiência descentralizadora: os tribunais de justiça estão autorizados a constituir *câmaras regionais*, "a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo" (§ 6º acrescentado ao art. 125 da CF pela Emenda nº 45).

185. Jurisdição extraordinária

A jurisdição, via de regra, é exercida em dois *graus*: o originário e o recursal. Existe, porém, a subordinação de toda a justiça nacional ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, o que permite, em alguns casos, a

interposição de recursos contra decisões dos tribunais de segundo grau para aquelas Cortes Superiores.

Essa possibilidade não é geral, todavia, como a que faculta à parte recorrer aos tribunais de segundo grau, quando basta apenas a sucumbência em primeiro grau. Para se obter a prestação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que apenas julgam questões de direito federal, e não questões de fato ou questões de direito local, o recorrente deverá enquadrar sua pretensão em alguns dos permissivos extraordinários da Constituição Federal (arts. 102, inc. III e 105, inc. III, da Constituição Federal).

Daí a denominação de recurso *extraordinário* e de recurso *especial* aos apelos endereçados, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Em consequência, não se concilia a posição dessas cortes superiores com a de um terceiro grau de jurisdição, mas, sim, deve ser havida como grau extraordinário ou especial. Embora funcionando como uma instância extraordinária, já que estes Tribunais Superiores podem rejulgar causas decididas por tribunais ordinários, a verdadeira e principal função que desempenham dentro da Federação é de natureza predominantemente política. Atuam como tribunais de *superposição* (ou *sobreposição*), com o fito de defesa da Constituição e das leis federais, quando mal aplicadas ou negadas por órgãos jurisdicionais inferiores. Nessa perspectiva cabe ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a missão constitucional de promover, por meio dos recursos *extraordinário* e *especial*, a exata observância e a uniforme interpretação da legislação federal, preservando a "unidade do direito nacional".[3]

Em regra, esses recursos não se prestam ao rejulgamento dos fatos e provas, ou seja, não tratam da justiça ou injustiça da decisão recorrida, enquanto esta tenha analisado as questões fáticas, mas se concentram nas *questões de direito federal*, precipuamente.

Uma outra função importantíssima conferida constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal é a de expedir súmulas de sua jurisprudência constitucional com efeitos vinculantes para toda a estrutura dos órgãos do Poder Judiciário nacional. Esta sujeição a tais súmulas ocorre em caráter geral e não apenas dentro da mecânica recursal desempenhada pelo recurso extraordinário. Desse modo, juízes e tribunais, ao proferirem qualquer decisão ou sentença, aplicarão os enunciados da súmula vinculante, tal como fazem em relação aos próprios dispositivos da lei (v., adiante, os itens n$_{os}$ 568-a e 568-b).

186. Competência

A cada órgão do aparelho jurisdicional cabe exercer uma parcela da jurisdição, que recebe a denominação de *competência* do órgão.

Essa competência compreende, além de características da matéria a decidir, uma limitação territorial (a circunscrição do juízo) e uma sede do juízo.

A justiça federal de primeiro grau divide-se em seções judiciárias, dirigidas por juízes federais, as quais abrangem o Distrito Federal e cada um dos Estados, tendo sede nas respectivas capitais (art. 110 da Constituição Federal).

As justiças estaduais dividem-se em comarcas, cuja circunscrição territorial pode abranger um ou mais municípios, tendo sede naquele que dá nome à comarca, e são dirigidas por juízes de direito.

Conforme o movimento da comarca ou da seção judiciária, pode ocorrer desdobramento do juízo de primeiro grau em varas especializadas, ou não, cada uma confiada a um juiz.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm sede no Distrito Federal (CF, art. 92, § 1º) e exercem jurisdição sobre todo o território nacional (CF, art. 92, § 2º).

Os Tribunais de Justiça têm sede nas capitais estaduais e jurisdição sobre todo o território do respectivo Estado. Quanto aos Tribunais Regionais Federais, cabe à lei federal definir sua sede e jurisdição (Constituição Federal, art. 107, § 1º, nos termos da Emenda nº 45, de 8.12.2004).

Na nomenclatura da Constituição, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça compõem-se de Ministros. Os Tribunais de Justiça, de Desembargadores. Os Tribunais Regionais Federais e os juízos de primeiro grau, de Juízes.

Os tribunais e os juízos de primeiro grau integram-se, ainda, de órgãos auxiliares; escrivães ou secretários, oficiais de justiça, escreventes, distribuidores, contadores, peritos, avaliadores, tesoureiros etc.

187. Disciplina da magistratura

Os tribunais de segundo grau de jurisdição exercem a função disciplinar em torno da atividade de seus próprios membros e dos juízes que lhes são subordinados (Constituição Federal, art. 93, inc. X).

Essa autodisciplina sempre foi explicada como uma das formas de assegurar a independência do Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, livrando-o da ingerência de elementos estranhos a seus quadros.

A par do autocontrole exercido internamente pelos próprios tribunais e suas

corregedorias, a Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, instituiu o Conselho Nacional de Justiça, órgão externo de "controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes" (CF, novo art. 103-B, § 4º).

No entanto, as funções deste novo Conselho, cuja composição engloba membros do Judiciário, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados e pessoas indicadas pelo Congresso Nacional, não interferem na atividade jurisdicional, mas apenas na esfera disciplinar.

Além do Conselho Nacional de Justiça, que se superpõe, administrativamente, sobre todos os órgãos que compõem a Justiça brasileira, há um sistema nacional administrativo-disciplinar ligado apenas à Justiça Federal, que se localiza no Conselho da Justiça Federal (Constituição Federal, art. 105, parágrafo único, inc. II). A esse Conselho, que, administrativamente, supervisiona toda a Justiça Federal, tanto em primeiro como em segundo graus, cabem poderes de fiscalizar, investigar, corrigir e, eventualmente, punir as faltas administrativas ocorridas em seu âmbito, inclusive as praticadas pelos membros dos Tribunais Regionais Federais (Lei nº 11.790, de 29.10.2008). Essa função correcional do C.J.F. tanto pode ser exercida originariamente como em grau de recurso, na última hipótese quando a punição disciplinar tiver sido aplicada originariamente por algum TRF. Dentro do sistema do Conselho da Justiça Federal, atua a corregedoria geral da Justiça Federal, como órgão encarregado de executar e fazer executar as deliberações do Conselho.

§ 34. ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS

Sumário: 188. Juízes. 189. Requisitos de atuação do juiz. 190. Garantias da magistratura. 191. Poderes e deveres do juiz. 191-a. Atividade criativa do juiz. 192. Responsabilidade do juiz. 193. Garantia de imparcialidade do juiz. 194. Casuísmo legal. 194-a. Juiz-testemunha. 195. Exclusão do juiz suspeito ou impedido.

188. Juízes

Há, no sistema judiciário brasileiro, órgãos judicantes singulares e coletivos. Mas, em todos eles, as pessoas que, em nome do Estado, exercem o poder jurisdicional são, genericamente, denominadas *juízes*.

No primeiro grau de jurisdição, os órgãos judiciários civis são monocráticos ou singulares, isto é, formados apenas por um juiz. Nos graus superiores (instâncias recursais), os juízos são coletivos ou colegiados, formando tribunais, compostos de vários juízes, que, às vezes, recebem denominações especiais como as de desembargador ou ministro (*vide* nº 186, *retro*).[4]

A Constituição de 1988 criou, outrossim, a figura do Juiz de Paz, que deve ser eleito pelo voto popular, com competência definida por lei ordinária, para o procedimento de habilitação e celebração do casamento, e para exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional (art. 98, inc. II).

189. Requisitos de atuação do juiz

A função jurisdicional que toca a todos os juízes, em qualquer grau, para ser válida e eficazmente exercida, reclama a concorrência de vários requisitos jurídicos, que foram sintetizados por Silva Pacheco, através do seguinte esquema:

"*a) jurisdicionalidade*, isto é, devem estar (os juízes) investidos do poder de jurisdição;

b) competência, ou seja, devem estar dentro da faixa de atribuições que, por lei, se lhes assegura;

c) imparcialidade ou *alheabilidade*, ou seja, devem ficar na posição de

terceiro em relação às partes interessadas;

d) independência, isto é, sem subordinação jurídica aos tribunais superiores, ao Legislativo ou ao Executivo, vinculando-se exclusivamente ao ordenamento jurídico;

e) processualidade, isto é, devem obedecer à ordem processual instituída por lei, a fim de evitar a arbitrariedade, o tumulto, a inconsequência e a contradição desordenada."[5]

Na feliz síntese de Couture, para bem e fielmente cumprir a sua missão jurisdicional, o juiz competente há, enfim, de gozar de *independência* e *autoridade* e ser *responsável*. A *independência* o coloca acima dos poderes políticos e das massas que pretendem exercer pressão sobre suas decisões. A *autoridade* é necessária para que suas decisões não sejam ditames acadêmicos nem peças de doutrina, mas se cumpram efetivamente pelos órgãos encarregados de executá-las. E a *responsabilidade* é o freio indispensável para que o poder não se converta em despotismo e prepotência.[6]

190. Garantias da magistratura

Para assegurar a *independência* dos juízes, sejam membros de juízos singulares ou coletivos, outorga-lhes a Constituição da República três garantias especiais:

a) a vitaliciedade: de modo que não podem perder o cargo senão por sentença judicial;

b) a inamovibilidade: isto é, não podem ser removidos compulsoriamente, senão quando ocorrer motivo de interesse público, reconhecido pelo voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça" (CF, arts. 95, III, e 93, VIII, EC nº 45/2004);

c) a irredutibilidade de subsídio (art. 95 da Constituição Federal, com redação da Emenda nº 19, de 04.06.1998).

Para completar o sistema de garantias, e preservar a *imparcialidade* dos juízes, a Constituição traça, também, restrições às atividades do magistrado, no processo e fora dele.

Com essa preocupação de assegurar a lisura do exercício da função judicante, o art. 95, parágrafo único, da Carta Magna, dispõe que "aos juízes é vedado:

I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; e

III – dedicar-se à atividade político-partidária;

IV – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V – exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração".

Por outro lado, o Código de Processo Civil completa o quadro das garantias do bom exercício da função judicante, estipulando normas sobre requisitos de capacidade, deveres, poderes e responsabilidade dos juízes.

Com tudo isso, procura o legislador, pelos meios a seu alcance, garantir que a prestação jurisdicional seja sempre feita dentro da estrita legalidade e com isenção de suspeita quanto à imparcialidade e independência dos juízes. Mas, para que a autoridade e independência do juiz não descambem para o autoritarismo é necessária a sua submissão ao regime de *responsabilidade* pelos desvios ou abusos de função. É nesse sentido que o Código de Processo prevê os casos em que terá de reparar os danos injustamente acarretados às partes (art. 133).[7]

191. Poderes e deveres do juiz

Nos termos do art. 125 do Código de Processo Civil, o juiz dirigirá o processo conforme as disposições daquele estatuto legal, competindo-lhe:

I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

II – velar pela rápida solução do litígio;

III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;[8]

IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

A um só tempo, portanto, o legislador processual põe nas mãos do juiz poderes para bem dirigir o processo e deveres de observar o conteúdo das normas respectivas. Assim, o juiz tem poderes para assegurar tratamento igualitário das partes, para dar andamento célere ao processo e para reprimir os atos contrários à dignidade da Justiça, mas às partes assiste, também, o direito de exigir que o magistrado use desses mesmos poderes, sempre que a causa tomar rumo contrário aos desígnios do direito processual.

Embora o tratamento isonômico seja a regra dentro da marcha do processo, deve o juiz observar regime especial em favor de certos litigantes carecedores de

atendimento particular, por suas condições pessoais. Assim, por exemplo, em face dos hipossuficientes econômicos, será dispensado o custeio das despesas do processo e o defensor dativo que os assistir terá direito à intimação sempre pessoal e seus prazos contados em dobro (Lei nº 1.060/50, arts. 3º e 5º, § 4º); ao curador do revel será dado contestar a ação por negação geral, o que não se permite ao réu comum (art. 302, parágrafo único, do CPC); ao consumidor, em litígio com fornecedor, dentro do regime do Código de Defesa do Consumidor, poderá ser deferida a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII) etc. A Lei nº 10.173, de 09.01.2001, que adicionou ao Código de Processo Civil três novos artigos, criou, outrossim, um benefício especial para os litigantes idosos: sempre que a parte ou interveniente tiver idade igual ou superior a sessenta e cinco anos, seus procedimentos terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância (art. 1.211-A). Dita preferência poderá ser postulada, pela parte idosa, a qualquer tempo (art. 1.211-B) e prevalecerá, no caso de óbito, em favor dos sucessores (art. 1.211-C). Pelo estatuto do idoso, a idade limite para usufruição do benefício em questão foi reduzida para 60 anos (Lei nº 10.741/2003, art. 71, *caput*).

O inc. LXXVIII, do art. 5º, da Constituição, acrescido pela EC nº 45/2004, inclui entre os direitos fundamentais a garantia de *duração razoável* do processo e do emprego de meios que assegurem a *celeridade* de sua tramitação. Este preceito constitucional é instrumentalizado pelo art. 125, II, do CPC, que impõe ao juiz o dever de "velar pela rápida solução do litígio". Para bem desempenhar esse dever funcional, cabe-lhe fazer uso do poder de dirigir o processo, determinando as provas necessárias à sua adequada instrução e "indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias" (art. 130). É pela correta repressão às manobras procrastinatórias e pela vedação das medidas instrutórias irrelevantes para o julgamento da causa que, em boas proporções, se pode combater a crônica demora dos processos na justiça brasileira.[9]

Figura, ainda, entre os deveres do juiz despachar e sentenciar nas causas que lhe são propostas, mesmo que haja lacuna ou obscuridade da lei (art. 126). É que, estando privada a parte de fazer justiça pelas próprias mãos, em nenhuma hipótese é lícito ao juiz abster-se de prestar-lhe a tutela jurisdicional, desde que pleiteada dentro dos cânones processuais adequados.

O dever de procurar a solução conciliatória a qualquer tempo foi incluído no art. 125 pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994. Em virtude dessa inovação o juiz deve tentar a autocomposição dos litigantes não apenas na audiência de instrução e julgamento. Deverá fazê-lo sempre que se deparar com oportunidade para tanto,

desde a abertura do processo até o estágio que antecede à prolação da sentença. E nada impedirá que tal tentativa se repita mais de uma vez ao longo da marcha processual. Aliás, a Lei nº 8.952 modificou, também, o art. 331 para criar a audiência de conciliação, a ser realizada antes da fase de coleta da prova, como ato distinto da audiência de instrução e julgamento, que somente será promovida se resultar frustrada a primeira.

Na prevenção ou repressão às ofensas à dignidade da justiça (art. 14 e 600), detém o juiz poder sancionatório equivalente ao *contempt of court* do direito anglo-saxônico, qual seja, o de impor multa ao litigante de má-fé e a todo aquele que, no curso do processo, se recuse a cumprir uma ordem judicial de caráter mandamental, ou que embarasse sua concretização, sem prejuízo das sanções civis, criminais e processuais acaso cabíveis.[10]

No processamento e julgamento da lide, impõe o Código ao juiz mais o dever de ater-se às seguintes regras:

a) o julgamento deve observar o princípio da legalidade, ou seja, deve observar as normas legais existentes, pois o juiz não legisla, mas apenas aplica as leis em vigor (art. 126);

b) somente quando não houver norma legal a respeito do *thema decidendum* é que o juiz, tendo o dever de julgar, deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (art. 126);

c) o recurso à *equidade*, que consiste em abrandar o rigor da norma legal diante das particularidades do caso concreto, só é permitido nos casos previstos em lei (art. 127);

d) a lide será decidida nos limites em que a parte a propõe, sendo defeso ao juiz conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (art. 128). Não se permitem, pois, os julgamentos *ultra petita*, *citra petita* ou *extra petita*;

e) cabe ao juiz obstar a fraude quando, pelas circunstâncias da causa, convencer-se de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei (art. 129);

f) na apuração da verdade dos fatos que interessam à solução da causa, caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, bem como indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130) (vide, adiante, nº 420);

g) na apreciação da prova, o juiz procederá livremente, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas sem ir além do pedido (*iudex secundum allegata et probata decidere debet*). Mas

a livre apreciação da prova não é sinônimo de arbitrariedade, já que há de ser feita segundo critérios lógicos e máximas da experiência, cabendo ao juiz *fundamentar a sentença*, através da indicação expressa dos motivos que formaram o seu convencimento (art. 131). A Constituição Federal de 1988 inclui entre os fundamentos do Estatuto da Magistratura a obrigatoriedade de que todas as decisões sejam *fundamentadas*, sob pena de nulidade (Constituição Federal, art. 93, inc. IX);

h) caberá, finalmente, ao julgador observar o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual "o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido, ou aposentado, caso em que passará os autos ao seu sucessor" (art. 132). Entende a jurisprudência, com inteira razão, que a vinculação do juiz à causa só ocorre quando, na audiência, houver coleta de prova oral, pois é esta que fundamenta o princípio da identidade física do juiz.[11]

191-a. Atividade criativa do juiz

A ordem legal positiva aspira a ser exaustiva, mas não consegue exaurir toda necessidade normativa da sociedade. Regras incompletas, lacunas legais, normas apenas genéricas são fatos inevitáveis no direito positivo.

Nada obstante, o juiz, na tarefa de prestar a tutela jurisdicional, "não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei" (CPC, art. 126, 1ª parte). Caber-lhe-á, em primeiro lugar, aplicar as *normas legais*, mas "não as havendo recorrerá à analogia, aos costumes e aos *princípios gerais de direito*" (CPC, art. 126, 2ª parte).

A missão do juiz não é, dessa maneira, apenas a de reproduzir, na composição da lide, a regra editada pelo legislador. Incumbe-lhe, também, uma atividade *criativa*, para completar o preceito legal genérico e pouco detalhado, assim como para suprir-lhe as lacunas.

Nessa perspectiva moderna do direito, os princípios e os costumes assumem força normativa tanto como as regras. Todos são fontes de direito, de que o juiz tem de se valer para compor os conflitos jurídicos e não apenas a lei. O *princípio*, em tal conjuntura, "é a norma sujeita à aplicação graduada em função de circunstâncias fáticas ou jurídicas".[12] Se não há preceito legal específico, se a analogia não oferece oportunidade de incidência, se a lei existente é genérica ou incompleta, os princípios do direito entrarão em atividade, com a mesma autoridade e força da lei.

É denegação de justiça, por isso, deixar de examinar uma pretensão deduzida em juízo, apenas porque não disciplinada específica e diretamente por norma legal. O direito não se resume aos preceitos da lei.

No desempenho, porém, da atuação criativa, o juiz não deverá, obviamente, se colocar acima da lei, porque a ordem constitucional se acha apoiada no princípio da legalidade. Pode interpretar a lei atualizando-se o sentido, para adequá-la aos costumes e anseios da sociedade contemporânea. Pode aprimorá-la, pode completá-la, suprindo-lhe as lacunas, mas não deve, de forma alguma, desprezá-la ou revogá-la.[13]

192. Responsabilidade do juiz

Além das sanções disciplinares, o juiz responde civilmente pela indenização dos pre-juízos acarretados à parte nos seguintes casos:

I – quando proceder com dolo ou fraude no exercício de suas funções (art. 133, I);

II – quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 133, II).

A segunda hipótese acima só se reputará verificada depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 dias (art. 133, parágrafo único).

193. Garantia de imparcialidade do juiz

É imprescindível à lisura e prestígio das decisões judiciais a inexistência da menor dúvida sobre motivos de ordem pessoal que possam influir no ânimo do julgador.[14]

Não basta, outrossim, que o juiz, na sua consciência, sinta-se capaz de exercitar o seu ofício com a habitual imparcialidade. Faz-se necessário que não suscite em ninguém a dúvida de que motivos pessoais possam influir sobre seu ânimo.[15] Na pitoresca comparação de Andrioli, "o magistrado, como a mulher de César, não deve nunca ser suspeito".[16]

Daí a fixação pelo Código de causas que tornam o juiz *impedido* ou *suspeito*, vedando-lhe a participação em determinadas causas.

Os casos de *impedimento* são mais graves e, uma vez desobedecidos, tornam vulnerável a coisa julgada, pois ensejam ação rescisória da sentença (art. 485, nº II).

Já os de *suspeição* permitem o afastamento do juiz do processo, mas não afetam a coisa julgada, se não houver a oportuna recusa do julgador pela parte.

Aplicam-se os motivos legais de suspeição e impedimento tanto aos juízes singulares como aos membros dos tribunais (art. 137).

Por afetarem o poder jurisdicional do órgão judicante, é assente na doutrina e jurisprudência que esses motivos legais de impedimento ou suspeita são de direito estrito, não admitindo, por isso, aplicação analógica, nem interpretação extensiva.[17]

194. Casuísmo legal

Segundo o art. 134, é *impedido* o juiz, no processo contencioso ou voluntário:

I – de que for parte;

II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV – quando nele tiver postulado, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V – quando cônjuge, parente consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou na colateral, até o terceiro grau;

VI – quando for órgão de direção ou administração de pessoa jurídica, parte na causa.

No caso do nº IV, *supra*, não permite o Código que a parte mude de advogado apenas para provocar o impedimento do juiz. Este impedimento só ocorre quando o juiz, ao tomar conhecimento da causa, já encontre o advogado atuando (art. 134, parágrafo único).

Ocorre *suspeição* de parcialidade do juiz, nos termos do art. 135, quando:

I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes deste, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender

às despesas do litígio;

V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Admite o Código, ainda, que o juiz se declare suspeito por motivo de foro íntimo, que, naturalmente, não precisa ser explicitado pelo julgador (art. 135, parágrafo único).

Nos tribunais, há um caso especial de impedimento, que se dá entre dois ou mais juízes-membros, quando parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta, e no segundo grau da linha colateral. O primeiro desses juízes que tomar conhecimento do processo, no tribunal, impede que o outro participe do julgamento, sendo, por isso, substituído pelo substituto legal (art. 136).

194-a. Juiz-testemunha

O juiz, como qualquer pessoa, pode presenciar, fora do processo, fatos que se tornam relevantes para o julgamento da causa. Não está, obviamente, impedido de testemunhar a seu respeito em juízo. O que não se tolera é a confusão das duas funções, a de julgar e a de testemunhar.

Se é arrolado o juiz como testemunha, deverá, em primeiro lugar, certificar-se de que realmente tenha algum conhecimento acerca do fato discutido no processo. Inexistindo o que depor, ser-lhe-á possível recusar-se a atuar como testemunha no feito submetido à sua direção. Tendo, porém, conhecimento pessoal a revelar, instalar-se-á a incompatibilidade entre a qualidade de magistrado e a de testemunha. Ficará impedido de continuar como juiz do feito (art. 134, II).

Ainda, porém, que não seja arrolado como testemunha, não tem o juiz condição de dirigir o processo e julgá-lo, quando houver presenciado os fatos básicos do litígio. É que, em tal circunstância, consciente ou inconscientemente, sua convicção estaria sob impacto de eventos e circunstâncias extra-autos.

Só o fato notório permite invocação pelo juiz sem o prévio crivo da apuração nos autos. Se o juiz profere a sentença segundo conhecimento pessoal dos fatos ou de parte deles, o processo torna-se nulo pois "atua como testemunha extrajudicial, estando impedido de exercer suas funções jurisdicionais, ante o pressuposto processual da imparcialidade".[18]

Na verdade a influência do conhecimento extra-autos que o juiz detenha sobre a base fática da lide traduz-se em quebra da garantia do contraditório. A sentença, diante desse quadro, terá sido proferida sob influência de elementos que não passaram pelo debate dialético da instrução probatória. O que não está

nos autos não existe para o processo, segundo clássica parêmia de raízes romanas. O convencimento do juiz é livre, mas tem de ser formado apenas sobre os fatos e elementos do processo (art. 131).

Daí a conclusão de Amaral Santos de que "tudo aconselha que, sabedor como homem e não como juiz, este se dê por incompatível com a função de juiz, transmitindo a direção do processo a outro magistrado".[19]

195. Exclusão do juiz suspeito ou impedido

Dispõe o art. 137 que "o juiz que violar o dever de abstenção, ou não se declarar suspeito, poderá ser recusado por qualquer das partes".

Há, de tal sorte, um dever para o juiz de reconhecer e declarar, *ex officio*, seu próprio impedimento ou suspeição. E há, também, para a parte, o remédio processual adequado para afastar da causa o juiz suspeito ou impedido, quando este viola o dever de abstenção. Em outras palavras: à obrigação do juiz de *abster-se* corresponde o direito processual da parte de *recusá-lo*.[20]

Essa recusa da parte processa-se através do incidente de *exceção de impedimento* ou *suspeição* (arts. 312 a 314), que é autuado em apenso aos autos principais (art. 299) e que tem efeito suspensivo com relação ao processo (art. 306). (Sobre esse incidente, ver, adiante, os n$_{os}$ 386 a 391.)

§ 35. AUXILIARES DA JUSTIÇA

Sumário: 196. O juízo. 197. Escrivão. 198. Oficial de justiça. 199. Perito. 200. Depositário e administrador. 201. Intérprete. 202. Outros auxiliares eventuais.

196. O juízo

O juiz – detentor do poder jurisdicional – para consecução de suas tarefas necessita da colaboração de órgãos auxiliares, que, em seu conjunto e sob a direção do magistrado, formam o *juízo*.

Não é possível a realização da prestação jurisdicional sem a formação e desenvolvimento do processo. E isto não ocorre sem a participação de funcionários encarregados da documentação dos atos processuais praticados; sem o concurso de serventuários que se incumbam de diligências fora da sede do juízo; sem alguém que guarde ou administre os bens litigiosos apreendidos etc.

Para cada uma dessas tarefas o juiz conta com um auxiliar específico que pode agir isoladamente, como o depositário ou o intérprete, ou que pode dirigir uma repartição ou serviço complexo (*ofício*), como o escrivão.

De acordo com o art. 139 do Código de Processo Civil, "são auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete".

Entre esses "outros auxiliares" a que alude o Código, são mais comuns o distribuidor, o partidor, o contador e o tesoureiro.

Os serventuários do juízo costumam ser divididos em duas categorias: os *permanentes* e os *eventuais*.

Permanentes são os que atuam continuamente, prestando colaboração em todo e qualquer processo que tramite pelo juízo, como o escrivão, o oficial de justiça e o distribuidor. Sem estes auxiliares, nenhum processo pode ter andamento.

Há, porém, auxiliares que não integram habitualmente os quadros do juízo e só em alguns processos são convocados para tarefas especiais, como o que se

passa com o intérprete e o perito. Esses são os auxiliares *eventuais*.

197. Escrivão

É o mais importante auxiliar do juízo, pois é o encarregado de dar andamento ao processo e de documentar os atos que se praticam em seu curso.

De acordo com o art. 141, incumbe ao escrivão:

I – redigir, em forma legal, os ofícios, mandados, cartas precatórias e mais atos que pertençam a seu ofício;

II – executar ordens judiciais, promovendo citações e intimações, bem como praticando todos os demais atos que lhe forem atribuídos pelas normas de organização judiciária;[21]

III – comparecer às audiências, ou, não podendo fazê-lo, designar para substituí-lo escrevente juramentado, de preferência datilógrafo ou taquígrafo;

IV – ter, sob sua guarda e responsabilidade, os autos não permitindo que saiam de cartório, exceto:

a) quando tenham de subir à conclusão do juiz;

b) com vista aos procuradores, ao Ministério Público ou à Fazenda Pública;

c) quando devam ser remetidos ao contador ou partidor;

d) quando, modificando-se a competência, forem transferidos a outro juízo;

V – dar, independentemente de despacho, certidão de qualquer ato ou termo do processo, observado o disposto no art. 155 a respeito de feitos que correm em segredo de justiça.

Segundo o § 4º do art. 162, instituído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, a marcha comum do processo, naqueles casos em que não depende de nenhum juízo de valor, como nas "juntadas" e "vistas obrigatórias", será impulsionada, de ofício, pelo próprio escrivão ou secretário, ou quem for o auxiliar encarregado da documentação do processo.

A forma e conteúdo dos atos processuais, de documentação e guarda, que tocam ao escrivão, acham-se regulados pelos arts. 166 a 171.

O escrivão tem *fé pública*[22] e sua função recebe do Código o nome de *Ofício de Justiça* (art. 140). Cartório é a repartição dirigida pelo escrivão onde podem servir outros funcionários subalternos, como os escreventes, cuja função se regula pelas normas de organização judiciária.

Num mesmo juízo, pode haver um ou mais ofícios de justiça, como prevê o art. 140. No caso de pluralidade de ofícios, os processos são distribuídos entre eles por natureza ou por sorteio.

O escrivão, nos termos do art. 144, é responsável civilmente pelos prejuízos que acarretar às partes quando:

I – sem motivo justo, se recusar a cumprir, dentro do prazo, os atos que lhe impõe a lei, ou os que o juiz, a que está subordinado, lhe comete;

II – praticar ato nulo, com dolo ou culpa.

Em seus impedimentos, o escrivão é substituído segundo as regras da Organização Judiciária. Mas, se inexistir o substituto legal, o juiz deverá nomear pessoa idônea para o ato (escrivão *ad hoc*), a fim de não paralisar o processo (art. 142).

198. Oficial de justiça

É o antigo *meirinho*, o funcionário do juízo que se encarrega de cumprir os mandados relativos a diligências fora de cartório, como citações, intimações, notificações, penhoras, sequestros, busca e apreensão, imissão de posse, condução de testemunhas etc.

Sua função é subalterna e consiste apenas em cumprir ordens dos juízes, as quais, ordinariamente, se expressam em documentos escritos que recebem a denominação de *mandados*.

São os oficiais de justiça, em síntese, os "mensageiros e executores de ordens judiciais".[23]

As tarefas que lhes cabem podem ser classificadas em duas espécies distintas:

a) atos de *intercâmbio processual* (citações, intimações etc.);

b) atos de *execução* ou de *coação* (penhora, arresto, condução, remoção etc.).

Enumera o art. 143 as seguintes tarefas do oficial de justiça:

I – fazer pessoalmente as citações, prisões, penhoras, arrestos e mais diligências próprias do seu ofício, certificando no mandado o ocorrido, com menção de lugar, dia e hora. A diligência, sempre que possível, realizar-se-á na presença de duas testemunhas;

II – executar as ordens do juiz a que estiver subordinado;

III – entregar, em cartório, o mandado, logo depois de cumprido;

IV – estar presente às audiências e *coadjuvar* o juiz na manutenção da ordem;

V – efetuar avaliações (atribuição acrescida pela Lei nº 11.382, de 06.12.2006).

Os oficiais de justiça gozam, como os escrivães, de *fé pública*, que dá cunho

de veracidade, até prova em contrário, aos atos que subscrevem no exercício de seu ofício.

No caso de danos causados à parte, por descumprimento de dever funcional, ocorre a responsabilidade civil dos oficiais de justiça, semelhantemente à dos escrivães (art. 144).

199. Perito

O perito é um auxiliar eventual do juízo, que assiste o juiz quando a prova do fato litigioso depender de conhecimento técnico ou científico.

Trata-se, portanto, de um auxiliar ocasional por *necessidade técnica*.

É, geralmente, pessoa estranha aos quadros de funcionários permanentes da Justiça. Sua escolha é feita pelo juiz, para funcionar apenas num determinado processo, tendo em vista o fato a provar e os conhecimentos técnicos do perito.[24]

Uma vez nomeado pelo Juiz, o perito, aceitando o encargo, investe-se, independentemente de compromisso, em função pública e assume "o dever de cumprir o ofício, no prazo que lhe assina a lei, empregando toda a sua diligência" (art. 146). Permite o Código, todavia, que o perito se escuse do encargo, desde que alegue "motivo legítimo" (art. 146, *caput, in fine*).

A escusa deve ser apresentada dentro de cinco dias contados da intimação, ou do impedimento superveniente ao compromisso, sob pena de se reputar renunciado o direito de alegá-la (art. 146, parágrafo único, e art. 423).

Nos termos do art. 147, "o perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado por dois anos a funcionar em outras perícias, e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer (art. 342 do Código Penal de 1940).

A função do perito é remunerada, sendo o ônus das despesas atribuído às partes, segundo a regra do art. 33. Quanto à forma de efetuar o pagamento da remuneração do perito, o parágrafo único do art. 33, criado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, prevê que se exigirá da parte responsável pelos honorários o depósito prévio em juízo, que ficará sujeito à correção monetária e será entregue ao técnico somente após a apresentação do laudo. O juiz, porém, nos casos de trabalhos que exigem gastos de monta, poderá autorizar liberações parciais da verba depositada, na proporção das necessidades.

Quando a parte, que deveria depositar antecipadamente os honorários periciais, demandar sob o benefício da assistência judiciária, o juiz adotará as seguintes providências: (i) consultará o perito sobre a possibilidade de relegar o

pagamento de seus honorários para o final do processo; (ii) não havendo tal concordância, procederá à substituição do perito particular por técnico de estabelecimento oficial especializado.[25]

200. Depositário e administrador

O depositário é o serventuário ou auxiliar da Justiça que se encarrega da guarda e conservação dos bens colocados às ordens do juízo, por força de medidas constritivas, como a penhora, o arresto, o sequestro, a busca e apreensão e a arrecadação (art. 148).

Quando, pela natureza dos bens, além da guarda e conservação, competir ao auxiliar da Justiça praticar atos de gestão, como na penhora de empresas, a função será exercida por *administrador* nomeado pelo juiz.

O administrador é, pois, o depositário com funções de gestor.

Depositário e administrador entram, assim, na classe dos auxiliares da Justiça por *conveniência econômica*.

Sua função é remunerada, figurando os respectivos proventos entre as despesas processuais de que trata o art. 20. A remuneração será fixada pelo juiz, atendendo à situação dos bens, ao tempo do serviço e às dificuldades de sua execução (art. 149).

O depositário e o administrador podem, conforme a complexidade da função, indicar prepostos para auxiliá-los, os quais serão nomeados pelo juiz (art. 149, parágrafo único).

Conforme as normas de organização judiciária, pode haver ou não depositário judicial permanente no juízo. Quando houver funcionário nestas condições, será ele normalmente o encarregado da guarda dos bens judicialmente apreendidos. Na sua falta, o juiz ou o oficial de justiça escolherá pessoa idônea para o encargo.

Para as funções de administrador, que requerem, como é óbvio, conhecimentos e aptidões especiais, não se cogita do depositário judicial acaso existente. Haverá sempre nomeação de pessoa idônea, moral e tecnicamente, que exercerá a missão sob fiscalização e orientação do juiz.

Como os demais auxiliares do juízo, também “o depositário ou administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte” (art. 150).

Em tal hipótese, perderá ainda o direito à remuneração que lhe foi arbitrada, mas ficar-lhe-á assegurado o ressarcimento dos gastos feitos no exercício do encargo (art. 150, *in fine*).

201. Intérprete

Intérprete é aquele a quem se atribui o encargo de traduzir para o Português os atos ou documentos expressados em língua estrangeira ou em linguagem mímica dos surdos-mudos.

É portanto, como o perito, um auxiliar da justiça por *necessidade técnica*. Segundo o art. 151, o juiz nomeará intérprete para as seguintes missões:

I – analisar documentos de entendimento duvidoso, redigido em língua estrangeira;

II – verter em Português as declarações das partes e das testemunhas que não conhecerem o idioma nacional;

III – traduzir a linguagem mímica dos surdos-mudos que não puderem transmitir a sua vontade por escrito.

A função pode ser exercida por funcionário permanente ou por pessoa idônea da escolha do juiz. Não pode, entretanto, recair sobre quem:

I – não tiver a livre administração dos seus bens;

II – for arrolado como testemunha ou servir como perito no processo;

III – estiver inabilitado ao exercício da profissão por sentença penal condenatória, enquanto durar o seu efeito (art. 152).

A função do intérprete assemelha-se à do perito e a ela se aplicam as normas de obrigatoriedade e escusa previstas nos arts. 146 e 147 (art. 153).

202. Outros auxiliares eventuais

Prevê o Código o concurso de vários outros auxiliares da Justiça que são chamados a atuar em circunstâncias especiais do procedimento, como, por exemplo: o serviço postal (arts. 221, I, e 223, parágrafo único); o serviço telegráfico (arts. 206 e 374); a imprensa oficial (arts. 232, III, 236, 687); o administrador da massa do insolvente (art. 761, I); a força policial (arts. 445, III, 662 e 825); o comando militar (art. 412, § 2º); a repartição pública (arts. 412, § 2º); o leiloeiro (arts. 688, parágrafo único, 694, 705 e 706); o corretor da Bolsa de Valores (art.704); o Banco do Brasil e outros estabelecimentos de crédito (art. 666, I); o terceiro detentor de documentos (art. 360); os assistentes técnicos (art. 421, § 1º, nº I), o curador especial (arts. 9º, 1.042 e 1.179), o síndico nas falências, o comissário nas concordatas etc.

1 “Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes” (CF, art. 103-B, § 4º, acrescentado pela Emenda nº 45, de 8.12.2004).

2 LOPES DA COSTA. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, n. 69.

3 DEMARCHI, Paolo Giovanni. *Il nuovo rito civile*. II. *Il giudizio di cassazione e i provvedimenti speciali*, Milano: Giuffrè, 2006, p. 53.

4 A Lei Federal nº 7.244/84 autorizou a criação de “juizados de pequenas causas”, nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, para julgamento célere e informal das causas de reduzido valor. Tais juízos dependem, para sua implantação, das leis de organização judiciária locais. E a utilização deles é apenas facultativa para a parte. Trata-se de órgãos presididos por Juiz de Direito e que deverão funcionar mediante participação de conciliadores e árbitros, dando nítido realce à busca de uma solução imediata e conciliadora para os pequenos litígios. A implantação desses tribunais, que era apenas sugerida pela Lei nº 7.244/84, passou a configurar um dever dos Estados e da União, em face do que dispõe o art. 98, inc. I, da Constituição de 1988. Após a vigente Constituição, a regulamentação desses tipos de juízos passou a ser feita pela Lei nº 9.099, de 26.09.95, que alterou a respectiva denominação para “Juizados Especiais”.

5 PACHECO, José da Silva. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, n. 269-a, v. I, p. 157.

6 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* Buenos Aires: Depalma, 1974, n. 103, p. 161.

7 “A garantia da imparcialidade do juiz reclama a coexistência de três condições: (a) independência; (b) autoridade; e (c) responsabilidade” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre a garantia constitucional do juiz natural. In FUX, Luiz. *et al; Processo e constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo: RT, 2006, p. 506).

8 Como esclarece a “Exposição de Motivos” do Min. Buzaid, o Código “consagra o princípio dispositivo (art. 266), mas reforça a autoridade do Poder Judiciário, armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça”.

9 Exemplo de prova corretamente inadmitida encontra-se em acórdão do STJ, que julgou legítimo o indeferimento de diligência para comprovar, em ação de responsabilidade civil, que o dano se deu em virtude de estado de necessidade. Ponderou o aresto não ter ocorrido cerceamento de defesa, porque a comprovação da excludente de ilicitude, na espécie, em nada influencia na conclusão do processo. Isso porque, de qualquer forma, persistiria a obrigação para o réu de indenizar o prejuízo suportado pelo autor (STJ, 3ª T., REsp. nº 1.278.627/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 18.12.2012, *DJe* 04.02.2013).

10 ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. *Revista Jurídica*, v. 318, p. 17, abril/2004; MAFRA, Jeferson Isidoro. Dever de cumprir ordem judicial. *Revista Forense*, v. 378, p. 450, mar./abr. 2005.

11 Segundo decidiu o STJ, em face da nova redação do art. 132, dada pela Lei nº 8.637, a simples remoção do juiz, máxime quando para outra vara da mesma comarca, não o desvincula da obrigação de sentenciar se foi quem conduziu e encerrou a instrução do feito (REsp. 19.826-0-Pr, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 24.08.93, *DJU* de 20.09.93, p. 19.179). Assim também a promoção (STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 766.155/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 14.09.2010, *DJe* 07.10.2010).

12 GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 138.

13 "*Il giudice è soggetto soltanto alla legge (100 cost.) e in ciò si manifesta l'aspetto saliente del principio di legalità. Il giudice non può giudicare secondo le proprie visioni del mondo, ma rispetando la Costituzione e le leggi del Parlamento*" (PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, P. *Manuale di diritto civile*. 3. ed., Napoli: Edizione Schientifiche Italiane, 2002, n. 22, p. 43).

14 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. I, n. 214, p. 237.

15 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffre, 1968, n. 59, v. I, pp. 127-128.

16 ANDRIOLI, Virgílio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n. 31, p. 155.

17 ANDRIOLI, Virgílio. *Op. cit*., n. 31, v. I, p. 156.

18 1º TACivSP, Ap. 387.889, 2ª C., Rel. Juiz Rodrigues de Carvalho, ac. 16.03.1988, *RT* 630/140.

19 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1966, n. 51, p. 129.

20 ANDRIOLI, Virgílio. *Op. cit*., n. 31, v. I, p. 156.

21 O órgão auxiliar que tem a função específica de *citar* é o Oficial de Justiça, como esclarece o art. 224. Ao escrivão somente incumbe diligenciar a citação nos casos especiais em que a lei permite o uso da *via postal*.

22 ANDRIOLI, Virgílio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n. 32, p. 159.

23 REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1957, n. 96, v. I, p. 96.

24 De acordo com o § 1º do art. 145 do CPC, introduzido pela Lei nº 7.270, de 10.12.1984, "os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente". Mas, se não houver profissionais qualificados no local da perícia, "a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz" (§ 3º).

25 STJ, 2ª T., RMS 37.138/PR, Rel. Min. Herman Benjamim, ac. 04.9.2012, *DJe* 11.09.2012; STJ, 3ª T., REsp. nº 435.448/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 19.09.2002, *DJU* 04.11.2002, p. 206; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.286.094/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 22.11.2011, *DJe* 1º.12.2011.

Parte III
Atos Processuais

Capítulo IX
FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

§ 36. ATOS PROCESSUAIS

Sumário: 203. Conceito. 204. Agentes. 205. Atos do processo e atos do procedimento. 206. Classificação dos atos processuais. 207. Forma dos atos processuais. 208. Publicidade. 209. Meios de expressão. 209-a. O uso de sistema de transmissão de dados. 209-b. O grande programa de implantação do processo eletrônico no Brasil. 209-c. O processo eletrônico no STF.

203. Conceito

O processo apresenta-se, no mundo do direito, como uma relação jurídica que se estabelece entre as partes e o juiz e se desenvolve, através de sucessivos atos, de seus sujeitos, até o provimento final destinado a dar solução ao litígio.

Inicia-se, desenvolve-se e encerra-se o processo por meio de atos praticados ora pelas partes, ora pelo juiz ou seus auxiliares. Há, ainda, acontecimentos naturais, não provocados pela vontade humana, que produzem efeito sobre o processo, como a morte da parte, o perecimento do bem litigioso, o decurso do tempo etc.

Assim, é lícito dizer que "o processo é uma sequência ordenada de fatos, atos e negócios processuais", como ensina Hélio Tornaghi.[1] Negada, porém, por muitos, a utilidade da distinção entre atos e negócios processuais, podem-se resumir ambos sob um só conceito: o de *ato processual*.

Em consequência, fato processual seria todo acontecimento natural com influência sobre o processo, e ato processual toda ação humana que produza efeito jurídico em relação ao processo.[2]

Ou, como quer Chiovenda, são "atos jurídicos processuais os que têm

importância jurídica em respeito à relação processual, isto é, os atos que têm por consequência imediata a *constituição*, a *conservação*, o *desenvolvimento*, a *modificação* ou a *definição* de uma relação processual".[3]

Distinguem-se dos demais atos jurídicos pelo fato de pertencerem ao processo e produzirem efeito jurídico direto e imediato sobre a relação processual, seja, como se afirmou, na sua constituição, desenvolvimento ou extinção.[4]

Observa Calmon de Passos, com propriedade, que não há atos processuais praticados fora do processo, nem são atos processuais todos os atos praticados dentro do processo. Um mandato *apud acta*, por exemplo, não é ato processual, mas simples contrato regulado pelo direito civil, já que sua eficácia em nada difere do mandato outorgado extra-autos. Ato processual será aquele que o advogado praticar no processo com base no mandato *ad judicia* (a petição, a presença em audiência, a exceção, o recurso etc.). Da mesma forma, a transação e o pagamento continuam sendo atos de direito material, apenas com efeitos reflexos sobre o processo. Não adquirem natureza diversa apenas porque praticados durante o processo. Ato processual será o uso desses atos materiais para obter a extinção do processo, como a arguição de transação, e sua homologação pelo juiz, bem como a dedução, pela parte, da exceção de pagamento. Para, enfim, ter-se ato processual, em sentido próprio, é necessário que o ato tenha sido praticado no processo, com efeito imediato sobre ele, e que, ainda, somente possa ser praticado no processo.[5]

204. Agentes

Não apenas as partes praticam atos processuais, mas também o órgão jurisdicional e seus auxiliares. Isto porque o processo, na sua função instrumental de realizar a tutela jurisdicional do Estado, na composição do litígio que envolve as partes, só alcança o seu desígnio mediante conjugação de atividades e esforços dos próprios litigantes e dos órgãos judiciários. *Iudicium est actus trium personarum*, como já ensinava Búlgaro.

"Logo, tanto os atos das partes quanto os do juiz ou dos auxiliares e demais participantes da relação processual se destinam a preparar essa solução" e todos são atos processuais.[6] Até mesmo os atos que visam a evitar a resolução jurisdicional do litígio, como a transação, a conciliação e o juízo arbitral, na verdade se incluem no próprio escopo que engendrou a instituição do processo mas só adquirem força de sentença, diante da situação litigiosa, em razão da

sentença judicial que os homologa e lhes empresta a autoridade da *coisa julgada*, pondo fim à relação processual.[7]

Não é, na verdade, ato processual a transação ou o compromisso arbitral, em si, porque ambos não passam de contratos que evitam o processo e produzem seus efeitos materiais com ou sem processo, o qual pode nem mesmo vir a existir. Atos processuais são a exceção de transação ou de compromisso, bem como a sentença que homologa a solução negocial do litígio.[8]

Não raras vezes, até mesmo terceiros, estranhos à controvérsia dos litigantes, são convocados a praticar atos decisivos para que o processo atinja seu objetivo, tal como se dá nos casos de exibição de documento ou coisa, de testemunhos etc. Se os atos desses terceiros produzem eficácia direta e imediata sobre o desenvolvimento e influem sobre o desfecho do processo, é claro que, também, devem ser considerados atos processuais.

Em síntese, há de se entender por ato processual "o ato jurídico emanado das *partes*, dos *agentes da jurisdição*, ou mesmo dos *terceiros* ligados ao processo, suscetível de criar, modificar ou extinguir efeitos processuais.[9]

205. Atos do processo e atos do procedimento

Como o processo pode ser encarado sob dois ângulos distintos – o do *processo* propriamente dito (relação jurídico-processual) e o do *procedimento* (rito ou forma do processo) – também os atos processuais podem ocorrer no plano do processo e no plano apenas do procedimento.

O processo, enquanto relação jurídica tendente a alcançar um objetivo (a composição da lide), compõe-se de atos que buscam diretamente a consecução de seu fim. Entre os atos que dizem respeito especificamente ao *processo*, nesse sentido, pode-se citar os que provocam a instauração da relação processual, documentam os fatos alegados e solucionam afinal a lide, como a petição inicial, a citação, a contestação, a produção de provas e a sentença.

No plano meramente procedimental, há atos, das partes e dos órgãos jurisdicionais, que somente refletem sobre o rito, sem influir na relação processual e no encaminhamento do feito rumo à solução do litígio. É o que ocorre, por exemplo, quando as partes ajustam uma ampliação ou redução de prazo; quando dividem entre si um prazo comum de vista dos autos; quando se adia uma audiência por acordo das partes ou deliberação do juiz; quando se convenciona substituir um rito especial pelo ordinário; quando se prorroga a competência de um juiz por convenção ou ausência de declinatória de foro etc.

206. Classificação dos atos processuais

Não há, na doutrina, um consenso quanto à classificação dos atos processuais. Enquanto muitos preferem *critérios objetivos* (isto é, que consideram o *objeto* do ato praticado), outros se orientam pela visão *subjetiva*, baseada no sujeito que tenha praticado o ato processual.

Classificação objetiva é, *v.g.*, a de Guasp, apontada por José Frederico Marques como a mais satisfatória, e que distribui os atos do processo segundo três momentos essenciais da relação jurídico-processual: o *nascimento*, o *desenvolvimento* e a *conclusão* do processo.

Dentro desse esquema, os atos processuais podem ser:

I – *atos de iniciativa*: os que se destinam a instaurar a relação processual (a petição inicial);

II – *atos de desenvolvimento*: os que movimentam o processo, compreendendo atos de *instrução* (provas e alegações) e de *ordenação* (impulso, direção, formação);

III – *atos de conclusão*: atos decisórios do juiz ou dispositivos das partes, como a renúncia, a transação e a desistência.[10]

Chiovenda[11] e Lopes da Costa,[12] entre muitos outros, preferem, no entanto, a classificação *subjetiva*, que permite sejam os atos processuais agrupados em:

I – *atos das partes*; e

II – *atos dos órgãos jurisdicionais*.

Essa foi, também, a orientação do nosso Código em vigor, que mereceu aplausos de Moniz de Aragão, por ser a classificação subjetiva a mais singela e a que melhor atende às necessidades a esse respeito, seja do ponto de vista didático, seja do ponto de vista legislativo.[13]

O próprio Frederico Marques, apologista da classificação objetiva, reconhece que "a subjetiva é a mais empregada, talvez por atender melhor a critérios de ordem prática e às exigências didáticas".[14]

Para o Código, os atos processuais são divididos em:

I – atos da parte (arts. 158-161);

II – atos do juiz (arts. 162-165); e

III – atos do escrivão ou do chefe de secretaria (arts. 166-171).

Não se pode deixar de consignar, todavia, que outras pessoas também praticam, ou podem praticar, atos jurídicos no curso do processo, como oficiais de justiça, depositários, peritos, testemunhas, leiloeiros, arrematantes etc., o que, sem dúvida, torna incompleta a classificação do Código.

Mas, como bem esclarece José Frederico Marques, “para um estudo geral dos atos processuais é suficiente a divisão em atos do juiz e atos das partes”. Pois “os atos que os auxiliares do juízo e terceiros praticam no processo ainda não foram devidamente sistematizados. Os estudos a eles referentes ainda se limitam à exposição dos atos mais importantes individualmente, sem que ainda se tenha formulado algo definitivo no plano geral e abstrato dos princípios”.[15]

207. Forma dos atos processuais

Forma é o conjunto de solenidades que se devem observar para que o ato jurídico seja plenamente eficaz.[16] É através da forma que a declaração de vontade adquire realidade e se torna ato jurídico processual.

Quanto à forma, os atos jurídicos em geral costumam ser classificados em solenes ou não solenes. Solenes são aqueles para os quais a lei prevê uma determinada forma como condição de validade. E não solenes, os atos de forma livre, isto é, que podem ser praticados independentemente de qualquer solenidade e que se provam por quaisquer dos meios de convencimento admitidos em direito.

Os atos processuais são solenes porque, via de regra, se subordinam à forma escrita, a termos adequados, a lugares e tempo expressamente previstos em lei.

“Entre os leigos” – advertia Chiovenda – “abundam censuras às formas judiciais, sob a alegação de que as formas ensejam longas e inúteis querelas, e frequentemente a inobservância de uma forma pode acarretar a perda do direito; e ambicionam-se sistemas processuais simples e destituídos de formalidades. A experiência, todavia, tem demonstrado que as formas são necessárias no processo tanto ou mais que em qualquer relação jurídica; sua ausência carreia a desordem, a confusão e a incerteza”.[17]

Realmente, a forma, nos atos jurídicos mais importantes, é sempre instituída para segurança das partes, e não por mero capricho do legislador. O que se pode, razoavelmente, condenar é o excesso de formas, as solenidades exageradas e imotivadas. A virtude está no meio-termo: a forma é valiosa e mesmo imprescindível na medida em que se faz necessária para garantir aos interessados o proveito a que a lei procurou visar com sua instituição. Por isso, as modernas legislações processuais não sacrificam a validade de atos por questões ligadas ao excessivo e intransigente rigor de forma, quando se relacionam com atos meramente instrumentais, como soem ser os do processo.

Sem se chegar ao extremismo da ausência de forma, que levaria ao caos e à

inutilização do processo como meio hábil de composição dos litígios (pois é impossível conceber-se o processo desligado da *forma*), nosso Código faz, de maneira clara, prevalecer sobre a forma a substância e a finalidade do ato processual. Assim, o art. 154, *caput*, dispõe que "os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir".[18] Mas, conforme o mesmo dispositivo legal, ainda quando houver exigência de determinada solenidade, reputar-se-ão válidos os atos que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial. Para o Código, portanto, as formas que prescrevem são relevantes, mas sua inobservância não é causa de nulidade, a não ser que dela tenha decorrido a não consecução da finalidade do ato.[19]

Quando, todavia, o texto legal cominar, expressamente, a pena de nulidade para a inobservância de determinada forma, como no caso das citações (art. 247), não incide a regra liberal do art. 154, de maneira que o ato não produzirá eficácia jurídica, ainda que a ciência da *in ius vocatio* tenha efetivamente chegado ao réu.

Sem embargo da ineficácia do ato solene praticado sem observância das formalidades necessárias, é possível supri-lo por outro que proporcione o efeito processual dele esperado (exemplo: o comparecimento espontâneo do réu para se defender supre a falta ou nulidade da citação, nos termos do art. 214, § 3º).

A solenidade, em matéria de procedimento, está, em qualquer caso, sempre ligada à instrumentalidade do processo, de modo que somente quando não se atinge o fim visado pelo ato processual é que se deve reconhecer-lhe a invalidade. O interesse público no procedimento não está localizado na forma, mas no objetivo a ser processualmente assegurado (isonomia das partes, contraditório, ampla defesa etc.).

É nesse sentido que se pode afirmar que o processo moderno está, cada vez mais, comprometido com a funcionalidade. Por seu intermédio, buscam-se efeitos predeterminados, de modo que os atos processuais se legitimam antes pelos resultados alcançados do que pelo rigor das formas procedimentais prescritas.

208. Publicidade

Um dos princípios fundamentais do processo moderno é o da publicidade de seus atos, que se acha consagrado, em nosso Código, pelo art. 155 (Constituição Federal, art. 93, inc. IX).

São públicos os atos processuais no sentido de que as audiências se realizam a portas abertas, com acesso franqueado ao público, e a todos é dado conhecer os atos e termos que no processo se contêm, obtendo traslados e certidões a respeito deles.

Há, porém, casos em que, por interesse de ordem pública e pelo respeito que merecem as questões de foro íntimo, o Código reduz a publicidade dos atos processuais apenas às próprias partes. Verifica-se, então, o procedimento chamado "em segredo de justiça", no qual apenas as partes e respectivos procuradores têm pleno acesso aos atos e termos do processo.

Nesses procedimentos sigilosos, como dispõe o parágrafo único do art. 155, "o direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores". Ainda, conforme o mesmo preceito, os terceiros só poderão requerer certidão a respeito do dispositivo da sentença (nunca de sua fundamentação ou dos outros dados do processo) e do inventário e partilha resultante da separação dos cônjuges.

O pedido será endereçado ao juiz, que o indeferirá, se o terceiro não demonstrar interesse jurídico na obtenção do documento.

Os feitos que se sujeitam às restrições do procedimento em segredo de Justiça, de acordo com o art. 155, *caput*, são:

I – aqueles em que o exigir o interesse público; e

II – os que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, separação de corpos, alimentos e guarda de menores.

Em todos esses processos, as audiências realizam-se a portas fechadas (art. 444), com a presença apenas do juiz e seus auxiliares, bem como das partes e seus advogados, e, ainda, do representante do Ministério Público, quando funcionar como *custos legis*.

209. Meios de expressão

O processo compõe-se de *atos jurídicos* que, obviamente, correspondem a declarações de vontade. Sua exteriorização se faz, necessariamente, pela linguagem, que tanto pode ser a *oral* como a *escrita*.

As petições das partes geralmente são escritas, mas há atos processuais orais como o pregão nas hastas públicas e as audiências de instrução e julgamento. Esses atos orais devem, no entanto, ser reduzidos a termo pelo escrivão, para sua documentação nos autos.

Para todo e qualquer ato do processo, há uma língua oficial e obrigatória, que é o português, nosso vernáculo (art. 156).

Por isso, se se pretende juntar aos autos documento redigido em língua estrangeira, deverá a parte providenciar para que sua apresentação em juízo se faça acompanhada de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado (art. 157).[20]

Se não existir tradutor oficial na sede do juízo, é admissível que a parte junte o documento estrangeiro, mediante requerimento de nomeação, pelo juiz, de tradutor *ad hoc* para fazer, nos autos, a versão devida.

Há, também, necessidade de intérprete, para dar expressão em vernáculo, quando, nos atos orais das partes e testemunhas, estas não souberem se expressar na língua nacional (art. 151, nos II e III).

209-a. O uso de sistema de transmissão de dados

Há algum tempo vinha se tentando introduzir na justiça a prática de atos processuais por meios magnéticos como o fac-símile e outros sistemas modernos de transmissão de dados e imagens. O problema que levava a jurisprudência a resistir a esses meios de comunicação situava-se na dificuldade de controle da autenticidade e na pouca duração dos textos retransmitidos. Por influência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ficou assentado que os recursos manifestados via fax só seriam admitidos se a parte protocolasse o original da petição ainda dentro do prazo previsto para a prática do ato. Isto, como é óbvio, anulava, praticamente, a utilidade do ato processual praticado pelos modernos instrumentos de comunicação.

Adveio, porém, a Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, que deu razoável disciplina ao assunto, ao prescrever a possibilidade de as partes amplamente se valerem de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição (art. 1º).

Considerar-se-á, outrossim, cumprido o ato, tempestivamente, sempre que a mensagem chegar ao órgão judicial dentro do prazo legal. Mas incumbirá à parte apresentar os originais em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término (art. 2º). O ato processual, assim, torna-se complexo, visto que sua eficácia dependerá da chegada ao destinatário antes do termo final e ainda da posterior juntada da petição em original, nos cinco dias subsequentes.[21] Com isso ganha-se celeridade na postulação, ao mesmo tempo em que se preserva sua autenticidade.

Mesmo quando o ato processual não estiver sujeito a prazo, caberá sempre ao agente o ônus de entregar os originais em cartório, até cinco dias da data da recepção do material (art. 2º, parágrafo único). Dito prazo é contínuo e não se interrompe pela eventual intercalação de sábado, domingo ou feriado no respectivo fluxo.[22] O dia não útil apenas interfere no início e no fim do prazo legal (arts. 178 c/c 184, §§ 1º e 2º).

Para a determinação do termo inicial da contagem do prazo de cinco dias para apresentação dos originais, o entendimento fixado pela jurisprudência do STJ, que se harmoniza com o do STF, é no sentido de distinguirem-se duas situações: a) se o ato praticado está sujeito a prazo predeterminado, contar-se-á o quinquídio legal a partir do dia seguinte ao término do prazo do recurso ou ato, pouco importando se a petição foi transmitida antes de findo o prazo de lei; b) se o ato não estiver sujeito a prazo legal, a entrega dos originais terá de ocorrer em cinco dias contados a partir da recepção do fax pelo órgão judiciário de destino.[23] É, aliás, o que decorre da literalidade do art. 2º e parágrafo único da Lei nº 9.800/1999.

Os atos do juiz que decorrem da petição transmitida magneticamente não dependem da posterior juntada dos originais e poderão ser desde logo praticados (art. 3º).

Corre, contudo, por conta de quem usa o sistema de transmissão, a responsabilidade pela qualidade e fidelidade do material transmitido e por sua oportuna entrega ao órgão judiciário (art. 4º). Admite-se até que o fac-símile não seja diretamente recebido pelo órgão judicial, mas por agência oficial de telecomunicações ou por outro intermediário, os quais farão a mensagem chegar a seu destino final. A Lei nº 9.800, aliás, não condiciona sua observância ao fato de existir nos órgãos judiciais equipamentos de recepção (art. 5º). Nesses casos, a aferição de tempestividade do ato se dará não pela transmissão da mensagem, mas pela sua efetiva entrega à secretaria do juízo.

Será, outrossim, considerado litigante de má-fé o usuário do sistema "se não houver perfeita concordância entre o original remetido pelo fac-símile e o original entregue em juízo" (art. 4º, parágrafo único).

Quanto à via eletrônica para a transmissão dos atos processuais, o parágrafo único acrescentado ao art. 154 pela Lei nº 11.280, de 16.02.06, criou a possibilidade de uma maior modernização dos tribunais ao permitir que esses disciplinem "a prática e a comunicação dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira –

ICP – Brasil". Ficou, pois, na alçada de cada tribunal criar as condições de efetiva utilização dos modernos meios eletrônicos de comunicação.

Tendo a Lei nº 11.419/2006 instituído o § 2º para o art. 154, o seu antigo parágrafo único passou a § 1º. Por sua vez, o novo § 2º veio reforçar a possibilidade de informatização do processo judicial, ao prescrever que "todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei".[24]

Outra importante aplicação das fontes da Internet para a prática de ato processual foi autorizada pela Lei nº 11.341, de 07.08.2006. Na esteira do que já vinha sendo aceito pela jurisprudência,[25] o parágrafo único do art. 541 sofreu alteração de texto para ficar expressa a autorização legal ao uso da mídia eletrônica no cumprimento do ônus de comprovar o dissídio jurisprudencial em que se apoiar o recurso especial. A parte não estará mais sujeita a se valer de certidão ou de publicidade do acórdão-paradigma em repositório oficial de jurisprudência. Poderá utilizar a "reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte" (v. item 576-b-1).

209-b. O grande programa de implantação do processo eletrônico no Brasil

A Lei nº 11.419, de 19.12.2006, com vigência a partir de 20.03.2007, traçou o ambicioso programa de implantação do processo judicial eletrônico a ser utilizado nas justiças civil, penal e trabalhista, bem como nos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição (art. 1º, § 1º).

Definiram-se regras para o processo totalmente eletrônico ou apenas para certos atos do processo ainda desenvolvido sob a forma de documentação atual. Constam da Lei nº 11.419 normas de tramitação do "processo judicial eletrônico" (arts. 8º a 13) e outras que se referem à comunicação de atos e transmissão de peças processuais (arts. 4º a 7º).

A par dessas regras especiais, os Capítulos I e IV da Lei de Informatização do processo judicial contêm normas gerais sobre critérios a serem observados na técnica de introduzir no mundo das praxes procedimentais expedientes próprios dos meios eletrônicos de armazenamento e transmissão de dados.

Como premissa da eficiência e garantia da segurança jurídica, ficou assentado que o envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de *assinatura eletrônica*, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplina a ser definida pelos órgãos judiciais respectivos (art. 2º).[26]

Para aplicação do processo eletrônico, a Lei nº 11.419 define a *assinatura eletrônica* como forma de identificação inequívoca do signatário, que deverá ocorrer de duas maneiras (art. 1º, § 2º):

a) por *assinatura digital* baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da legislação específica (Medida Provisória nº 2.200-002, de 24.08.2001);

b) mediante *cadastro de usuário* no Poder Judiciário, conforme vier a ser disciplinado pelos órgãos desse poder.

Quanto à comunicação de atos do processo, que pode ser aplicada desde logo, antes mesmo do processo totalmente eletrônico, a Lei nº 11.419 prevê a possibilidade de os órgãos do Poder Judiciário desenvolverem sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas (art. 8º). Todos os atos processuais, praticados nessa nova linguagem, deverão ser assinados eletronicamente na forma já aludida, isto é, por assinatura digital certificada por Autoridade Certificadora, e mediante controle em cadastro do Poder Judiciário (art. 8º, parágrafo único).

Regras específicas são editadas para as citações e intimações (arts. 5º e 6º) e para as cartas precatórias, rogatórias e de ordem (art. 7º). Os tribunais ficaram autorizados a instituir o *Diário da Justiça eletrônico*, para publicação dos atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a ele subordinados, bem como comunicações em geral (art. 4º, *caput*), tudo sob autenticação de assinatura digital com base em certificado expedido por Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica (art. 4º, § 1º). Quando implantado o *Diário da Justiça eletrônico*, o atual *Diário Oficial* impresso desaparecerá. O eletrônico passará a ser o único veículo de divulgação sistemática dos atos judiciais.

O processo eletrônico por meio de autos totalmente digitais foi regulado pelos arts. 8º a 13, permitindo que desde a petição inicial até o julgamento de última instância tudo se passe de maneira informatizada, isto é, a prática de todos os atos processuais possa utilizar-se de sistema eletrônico com autenticação assegurada por assinatura eletrônica. Provas e documentos úteis ao processo devem ser digitalizados, valendo como originais para todos os efeitos legais (art. 11). A remessa de autos de um juízo a outro ou aos tribunais também será feita por via eletrônica. Exceção de falsidade e incidentes de exibição de documentos também se farão, ordinariamente, pela via digital (arts. 11, § 2º, e

13, §§ 1º e 2º).

Em disposições gerais e finais foram traçadas regras de orientação aos tribunais no desenvolvimento dos sistemas de informatização processual, que deverão usar, preferencialmente, programas com código aberto, acessíveis ininterruptamente por meio da rede mundial de computadores, priorizando-se a sua padronização (art. 14). Recomendou-se a adoção de mecanismos de identificação de prevenção, litispendência e coisa julgada (art. 14, parágrafo único), e buscou-se exigir na distribuição de qualquer petição inicial a informação sobre o número de registro da parte no cadastro de pessoas físicas ou jurídicas, perante a Secretaria da Receita Federal (art. 15).

Livros cartorários e repositórios dos órgãos do Poder Judiciário poderão ser gerados e armazenados em meio totalmente eletrônico (art. 16).

Previu-se, finalmente, que aos Órgãos do Poder Judiciário caberá a regulamentação do processo eletrônico esboçado pela Lei nº 11.419/2006, no que couber, no âmbito das respectivas competências (art. 18). É claro que a adoção de técnicas novas e complexas como as que determinam o emprego dos meios eletrônicos não se impõe apenas com uma lei federal genérica. Os problemas suscitados nesta completa transformação dos hábitos forenses situam-se muito mais na ordem prática que na ordem normativa. Daí que somente os tribunais e outros órgãos de direção da Justiça poderão concretizar o programa da efetiva informatização do processo. É, por isso mesmo, que a Lei nº 11.419 reconhece a necessidade de sua disciplina ser complementada por regulamentação local de cada órgão de gestão do Poder Judiciário.[27]

Na verdade, a maior parte das técnicas eletrônicas previstas pela Lei nº 11.419 poderia ser implantada por mera vontade administrativa dos órgãos judiciais, sem depender mesmo de lei especial para tanto.

Para facilitar a transformação paulatina do processo escrito em processo virtual, a Lei nº 11.419 introduziu alterações de texto nos arts. 38, 154, 164, 169, 202, 221, 237, 365, 399, 417, 457 e 556, todos do Código de Processo Civil. Mais da metade deles refere-se a atos processuais (procuração, formas processuais, comunicação processual, inclusive intimação, citação, cartas precatórias etc.) e outros três são relativos a provas documentais. Todos foram apreciados em adendos aos tópicos do *Curso* onde produziram reflexos.

209-c. O processo eletrônico no STF

Com base no art. 18 da Lei nº 11.419/2006, o STF instituiu, pela Resolução

nº 344, de 25.05.2007, o *e-STF* (*software*), como o único meio eletrônico de tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças, no âmbito de sua competência (arts. 1º e 2º). Estipulou-se, outrossim, que os atos e peças processuais atinentes ao referido *software* serão protocolados eletronicamente, via rede mundial de computadores, com acesso disponibilizado nas dependências do STF e nos órgãos judiciais de origem (art. 3º).

Os procuradores das partes, para a prática de atos processuais pelo *e-STF*, devem submeter-se a prévio credenciamento, que se fará no STF ou nos órgãos judiciais de origem, sempre de forma pessoal (ato indelegável e intransferível) e que gerará senha indispensável aos atos previstos no art. 1º da Resolução nº 344/2007 (arts. 4º e 5º). Os não credenciados praticarão os requerimentos e atos processuais na forma tradicional.

Uma vez credenciado, o procurador ou representante das partes com capacidade postulatória será intimado eletronicamente por meio do *e-STF* dispensando-se a publicação no órgão oficial, mesmo depois de instituído o *Diário da Justiça eletrônico* (art. 6º). A determinação da data da intimação será feita segundo as normas do art. 5º e §§ da Lei nº 11.419 e art. 6º da Resolução nº 344.[28]

Não tendo a parte procurador credenciado para o *e-STF*, a intimação eletrônica será feita pelo *Diário da Justiça eletrônico*, independentemente da consulta prevista no art. 5º, § 1º da Lei nº 11.419, cuja eficácia se restringe aos credenciados (Resolução nº 344, art. 6º, § 6º). Em outros termos: os procuradores credenciados não se sujeitam ao regime do *Diário da Justiça eletrônico*, mas apenas ao do *e-STF*, e os não credenciados, apenas ao do *Diário eletrônico*.[29]

A publicidade ampla dos atos do processo eletrônico é garantida pela consulta livre realizável, por qualquer um, pela rede mundial de computadores (Resolução nº 344, art. 11).

Sobre o recurso extraordinário, há disposição de que, sendo redigido em petição escrita, será, na origem, digitalizado e transmitido, obrigatoriamente, ao Supremo Tribunal Federal via *e-STF* (Resolução nº 344, art. 13). Sobre o assunto, v. adiante o item nº 575-a.

§ 37. ATOS DA PARTE

Sumário: 210. Conceito e classificação. 211. Eficácia dos atos das partes. 212. Petições e autos suplementares. 213. Cotas marginais e lineares nos autos.

210. Conceito e classificação

Consideram-se atos da parte os praticados pelo autor ou réu, pelos terceiros intervenientes ou pelo Ministério Público, no exercício de direitos ou poderes processuais, ou para cumprimento de ônus, obrigações ou deveres decorrentes da relação processual.

Couture os classifica em atos de *obtenção* e atos *dispositivos*.[30] Os primeiros procuram obter do órgão jurisdicional a satisfação de uma pretensão manifestada nos autos; e os últimos têm por objetivo criar, modificar ou extinguir situações processuais.

Os atos de obtenção, por sua vez, compreendem:

a) atos de petição, também denominados atos postulatórios, que consistem nos pedidos ou requerimentos em que a parte postula uma providência ou um ato processual específico. Compreende o pedido do autor, com que se manifesta o direito de ação, e a resposta do réu, bem como outras postulações incidentais em que as partes formulam seus diversos requerimentos, inclusive o de produzir documentos e outras provas;

b) atos de afirmação, que também podem ser denominados atos reais, são os que a parte não postula e sim age materialmente, criando situações concretas como a da exibição de um documento em seu poder, o pagamento das custas, a prestação de caução etc.;

c) atos de prova, ou atos de instrução são aqueles que conduzem aos autos os meios de demonstrar ao juiz a verdade dos fatos alegados na ação ou na defesa.

Geralmente, os atos probatórios envolvem atividade conjunta das partes dos órgãos judiciais, e até de terceiros, como se dá na coleta de depoimentos e nas perícias.

Quanto aos atos dispositivos, que também recebem o nome de atos de

causação, porque nele o ato de vontade da parte tende a produzir justamente o efeito procurado por sua intenção, tal como ocorre, nos atos jurídicos do direito privado, podem ser subdivididos em:

a) atos de submissão: quando a parte se submete, expressa ou implicitamente, à orientação imprimida pelo outro litigante ao processo. Há submissão expressa à pretensão do autor, quando o réu reconhece a procedência do pedido (art. 269, II).

Há, por exemplo, submissão implícita, quando o demandado, em ato omissivo, deixa de contestar a ação, e permite que a revelia produza o efeito de tornar verídicos, para o processo, os fatos alegados na inicial (art. 319);

b) atos de desistência: quando há desistência do processo ou renúncia ao direito nele postulado, quer da parte do autor, quer do réu. Podem se referir a questões de direito material (art. 269, V) e de direito processual (art. 267, III). São atos unilaterais;

c) atos de transação: representam atos bilaterais realizados pelas partes sob a forma de avenças ou acordos processuais. Podem se referir ao mérito da causa, quando se apresentam como forma de autocomposição da lide, como na conciliação (art. 449), e na transação (art. 269, III).[31]

Podem, outrossim, relacionar-se com questões meramente processuais, como na convenção para adiar a audiência (art. 453, I) ou para abreviar ou aumentar prazos (art. 181).

211. Eficácia dos atos das partes

Dispõe o art. 158 que "os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais, ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais".

Isto quer dizer que os efeitos do ato processual, salvo disposição em contrário, são imediatos e não dependem de redução a termo nem de homologação judicial.

A desistência da ação, porém, só produz efeito depois de homologada por sentença (art. 158, parágrafo único). O mesmo se dá com a conciliação das partes (art. 449) e a transação (art. 475-N, III).

212. Petições e autos suplementares

Para formação de autos suplementares, impõe o Código às partes o dever de

apresentar em duplicata todas as petições e documentos que instruírem o processo, desde que não constantes de Registro Público (art. 159).

Essas cópias, datadas e assinadas pela parte, depois de conferidas pelo escrivão, irão formando os autos suplementares, dos quais deverão constar a "reprodução de todos os atos e termos do processo original" (art. 159, § 1º).

Não é lícito às partes ou advogados retirarem autos suplementares de cartório. De lá só saem para conclusão ao juiz, na falta dos autos originais (art. 159, § 2º).

A principal função dos autos suplementares é servir de base para a restauração do processo no caso de extravio dos autos originais (art. 1.063, parágrafo único).

Estão dispensados de formar autos suplementares os órgãos judiciais sediados no Distrito Federal e nas Capitais dos Estados (art. 159).

Ao entregar em cartório suas petições, arrazoados, papéis e documentos, as partes têm direito a recibo a ser passado pelo escrivão (art. 160), o qual comprova observância dos prazos legais e serve para documentar o ato praticado.

213. Cotas marginais e lineares nos autos

Aos advogados das partes é assegurado o direito de manusear livremente os autos, inclusive fora do cartório.

Mas proíbe o Código que neles se lancem cotas marginais ou interlineares (art. 161).

Quando tal preceito for infringido, o juiz mandará riscar as cotas, impondo a quem as escreveu multa correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo (art. 161, segunda parte).

"Nem mesmo os traços a lápis, que Batista Martins dizia toleráveis, devem ser permitidos. A não ser assim, em pouco tempo os autos estarão repletos de traços e sinais que os desfigurarão."[32]

A multa imposta será incluída na conta de custas para ser cobrada da parte responsável.

§ 38. ATOS DO JUIZ

Sumário: 214. Atividade processual do juiz. 215. Atos decisórios. 216. Definições legais. 217. Decisão interlocutória. 218. Despachos. 219. Sentença. 220. Atos não decisórios. 221. Forma dos atos decisórios.

214. Atividade processual do juiz

No comando do processo, o juiz está dotado de duas espécies de poderes: o de dar solução à lide, e o de conduzir o feito segundo o procedimento legal, resolvendo todos os incidentes que surgirem até o momento adequado à prestação jurisdicional.

Durante a marcha processual e no exercício de seus poderes de agente da jurisdição, o juiz pratica atos processuais de duas naturezas:

a) decisórios; e

b) não decisórios.

Nos primeiros, há sempre um conteúdo de deliberação ou de comando. Nos últimos, há apenas função administrativa, ou de polícia judicial.

215. Atos decisórios

Conforme a natureza do processo (de *cognição* ou de *execução*), os atos do juiz podem ser divididos em:

a) atos decisórios propriamente ditos; e

b) atos executivos.

Nos primeiros, visa-se a preparar ou obter a declaração da vontade concreta da lei frente ao caso *sub iudice*. Já nos atos executivos, procura-se a realização efetiva da mesma vontade, através de providências concretas sobre o patrimônio do devedor, para satisfação do direito do credor (atos, por exemplo, que ordenam a penhora, a arrematação, a adjudicação etc.).

Quando, no entanto, se faz a confrontação dos atos do juiz com os atos das partes no processo, aqueles, mesmo quando se referem ao processo executivo,

"são, regra geral, provisões, ordens, determinações, decisões", logo "atos decisórios" em sentido lato.

Assim é perfeitamente válida a afirmação de Amaral Santos de que "as atividades do juiz, no desenvolvimento da relação processual, se manifestam especialmente por meio de atos decisórios – *despachos* e *sentenças*".[33]

A enumeração dos atos decisórios do juiz está feita pelo próprio Código, que, no art. 162, os classifica em:

a) sentença;

b) decisão interlocutória; e

c) despachos.

216. Definições legais

Para superar divergências doutrinárias em torno da classificação e definição dos atos decisórios do juiz, o novo Código, em seu art. 162 e parágrafo, assim os conceituou:

a) sentença, na dicção originária do art. 162, § 1º, era "o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa". A Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, para se adequar à nova visão unitária do processo, que incluiu os atos de cumprimento da mesma relação processual em que a condenação foi proferida, alterou o texto do referido parágrafo, dando nova definição à sentença e passando a vê-la como "o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267[34] e 269";[35]

b) decisão interlocutória "é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente" (art. 162, § 2º);

c) despachos são "todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma" (art. 162, § 3º).

Recebem a denominação de "acórdão" as decisões ou julgamentos proferidos pelos tribunais (art. 163).

217. Decisão interlocutória

"Decisão, em sentido lato, é todo e qualquer pronunciamento do juiz, resolvendo uma controvérsia, com o que abrange, em seu significado, as próprias sentenças".[36]

A decisão interlocutória, porém, tem um conteúdo específico, diante do

conceito que o Código lhe emprestou de maneira expressa. Corresponde, assim, ao "ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente".

A ideia de decisão interlocutória remonta ao Direito Romano, onde se fazia uma contraposição entre *sentenças* e *interlocuções*. Enquanto aquelas resolviam o mérito, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor, as interlocuções abrangiam todos os demais pronunciamentos do juiz, emitidos no curso do processo, sem solucionar o litígio.

Por deturpação do direito germânico, acolhida pelo direito canônico e intermédio, adotou-se o conceito de sentença interlocutória para alguns pronunciamentos que, sem julgar o mérito da causa, solucionavam, contudo, questões outras surgidas durante a tramitação do processo, visando a preparar a sentença final, como, por exemplo, as relacionadas com o ônus da prova, com a tempestividade da defesa, o cabimento de uma prova especial etc.[37]

Chiovenda demonstrou a impropriedade da expressão *sentença interlocutória*, pois, em seu significado próprio, sentença tem por objetivo o resultado final do processo, enquanto *interlocução* é apenas o meio de preparar a solução última do feito.

Procurando fugir a essa lúcida crítica, o Código adotou a denominação "decisão interlocutória" para caracterizar as deliberações que solucionam questões incidentes no curso do processo, distinguindo-as dos simples "despachos", dos quais o juiz se serve quando apenas tem que dar andamento ao processo, em sua trajetória normal rumo à sentença.

Há possibilidade de inúmeros incidentes no curso do processo e até se pode deparar com alguns que provoquem o encerramento da própria relação processual, sem solução do litígio, como o da falta de representação ou da ilegitimidade de parte.

A solução de tais incidentes, todavia, não se dá por meio de decisão interlocutória, mas sim de sentença *terminativa* (decisão que põe fim ao processo sem julgar o mérito).

Realmente, só ocorre a decisão interlocutória quando a solução da questão incidente não leva ao encerramento do feito. Mesmo que se enfrente alguma questão de mérito, ainda será decisão interlocutória, e não sentença, se o objeto da causa (isto é, o pedido) não for exaurido pelo pronunciamento incidental.

Sob pena de nulidade, toda decisão interlocutória deverá ser adequadamente fundamentada (Constituição Federal, art. 93, inc. IX; CPC, art. 165).

Note-se, outrossim, que não apenas o juiz singular profere decisão interlocutória. O Tribunal, também, quando julga recurso sobre questão

incidente, sem extinguir o processo, prolata acórdão classificável como decisão interlocutória.

218. Despachos

"*Despachos* são as ordens judiciais dispondo sobre o andamento do processo", também denominadas "despachos *ordinatórios* ou *de expediente*".[38] Com eles não se decide incidente algum: tão somente se impulsiona o processo.

Tanto podem ser proferidos *ex officio* como a requerimento das partes. Deve-se, a propósito, lembrar que, pela sistemática de nosso Código, o processo começa sempre por iniciativa da parte. Não há instauração *ex officio* da relação processual. Mas, uma vez provocada a atividade jurisdicional pela parte interessada, o processo desenvolve-se por impulso do juiz, independentemente de nova provocação do litigante (art. 262).

São exemplos de despachos ordinatórios: o que recebe a contestação, o que abre vista para parte, o que designa data para audiência, o que determina intimação dos peritos e testemunhas etc.

É importante distinguir entre *despacho* e *decisão*, porque do primeiro não cabe recurso algum (art. 504), enquanto desta cabe sempre agravo (art. 522).

Para tanto, devem-se considerar despachos de mero expediente (ou apenas despachos) os que visem unicamente à realização do impulso processual, sem causar nenhum dano ao direito ou interesse das partes. "Caso, porém, ultrapassem esse limite e acarretem ônus ou afetem direitos, causando algum dano (máxime se irreparável), deixarão de ser de mero expediente e ensejarão recurso".[39] Configurarão, na realidade, não *despachos*, mas verdadeiras *decisões interlocutórias*.[40]

"Como o despacho não pode ser objeto de recurso, nenhuma preclusão decorre desse ato do juiz. Assim é que a citação ordenada no despacho liminar não impede que o juiz, posteriormente, declare inepta a petição inicial em que o referido despacho foi requerido."[41]

Para liberar o juiz do peso inútil de despachos meramente ordinatórios e sem qualquer conteúdo valorativo, como os relativos à "juntada" e à "vista obrigatória", a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, acrescentou ao art. 162 o § 4º, para permitir que o escrivão ou secretário, de ofício, os pratique.

A Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, acrescentando o inciso XIV ao art. 93 da Constituição, determinou que se torne regra nos juízos a delegação aos servidores "para a prática de atos de administração e atos de mero

expediente sem caráter decisório". Com isso, os *despachos* a que alude o art. 162, § 3º, do CPC, passam, em regra, a ser atos de rotina das secretarias judiciais.

219. Sentença

O titular do interesse em conflito (sujeito da lide) tem o direito subjetivo (direito de ação) à prestação jurisdicional, a que corresponde um dever do Estado-juiz (a declaração da vontade concreta da lei, para pôr fim à lide).

É através da sentença que o Estado satisfaz esse direito e cumpre o dever contraído em razão do monopólio oficial da justiça.

A sentença, portanto, "é emitida como *prestação* do Estado, em virtude da obrigação assumida na relação jurídico-processual (processo), quando a parte ou as partes vierem a juízo, isto é, exercerem a pretensão à tutela jurídica".[42]

São elas, tradicionalmente, classificadas em:

a) sentenças *terminativas*; e

b) sentenças *definitivas*.

As *terminativas* "põem fim ao processo, sem lhe resolverem, entretanto, o mérito" (casos de extinção do processo previstos no art. 267). Após elas, subsiste ainda o direito de ação, isto é, o direito de instaurar outro processo sobre a mesma lide, já que esta não chegou a ser apreciada. *Definitivas* são as sentenças "que decidem o mérito da causa, no todo ou em parte", e, por isso, extinguem o próprio direito de ação.[43] Após essa modalidade de julgado, não é mais possível às partes a propositura de outra causa sobre a lide, que nele encontrou sua definitiva solução. Decidir, no entanto, questão de mérito não é suficiente para se ter uma sentença. Para tanto, é indispensável que toda a atividade cognitiva do juiz esteja concluída. Há casos em que se resolve questão de mérito de maneira incidental, devendo o processo prosseguir para em momento ulterior ocorrer o exaurimento do provimento jurisdicional exigido pela fase de conhecimento da causa. Deliberações dessa natureza configuram decisão interlocutória e não sentença.[44] Deve-se, pois, conceituar como sentença *definitiva* o ato decisório do juiz que, em primeiro grau de jurisdição, conclui a fase cognitiva do processo.

O Código de Processo Civil engloba sob o nome genérico de sentença as duas espécies de julgamento, porquanto o art. 162, § 1º (na redação da Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005), define sentença como sendo o ato do juiz que ocorre tanto nas situações do art. 267 (sentenças terminativas) como nas do art. 269 (sentenças definitivas).

Há, como se vê, no sistema do Código, sentenças que solucionam o litígio, apresentando à parte a prestação jurisdicional postulada, e sentenças que encerram o processo pela declaração de inadmissibilidade da tutela jurisdicional, tendo em conta as circunstâncias em que a prestação foi deduzida em juízo.

Para o Código, contudo, o que importa para a conceituação de sentença não é o seu conteúdo, mas o papel que a decisão representa para o processo instaurado pelo autor. Tomando-se como objeto do processo de conhecimento o pedido de acertamento judicial do conflito jurídico deduzido em juízo, será sentença o provimento com que o órgão judicial enfrente a pretensão do autor. Pode enfrentá-la em seu mérito ou pode simplesmente se recusar a enfrentá-la por falta de condições técnicas (pressupostos processuais ou condições da ação). Não importa de que modo se posicione o juiz. Se o ato tem como fim encerrar o debate acerca da pretensão que constitui o objeto da causa, tem-se sentença.

No entanto, há consequências, inclusive no bojo do próprio Código, decorrentes da diversidade de natureza jurídica registrada entre a sentença definitiva e a terminativa. Assim é que o art. 459, ao tratar dos requisitos e efeitos da sentença, faz nítida distinção entre as duas figuras sob apreciação (*vide*, adiante, o nº 487).

Por outro lado, embora se pudesse, diante da antiga redação do § 1º do art. 162, caracterizar a sentença pela força de extinguir o processo, na verdade a relação processual nunca se encerra com a simples prolação de uma sentença, qualquer que seja ela (basta lembrar a possibilidade sempre existente de recurso e a devolução do conhecimento da causa a outro órgão jurisdicional, e, às vezes, com reabertura de oportunidade ao próprio juiz, autor da sentença, de proferir novo julgamento, como se dá nos embargos de declaração). A extinção da atividade cognitiva, que se pode entrever como o fim do processo de conhecimento, só ocorre, na realidade, quando se opera a coisa julgada formal, ou seja, quando o pronunciamento judicial se torna irrecorrível.[45] O que, de ordinário, a sentença encerra é a atividade jurisdicional cognitiva do órgão perante a qual pendia a causa.

Uma vez que até mesmo algumas diligências de acertamento complementar e muitas de cumprimento da sentença podem ocorrer após a coisa julgada no mesmo processo, convém delimitar o seu conceito em confronto com o de decisão interlocutória. Esta refere-se sempre à solução de incidentes situados entre o pedido de tutela e a resposta a este pedido. Como solução de questão incidental, a decisão interlocutória não objetiva encerrar a busca de provimento que se relaciona diretamente com o objeto do processo. A sentença, por

exclusão, é o ato judicial que não configura decisão interlocutória, por versar não sobre simples incidente, mas sobre o destino final da solução a ser dada ao pedido de tutela formulado na propositura da causa. Assim, não é por versar sobre questão ligada ao mérito da causa que uma decisão configurará sentença. Nem é por tratar de matéria apenas processual que o ato do juiz será decisão interlocutória. Quando o juiz exclui um litisconsorte no saneador, enfrenta questão de direito material, mas não profere sentença, pois apenas elimina da marcha do processo aquilo que não será conveniente persistir para a etapa final de composição do litígio. Por outro lado, não será decisão interlocutória o provimento com que o juiz extingue o processo, sem exame do mérito, por faltar condição técnica para tanto (art. 267).

Como é decisão interlocutória qualquer pronunciamento sobre questões surgidas antes ou depois da sentença, o Código corretamente qualifica como decisão interlocutória a que, após o julgamento de condenação, resolve as impugnações aos atos executivos (atos de cumprimento do julgado), prevendo, por isso, o cabimento do agravo de instrumento (art. 475-M, § 3º, com a redação da Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005). Da mesma forma, a decisão complementar destinada a liquidação da sentença condenatória genérica também é legalmente qualificada como decisão interlocutória, passível de impugnação por agravo de instrumento (art. 475-H, com a redação da Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005).

220. Atos não decisórios

Com o conceito de *despacho*, pretendeu o Código abranger todo e qualquer ato praticado pelo juiz no processo que não fosse tido como sentença ou decisão interlocutória. No entanto, o art. 162 não esgota os atos processuais do juiz, porque só alcança os atos decisórios.

Além desses, no entanto, pratica o juiz atos que não são de natureza decisória, como a presidência de audiências (art. 446, I), a ouvida de testemunhas (art. 410), a colheita direta e pessoal de outras provas (art. 446, II), a inspeção judicial de pessoas e coisas (art. 440) etc., sem embargo daqueles outros atos chamados pela doutrina de “atos administrativos do processo”, derivados do poder de polícia em audiência, poder disciplinar sobre serventuários da justiça etc.

Não se pode deixar de lembrar a existência dos atos executivos que o juiz realiza não apenas no processo de execução propriamente dito, mas também no

processo de conhecimento, que atualmente não se encerra com a sentença condenatória, mas prossegue após ela com a prática de medidas de força para compelir a parte vencida a realizar a prestação a que tem direito o vencedor. Mesmo antes da sentença condenatória, o juiz é chamado a presidir atos executivos como os de antecipação de tutela e os de prevenção contra o risco de danos graves e de difícil reparação (medidas cautelares). É verdade que os atos executivos são geralmente precedidos de decisão interlocutória. O juiz não se limita, porém, a decidir a seu respeito, pois toma medidas concretas para que sua implementação se dê, como expedição de comandos mandamentais, requisição de força policial, interdição de estabelecimentos, bloqueios de conta etc.

Muitos, como se vê, são os atos do juiz praticados além dos denominados *atos decisórios*.

221. Forma dos atos decisórios

"Os despachos, decisões, sentenças e acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes" (art. 164).

Quando proferidos oralmente em audiência ou sessão de julgamento, "o taquígrafo ou o datilógrafo os registrará, submetendo-os aos juízes para revisão e assinatura" (art. 164, segunda parte).

Na busca de modernizar o processo através da utilização dos meios eletrônicos de transmissão de dados, a Lei nº 11.419, de 19.12.2006, acrescentou o parágrafo único ao art. 164 para autorizar os Tribunais a implantar sistema que possibilite a assinatura dos juízes, nos atos de seu ofício, por meios eletrônicos, em todos os graus de jurisdição, na forma da lei.

Devem as sentenças e acórdãos conter os requisitos previstos no art. 458, isto é, o relatório, a fundamentação e o dispositivo (ver nos 488 a 490, sobre o conceito desses requisitos).

As demais decisões, ou seja, as decisões interlocutórias, reclamam apenas fundamentação, embora essa possa ser concisa (art. 165). Mas os despachos, como é intuitivo, são proferidos sem que o juiz tenha de invocar fundamentos ou motivos, posto que se limitam ao objetivo de dar andamento ao processo.

Os atos dos juízes singulares, para validade, dependem, efetivamente, da assinatura do autor da decisão.[46] Mas, com relação aos acórdãos, que representam deliberações dos tribunais (órgãos coletivos), não é essencial que sejam assinados por todos os julgadores, para produzir sua eficácia normal.

A lavratura do acórdão é sempre ato posterior à sessão de julgamento.

Havendo ulterior impedimento do relator ou de algum julgador, outro juiz elaborará o acórdão e justificada será a não assinatura do faltoso. Há, outrossim, a ata da sessão, que comprova a participação dos diversos membros do órgão julgador, bem como do resultado a que chegou o julgamento. As ausências eventuais de assinatura de alguns juízes em acórdão são inevitáveis e até mesmo comuns em casos como os de afastamento posterior do juiz por aposentadoria, licença ou morte.[47]

§ 39. ATOS DO ESCRIVÃO OU DO CHEFE DE SECRETARIA

Sumário: 222. Documentação e comunicação dos atos processuais. 223. Autuação. 224. Termos processuais. 225. Forma dos termos.

222. Documentação e comunicação dos atos processuais

No processo há um constante movimento, uma sucessão de atos todos concatenados e tendentes a alcançar a meta final, que é o provimento jurisdicional que haverá de solucionar o litígio.

As declarações de vontade que formam os atos jurídicos processuais não têm existência e relevância sem seu inter-relacionamento com os demais atos da relação processual em que se insere.

O sistema do nosso Código assegura a marcha do processo, pelo método do impulso oficial, isto é, os próprios agentes do órgão judicial promovem o andamento do processo, mesmo que as partes estejam inertes.

Para tanto, existem prazos contínuos e peremptórios previstos para o exercício dos atos processuais que tocam às partes, de par com ônus e deveres processuais, cuja inobservância acarreta soluções prefixadas na lei. Dessa forma, a marcha do processo torna-se quase automática, por força dos imperativos jurídicos que rodeiam a prática dos atos dos sujeitos processuais.

Para atingir sua finalidade, no entanto, os atos jurídicos processuais devem ser documentados e comunicados às partes.

Daí a existência do principal órgão auxiliar do juiz, que é o escrivão ou o chefe de secretaria, que se encarrega especificamente dos atos de documentação, comunicação e movimentação do processo e cujas tarefas estão bem delineadas no art. 141.

Atos de documentação são os que se destinam a representar em escritos as declarações de vontade das partes, dos membros do órgão jurisdicional e terceiros que acaso participem de algum evento no curso do processo.

O ato processual geralmente precede à sua documentação. O depoimento

pessoal, feito oralmente pela parte, é o ato processual propriamente dito. A documentação dele é a lavratura do termo pelo escrivão, após as declarações da parte.

Mesmo quando as partes praticam o ato processual por escrito, como no caso de uma transação extra-autos ou no fornecimento de uma quitação ou renúncia de direito à parte contrária, seus efeitos, com relação ao processo, só se farão sentir após sua integração aos autos por ato de documentação que compete ao escrivão promover.

A própria sentença do juiz enquanto não publicada e documentada nos autos não tem existência jurídica como ato processual.

Os termos processuais são a forma escrita com que o escrivão procede à documentação dos atos orais do processo, bem como à incorporação dos atos escritos das partes e outros sujeitos processuais.

Além dos atos de documentação, pratica o escrivão ou chefe de secretaria *atos de comunicação* ou de intercâmbio processual, os quais são indispensáveis para que os sujeitos do processo tomem conhecimento dos atos ocorridos no correr do procedimento e se habilitem a exercer os direitos que lhe cabem e a suportar os ônus que a lei lhes impõe.

Os principais atos de comunicação são as citações e as intimações, que se realizam quase sempre pessoalmente, mas há certas comunicações que o escrivão faz por via postal ou epistolar, como as dos arts. 201, 205, 223 etc.

Os atos de comunicação feitos no bojo dos autos, como a intimação pessoal do advogado, se perfazem com um só ato do escrivão. Mas há também atos complexos de comunicação, como as citações e intimações feitas através de mandado, que se compõe de uma sucessão de solenidades iniciada com a expedição do mandado, seguida da leitura ao destinatário, da entrega da contrafé, da certidão da diligência e concluída com a juntada do mandado cumprido aos autos, pelo escrivão.

Ao mesmo tempo que documenta todos os atos processuais, o escrivão faz com que o procedimento tenha andamento, certificando os atos praticados, verificando o vencimento dos prazos, abrindo vista às partes, cobrando os autos indevidamente retidos fora do cartório e fazendo conclusão deles ao juiz para os despachos de expediente ou decisões que o caso reclamar.

Toda documentação do escrivão ou chefe de secretaria está coberta pela presunção de veracidade, que decorre da fé pública que a lei reconhece ao seu ofício.

223. Autuação

O processo se inicia com a provocação do autor por meio da petição inicial.

Depois de despachada pelo juiz, a petição vai ao escrivão que promoverá o primeiro ato de documentação do processo: a autuação.

Consiste este ato em colocar uma capa sobre a petição, na qual será lavrado um termo que deve conter o juízo, a natureza do feito, o número de seu registro nos assentos do cartório, os nomes das partes e a data do seu início (art. 166).

Dessa autuação surge um volume ao qual se vão acrescentando todas as petições e documentos relacionados com a causa.

Sempre que o volume inicial se tornar muito grande, outros serão abertos, com novas autuações, com as mesmas cautelas do art. 166.

Além disso, compete ao escrivão numerar e rubricar todas as folhas dos autos principais e suplementares (art. 167).

224. Termos processuais

Os termos mais comuns que o escrivão redige no curso do procedimento são os de *juntada, vista,* conclusão e recebimento, que se apresentam como notas datadas e rubricadas pelo referido serventuário.

Juntada é o ato com que o escrivão certifica o ingresso de uma petição ou documento nos autos.

Vista é o ato de franquear o escrivão os autos à parte para que o advogado se manifeste sobre algum evento processual.

Conclusão é o ato que certifica o encaminhamento dos autos ao juiz, para alguma deliberação.

Recebimento é o ato que documenta o momento em que os autos voltaram a cartório após uma vista ou conclusão.

225. Forma dos termos

De acordo com o art. 169, § 1º, os atos e termos do processo serão datilografados ou escritos com tinta escura e indelével, assinando-os as pessoas que neles intervierem. Quando estas não puderem ou não quiserem firmá-las, o escrivão certificará nos autos a ocorrência (art. 169). No texto dos termos e atos do processo é vedado o emprego de abreviaturas (art. 169), para se evitar ambiguidade ou incerteza que só prejuízos podem acarretar aos interesses das

partes e do juiz.

É lícito o uso da taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo para simplificar e mecanizar a documentação das audiências ou sessões de qualquer juízo ou tribunal (art. 170).

Na elaboração dos atos e termos, é vedado ao escrivão deixar espaços em branco, bem como fazer entrelinhas, emendas ou rasuras, salvo se aqueles forem inutilizados e estas expressamente ressalvadas (art. 171).

Tendo a Lei nº 11.419, de 19.12.2006, aberto aos tribunais o uso amplo dos recursos eletrônicos no processo, o art. 169 do CPC foi acrescido de dois novos parágrafos: a) seu atual § 2º dispõe que "quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro, em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes"; b) no § 3º, ficou ressaltado que, quando usado o sistema autorizado pelo § 2º, "eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento da realização do ato, sob pena de preclusão". Ao juiz, frente à eventual impugnação, caberá "decidir de plano, registrando-se a alegação e a decisão no termo".

1 Anteprojeto do Código de Processo Penal, art. 177.

2 PACHECO, José da Silva. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, n. 54, v. I, p. 65.

3 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, v. III, n. 289, pp. 15-16.

4 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Reimpressão da 2. ed., Milano: A. Giuffrè, 1968, v. I, nº 95, p. 183.

5 "Atos processuais, por conseguinte, são os atos jurídicos praticados no processo pelos sujeitos da relação processual ou pelos sujeitos do processo, capazes de produzir efeitos processuais e que só no processo podem ser praticados" (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 38, p. 53).

6 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II, n. 4, p. 10.

7 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Op. cit*., II, n. 4, p. 10-11.

8 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Op. *cit*., nos 36 e 37, p. 51-58.

9 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, n. 123, p. 201.

10 GUASP, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madri: Aguilar editor, 1943, v. I, p. 673-681, *apud* MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. II, n. 424, p. 310-313.

11 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, v. III, n. 289, p. 16.

12 LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. II, n. 146, p. 110.

13 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Op. cit*., v. II, n. 5, p. 13.

14 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., II, n. 424, p. 310.

15 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., v. II, n. 425, p. 314.

16 BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, § 62, p. 242.

17 CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit*., v. III, n. 285, p. 4.

18 Novo § 2º acrescido ao art. 154, pela Lei nº 11.419/2006: "Todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei."

19 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed., Campinas: Bookseller, 1974, v. I, n. 259, p. 301.

20 O STJ decidiu que a existência de tradução do documento estrangeiro (CPC, art. 157), para servir de prova processual, se prende à compreensão de seu texto pelo juiz e pelas partes. Por isso, se a língua for o espanhol, e se o conteúdo for compreensível por simples leitura, não se deve recusar o documento pela falta de tradução para o português (STJ, 3ª T., REsp nº 924.992/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 19.05.2011, *DJe* 26.05.2011). Quanto à tradução e registro do documento estrangeiro no Cartório de Títulos e Documentos (Lei nº 6.015/1973, arts. 129, § 6º, e 148), o STJ decidiu que se trata de medida ligada à eficácia das obrigações objeto do documento, "notadamente perante terceiros", de sorte que a falta da providência não o invalida, para fins probatórios (REsp nº 924.992/PR *cit*.).

21 A Corte Especial do STJ decidiu, por maioria, que no recurso interposto por meio de fax não há

obrigatoriedade de que sejam retransmitidos pela mesma via as cópias dos documentos que o instruem. Sua exibição em juízo poderá dar-se junto com o original da petição (STJ, REsp. 901.556/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 21.05.2008, *DJe* 03.11.2008). STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 1.119.792/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, ac. 08.06.2010, *DJe* 18.06.2010.

22 STJ, Corte Especial, Emb. Div. no REsp. nº 687.361/GO, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 19.06.2006, *in DJU* de 01.08.2006, p. 336; STF, EDcl. no EDcl. no AgRg. no AI nº 454.147/SP, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, ac. 14.02.2006, *in DJU* de 17.03.2006, p. 42; STJ, Corte Especial, AgRg nos EAg nº 528.063/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 03.02.2010, *DJe* 22.02.2010; STF, Pleno, AI nº 535.340 EDv-ED-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 29.09.2010, *DJe* 05.11.2010.

23 STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp. nº 640.803/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, ac. 19.12.2007, *DJU* 05.06.2008, p. 1; STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 1.119.792/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, ac. 08.06.2010, *DJe* 18.06.2010.

24 No projeto que se converteu na Lei nº 11.419, de 19.12.2006, constava a revogação do parágrafo único do art. 154 do CPC. Entretanto, o dispositivo tendente à supressão daquele parágrafo foi vetado pela Presidência da República, sob o argumento de que era de suma importância manter-se a "obrigatoriedade de uso da ICP – Brasil na prática de atos processuais" (*DOU* de 20.12.2006).

25 STJ, 4ª T., REsp. 327.687/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 21.02.2002, *in DJU* de 15.04.2002, p. 225; STJ, Corte Especial, Emb. Div. no REsp. 430.810/MS, Rel. p/ acórdão Min. Fernando Gonçalves, ac. 01.07.2004, *in DJU* de 09.02.2005, p. 181; STJ, 3ª Seção, AgRg nos EREsp. nº 901.919/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, ac. 25.08.2010, *DJe* 21.09.2010.

26 "O credenciamento no Poder Judiciário será realizado mediante procedimento no qual esteja assegurada a adequada identificação presencial do interessado" (art. 2º, § 1º). "Ao credenciado será atribuído registro e meio de acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações" (§ 2º). "Os órgãos do Poder Judiciário poderão criar um cadastro único para o credenciamento previsto neste artigo" (§ 3º).

27 Naturalmente, a regulamentação de que cogita a Lei nº 11.419/2006 não se refere à possibilidade de os tribunais criarem procedimentos novos ou alterarem os já traçados pelo Código ou por leis federais. Só a União tem competência constitucional para legislar sobre direito processual civil. A regulamentação do Tribunal, na espécie, é sobre o sistema e programas de computador a serem utilizados no processo eletrônico, assim como a forma de credenciamento ao acesso (VARGAS, Franciely de; PINTO, Rodrigo Strobel. Aspectos constitucionais destacados dos atos processuais eletrônicos. *Revista de processo*, v. 141, p. 136, nov./2006).

28 STF, Resolução nº 344/2007: *Art. 6º* As intimações serão feitas por meio eletrônico no *e-STF* aos que se credenciarem, na forma do art. 5º desta Resolução, dispensando-se a sua publicação no órgão oficial, incluído o eletrônico. *§ 1º* Considerar-se-á intimado o usuário no dia em que ele efetivar a consulta eletrônica ao teor da decisão, ficando automaticamente certificado nos autos a sua realização. *§ 2º* Não havendo expediente forense na data da consulta, considera-se feita a intimação no primeiro dia útil seguinte. *§ 3º* Não sendo feita a consulta pelo usuário no prazo de até dez dias contado da data da disponibilização da decisão, considera-se feita a intimação no décimo dia, salvo a hipótese prevista no § 2º deste artigo. *§ 4º* Será comunicado o envio da intimação e o início automático do prazo processual, nos termos do art. 184 do Código de Processo Civil, ao endereço eletrônico indicado pelo credenciado. *§ 5º* Nos casos urgentes ou quando se evidenciar tentativa de burla ao sistema, a intimação será realizada por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo (a) Relator (a). *§ 6º* Se a parte não tiver procurador credenciado, a intimação eletrônica será realizada no mesmo dia da publicação do ato judicial no Diário de Justiça eletrônico, independentemente da consulta referida no § 1º deste artigo. *§ 7º* As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

29 STF, Resolução nº 344/2007: *Art. 8º* Os atos processuais praticados por usuários externos consideram-

se realizados no dia e na hora de sua transmissão no *e-STF*, devendo ser fornecido recibo eletrônico de protocolo. *§ 1º* A petição enviada para atender prazo processual relativo ao *e-STF* será considerada tempestiva quando transmitida até as vinte e quatro horas do seu último dia, considerada a hora legal de Brasília. *§ 2º* No caso do § 1º, se o sistema se tornar indisponível por motivo técnico o prazo fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à solução do problema. *§ 3º* Na hipótese do parágrafo anterior, os períodos em que o *e-STF* ficar inacessível para o usuário externo serão registrados e disponibilizados no sistema com as seguintes informações: I – data e hora de início; II – data e hora de término; III – serviços que ficaram indisponíveis; IV – o tempo total da inacessibilidade.

30 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, n. 128, p. 206-208.

31 Na verdade não é a transação (contrato) o ato processual, mas sua invocação em juízo como objeto da exceção manejada pela parte ou de homologação pelo juiz (v., *retro*, nºs 203 e 204).

32 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil* 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. II, n. 26, p. 47.

33 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1973, v. III, n. 641, p. 27-28.

34 Art. 267: "Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I – quando o juiz indeferir a petição inicial; II – quando ficar parado durante mais de 1 ano por negligência das partes; III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 dias; IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII – pela convenção de arbitragem; VIII – quando o autor desistir da ação; IX – quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X – quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI – nos demais casos prescritos neste Código" (v., por exemplo, os arts. 47, parágrafo único, e 265, § 3º).

35 Art. 269: "Haverá resolução de mérito: I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; II – quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III – quando as partes transigirem; IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação."

36 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed., Campinas: Bookseller, 1997, v. III, n. 537, p. 41.

37 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II, n. 30, p. 39.

38 REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1959, v. III, n. 804, p. 15.

39 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Op. cit.*, n. 35, p. 45.

40 MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, III, n. 538, p. 43.

41 MARQUES, José Frederico. *Op. cit., loc. cit.*

42 PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1974, v. V, p. 395.

43 REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Op. cit.*, III, nºs 804 e 805, p. 15-16.

44 Lembra Leonardo Greco que não são sentenças os atos do juiz que homologam transação sobre parte do pedido, ou que reduzem o objeto do processo em virtude de renúncia parcial do direito disputado em juízo, assim como os que acolhem pedido de antecipação de tutela, pois todos eles não impedem o prosseguimento do processo. "E tais decisões não serão sentenças, porque não terão concluído a fase cognitiva do processo" (GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei nº 11.232/05. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 36, p. 71, mar./2006).

45 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., III, n. 523, p. 25.

46 Em princípio, tem-se como inexistente a sentença não assinada pelo juiz (RT 508/64, 750/280, 784/362). Contudo, estando o ato judicial incorporado ao processo por meio da atividade documentária por lei atribuída ao escrivão, a assinatura do juiz tem apenas o escopo de evidenciar a autenticidade da peça. Logo, se essa autenticidade se encontrar comprovada por outro meio processual inequívoco, não haverá razão para considerar de forma radical com *res nullius* a sentença sem assinatura do prolator. Assim, a melhor exegese do art. 164 é a de que, de fato, a sentença deve ser assinada pelo juiz. A falta de assinatura, todavia, não a torna nula ou inexistente, quando sua existência e autenticidade podem ser comprovadas por intermédio do termo de audiência, de sua publicação, de sua leitura, confirmada pela assinatura do escrivão, das partes, do Ministério Público, advogados e funcionários que participaram do ato (RT 577/185) (Cf. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado* 6. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 756). Caso comum é o de o juiz devolver os autos ao escrivão com a cota indicadora de seguir à parte a sentença. A cota está assinada, mas por evidente distração o fecho da sentença ficou sem assinatura. Não haverá razão para se pôr em dúvida a autenticidade do decisório em semelhantes condições, pelo que sua validade terá de ser admitida, depois que o escrivão lhe deu a competente solenização por meio da adequada publicação.

47 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Op. cit*., n. 38, p. 48.

Capítulo X
O ATO PROCESSUAL NO TEMPO E NO ESPAÇO

§ 40. O TEMPO E O LUGAR DOS ATOS PROCESSUAIS

Sumário: 226. O tempo. 227. Feriados e férias forenses. 228. O lugar.

226. O tempo

O Código utiliza determinações de tempo para a prática dos atos processuais sob dois ângulos diferentes:

a) o de *momento* adequado ou útil para a atividade processual; e

b) o de *prazo* fixado para a prática do ato.

A primeira regra sobre o tempo hábil à prática dos atos processuais é a do art. 172, que determina sejam eles realizados em dias úteis, de 6 às 20 horas (redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

Entende-se por dias úteis aqueles em que há expediente forense, de modo que "durante as férias e nos feriados não se praticarão atos processuais" (art. 173). O mesmo se diz dos sábados e domingos, que, conforme a maioria das Organizações Judiciárias, não são dias úteis.

Salvo no caso de citação e intimação, de nenhum efeito são os atos praticados em dias não úteis ou fora do horário legal. Permite-se, contudo, que os atos iniciados em momento adequado possam se prolongar além das 20 horas, "quando o adiamento prejudicar a diligência ou causar grave dano" (art. 172, § 1º).

Para a citação e a penhora, há exceção expressa que permite sua prática em domingos e feriados, ou nos dias úteis, fora do horário legal (art. 172, § 2º). A diligência excepcional, todavia, dependerá dos seguintes requisitos:

a) pedido da parte, que demonstre a excepcionalidade do caso e a urgência da medida;

b) autorização expressa do juiz;

c) observância do disposto no art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal.[1]

As normas em questão (art. 172, § 2º) são aplicáveis, também, ao arresto e ao sequestro, por força do disposto nos arts. 821 e 823.

Quanto às intimações, também há autorização legal para que ocorram em dia em que não tenha havido expediente forense, mas em tal conjuntura reputar-se-ão praticadas "no primeiro dia útil seguinte", para todos os efeitos (art. 240, parágrafo único, com a redação da Lei nº 8.079/90).

Sempre que o ato for daqueles que se praticam por meio de petição, como os recursos, a manifestação da parte terá de ser protocolada, dentro do horário de expediente estabelecido pela lei de organização judiciária local (art. 172, § 3º, com a redação da Lei nº 8.952, de 13.12.1994). Não se transige, mais, com favores de serventuários que facilitavam a produção de recursos no último dia do prazo legal, fora do horário de expediente. Observe-se, ainda, que o horário útil para protocolar petições não é o genérico do *caput* do art. 172, onde se prevê a eventualidade de atos processuais até às 20 horas. Quando o recurso ou outro ato depender de protocolo, o que fixa o momento final de sua possibilidade é o término do expediente assinalado pela lei de organização judiciária. Também nada vale à parte a obtenção de despacho do juiz na petição de recurso se não for levada ao protocolo do cartório dentro do expediente. É pelo protocolo que a lei avalia a tempestividade do recurso e não pelo despacho do juiz.

Para o processo eletrônico, quando implantado pelos Tribunais, a Lei nº 11.419 institui regra diferente da fixada pelo art. 172, § 3º, do CPC: as petições serão consideradas tempestivas quando remetidas por meio eletrônico até as vinte e quatro horas do último dia do prazo (Lei nº 11.419, arts. 3º, parágrafo único, e 10, §1º). A regra, porém, só será observada quando o sistema de comunicação eletrônica de atos processuais estiver realmente implantado e a remessa da petição eletrônica observar as cautelas dos arts. 1º e 2º da Lei nº 11.419, relativas à observância da assinatura eletrônica e ao credenciamento prévio no Poder Judiciário.

Utilizado o meio eletrônico para a prática de qualquer ato processual, será ele havido como realizado no dia e hora do seu envio ao sistema do Poder Judiciário, para todos os efeitos. A comunicação é feita diretamente entre a parte e o órgão judicial, cabendo a este fornecer protocolo eletrônico, dentro de seu sistema (Lei nº 11.419, art. 3º, *caput*).

227. Feriados e férias forenses

Consideram-se feriados os dias não úteis, isto é, aqueles em que não há expediente forense, como os domingos, dias de festa nacional ou local e os sábados, quando as normas de organização judiciária suspenderem a atividade judiciária nesses dias (art. 175). *Férias forenses* são as paralisações que afetam, regular e coletivamente, durante determinados períodos do ano, todo o funcionamento do juízo, por determinação da lei de organização judiciária. Ao contrário do feriado, que diz respeito pontualmente a determinado dia, as férias correspondem à ideia de suspensão dos serviços forenses por um período prolongado.

Constituem dias não úteis, e equiparam-se aos feriados, os que se compreendem nos períodos de férias da Justiça.

Tanto nos feriados como nas férias não se praticam atos processuais (art. 173).[2] Em caráter excepcional, porém, permite o Código a prática dos seguintes atos durante as férias e nos feriados (art. 173, incs. I e II):

I – a produção antecipada de provas (art. 846);

II – a citação, a fim de evitar o perecimento de direito; e bem assim o arresto, o sequestro, a penhora, a arrecadação, a busca e apreensão, o depósito, a prisão, a separação de corpos, a abertura de testamentos, os embargos de terceiro, a nunciação de obra nova e outros atos análogos.

Todos esses atos são de notória urgência e a parte estaria sujeita a suportar prejuízos irreparáveis, caso tivesse de aguardar o transcurso das férias para promovê-los.

O prazo decadencial, por exemplo, não se interrompe nem se suspende, como o prescricional. Assim, se o seu término se der no período de férias ou em dia feriado, a parte decairá de seu direito se não o exercer em tempo hábil, ou seja, ainda nos dias não úteis. Daí a permissão para que, em tal conjuntura, possa a parte requerer e promover a citação mesmo em férias ou feriado.

A decadência de que cogita o art. 173, nº II, quando fala em “perecimento de direito”, refere-se, naturalmente, aos direitos subjetivos materiais, porque os prazos tipicamente processuais, mesmo quando peremptórios e fatais, nunca vencem em férias ou feriado (arts. 179 e 184, § 1º), e só não se suspendem no recesso forense quando a lei ordena o excepcional andamento do processo, naquele período (art. 174, nº II).

Note-se, ainda, que o art. 173 não prevê o andamento dos processos nas férias, mas tão somente a prática de determinados atos. Destarte, iniciado o processo, praticado o ato urgente e feita a citação, “o prazo para a resposta do réu só começará a correr no primeiro dia útil seguinte ao feriado ou às férias”

(art. 173, parágrafo único).

O elenco do art. 173 é, outrossim, apenas exemplificativo, como se depreende do final do texto de seu inc. II, onde se prevê a incidência do permissivo também em "outros atos análogos".

Caberá, então, ao juiz, fora das hipóteses expressamente arroladas pelo legislador, examinar as características do ato que se pretende praticar nas férias, para verificar se se justifica ou não sua realização durante o recesso da Justiça.

Note-se que a eventual existência de juiz de plantão nas férias é irrelevante para os fins do art. 173. Apenas praticará ele os atos processuais que a lei permite sejam efetuados em férias.

Há feitos, porém, que têm curso normal no período de férias, isto é, processam-se durante as férias e não se suspendem, como os demais, pela superveniência delas. Acham-se eles enumerados pelo art. 174 e são os seguintes:

I – os procedimentos de jurisdição voluntária e os necessários à conservação de direitos, quando possam ser prejudicados pelo adiamento;

II – as causas de alimentos provisionais, de dação ou remoção de tutores e curadores, bem como as de procedimento sumário mencionadas no art. 275;

III – todas as causas que a lei federal determinar.

Como bem observa José Frederico Marques, o art. 174, nº III, "tem de ser interpretado no sentido de que não ficaram privados os Estados de também indicarem causas e processos que possam correr durante as férias, além daqueles indicados e apontados na lei federal de processo civil". Para tanto, o legislador estadual terá em vista "os interesses locais do serviço judiciário e seu andamento".[3]

A reforma constitucional operada pela Emenda nº 45, de 8.12.2004, determinou que a atividade jurisdicional será "ininterrupta", ficando por isso *vedadas* "férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau" e determinado o "plantão permanente" de juízes "nos dias em que não houver expediente forense normal" (CF, art. 93, novo inc. XII).

Com isso, poder-se-ia pensar que as regras do CPC relativas a férias forenses não teriam sido recepcionadas pela nova ordem constitucional. Acontece que a inovação da Emenda nº 45 não abrangeu todos os órgãos do Poder Judiciário. Ficou restrita aos juízos (de primeiro grau) e aos tribunais de segundo grau. Os tribunais superiores, portanto, foram mantidos sob o regime de férias coletivas. No seu âmbito, portanto, as normas codificadas sobre a matéria continuam plenamente em vigor.

Mesmo em relação aos órgãos mencionados no novo dispositivo constitucional, não está de todo afastada a hipótese de algum recesso, a exemplo do que se passa na Justiça Federal (sem embargo de inexistir férias coletivas nos órgãos que a compõem). De qualquer modo, com ou sem férias coletivas, não se descarta a eventualidade de algum tipo de suspensão prolongada dos serviços juridicionais, o que tem efeito suspensivo dos prazos e atos processuais exatamente como se dá com as férias institucionais (CPC, art. 179). Ocorrendo isto, ter-se-á de fato ou de direito o *recesso forense*, cujos efeitos, segundo antiga e remansosa jurisprudência, se equiparam aos das férias forenses.[4]

228. O lugar

"Os atos processuais realizam-se de ordinário na sede do juízo" (art. 176), ou seja, no edifício do fórum ou do tribunal competente para a causa.

O juiz utiliza seu gabinete para os despachos e a sala de audiências para as sessões públicas de colhida de provas orais, debates e julgamento. O escrivão pratica os atos de documentação e comunicação, geralmente, em cartório.

Prevê o art. 176 (segunda parte) exceção à regra de que os atos se devem realizar na sede do juízo, em razão de:

a) deferência;

b) interesse da justiça; ou

c) obstáculo arguido pelo interessado e acolhido pelo juiz.

Exemplo de ato praticado fora da sede do juízo, pelo critério da deferência, é o da tomada de depoimento do Presidente da República, dos Governadores, Deputados e demais pessoas gradas constantes do art. 411, as quais são inquiridas em sua residência, ou no local em que exercem a sua função.

Ato praticado fora do juízo por interesse da Justiça é, *v.g.*, a inspeção judicial *in loco* (art. 440).

Em razão de obstáculo, o ato pode ser levado a efeito em lugar estranho à sede do juízo, em hipótese de ouvida de testemunha enferma (art. 336, parágrafo único), ou de inquirição de interditando incapaz de locomover-se ou de ser conduzido à presença do juiz (art. 1.181).

Finalmente, convém lembrar que a jurisdição de cada juiz está limitada ao território de sua circunscrição. Assim, quando o ato processual tiver de ser praticado em território de outra circunscrição judiciária, como a citação de réu domiciliado em outra comarca e a ouvida de testemunha também não domiciliada no território do juízo da causa, ter-se-á de utilizar a carta precatória,

para que o ato se realize sob a jurisdição do órgão judiciário do local adequado.

Nos casos, porém, em que se admite a citação por via postal não prevalecem os limites territoriais do juízo, podendo alcançar “qualquer comarca do País” (art. 222, com a redação da Lei nº 8.710/93).

§ 41. PRAZOS

Sumário: 229. Disposições gerais. 230. Classificação. 231. Natureza dos prazos. 232. O curso dos prazos. 233. Contagem dos prazos: termo inicial. 233-a. Contagem dos prazos no processo eletrônico. 234. Prazos para recurso. 234-a. Ciência inequívoca. 235. Termo final. 236. Preclusão. 237. Prazos para as partes. 238. Prazos para o juiz e seus auxiliares. 239. Prazos para o Ministério Público e a Fazenda Pública. 240. Verificação dos prazos e penalidades: prazos dos serventuários. 241. Inobservância de prazo da parte. 242. Inobservância dos prazos do juiz.

229. Disposições gerais

O impulso do processo rumo ao provimento jurisdicional (composição do litígio) está presidido pelo sistema da oficialidade, de sorte que, com ou sem a colaboração das partes, a relação processual segue sua marcha procedimental em razão de imperativos jurídicos lastreados, precipuamente, no mecanismo dos prazos.

Sob pena de preclusão do direito de praticá-los, "os atos processuais realizar-se-ão nos prazos prescritos em lei" (art. 177).

Nesse sentido, merece ser relembrada a imagem de Couture, para quem "o processo não é uma coisa feita, um caminho que se deva percorrer, senão uma coisa que se deve fazer ao longo do tempo. Os prazos são, pois, os lapsos outorgados para a realização dos atos processuais".[5]

Em outras palavras, *prazo* é o espaço de tempo em que o ato processual da parte pode ser validamente praticado.

Todo prazo é delimitado por dois *termos*: o *inicial* (*dies a quo*) e o *final* (*dies ad quem*). Pelo primeiro, nasce a faculdade de a parte promover o ato; pelo segundo, extingue-se a faculdade, tenha ou não sido levado a efeito o ato.

Em processo, o termo inicial é, ordinariamente, a intimação da parte; e o final, o momento em que se encerra o lapso previsto em lei. Ambos costumam ser documentados nos autos por certidões do escrivão.

A maioria dos prazos acha-se prevista no Código. Se, porém, houver omissão da lei, caberá ao juiz determinar o prazo em que o ato do processo pode ser praticado (art. 177, segunda parte).

No sistema legal vigente, há prazos não apenas para as partes, mas também para os juízes e seus auxiliares. O efeito da preclusão, todavia, só atinge as faculdades processuais das partes e intervenientes. Daí a denominação de prazos *próprios* para os fixados às partes, e de prazos *impróprios* aos dos órgãos judiciários, já que da inobservância destes não decorre consequência ou efeito processual.

Diz-se, outrossim, que o prazo das partes pode ser *comum* ou *particular*. Comum é o que corre para ambos os litigantes, a um só tempo, como o de recorrer, quando há sucumbência recíproca. Particular é o que interessa ou pertence apenas a uma das partes, como o de contestar, o de produzir contrarrazões etc.

230. Classificação

De forma geral, os prazos podem ser:

a) legais;

b) judiciais;

c) convencionais.

Legais são os fixados pela própria lei, como o de resposta do réu e o dos diversos recursos.

Judiciais, os marcados pelo juiz, em casos como o da designação de data para audiência (art. 331, *caput*), o de fixação do prazo do edital (art. 232, IV), o de cumprimento da carta precatória (art. 203), o de conclusão da prova pericial (art. 427, *caput*) etc.

Os *convencionais*, finalmente, são os ajustados, de comum acordo, entre as partes, como o de suspensão do processo (art. 265, II, e § 3º), ou o de concessão pelo credor ao devedor, na execução, para que a obrigação seja voluntariamente cumprida (art. 792).

231. Natureza dos prazos

Segundo sua natureza, os prazos são considerados *dilatórios* ou *peremptórios*.

Dilatório é o que, embora fixado na lei, admite ampliação pelo juiz ou que, por convenção das partes, pode ser reduzido ou ampliado (art. 181).

Peremptório é o que a convenção das partes e, ordinariamente, o próprio juiz, não podem alterar (art. 182).

Ao juiz, todavia, o Código permite, em casos excepcionais, a ampliação de todo e qualquer prazo, mesmo os peremptórios, desde que seja difícil o transporte na Comarca, ou tenha ocorrido caso de calamidade pública.

Nas dificuldades de transporte, a ampliação máxima poderá atingir 60 dias (art. 182, segunda parte); na calamidade pública, poderá até ultrapassar o mencionado limite (art. 182, parágrafo único).

Quanto à ampliação ou redução dos prazos *dilatórios*, a convenção das partes só tem eficácia se atender aos seguintes requisitos:

a) deve ser requerida antes do vencimento do prazo;

b) deve estar fundada em motivo legítimo;

c) deve ser objeto de aprovação do juiz, a quem compete fixar o dia do vencimento do prazo da prorrogação (art. 181 e § 1º).

Não determinou o Código um critério especial para identificar, dentro dos prazos legais, quais são os peremptórios e quais os dilatórios. Caberá, pois, à jurisprudência a seleção casuística dos prazos de uma e outra espécie.

Há alguns prazos, todavia, que têm sua natureza já assentada dentro de um consenso mais ou menos uniforme da doutrina processualística. Com efeito, os prazos para contestar, para oferecer exceções e reconvenção, bem como o de recorrer, são tidos como peremptórios. E os de juntar documentos, arrolar testemunhas e realizar diligências determinadas pelo juiz são meramente dilatórios.[6]

De um modo geral, peremptório é o prazo que a seu termo cria uma situação que condiciona a própria função jurisdicional, tal como se dá com a revelia, a coisa julgada e a preclusão *pro iudicato*; e dilatório, aquele que põe em jogo apenas interesse particular da parte.

232. O curso dos prazos

Todo prazo, em regra, é *contínuo*, isto é, uma vez iniciado não sofrerá interrupção em seu curso pela superveniência de feriado ou dia não útil (art. 178).

Sobrevindo, porém, as férias forenses, terão essas efeito suspensivo sobre o prazo ainda em marcha, sem distinguir entre prazo dilatório e peremptório. Paralisada a contagem, o restante do prazo recomeçará a fluir a partir do primeiro dia útil seguinte ao término das férias (art. 179).[7]

O efeito suspensivo das férias forenses não se verifica quando se trata de prazo decadencial, como o de propositura da ação rescisória,[8] nem tampouco em

relação ao prazo do edital, já que este não se destina à prática do ato processual, mas apenas ao aperfeiçoamento da citação ficta.[9]

O regime de férias coletivas foi alterado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, que as vedou nos juízos de primeiro grau e tribunais de segundo grau, admitindo-as, portanto, apenas nos tribunais superiores (CF, art. 93, novo inc. XII) (sobre o assunto, v. nº 227, *retro*).

Outros casos de suspensão dos prazos estão previstos no art. 180 e são os seguintes:

a) o obstáculo criado pela parte contrária;[10]

b) a morte ou perda de capacidade processual da parte, de seu representante legal ou de seu procurador;

c) a convenção das partes, se o prazo for dilatório;

d) a oposição de exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz, salvo no processo de execução.[11]

Embora o art. 180 não faça menção ao motivo de força maior, é fora de dúvida sua influência sobre o curso dos prazos, mesmo porque o obstáculo dessa natureza causa a suspensão até mesmo do processo por inteiro (art. 265, V). É tranquilo, pois, o entendimento de que o impedimento do acesso da parte aos autos e à secretaria do juízo acarreta necessariamente a suspensão do prazo em andamento. Entre os exemplos de casos dessa natureza, reconhecidos como causas e suspensão por motivo de força maior, figuram o obstáculo judicial, a suspensão dos serviços forenses por greve de serventuários, ou por determinação da autoridade judiciária, a não localização dos autos pelo cartório, a retirada deles pela parte contrária, sua remessa ao contador ou sua conclusão ao juiz. Até a greve dos correios já foi reconhecida como motivo de suspensão dos prazos, por ter prejudicado a circulação do Diário Oficial, por meio do qual os advogados recebem as intimações.[12]

Ocorre, igualmente, suspensão do processo principal, quando se verifica o incidente de intervenção de terceiro, nas hipóteses de nomeação à autoria (art. 64), denunciação da lide (art. 72) e chamamento ao processo (art. 79). Também a oposição (art. 60) e o atentado (art. 881), em algumas circunstâncias, podem causar a suspensão do processo principal.

Superado o motivo que deu causa à suspensão, apenas o remanescente do prazo voltará a fluir (art. 180, *in fine*). Essa regra, que se aplica a todos os casos do art. 180, não incide, todavia, quando a suspensão decorrer de intervenção de terceiro (art. 67) (*vide* nºs 114, 119 e 124).

Ensina Sergio Bermudes que, com a suspensão, cessa a contagem do prazo, que só recomeça no primeiro dia útil seguinte ao seu termo. E "esse primeiro dia também se computa, já que não pode ser considerado *dies a quo* do prazo já iniciado anteriormente".[13]

A regra, todavia, só vale se a suspensão for com termo *certo*, adrede conhecido (como, por exemplo, as férias forenses), já que este operará sem depender de posterior intimação. Mas, se a cessação da suspensão se der em virtude de um ato judicial que deva ser intimado às partes (como, por exemplo, a habilitação do sucessor do litigante falecido), então o dia da intimação não poderá entrar no cálculo do remanescente do prazo suspenso, devendo observar-se a regra ordinária do *dies a quo non computatur in termino*.

233. Contagem dos prazos: termo inicial

Em regra, os prazos são contados, com exclusão do dia de começo e com inclusão do de vencimento (art. 184). Assim é porque ocorrendo a intimação durante o expediente forense, a computação do dia em que ela se der importaria redução do prazo legal, visto que do primeiro dia a parte somente teria condições de desfrutar de uma fração. Já com relação ao termo final, isto não se dá, pois a parte poderá utilizá-lo por inteiro.

Como é a intimação o marco inicial dos prazos (art. 240), o começo de fluência só se dá, realmente, a partir do dia seguinte. Mas é preciso que esse dia seja útil, pois nenhum prazo processual começa em dia não útil (art. 184, § 2º).

Assim, a intimação feita numa sexta-feira, em Estado como o de Minas Gerais, cuja organização judiciária não prevê expediente forense aos sábados, só permitirá o início da contagem do prazo a partir da segunda-feira seguinte.[14]

Com relação à fixação do *dies a quo* da contagem de prazo processual, o art. 241 fornece as seguintes regras, que devem se aplicar tanto às citações como às intimações:[15]

1) quando a *citação* ou *intimação* for pessoal ou com hora certa, o prazo se inicia a partir da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido (*vide*, adiante, o nº 272). O ato de comunicação, *in casu*, é complexo e só se aperfeiçoa com o ato do escrivão que incorpora o mandado aos autos. Só a partir de então é que se pode considerar a parte citada ou intimada, pois *quod non est in actis non est in mundo*;[16]

2) quando houver vários réus, o prazo começará a fluir da juntada do último mandado, devidamente cumprido;

3) se a comunicação for feita por edital, o prazo para a prática do ato processual terá início a partir do termo final do prazo estipulado pelo juiz no próprio edital para aperfeiçoamento da diligência;[17]

4) se o ato de comunicação se der através de carta de ordem, precatória ou rogatória, o termo *a quo* do prazo será a data de sua juntada aos autos, depois de realizar a diligência;

5) se a intimação for por via postal, a contagem do prazo será feita a partir da juntada aos autos do aviso de recebimento.[18]

Com exceção do edital, é o termo de juntada que funciona como ato determinante do termo inicial de todos os prazos, na sistemática do Código. Quando, porém, a intimação se fizer pela imprensa (arts. 236 e 237), o *dies a quo*, será o dia útil seguinte à publicação.

Com relação às intimações pela imprensa, há duas situações especiais a considerar:

1) *a dos jornais que circulam à noite ou que só são distribuídos no dia seguinte à data neles estampada*: a doutrina tem salientado "que a data da publicação deve ser a real e não a formal, não podendo a parte ser prejudicada pelo atraso na distribuição do *Diário da Justiça* ou outro órgão oficial".[19] A data da intimação será, portanto, a da distribuição do periódico;

2) *a das publicações feitas aos sábados, onde não há expediente forense em tais dias*: se a publicação circula no sábado, "a intimação é considerada feita na segunda-feira e o primeiro dia computado para contagem do prazo do recurso é a terça-feira", de acordo com a *Súmula* 310 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e nos precisos termos dos arts. 184 e § 2º, 240 e 242 do Código de Processo Civil,[20] especialmente depois que a Lei nº 8.079, de 13.09.90, acrescentou o parágrafo único ao art. 240, com a seguinte redação: As intimações consideram-se realizadas no primeiro dia útil seguinte, se tiverem ocorrido em dia em que não tenha havido expediente forense".

Também, se, eventualmente, alguma intimação for realizada durante as férias forenses, em processo que nelas não corre, será considerada como efetivada no primeiro dia útil subsequente a elas.[21] O prazo respectivo terá início no dia seguinte ao da reabertura dos trabalhos do foro[22] (sobre férias coletivas, v. o nº 227, *retro*, acerca do reflexo da Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004).

Encontramos, finalmente, um princípio de hermenêutica importante e que tem sido aplicado de maneira uniforme pela jurisprudência, que consiste em considerar restritivas as normas relativas a prazos processuais. Em consequência, "havendo dúvida sobre a perda de prazo, deve-se entender que ele não se

perdeu",[23] isto é, "a solução deve ser a favor de quem sofreu o castigo da perda duvidosa",[24] mediante presunção de que "o prazo não foi ultrapassado".[25] Em matéria de prazos, a regra básica, enfim, é a de que o intérprete, "sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal."[26]

Outra situação que já criou controvérsias jurisprudenciais é a da contagem de prazo quando a intimação tenha sido feita oralmente em audiência. Prevalece, hoje, todavia, o entendimento de que a contagem, em semelhante circunstância, será feita segundo a regra normal do art. 184, *caput*, ou seja, "no cômputo do prazo de recurso não se inclui o dia da realização da audiência de publicação da sentença".[27]

233-a. Contagem dos prazos no processo eletrônico

Uma vez implantado pelos tribunais, no âmbito das respectivas jurisdições, o processo eletrônico autorizado pela Lei nº 11.419, de 19.12.2006, a contagem dos prazos submeter-se-á aos critérios especiais que a referida lei institui.

Duas são as situações em que a intimação eletrônica poderá acontecer: a) por publicação no *Diário da Justiça eletrônico*, quando este vier a ser criado pelos tribunais (Lei nº 11.419, art. 4º, *caput*); b) por comunicação pessoal em portal próprio àqueles que se cadastrarem no Poder Judiciário, segundo as regras que os órgãos judiciais instituírem (Lei nº 11.419, art. 5º). As mesmas regras de comunicação pessoal aplicam-se à citação eletrônica (art. 6º da mesma Lei).

No caso de intimação pelo *Diário da Justiça eletrônico*, os prazos serão contados segundo as regras comuns já vigorantes para as comunicações de atos processuais pela impressa escrita (arts. 236, *caput*, e 184, § 2º). A Lei nº 11.419 define como *data da publicação*, para efeito da eficácia da intimação, "o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no *Diário da Justiça eletrônico*" (art. 4º, § 3º). Consequentemente, os prazos, que se abrem em função dessa modalidade de intimação, "terão início no primeiro dia útil que se seguir ao considerado como data da publicação" (art. 4º, § 4º).[28]

Na hipótese de intimação pessoal fora do *Diário da Justiça eletrônico* (isto é, feita por meio eletrônico em portal próprio), a Lei nº 11.419 considera realizada a intimação "no dia em que o intimado efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação", fato que será certificado nos autos (art. 5º, § 1º). Não ficará, contudo, o aperfeiçoamento da intimação sujeito ao puro alvedrio do destinatário de consultar ou não a mensagem eletrônica. Se não o fizer em dez dias corridos contados da data do envio da intimação eletrônica, esta será considerada

automaticamente realizada na data do término desse prazo (art. 5º, § 3º).[29]

Considerando-se intimada a parte no dia da consulta eletrônica, o prazo começará a ser contado a partir do dia útil subsequente, segundo a regra comum do art. 184 do CPC. Se, porém, a consulta se der em dia não útil, a intimação eletrônica será considerada realizada no primeiro dia útil seguinte (Lei nº 11.419, art. 5º, § 2º), tal como ocorre com as intimações feitas em jornal que circula em dia em que não há expediente forense (ver, *retro*, o item 233).

O ato que a parte pode ou deve realizar em consequência da intimação, como a resposta à ação, a contraprova a documentos produzidos pelo adversário, a interposição de recurso, a formulação de contrarrazões etc., deverá ser praticado por meio de petição protocolada dentro do horário do expediente forense até o último dia do respectivo prazo (art. 172, § 3º). Sendo, todavia, o caso de petição eletrônica, esta será considerada tempestiva se transmitida até as vinte e quatro horas do último dia do prazo (Lei nº 11.419, arts. 3º, parág. único, e 10, § 1º).

Pode acontecer que, por razões técnico-operacionais, o sistema do Poder Judiciário se torne indisponível no último dia do prazo, para a prática da petição eletrônica. Nesse caso, estando implantado o processo eletrônico, total ou parcialmente, o prazo ficará automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema.

234. Prazos para recurso

O prazo para interposição de recurso foi objeto de um dispositivo especial – o art. 242 –, que manda contá-lo da data em que os advogados forem intimados da decisão, da sentença ou do acórdão. A regra acha-se reiterada no art. 506, com mais detalhes.

A particularidade que se registra, a propósito, é a possibilidade de ser a intimação feita, ou não, em audiência. Quando o juiz publica a decisão ou sentença em audiência, reputam-se as partes intimadas na própria audiência (art. 242, § 1º), ainda que ausentes, mas previamente cientificadas do ato. A partir de então, com exclusão do dia da audência, principia a fluência do prazo, conforme explicita o art. 506, *caput*, fazendo expressa remissão ao art. 184 (ver número anterior).

Mas, se a sentença foi publicada apenas em cartório, ou se a parte não foi intimada do dia e hora designados para a audiência de publicação, o prazo de recurso será contado a partir da intimação a ser feita pelo escrivão, segundo as regras normais dos arts. 236 e 237 (art. 242, § 2º).

O fato de o art. 242 dispor que "o prazo para a interposição de recurso conta-se da data em que os advogados são intimados da decisão" não quer dizer que a lei tenha criado um método diferente para a fluência dos prazos recursais. Aliás, o texto legal repete o óbvio, pois a regra é que os prazos do processo, em geral, começam a fluir sempre a partir da intimação (art. 240).

O que ficou bem claro no art. 242 foi a necessidade de a intimação das decisões judiciais ser sempre feita na pessoa do advogado e, se também a parte foi intimada, o prazo recursal se contará da intimação do advogado e não da ciência pessoal da parte.

Como o advogado pode ser intimado de várias maneiras (pelo escrivão, pelo correio, pelo oficial de justiça, pela imprensa e em audiência), a contagem do prazo – embora partindo sempre da intimação – haverá de seguir as regras gerais do art. 241. As disposições do art. 242 não modificam as do art. 241; apenas as complementam.[30]

Utilizando-se, por exemplo, a intimação por mandado ou pelo correio, o prazo para recurso não começará a fluir senão depois de juntada do comprovante aos autos (art. 241, nos I e II). Não há atrito algum entre as regras dos arts. 241 e 242. Este simplesmente prevê a contagem do prazo de recurso da data em que o advogado foi intimado. Mas se a intimação for por carta ou mandado ela somente se completará no momento da juntada do comprovante aos autos (v. item nº 272, adiante). Aí se terá o advogado como intimado, e a partir de então se contará o prazo para recorrer. Dessa maneira, harmonizam-se as regras dos dois dispositivos legais cotejados.[31]

Sobre o recurso interposto antes da intimação da parte, veja-se, *infra*, o item 532-a.

234-a. Ciência inequívoca

Entende-se na jurisprudência que, tomando conhecimento efetivo da decisão, o advogado da parte dispensa a solenidade da intimação, independentemente de manifestação expressa nesse sentido.[32] Trata-se de aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual, atingido o fim visado pelo ato processual, tem-se como cumprida sua função, ainda que fora da solenidade traçada pela lei. É algo equivalente ao suprimento da citação do réu por seu comparecimento espontâneo ao processo (art. 214, § 1º). Daí ser tranquilo o entendimento pretoriano de que o prazo para recurso começa a correr, também, a partir do momento em que o representante processual da parte toma "ciência

inequívoca" da sentença ou decisão.

É preciso, no entanto, para substituir o ato intimatório regular, que o conhecimento do advogado seja pleno e inconteste, e que não se traduza em simples *notícia*, mas corresponda a efetiva ciência do *inteiro teor* da decisão judicial, ainda que não intimada formalmente. O exame das circunstâncias em que tal conhecimento se deu há de ser feito à luz de critérios objetivos, para preservar-se a segurança das partes e cumprir-se a tutela teleológica do devido processo legal. Dessa maneira, o sucedâneo da intimação exige que, *in concreto*, não haja *dúvida* alguma acerca daquilo a que se atribui o caráter de ciência *inequívoca*.[33]

Dentre os casos em que a jurisprudência reconhece como verificada a ciência inequívoca arrolam-se a retirada dos autos do cartório pelo advogado, logo em seguida ao decisório[34] e a formulação por este de pedido de reconsideração do ato judicial.[35]

Adverte-se, porém – e com toda procedência –, que o simples requerimento de vista dos autos não é suficiente para se presumir "ciência inequívoca". Esta, de fato, acontecerá, após a efetiva abertura da vista, quando o advogado retirar os autos do cartório.[36] Da mesma maneira, o fato de se apresentar petição nos autos após o julgado não pode, por si só, caracterizar "ciência inequívoca" para fins de fluência do prazo de recurso, mormente quando o teor da postulação não tratar de matéria relacionada com a decisão proferida e o advogado não tiver tido vista dos autos antes da intimação oficial.[37]

235. Termo final

O termo final de qualquer prazo processual nunca cairá em dia não útil, ou em que não houver expediente normal do juízo.

Dessa forma, "considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil" (art. 184, § 1º), se:

1º) o vencimento cair em feriado;

2º) em dia em que for determinado o fechamento do fórum; ou

3º) em que o expediente forense for encerrado antes da hora normal.

Note-se que o vencimento deverá observar o horário normal do expediente do fórum, de sorte que no último dia do prazo o ato da parte deverá ser praticado até às 20 horas (Código de Processo Civil, art. 172, com a redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994), momento em que os protocolos dos cartórios deverão encerrar.[38]

Se o expediente do cartório, pela organização judiciária local, encerrar-se antes das 20 horas, o momento final do prazo será o do fechamento da repartição e não o do limite do art. 172.

Uma regra especial será aplicada aos processos eletrônicos, quando totalmente implantados, ou pelo menos quando as comunicações dos atos processuais estiverem sendo praticadas por sistema informatizado de transmissão de dados: trata-se da Lei nº 11.419, de 19.12.2006, cujo art. 10, § 2º, prevê a situação de embaraço processual gerada por indisponibilidade técnica do Sistema do Poder Judiciário no último dia do prazo para a remessa da petição eletrônica. Segundo o dispositivo da lei especial, o prazo ficará automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema.

236. Preclusão

Todos os prazos processuais, mesmo os dilatórios, são *preclusivos*. Portanto, "decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato" (art. 183).

Opera, para o que se manteve inerte, aquele fenômeno que se denomina *preclusão processual*.

E *preclusão*, nesse caso, vem a ser a perda da faculdade ou direito processual, que se extinguiu por não exercício em tempo útil. Recebe esse evento a denominação técnica de *preclusão temporal*. Mas, há, em doutrina, outras espécies de *preclusão*, como a *consumativa* e a *lógica*, todas elas ligadas à perda de capacidade processual para a prática ou renovação de determinado ato (ver, adiante, o nº 511).

A preclusão, como adverte Couture, está, no processo moderno, erigida à classe de um princípio básico ou fundamental do procedimento. Manifesta-se em razão da necessidade de que as diversas etapas do processo se desenvolvam de maneira sucessiva, sempre para frente, "mediante fechamento definitivo de cada uma delas, impedindo-se o regresso a etapas e momentos processuais já extintos e consumados".[39]

Com esse método, evita-se o desenvolvimento arbitrário do processo, que só geraria a balbúrdia, o caos e a perplexidade para as partes e para o próprio juiz.

Permite o Código, não obstante, que após a extinção do prazo, em caráter excepcional, possa a parte provar que o ato não foi praticado em tempo útil em razão de "justa causa" (art. 183). Nessa situação, o juiz, verificando a procedência da alegação da parte, permitirá a prática do ato "no prazo que lhe

assinar" (art. 183, § 2º), que não será, obrigatoriamente, igual ao anterior, mas que não deverá ser maior, por motivos óbvios.

Para o Código, "reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário" (art. 183, § 1º). Trata-se, como se vê, do caso fortuito ou motivo de força maior, em termos análogos ao do art. 1.058, parágrafo único, do Código Civil de 1916 (CC de 2002, art. 393).

237. Prazos para as partes

Quando nem a lei nem o juiz fixar prazo para o ato, "será de cinco dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte" (art. 185).

É possível a renúncia, pela parte, de prazo estabelecido exclusivamente em seu favor (art. 186). Para que essa faculdade seja exercida, é necessário que o prazo não seja comum; que o direito em jogo seja disponível; e que a parte seja capaz de transigir.[40]

A renúncia pode ser *expressa* ou *tácita*. É *expressa* quando contida em declaração de vontade direta e clara, contendo a manifestação de abrir mão do prazo. É *tácita* quando decorre de um ato incompatível com a utilização do prazo, tal como se dá com a parte que pratica o ato antes de vencido o prazo que lhe havia sido outorgado.

Se figurarem litisconsortes na relação processual e forem diversos os seus advogados, os seus prazos, para contestar, para recorrer de modo geral, para falar nos autos, serão contados em dobro (art. 191).

Quando a lei não marcar prazo e ficar a critério do juiz a determinação do momento para a realização do ato, incide a regra limitativa do art. 192, segundo a qual "as intimações somente obrigarão a comparecimento depois de decorridas 24 horas". Isto quer dizer que não tolera o Código, em caso algum, a intimação para comparecimento *incontinenti*, como se a parte "nada mais tivesse a fazer ou pudesse largar de imediato suas ocupações, a fim de se despachar às carreiras, para dar cumprimento ao objeto da intimação".[41]

Incumbe, pois, ao oficial de justiça e ao escrivão fazer constar de suas certidões a hora exata em que procedeu à intimação.

Essa restrição, como é lógico, nada tem a ver com as ordens de condução de testemunhas e partes faltosas ou de prisão delas, visto que, por sua própria natureza, esses provimentos judiciais são de observância imediata.

238. Prazos para o juiz e seus auxiliares

Ao juiz, o Código marca os seguintes prazos:

1º) dois dias, para os despachos de expediente (art. 189, I);

2º) 10 dias, para as decisões interlocutórias (art. 189, II) e sentenças (art. 456).

Havendo, porém, motivo justificado, pode o juiz exceder, por igual tempo, os prazos que o Código lhe assina (art. 187).

Aos escrivães ou chefes de secretaria, o Código marca os prazos de:

1º) 24 horas, para remeter os autos conclusos; e

2º) 48 horas, para executar os demais atos do processo (art. 190).

Esses prazos são contados da seguinte maneira:

1) a partir da data em que concluiu o ato processual anterior, se lhe foi imposto pela lei; ou

2) da data em que tiver ciência da ordem, quando determinado o ato pelo juiz.

O escrivão atua como a corda ou mola que dá permanente movimento ao processo, daí a marcação de prazos curtos para seus atos, que, na maioria, são meras intimações e singelos registros das ocorrências nos autos.

Para controle do cumprimento desses prazos, dispõe o Código que "ao receber os autos certificará o serventuário o dia e hora em que ficou ciente da ordem" do juiz (art. 190, parágrafo único), o que, na praxe forense, se faz por meio do termo processual de "recebimento" ou "data".

239. Prazos para o Ministério Público e a Fazenda Pública

Tendo em vista as notórias dificuldades de ordem burocrática que se notam no funcionamento dos serviços jurídicos da Administração Pública, manda o art. 188 que sejam computados em *quádruplo* o prazo para *contestar* e em *dobro* para recorrer, quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público (ver, *retro*, nº 132, e *infra*, nº 532).

No conceito de Fazenda Pública, englobam-se a União, os Estados, Distrito Federal, os Territórios e os Municípios,[42] bem como as respectivas autarquias.[43]

As sociedades de economia mista e as empresas públicas, todavia, não se beneficiam dos favores do art. 188, porque seu regime jurídico é de direito privado, integrando apenas a administração pública indireta, segundo a sistemática do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67.[44]

Fala o art. comentado em prazo "para contestar", o que, segundo Barbosa Moreira, não inclui todas as respostas que a Fazenda possa produzir, por se tratar de norma "especialíssima". No entanto, reconhece-se que a reconvenção goza de prazo ampliado, visto que deve ser produzida em conjunto com a contestação. Já a exceção terá de ser produzida pela Fazenda no prazo normal das partes.[45]

240. Verificação dos prazos e penalidades: prazos dos serventuários

Cabe ao juiz fiscalizar o cumprimento dos prazos impostos aos seus serventuários (art. 193).

Essa fiscalização pode ser de ofício ou provocada pela parte.

Se houve motivo legítimo, dará o juiz por justificado o atraso. Mas, em caso contrário, mandará instaurar procedimento administrativo, para punir o faltoso, conforme as normas da Organização Judiciária local (art. 194).

241. Inobservância de prazo da parte

Compete ao advogado restituir os autos no prazo legal (art. 195). Da inobservância dessa norma decorrem duas consequências:

1) uma, de ordem *processual*: que é a preclusão, em decorrência da qual o juiz mandará, de ofício, riscar o que neles houver escrito o faltoso e desentranhar as alegações e documentos que apresentar (art. 195);

2) outra, de ordem *disciplinar*: que é a comunicação da ocorrência à Ordem dos Advogados do Brasil, para o procedimento adequado e imposição de multa (art. 196).

Essas providências são aplicáveis também aos órgãos do Ministério Público e aos representantes da Fazenda Pública (art. 197).

A multa imponível aos advogados pela ilícita retenção de autos, além do prazo legal, é de valor correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo. Sua aplicação, porém, só terá lugar se, intimado o advogado, não efetuar a devolução dos autos em vinte e quatro horas (art. 196).

Além da multa, sujeita-se o causídico a perder o direito de novas vistas dos autos fora do cartório (art. 196, *caput*).

Nem sempre é fácil a determinação de ter sido, ou não, inobservado o prazo legal para a prática do ato. Às vezes os fatos são pouco elucidativos e outras vezes a própria norma não é suficientemente clara, gerando dúvidas e perplexidades tanto para as partes como para o juiz. Há uma regra de

hermenêutica a ser observada em tal situação: se a norma restringe direito, como é a dos prazos, e, se há dúvida, deve-se preferir a interpretação que assegure o exercício do direito e não a que o elimine. Toda norma restritiva é de ser aplicada estritamente, sem qualquer tipo de ampliação.[46]

242. Inobservância dos prazos do juiz

Em relação ao órgão judicial (juiz ou tribunal) não ocorre preclusão, não havendo, portanto, perda do poder de decidir pelo simples fato de se desobedecer o prazo legal. Por isso, os prazos em questão são chamados de "prazos impróprios". Os efeitos do descumprimento podem gerar, em regra, sanções disciplinares, mas quase nunca processuais.

Se ocorrer desrespeito a prazo processual pelo juiz, qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público poderá representar ao Presidente do Tribunal de Justiça, a quem incumbirá o encaminhamento do caso ao órgão competente, para instauração do procedimento para apuração de responsabilidade (art. 198, primeira parte).

O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu o excesso de prazo e designar outro juiz para decidir a causa (art. 198, segunda parte).

Essa mesma regra é aplicável, também, aos membros dos tribunais superiores, na forma que dispuser o seu regimento interno (art. 199).

1 “A Casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial” (Constituição Federal, art. 5º, inc. XI).

2 Sobre a eficácia dos atos praticados em férias, consulte-se, adiante, o nº 312.

3 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. I, p. 347, nota 2. O STF, porém, decidiu, por seu Pleno, que a competência legislativa para “dispor sobre os atos processuais que se podem praticar e as causas que podem ter curso nas férias forenses e nos feriados (CF, art. 8º, XVII, **b;** CPC, arts. 173 e 174; CPP, art. 797)” é exclusiva da União (RE 87.728, ac. 05.03.1980, Rel. Min. Décio Miranda, *in Juriscível*, 89/129). No entanto, como a Constituição Federal de 1988 atribuiu competência concorrente aos Estados para legislar sobre “procedimentos em matéria processual” (art. 24, inc. XI), parece-nos, agora, fora de dúvida que as leis de organização judiciária também podem indicar causas que correm ou não correm em férias.

4 “Segundo entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção o recesso forense equipara-se às férias, ficando os prazos suspensos durante aquele período” (STJ, 4ª T., REsp. nº 193.977/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 16.03.2004, *DJU* de 05.04.2004, p. 266. No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 163.191/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 20.08.2005, *DJU* de 23.09.2002, p. 350; STJ, 3ª T., AgRg., no Ag. nº 481.013/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 04.11.2004, *DJU* de 29.11.2004, p. 317; STJ, 1ª T., REsp. nº 589.992/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 17.11.2005, *DJU* 28.11.2005, p. 193).

5 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, n. 109, p. 174.

6 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*. v. I, n. 302, pp. 354-355. O Simpósio Nacional de Direito Processual Civil, realizado em 1975, em Curitiba, aprovou o entendimento de que, “para os fins do art. 181, por prazo dilatório deve ser entendido o que é fixado por norma dispositiva e por prazo peremptório o fixado por norma cogente (por maioria)” (PRATA, Edson. *In Revista Forense*, 252/24, out.-nov.-dez./1975). Na ordem prática, o impasse persistiu, pois nem sempre é fácil distinguir, em matéria de processo, quais são as normas dispositivas e quais as cogentes, mormente em tema de prazos.

7 Para efeito de suspensão do prazo, urge distinguir entre férias e feriados. Como decidiu o STF, “o art. 179 do vigente Código de Processo Civil trata da suspensão de prazos pela superveniência de *férias forenses*, que não se confundem com dias *feriados*, sendo que, neste último caso, continua a fluir o prazo para recurso, prorrogando-se apenas o seu término para o primeiro dia útil imediato” (Ag. Instr. nº 66.303, ac. 02.04.76, Rel. Min. Cunha Peixoto, *in RTJ*, 78/156). Ainda a propósito de suspensão dos processos, é interessante registrar a jurisprudência do STF: “A suspensão por férias forenses, imediatamente antecedidas de feriado compreende aquelas e este” (RE nº 87.776, ac. 06.09.77, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *in RTJ*, 83.327. No mesmo sentido: TJSP, Agr. nº 36.349, ac. 02.08.1983, *in RT*, 578/91). Esse entendimento do STF, no entanto, foi, mais recentemente, alterado: “Não se há de ter como suspenso o prazo desde os feriados que antecedem imediatamente o início das férias forenses. Se o feriado precede, imediatamente, as férias forenses, ou lhes sucede, a elas não se incorpora, formando um todo contínuo, aos efeitos do art. 179 do CPC” (RE nº 111.375-8, ac. 03.03.1989, Rel. Min. Neri da Silveira, *in* Bol. *COAD*, 1989, nº 43.632, p. 221). Essa é a exegese que prevalece, também, no STJ: “Os feriados, mesmo quando contínuos e contíguos às férias, não têm o condão de suspender prazos. Apenas os prorrogam, na forma do disposto no art. 184, § 1º, do CPC” (REsp. nº 57.040-9/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 21.03.95, *DJU* de 17.04.95; REsp. nº 87.830/SP, Rel.

Min. Ruy Rosado, ac. 14.05.96, *DJU* de 14.09.96).

8 STF, 2ª T., RE nº 114.920/RJ, Rel. Min. Carlos Madeira, ac. 09.08.1988, RTJ, 127/1.148; STJ, 3ª T., REsp nº 167.413/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, ac. 08.06.1998, *DJU* 24.08.1998, p. 24; STJ, Corte Especial, EREsp. nº 667.672/SP, Rel. Min. José Delgado, ac. 21.05.2008, *DJe* 26.06.2008; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.210.186/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 22.03.2011, *DJe* 31.03.2011. O STJ, porém, já decidiu que o prazo de propositura da ação principal, após medida cautelar preparatória, previsto no art. 806 do CPC, pode, quando vencido em férias, ser prorrogado até o primeiro dia útil subsequente (REsp. nº 11.834/PB, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 17.12.91, *RSTJ*, 34/362; STJ, 5ª T., REsp. nº 770.920/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 14.08.2007, *DJU* 24.09.2007, p. 358).

9 STJ, 3ª T., REsp. nº 44.716-0/DF, Rel. Min. Costa Leite, ac. 05.04.94, *RSTJ*, 65/450.

10 Um exemplo de obstáculo da parte: a retirada dos autos do cartório e sua retenção pelo vencedor, durante o prazo em que o vencido poderia interpor seu recurso.

11 É que, na execução, a exceção de incompetência relativa deve, em princípio, ser apresentada juntamente com os embargos (CPC, art. 742) (STJ, 2ª Seção, CC nº 10.056/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 08.02.95, *DJU* de 03.04.95, p. 8.104). Assim, se o oferecimento for unicamente da exceção, não suspenderá o prazo para ulterior oposição de embargos à execução (STJ, 4ª T., REsp. nº 112.977/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 22.10.97, *DJU* de 24.11.97, p. 61.224; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.239.915/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 10.05.2011, *DJe* 16.05.2011; STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 1.221.951/MT, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 14.04.2011, *DJe* 25.04.2011).

12 É possível, segundo jurisprudência do STJ, reconhecer, para os fins do art. 183, §§ 1º e 2º do CPC, a existência de justa causa no descumprimento de prazo recursal no caso em que o recorrente tenha considerado como termo inicial do prazo a data inidicada equivocadamente pelo Tribunal em seu sistema de acompanhamento processual disponibilizado na internet (STJ, 3ª T. REsp 1.186.276/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 16.12.2010, *DJe* 03.02.2011. No mesmo sentido: STJ, Corte Especial, REsp 1.324.432/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 17.12.2012, *DJe* 10.05.2013).

13 BERMUDES, Sérgio. *Comentários ao Cód. Proc. Civ*. São Paulo: RT, 1975, vol. VII, p. 99-100.

14 STF, Súmula 310.

15 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1974, v. III, p. 311.

16 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*, 3. ed., p. 356; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit., loc. cit*; AMARAL SANTOS, Moacyr. voto no RE nº 64.759, do STF, *in RTJ* 53/366; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, 1976, v. IV, n. 916, nota nº 1, pp. 228-229. Nesse sentido: STJ, REsp. nº 8.633/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 29.04.91, *in DJU* de 27.05.91, p. 6.963. Quanto à citação com hora certa, "A jurisprudência do STJ, (...) tem se orientado no sentido de fixar, como termo inicial do prazo para a contestação, a data da juntada do mandado de citação cumprido, e não a data da juntada do Aviso de Recebimento da correspondência a que alude o art. 229 do CPC" (STJ, 3ª T., REsp. nº 746.524/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 03.03.2009, *DJe* 16.03.2009).

17 "O que se tem de levar em conta, portanto, não é a juntada do jornal, que é simples ato de documentação nos autos, mas sim o prazo de aperfeiçoamento da citação, contido no próprio edital" (TJMG, Apel. nº 64.069, Rel. Des. Humberto Theodoro). Nesse sentido: STJ, REsp. nº 44.716-0/DF, Rel. Min. Costa Leite, ac. 05.04.94, *in RSTJ* 65/451; STJ, 2ª T., AgRg no REsp. nº 1.065.049/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 18.06.2009, *DJe* 31.08.2009.

18 TJSP, ac. 15.07.75, *in Revista de Jurisprudência do TJSP*, v. 37, p. 64; no mesmo sentido: ac. *in Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, v. 35, p. 224; *idem* TJMG, Embargos na Apel. nº 42.573, Rel. Des. Ribeiro do Valle, ac. 19.04.77, *in D. Jud. MG*, de 09.06.77; STJ, REsp. nº 80.066/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 29.04.98, *in DJU* de 01.06.98, p. 115; STJ, REsp. nº 21.192-3/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 16.06.92, *in DJU* de 17.08.92, p. 12.504; STJ, 4ª T.,

REsp. nº 182.378/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 11.09.2001, *DJU* 04.02.2002, p. 367.

19 WALD, Arnoldo. Contagem de prazo para recurso – Interpretação da *Súmula* 310 do STF. *Revista dos Tribunais*, v. 486, p. 40; e *Revista Forense*, v. 252, p. 161-164.

20 WALD, Arnoldo. *Op. cit., loc. cit.*, com apoio em julgados do STF, proferidos nos RE nº 73.709 (RTJ, 64/436), 75.518 (DJ de 05.10.73, p. 7.464) e 63.653 (ac. 04.05.72, do Pleno). O TJ de São Paulo e o 1º T. Alç. Civ. de São Paulo já decidiram que, mesmo sendo a intimação feita em publicação de sábado, domingo ou feriado, "o primeiro dia do prazo é, normalmente, a segunda-feira seguinte, a menos que esta não seja dia útil" (*RT*, 523/113; 528/100; 533/132). O 2º TA Civ. de São Paulo, todavia, em harmonia com a orientação do STF, decidiu que, "como o sábado não é dia útil no foro, a intimação nesse dia equipara-se à feita na segunda-feira subsequente" (Agr. nº 107.055, *in RT*, 542/162). Essa última orientação é, a nosso ver, a que merece prevalecer, dentro da melhor interpretação da sistemática dos prazos do processo civil. O STF, todavia, em acórdãos mais recentes, alterou seu posicionamento para decidir que na intimação de sábado o prazo começa na segunda e não na terça-feira (RE 106.636, *in RTJ*, 115/486; outros precedentes: *RTJ*, 70/801, 88/1.092 e 94/660). Toda essa polêmica, é bom dizer, perdeu sentido, a partir da Lei nº 8.079/90, que disciplinou a matéria de forma explícita, e de acordo com a orientação seguida no texto principal acima. Nesse sentido: STJ, REsp. nº 36.099/AL, Rel. Min. Hélio Mosimann, ac. 06.09.95, *in DJU* de 09.10.95, p. 33.538; STJ, 3ª T., AgRg nos EDcl no Ag nº 1.021.883/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 19.03.2009, *DJe* 03.04.2009.

21 STJ, 3ª T., REsp. nº 58.273-3/GO, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 16.04.96, *RSTJ*, 88/109; STJ, 2ª T., AgRg no Ag nº 1.113.950/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 04.06.2009, *DJe* 27.08.2009.

22 STJ, Corte Especial, EDREsp. nº 67.194/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 18.12.96, *RSTJ*, 97/19; STJ, 2ª T., AgRg no Ag nº 1.113.950/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 04.06.2009, *DJe* 27.08.2009; STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 926.830/MT, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 26.02.2008, *DJe* 28.04.2008.

23 STF, RE nº 70.548, Rel. Min. Luiz Gallotti, *in RTJ*, 55/465.

24 STF, RE nº 70.777, Rel. Min. Luiz Gallotti, *in RTJ*, 57/408.

25 STF, RE nº 74.869, Rel. Min. Luiz Gallotti, *in RTJ*, 64/273.

26 STJ, 4ª T., REsp. nº 11.834/PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 17.12.91, *RSTJ*, 34/362. Ver, adiante, item nº 241.

27 STF, RE nº 78.839, Rel. Min. Bilac Pinto, *in Jurisprudência Mineira*, 60/258; STF, Decisão Singular, AI nº 799.809/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, ac. 21.05.2010, *DJe* 08.06.2010.

28 Determina a Lei nº 11.419/2006, para evitar surpresas, que, quando os tribunais adotarem o *Diário da Justiça eletrônico*, sua criação "deverá ser acompanhada de ampla divulgação, e o ato administrativo correspondente será publicado durante 30 (trinta) dias no diário oficial em uso" (art. 4º, § 5º). Dessa maneira, os advogados terão tempo para se acomodar à nova técnica de publicidade dos atos processuais.

29 O § 4º do art. 5º da Lei nº 11.419 prevê a existência de um serviço informativo, a que a parte pode aderir, ou não, e que, no caso de abertura automática do prazo ao final do decênio do § 3º, proporcionaria a remessa de correspondência eletrônica acerca da consumação da intimação. Trata-se, porém, de serviço facultativo meramente informativo, sem nenhuma interferência no aperfeiçoamento e validade da intimação.

30 "O texto (do art. 242) contém a disciplina aplicável à contagem dos prazos para recorrer, que não fica, porém, subtraída à incidência das regras gerais, as quais não regem apenas subsidiariamente..." (MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. III, n. 334, p. 255).

31 A propósito do prazo para interposição de agravo, decidiu o STJ: "Em se tratando de intimação por oficial de justiça, a data a ser considerada deve ser a da juntada aos autos do mandado cumprido, a teor do art. 241, II, do CPC" (STJ, AgRg. no AI nº 300.548/RJ, 6ª T., Rel. Min. Vicente Leal, ac.

21.09.2000, *DJU* de 16.10.2000, p. 366. No mesmo sentido: REsp. nº 65.537/RS, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 15.08.95, *DJU* de 09.10.95, p. 33.555; STJ, Corte Especial, EREsp. nº 598.516/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 07.04.2010, *DJe* 19.04.2010).

32 STJ, 2ª T., REsp. nº 1.211.882/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 05.04.2011, *DJe* 14.04.2011; STJ, 1ª T., AgRg nos EDcl no REsp. nº 937.535/RS, Rel. Min. José Delgado, ac. 12.02.2008, *DJe* 10.03.2008.

33 STJ, 4ª T., REsp. nº 536.527/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 04.09.2003, *DJU* de 29.09.2003, p. 273; STJ, 6ª T., REsp. nº 880.606/AM, Rel. Min. Og Fernandes, ac. 14.04.2009, *DJe* 04.05.2009.

34 STJ, 1ª Seção, AgRg. no MS nº 8.604/DF, Rel. Min. Paulo Medina, ac. 26.02.2003, *DJU* de 07.04.2003, p. 213; STJ, 4ª T., REsp. nº 84.079/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 10.03.98, *RSTJ* 107/269 STJ, 5ª T., AgRg no REsp. nº 1.163.375/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, ac. 05.10.2010, *DJe* 03.11.2010; STJ, 4ª T., REsp. nº 986.151/MG, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, ac. 17.11.2009, *DJe* 30.11.2009.

35 STJ, 2ª T., REsp. nº 611.989/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 24.04.2007, *DJU* 10.05.2007, p. 364. Quando, porém, a parte comparece aos autos para arguir a nulidade da intimação, deve aplicar-se, analogicamente, a regra traçada para a citação, no art. 214, § 2º, ou seja, ter-se-á a intimação como feita na data em que o advogado for intimado da decisão que acolher a nulidade (STF, 2ª T., RE nº 87.174, Rel. Min. Leitão de Abreu, ac. 09.09.1980, *RTJ* 95/730; STF, 1ª T., RE nº 93.286, Rel.ª Min.ª Xavier de Albuquerque, ac. 04.11.1980, *RTJ* 96/946; STJ, 2ª T., AgRg. no Ag. nº 406.233/MG, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, ac. 07.05.2002, *RT* 805/215). Há julgados que, nesses casos, consideram como ocorrida a "ciência inequívoca" na data em que se acusa a nulidade da intimação, o que não nos parece compatível com a sistemática do Código adotada para a citação e que, por analogia, deve prevalecer também para a intimação. Nesse sentido: STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 770.751/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 05.10.2009, *DJe* 26.10.2009.

36 STJ, 3ª T., REsp. nº 8.131/GO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 07.05.91, *DJU* de 27.05.1991, p. 6.963; STJ, 5ª T., AgRg no REsp 945.892/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 06.05.2010, *DJe* 24.05.2010; STJ, 1ª T., REsp 968.819/SP, Rel. Min. José Delgado, ac. 22.04.2008, *DJe* 21.5.2008; STJ, Corte Especial, EREsp 647.839/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 03.12.2008, *DJe* 05.02.2009.

37 STJ, 4ª T., REsp. nº 536.527/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 04.09.2003, *DJU* de 29.09.2003, p. 273.

38 "Não se toma conhecimento do recurso de agravinho quando o mesmo é apresentado no último dia do prazo, *após o expediente*" (STF, RE nº 75.485, voto do Rel. Min. Thompson Flores, *in RTJ*, 71/769); STJ, REsp. nº 37.833-8/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 19.10.1993, *in RSTJ* 76/191; STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 655.109/PI, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 18.08.2005, *DJU* 14.11.2005. Contra: STF, 2ª T., EDcl. em RE nº 188.349-9, Rel. Min. Maurício Corrêa, ac. 29.11.1996, *in DJU* de 11.04.1997, p. 12.204.

39 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, n 121, p. 194.

40 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II, n. 122, p. 110.

41 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Op. cit.*, n. 137, p. 124.

42 TJMG, Apel. nº 44.250, Rel. Des. Régulo Peixoto, *in D. Jud. MG*, de 11.11.76.

43 STF, RE nº 78.370, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, *in RTJ*, 74/168; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Op. cit.*, n. 126, pp. 113-114; STJ, REsp. nº 58.689-5/PR, Rel. Min. Américo Luz, ac. 08.03.95, *in DJU* de 08.05.95, p. 12.374; STJ, REsp. nº 52.548-9/PA, Rel. Min. Garcia Vieira, ac. 24.10.94, *in DJU* de 21.11.94, p. 31.723; TJMG, Ap. nº 88.111-5, Rel. Des. José Loyola, ac. 26.12.91, *in Jurisp. Min.* 116/221; STJ, Corte Especial, REsp. nº 256.145/RS, ac. 04.10.2006, *DJU* 30.10.2006, p. 212.

44 STF, Embs. ao RE nº 79.842, Rel. Min. Cordeiro Guerra, *in RTJ*, 74/557; TJSP, AR nº 228.735-2, Rel. Min. Maurício Vidigal, ac. 15.08.94, *in JTJSP* 164/247; TACiv.RJ, Ap. nº 2.936/95, Rel. Juiz Serrão Vieira, ac. 08.06.95, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. 7.ed., São Paulo: RT, 1998, vol. I, p. 1002. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Op. cit., loc. cit*. STJ, 2ª T., AgRg no REsp. nº 652.055/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 01.09.2009, *DJe* 08.09.2009; STJ, 1ª T., AgRg no REsp. nº 788.820/RS, Rel. Min. Denise Arruda, ac. 04.09.2008, *DJe* 22.09.2008.

45 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Benefício da Dilatação do Prazo para a Fazenda Pública", *in Revista Forense*, 247/8. No entanto, já se "decidiu que a Fazenda Pública tem direito de opor exceção de incompetência no prazo que tem para contestar (art. 188 do CPC)" (STJ, 2ª T., REsp. nº 24.055/RJ, Rel. Min. José de Jesus Filho, ac. 14.04.1993, *DJU* 10.05.1993, p. 8.625).

46 "Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo – calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade – e a advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito" (Ac. unân. da 4ª T. do STJ, de 17.12.91, no REsp. nº 11.834-PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *in RSTJ*, 34/362). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. nº 1.229.833/PR, Rel. Min. Castro Meira, ac. 05.05.2011, *DJe* 12.05.2011.

Capítulo XI
O INTERCÂMBIO PROCESSUAL

§ 42. ATOS DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL E ATOS FORA DA CIRCUNSCRIÇÃO TERRITORIAL DO JUÍZO

Sumário: 243. Intercâmbio processual. 244. Forma dos atos de comunicação. 244-a. A comunicação eletrônica. 245. Atos processuais fora dos limites territoriais do juízo. 246. Requisitos das cartas. 247. Cumprimento das cartas. 248. Cartas urgentes. 249. Custas nas cartas. 250. Cartas rogatórias.

243. Intercâmbio processual

O procedimento se desenvolve sob o signo da publicidade e do contraditório. Não há surpresa para as partes nem para terceiros que eventualmente tenham que prestar colaboração à solução da lide ou que tenham que suportar consequências dela.

Há, por isso, um sistema de comunicação dos atos processuais, pelo qual o juízo põe os interessados a par de tudo o que ocorre no processo e os convoca a praticar, nos prazos devidos, os atos que lhes compete.

Esses atos eram classificados pelo Código de 1939 em citações, notificações e intimações.

O Código atual eliminou a distinção entre intimação e notificação e só conhece, de ordinário, como ato de comunicação processual a citação e a intimação.

A denominação notificação ficou reservada para o procedimento especial integrante das medidas cautelares, como medida conservativa de direitos, regulada no art. 873.

Os órgãos que, normalmente, se encarregam da comunicação processual são o escrivão e o oficial de Justiça. Ao escrivão, o juiz determina a prática do ato em despacho nos autos. Ao oficial, as ordens são transmitidas através de

mandados, documentos avulsos que, depois de cumprida a diligência, são juntados aos autos para integração e aperfeiçoamento do ato processual de comunicação (arts. 225 e 239, I e II). Em alguns casos, o juiz utiliza órgãos estranhos ao juízo para a comunicação, como o Correio (art. 222) e a imprensa (art. 231).

244. Forma dos atos de comunicação

A comunicação do ato processual pode ser real ou presumida (ficta). É *real* quando a ciência é dada diretamente à pessoa do interessado; *presumida*, quando feita através de um órgão ou um terceiro que se presume faça chegar a ocorrência ao conhecimento do interessado. São reais as intimações feitas pelo escrivão ou pelo oficial de Justiça, bem como as efetuadas através de correspondência postal; e presumidas as feitas por edital ou com hora certa e, ainda, pela imprensa.

244-a. A comunicação eletrônica

A comunicação oficial, por meio eletrônico, no âmbito do Poder Judiciário, foi objeto de regulamentação pela Resolução nº 100 do Conselho Nacional de Justiça, na qual se prevê a utilização preferencial do *Sistema Hermes – Malote Digital*, sem prejuízo, porém, de outros meios eletrônicos já adotados pelos Tribunais. Estipula o art. 1º da Resolução que o referido sistema deverá ser o veículo das comunicações oficiais entre o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o Conselho da Justiça Federal – CJF, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT e os Tribunais descritos no art. 92, II a VII, da Constituição Federal, inclusive entre estes tribunais.

Recomendou o CNJ, especialmente, que o Sistema Hermes – Malote Digital deverá ser utilizado, entre outros, para expedição e devolução de cartas precatórias entre juízos de tribunais mais diversos (Resolução cit., art. 1º, § 3º). Recomendou-se, ainda, aos Tribunais já referidos, que o Sistema Hermes – Malote Digital seja também adotado como forma de comunicação oficial entre seus órgãos e setores internos, magistrados e servidores (art. 3º).

245. Atos processuais fora dos limites territoriais do juízo

Ao juiz compete dirigir o processo e determinar os atos que as partes e

serventuários haverão de praticar.

Mas a autoridade do juiz, pelas regras de competência, se restringem aos limites de sua circunscrição territorial. Assim, quando o ato tiver de ser praticado em território de outra comarca, o juiz da causa não poderá ordená-lo diretamente aos serventuários do juízo; terá, então, de requisitá-lo por carta à autoridade judiciária competente (art. 200).

Estabelece-se assim um intercâmbio e uma colaboração entre dois juízos para que o processo tenha seu devido andamento.

Essas cartas podem ser de três espécies diferentes: *a) carta de ordem*, quando destinadas pelo Tribunal Superior a juiz que lhe for subordinado; *b) carta rogatória*, quando dirigida à autoridade judiciária estrangeira; e *c) carta precatória*, nos demais casos (art. 201), isto é, quando dirigida a juiz nacional de igual categoria jurisdicional.

246. Requisitos das cartas

São, segundo o art. 202, requisitos essenciais da carta de ordem, da carta precatória e da carta rogatória:

I – a indicação do juiz de origem e de cumprimento do ato;

II – o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado;

III – a menção do ato processual que lhe constitui o objeto;

IV – o encerramento com a assinatura do juiz.

Além disso, o juiz mandará trasladar, na carta, quaisquer outras peças, bem como instruí-la com mapa, desenho ou gráfico, sempre que esses documentos devam ser examinados, na diligência, pelas partes, peritos ou testemunhas (art. 202, § 1º). Quando o objeto da diligência for exame pericial em documento, esse será remetido em original (art. 202, § 2º).

Como regra geral, toda carta tem caráter itinerante, de modo que, "antes ou depois de lhe ser ordenado o cumprimento, poderá ser apresentada a juízo diverso do que dela consta, a fim de se praticar o ato" (art. 204).

Deve o juiz, para evitar paralisação indefinida do processo, declarar o prazo dentro do qual a carta deverá ser cumprida, levando em consideração a facilidade das comunicações e a natureza da diligência (art. 203). Se, porém, não for possível ao juiz deprecado a realização do ato no prazo constante da carta, poderá dilatá-lo, fazendo a devida comunicação ao deprecante.

Segundo a tradição do processo, as cartas do art. 202 formalizam-se por

escrito e são encerradas pela assinatura do juiz que as expede. Dentro do programa de modernização dos serviços judiciais, a Lei nº 11.419, de 19.12.2006, passou a autorizar que se possa expedi-las por meio eletrônico, situação em que a assinatura do juiz deverá ser eletrônica, na forma da Lei (art. 202, § 3º, acrescentado pela referida lei). Nos termos do art. 7º da Lei nº 11.419/2006, as comunicações entre os órgãos do Poder Judiciário (inclusive as cartas precatórias, rogatórias e de ordem) não só podem efetuar-se por meio eletrônico, como este deve ser a via preferencial para a respectiva prática (art. 7º).

247. Cumprimento das cartas

Quem expede o mandado para que a diligência seja realizada é o juízo destinatário da carta, que recebe o nome de juiz deprecado, rogado ou ordenado, conforme se trate de carta precatória, rogatória ou de ordem. O juiz que expede a carta é o deprecante, rogante ou ordenante, conforme o caso.

A carta de ordem, por questão de hierarquia, nunca pode deixar de ser cumprida. A carta rogatória depende de *exequatur* do Presidente do Superior Tribunal de Justiça (Constituição Federal, art. 105, inc. I, *i*; Resolução/STJ nº 9, de 04.05.2005, art. 2º), o qual, uma vez concedido, vincula o juiz inferior (rogado), que também não poderá deixar de cumpri-la.

Já com relação à carta precatória, que circula entre juízes do mesmo grau de jurisdição, é lícito ao juiz deprecado recusar-lhe cumprimento e devolvê-la ao juiz deprecante, nos seguintes casos:

I – quando não estiver revestida dos requisitos legais, que são os do art. 202;

II – quando carecer de competência em razão da matéria ou da hierarquia. Por questão apenas de incompetência relativa, o ato não poderá ser recusado;

III – quando tiver dúvida acerca de sua autenticidade.

Em qualquer caso, terá o juiz deprecado de fundamentar o despacho de recusa (art. 209, *caput*).

Não sendo juiz da causa, mas simples executor do ato deliberado pelo deprecante, ao deprecado não cabe perquirir-lhe o mérito, antes de fazê-lo cumprir. Deixando de lado a hipótese de irregularidades formais da carta, apenas quando entender que o ato do deprecante importa invasão de sua competência absoluta, é que o deprecado pode devolver a precatória sem cumprimento, caso em que suscitará o conflito de competência.[1]

248. Cartas urgentes

Havendo urgência, permite o art. 205 que a carta de ordem e a carta precatória sejam transmitidas por telegrama, radiograma ou telefone.

Nos casos de cartas por telegrama ou radiograma, os dados do art. 202 serão resumidos, de forma a não prejudicar sua substância, e a agência expedidora incluirá a declaração de estar reconhecida a assinatura do juiz (art. 206).

Na hipótese de carta por telefone, o escrivão ou secretário do tribunal transmitirá o seu conteúdo ao escrivão do 1º Ofício, da primeira vara, se houver mais de uma vara e mais de um ofício, observados os requisitos do art. 202 (art. 207).

O escrivão que receber o telefonema, reduzirá o seu texto a escrito e, no mesmo dia ou no dia útil imediato, telefonará ao secretário ou escrivão do juízo deprecante, lendo-lhe os termos da carta e solicitando-lhe que lha confirme (art. 207, § 1º).

Havendo confirmação, dará certidão do ocorrido e submeterá a carta a despacho judicial (art. 207, § 2º).

Medida muito mais prática foi autorizada pela Lei nº 11.419/2006, por meio do § 3º, acrescido ao art. 202, que recomenda o emprego da comunicação eletrônica na expedição de cartas precatórias, rogatórias e de ordem. A novidade, no entanto, dependerá de implantação de sistemas de informatização dos serviços forenses pelos tribunais (v., *retro*, os itens nºs 209-b e 246).

249. Custas nas cartas

O processamento das cartas está sujeito ao preparo comum, inclusive pagamento de taxa judiciária, conforme a legislação local.

Nos casos, porém, de cartas urgentes, expedidas por telefone, telegrama ou radiograma, o cumprimento deverá ser imediato, ou de ofício, como recomenda o art. 208. A parte interessada depositará no juízo deprecante a importância correspondente às despesas que serão feitas no juízo em que houver de ser praticado o ato (art. 208).

Não se pode, assim, deixar de dar imediato cumprimento a essas cartas, sob pretexto de falta de preparo das custas. Quanto às demais cartas, não havendo preparo prévio, pode o juiz da diligência devolvê-las, sem cumprimento.

Cumpridas as cartas, quaisquer que sejam elas, serão restituídas no prazo de 10 dias ao juízo de origem, desde que pagas pela parte as custas devidas (art.

212).

Essa devolução é feita independentemente de traslado.

250. Cartas rogatórias

A carta rogatória – conforme o art. 210 – obedecerá, quanto à sua admissibilidade e modo de seu cumprimento, ao disposto na convenção internacional existente entre o Brasil e o país destinatário. À falta de convenção, será a rogatória remetida à autoridade judiciária estrangeira, por via diplomática, depois de traduzida para a língua do país em que o ato houver de ser praticado (art. 210).

No Brasil, o cumprimento das rogatórias estrangeiras depende de *exequatur* a ser obtido em procedimento que, segundo o art. 211, deve observar o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Pela Emenda Constitucional nº 45/2004, entretanto, a competência foi deslocada para o Superior Tribunal de Justiça. Sobre o procedimento observável perante o STJ, v., adiante, o item 588.

As cartas rogatórias explicam-se pelo princípio da territorialidade da jurisdição, segundo o qual cada Estado exerce a soberania dentro dos limites de seu território. As cartas rogatórias, portanto, são instrumento utilizáveis quando as relações internacionais envolvem a necessidade de cooperação entre as Justiças de diferentes Estados. A par dos problemas jurisprudenciais, porém, existem inúmeras outras relações que reclamam cooperação e assistência recíproca no enfrentamento de problemas que devem ser solucionados fora do âmbito judiciário. Nesse terreno, a cooperação internacional se desenvolve segundo tratados firmados pelo Brasil, cujo cumprimento não envolve os tribunais judiciários, mas outros órgãos da administração, como a fiscalização tributária, a polícia e o Ministério Público e outros organismos que atuam na prevenção e investigação de ilícitos civis e penais de caráter transnacional.[2]

§ 43. CITAÇÃO

Sumário: 251. Conceito. 252. Suprimento da citação. 253. Destinatário da citação inicial. 254. Local da citação. 255. Impedimento legal de realização da citação. 256. Modos de realizar a citação. 257. Citação por oficial de justiça. 258. Citação com hora certa. 259. Citação pelo Correio. 260. Citação por edital. 260-a. Citação por meio eletrônico. 261. Responsabilidade do promovente da citação-edital. 262. Efeitos da citação. 263. Prevenção. 264. Litispendência. 265. Litigiosidade. 266. Mora. 267. Prescrição. 268. Antecipação do efeito interruptivo da prescrição. 268-a. A força de interpelação reconhecida à citação.

251. Conceito

Conforme a definição legal, "*citação* é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender" (art. 213).

Sem a citação do réu, não se aperfeiçoa a relação processual e torna-se inútil e inoperante a sentença. Daí dispor o art. 214 que, "para validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu".[3]

Essa exigência legal diz respeito a todos os processos (de conhecimento, de execução e cautelar), sejam quais forem os procedimentos (comum ou especiais). Até mesmo os procedimentos de jurisdição voluntária, quando envolverem interesses de terceiros, tornam obrigatória a citação (art. 1.105).

Tão importante é a citação, como elemento instaurador do indispensável contraditório no processo, que sem ela todo o procedimento se contamina de irreparável nulidade, que impede a sentença de fazer coisa julgada. Em qualquer época, independentemente de ação rescisória, será lícito ao réu arguir a nulidade de semelhante decisório (arts. 475-L, I e 741, I). Na verdade, será *nenhuma* a sentença assim irregularmente prolatada.

Observe-se, outrossim, que o requisito de validade do processo é não apenas a citação, mas a *citação válida*, pois o Código fulmina de nulidade expressa as citações e as intimações "quando feitas sem observância das prescrições legais" (art. 247). E trata-se de *nulidade insanável*, segundo o entendimento da melhor doutrina.[4]

252. Suprimento da citação

A citação é indispensável como meio de abertura do contraditório, na instauração da relação processual. Mas, se esse se estabeleceu, inobstante a falta ou vício da citação, não há que se falar em nulidade do processo, visto que o seu objetivo foi alcançado por outras vias. A nulidade do processo, em razão do art. 247, só ocorre, portanto, plenamente, no caso de revelia do demandado (*vide* nº 290).

Assim é que dispõe o art. 214, § 1º, que a falta ou nulidade da citação se supre pelo "comparecimento espontâneo do réu".

Se, todavia, o comparecimento não se deu para apresentar defesa, mas apenas para alegar a nulidade da citação, e caso esta venha realmente a ser decretada, não haverá, mesmo assim, necessidade de realizar-se nova e completa diligência citatória: o réu será legalmente considerado citado na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão em que se reconheceu a nulidade arguida (art. 214, § 2º).

Pode acontecer que o reconhecimento da nulidade da citação só venha a ocorrer em segunda instância, em grau de recurso. Nessa hipótese, o prazo de contestação só pode ser aberto ao réu a partir do retorno dos autos à primeira instância. Enquanto o processo estiver no tribunal, não poderá correr o prazo de resposta, porque haverá evidente embaraço judicial ao exercício do direito de defesa. Baixados os autos, portanto, será o demandado intimado, para efeito do art. 214, § 2º.[5]

253. Destinatário da citação inicial

Em regra, a citação deve ser feita *pessoalmente ao réu*, ou a procurador legalmente autorizado (art. 215).

Se incapaz o demandado, a citação será feita na pessoa de seu representante legal (pai, tutor ou curador). Se pessoa jurídica, em quem tenha poderes estatutários para representá-la em juízo (art. 215, *caput*).

Permite, outrossim, o § 1º do art. 215, a citação excepcional do mandatário, administrador, feitor ou gerente, mesmo em se tratando de réu pessoa física, e ainda que inexistam poderes específicos outorgados para recebimento da citação, desde que se observem os seguintes requisitos:

a) tenha a ação se originado de atos praticados pelos referidos gestores;

b) esteja o réu *ausente*, não no sentido técnico, porque então sua

representação caberia ao curador, mas, no sentido prático, ou seja, de pessoa fora do domicílio. Não é suficiente o fato de ter o réu domicílio ou residência fora da sede do juízo, se conhecidos, nem tampouco basta o afastamento eventual e breve do demandado. O que autoriza a medida excepcional do art. 215, § 1º, é a ausência prolongada e indefinida, maliciosa ou não, que torna embaraçosa a citação pessoal.

Outra regra do Código que abre exceção à obrigatoriedade da citação pessoal do réu é a do § 2º do art. 215, que, nas ações sobre locação predial, permite ao locatário citar o administrador do imóvel encarregado do recebimento dos aluguéis, quando o locador se ausentar do Brasil, sem cientificar o inquilino da existência de procurador na localidade do imóvel, com poderes especiais para receber a citação.

Outra norma especial se refere à parte impossibilitada de receber a *in ius vocatio* por questão de saúde. Dispõe o art. 218, *caput*, que, se o réu for demente ou enfermo, impossibilitado de receber a citação, o oficial de justiça deixará de cumprir o mandado citatório. Devolvê-lo-á com certidão que descreva minuciosamente o ocorrido. O juiz, então, nomeará um médico, a fim de examinar o citando, a quem competirá apresentar laudo em cinco dias. Havendo reconhecimento da impossibilidade de citação pessoal, o juiz dará ao réu um curador especial, observando, quanto à escolha, a preferência estabelecida na lei civil (art. 454 do Código Civil de 1916; CC de 2002, art. 1.775). Os poderes de representação serão, contudo, restritos à causa pendente (art. 218, § 2º).

O curador assim nomeado receberá pessoalmente a citação e se incumbirá da defesa do réu (art. 218, § 3º).

254. Local da citação

Como regra geral, "a citação efetuar-se-á em qualquer lugar em que se encontre o réu" (art. 216, *caput*), seja sua residência, seu local de trabalho, ou qualquer outro lugar.

Mas o 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 (art. 216, parágrafo único).

255. Impedimento legal de realização da citação

Há circunstâncias especiais, previstas no Código, que impedem

momentaneamente a citação do réu.

Assim, salvo se houver necessidade de evitar perecimento de direito (como nos casos de prescrição ou decadência iminentes), não se fará a citação (art. 217):

I – a quem estiver assistindo a qualquer ato de culto religioso;

II – ao cônjuge ou a qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral em segundo grau, no dia do falecimento e nos sete dias seguintes;

III – aos noivos, nos três primeiros dias de bodas;

IV – aos doentes, enquanto grave o seu estado.

Superado o impedimento, a citação será normalmente feita. Por outro lado, a restrição legal refere-se apenas à pessoa do réu, de modo que, se ele dispuser de procurador com poderes adequados, poderá este ser citado, sem embargo de encontrar-se demandado numa das circunstâncias do art. 217.

Também, para evitar perecimento de direito, pode o juiz autorizar a citação pessoal do réu, mesmo nos momentos e circunstâncias arrolados no art. 217.[6]

256. Modos de realizar a citação

Pode a citação, segundo o art. 221, realizar-se:

I – pelo Correio;

II – por oficial de justiça;

III – por edital;

IV – por meio eletrônico, conforme regulado em lei própria (inciso acrescentado pela Lei nº 11.419/2006).

A citação pelo Correio, a partir da Lei nº 8.710, de 24.09.93, passou a ser a regra geral a ser observada no processo civil. As demais são exceções e dependem de certos requisitos expressamente preconizados pelo Código.

A citação por meio eletrônico depende de achar-se o tribunal aparelhado para utilizar a informática como técnica de transmissão de dados. Há de sujeitar-se, ainda, aos termos da Lei nº 11.419/2006, arts. 5º e 6º.

257. Citação por oficial de justiça

No sistema primitivo do Código, a citação, normalmente, se fazia por meio de oficial de justiça que é o órgão auxiliar a que toca a função principal de cumprir os mandados expedidos pelo juiz (art. 224). Após a Lei nº 8.710, de

24.09.93, no entanto, a regra geral passou a ser a citação pelo Correio (nova redação do art. 222).

Há casos, porém, em que se não aplica a citação postal, devendo prevalecer, conforme a nova redação do art. 222, a citação por mandado. São as hipóteses de: *a*) ações de estado; *b*) réu incapaz; *c*) pessoa de direito público; *d*) processo de execução; *e*) réu residente em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência.

Finalmente, a letra *f* do art. 222 estatui que não se dará a citação por via postal "quando o autor a requerer de outra forma". Deu-se, destarte, poder à parte de afastar a regra geral da citação pelo Correio, desde que requeira sua feitura por mandado, em qualquer processo.

Sempre, também, que a citação postal se frustrar, cabível será a sua execução pelo oficial de justiça (art. 224).

Para realizar o ato citatório, o oficial de justiça deve portar o competente mandado, documento que o legitima a praticar a citação, que, por sua vez, depende sempre de prévio despacho do juiz. É, portanto, o mandado o documento que habilita o oficial a atuar em nome do juiz na convocação do réu para integrar o polo passivo da relação processual instada pelo autor.

O mandado citatório, que é expedido pelo escrivão, por ordem do juiz, deve conter os seguintes requisitos, exigidos pelo art. 225:

I – os nomes do autor e do réu, bem como os respectivos domicílios ou residências;

II – o fim da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, se o litígio versar sobre direitos disponíveis;[7]

III – a cominação, se houver;

IV – o dia, hora e lugar do comparecimento;

V – a cópia do despacho;

VI – o prazo para defesa;

VII – a assinatura do escrivão e a declaração de que o subscreve por ordem do juiz.

Para simplificar a elaboração do mandado, que poderá ser reduzido a breve relatório, permite o Código que o autor entregue em cartório cópias da inicial, uma para cada réu, as quais, depois de conferidas com o original, passarão a fazer parte integrante do mandado (art. 225, parágrafo único).

O oficial de justiça, para dar cumprimento ao mandado de citação, localizará o réu e procederá da seguinte maneira (art. 226):

I – far-lhe-á a leitura do mandado e lhe entregará a *contrafé*, que é uma cópia do mandado e seus anexos;

II – certificará, sob a fé de seu ofício, o recebimento ou a recusa da contrafé pelo réu;

III – obterá a nota de ciente, ou certificará que o réu se recusou a apô-la no mandado.

Cumprido o mandado, o oficial o devolverá ao cartório, com a certidão da diligência, nos termos do art. 143, nos I e III. A certidão é parte integrante do ato citatório, de modo que seus defeitos contaminam toda a citação e podem, "... conforme a gravidade do vício, acarretar até sua nulidade".

O oficial de justiça exerce seu ofício dentro dos limites territoriais da comarca em que se acha lotado.

Permite, contudo, o art. 230 que nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana (caso em que não necessita a contiguidade), possa o mencionado serventuário efetuar citações em qualquer delas.[8]

A exigência de a residência do citando ser próxima da divisa das duas comarcas foi abolida pela nova redação do art. 230 do CPC, dada pela Lei no 8.710, de 24.09.93.

258. Citação com hora certa

Quando, por malícia do réu, o oficial de justiça não conseguir encontrá-lo para dar-lhe pessoalmente a ciência do ato de cuja prática foi incumbido, permite o Código que a citação se faça de forma *ficta* ou *presumida*, sob a denominação de *citação com hora certa* (art. 227).

Essa citação especial depende de dois requisitos:

a) o oficial terá de procurar o réu em seu domicílio, por três vezes, sem localizá-lo (requisito *objetivo*); e

b) deverá ocorrer suspeita de ocultação (requisito *subjetivo*). Essa suspeita "é elemento fundamental para a designação da hora certa da citação, devendo o oficial ter todo o cuidado em evidenciar que tal procedimento se acha inspirado no propósito de evitar a consumação deste ato processual".[9] Recomenda, por isso, a jurisprudência, que o oficial indique expressamente os fatos evidenciadores da ocultação maliciosa do réu.[10]

Diante da situação concreta que reúna os dois requisitos acima, o oficial de justiça intimará qualquer pessoa da família, ou, em sua falta, qualquer vizinho,

que no dia imediato voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar (art. 227).

O terceiro a quem se intimou haverá, naturalmente, de ser pessoa capaz, de nada valendo a intimação se se tratar de criança ou interdito.

Em face dos termos do art. 227, somente a procura do réu por três vezes na residência ou domicílio é que justifica a citação ficta com hora marcada. Se a procura se deu em outros lugares, como escritórios ou locais de trabalho, não autoriza o Código essa forma excepcional de citação.[11] Não há, todavia, necessidade de as três procuras serem efetuadas num só dia, segundo se depreende do citado art. 227.

No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho do juiz, voltará à residência ou domicílio do réu, a fim de completar a diligência (art. 228).

Se o demandado for encontrado, a citação será feita normalmente, segundo o disposto no art. 226. Se, porém, continuar fora de casa, o oficial procurará informar-se das razões da ausência e, não as considerando justas, dará por feita a citação, mesmo sem a presença do réu, e ainda mesmo que a ocultação tenha se dado em outra comarca (art. 228, § 1º).

Deixará a contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, observado o requisito da capacidade desse intermediário.[12] Lavrará, em seguida, certidão da ocorrência (art. 228, § 2º), da qual deverão constar:

a) dias e horas em que procurou o citando;

b) local em que se deu a procura;

c) motivos que o levaram à suspeita de ocultação intencional;

d) nome da pessoa com quem deixou o aviso de dia e hora para a citação;

e) retorno ao local para a citação, no momento aprazado, e motivos que o convenceram da ocultação maliciosa do réu, por ocasião da nova visita;

f) resolução de dar por feita a citação;

g) nome da pessoa a quem se fez a entrega da contrafé.

A certidão deve ser copiada também na contrafé, para chegar ao conhecimento do citando o fato da conclusão da diligência sob forma ficta.

Recebido o mandado, o escrivão procederá à sua juntada aos autos e expedirá, em seguida, carta, telegrama ou radiograma, dando ao réu ciência da citação concluída por hora certa (art. 229).

Essa comunicação é obrigatória, mas não integra os atos de solenidade da citação, tanto que o prazo de contestação começa a fluir da juntada do mandado e não do comprovante de recepção da correspondência do escrivão (art. 241, nº

I). Trata-se, na verdade, de reforço das cautelas impostas ao oficial de justiça e que tendem a diminuir o risco de que a ocorrência não chegue ao efetivo conhecimento do réu.[13]

A citação em causa, no entanto, não depende do conhecimento real do citando, pois o Código a trata como forma de citação ficta e presumida, tanto que dá curador especial à parte, caso incorra em revelia (art. 9º, nº II).

259. Citação pelo Correio

A citação por via postal é novidade instituída, em matéria de processo civil, pelo Código de 1973, que se baseou na experiência das ações trabalhistas e de alimentos. Foi estimulada e valorizada pela Lei nº 8.710, de 24.09.93, que deu nova redação ao art. 222 do CPC, tornando-se a regra geral no processo civil, conforme já se expôs nos nºs 256 a 257, *retro*.

Realiza-se por carta do escrivão, encaminhada ao réu pelo Correio, com aviso de recepção.

É forma de citação *real*, posto que depende de efetiva entrega da correspondência ao citando (art. 223, parágrafo único).

Atualmente, a citação postal não depende de requerimento da parte. Mas há casos de sua inaplicabilidade por força da lei (ver, *retro*, nº 257), e ao autor, também, se reconhece a faculdade de afastá-la, bastando que requeira a citação por oficial de justiça (art. 222, letra *f*, em seu texto vigente).

Realiza-se a citação pelo Correio, depois de deferida pelo juiz, por meio de carta registrada com aviso de recepção, expedida pelo escrivão do feito, ou chefe da secretaria, que será acompanhada de cópias da petição inicial e do despacho proferido pelo magistrado. De seu texto deverá constar, em inteiro teor, a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, bem como a informação acerca do prazo de resposta, explicitados o juízo e cartório, com o respectivo endereço.

Impõe o Código ao carteiro a obrigação de entregar a carta pessoalmente ao citando, de quem exigirá assinatura no recibo (art. 223, parágrafo único). Tratando-se, porém, de pessoa jurídica, o Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que é válida a citação postal quando realizada no endereço da ré, mesmo que o aviso de recebimento seja firmado por simples empregado. Desnecessário, em tal caso, que a assinatura seja do representante legal da empresa.[14]

Como o carteiro não dispõe de fé pública para certificar-se a entrega ou a

recusa, se o destinatário se negar a assinar o recibo, a citação postal estará fatalmente frustrada e só restará ao autor renovar a *in ius vocatio* por mandado, cobrando ao réu as custas da diligência fracassada[15] (art. 224, com a redação da Lei nº 8.710/93).[16]

Nos primeiros tempos de vigência do Código de 1973, entendeu-se que, *ad instar* do que se passava na jurisprudência trabalhista, a citação postal só deveria ser feita dentro dos limites territoriais da competência do juiz que a determinasse, segundo a regra geral do art. 200.[17]

A jurisprudência acabou por inclinar-se para o cabimento desse tipo de citação mesmo fora da circunscrição territorial do juízo. E, atualmente, o critério foi esposado expressamente pela lei, na nova redação dada ao art. 222 que a admite "para qualquer comarca do País".

O prazo para resposta do réu só começa a fluir a partir da juntada do aviso de recepção aos autos (art. 241, I), porque só então se tem por completa a diligência citatória por via postal, que, da mesma forma que a por mandado, é ato processual complexo.

260. Citação por edital

Outra forma de citação *ficta* ou *presumida* é a que se realiza por meio de edital e que tem cabimento apenas nos casos especiais previstos no art. 231, ou seja:

I – *quando desconhecido ou incerto o réu*: a hipótese é comum naqueles casos em que se devem convocar terceiros eventualmente interessados, sem que se possa precisar de quem se trata, com exatidão (usucapião, falência, insolvência etc). Pode, também, ocorrer quando a ação é proposta contra espólio, herdeiros ou sucessores, já que às vezes o autor não terá condições de descobrir quem são as pessoas que sucederam ao *de cujus*;

II – *quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontra o réu*: no inciso anterior, o desconhecimento era *subjetivo* (ignorava-se a própria pessoa do réu). Agora, a insciência é *objetiva* (conhece-se o réu, mas não se sabe como encontrá-lo).

Equiparam-se, outrossim, ao lugar ignorado, para efeito de citação-edital, aquele que, embora conhecido seja inacessível à Justiça, para realização do ato citatório.

A inacessibilidade, por outro lado, tanto pode ser *física* como *jurídica*. Exemplo de local juridicamente inacessível, para efeito de justificar a citação por

edital, é o país estrangeiro que se recusa a dar cumprimento à carta rogatória (art. 231, § 1º);[18]

III – *nos casos expressos em lei*: vários são os procedimentos em que a citação por edital vem determinada, expressamente, pela própria lei, como o inventário, a divisão, a insolvência, o usucapião etc.

Os requisitos de validade da citação por edital, segundo o art. 232, são:

I – a afirmação do autor, ou a certidão do oficial, quanto às circunstâncias previstas no art. 231, nºs I e II (desconhecimento do réu, de seu paradeiro, ou inacessibilidade do local onde se acha).[19] Esse requisito não incide na hipótese do art. 231, nº III, isto é, quando a citação por edital é recomendada pela própria lei, como forma normal de convocação da parte;

II – *a afixação do edital*, na sede do juízo, certificada nos autos pelo escrivão;

III – *a publicação do edital*, no prazo máximo de 15 dias, uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver;[20] a inobservância do interstício máximo previsto no art. 232, nº III, é causa de nulidade da citação por edital, segundo a regra do art. 247;[21]

IV – *a determinação, pelo juiz, do prazo do edital*, que variará entre 20 e 60 dias, correndo da primeira publicação;

V – *a advertência a que se refere o art. 285*, a respeito das consequências da revelia, se o litígio versar sobre direitos disponíveis.

Quando a citação-edital se fizer em razão de ser inacessível o lugar em que se acha o réu, além das publicações normais pela imprensa, haverá a divulgação da notícia, também, pelo rádio, se na comarca existir emissora de radiodifusão (art. 231, § 2º).

Após as publicações, juntar-se-ão exemplares de cada uma delas aos autos (art. 232, § 1º).

Por se tratar de citação ficta, quando o citado por edital deixa de comparecer e contestar a ação, o juiz nomeia-lhe curador especial para acompanhar o processo em seu nome e defender seus interesses na causa (art. 9º, nº II).

260-a. Citação por meio eletrônico

Quando os Órgãos do Poder Judiciário tiverem implantado sistema adequado para viabilizar os atos processuais por meios eletrônicos, as citações poderão realizar-se por seu intermédio, nos processos civis, inclusive perante a Fazenda Pública (Lei nº 11.419/2006, art. 6º).

A validade do ato citatório eletrônico, no entanto, dependerá de duas exigências legais: a) devem ser feitas sob as formas e cautelas traçadas pelo art. 5º para as intimações; e b) a íntegra dos autos deve ficar acessível ao citando (art. 6º).[22]

Não são quaisquer réus que poderão receber a citação eletrônica, mas apenas aqueles que anteriormente já se achem cadastrados no Poder Judiciário para esse tipo de comunicação processual. E de maneira alguma o uso da informática pode comprometer a defesa do citado. É obrigatório que, além da mensagem eletrônica, todos os elementos dos autos estejam realmente ao alcance do exame do réu.

261. Responsabilidade do promovente da citação-edital

Ao autor incumbe a alegação dos pressupostos que autorizam essa forma de citação ficta. Se, porém, agir maliciosamente, fazendo afirmação falsa, além de ser nula a citação (art. 247), incorrerá o autor em multa de cinco vezes o salário mínimo vigente na sede do juízo (art. 233), que reverterá em benefício do citando (parágrafo único).

Para que se verifique essa responsabilidade, não basta a conduta culposa do autor. O Código expressamente a condiciona à ação *dolosa* da parte (art. 233, *caput*), a qual, porém, se deve equiparar o erro grosseiro, que, segundo a doutrina, se inclui na ideia de *dolo processual*.[23]

262. Efeitos da citação

Na sistemática de nosso direito processual civil, a citação válida produz os seguintes efeitos (art. 219):

I – torna prevento o juízo;

II – induz litispendência;

III – faz litigiosa a coisa;

IV – constitui em mora o devedor; e

V – interrompe a prescrição.

A prevenção, a litispendência e a litigiosidade são considerados efeitos *processuais* da citação; a constituição em mora e a interrupção da prescrição, efeitos *materiais*.

Os efeitos processuais pressupõem perfeita regularidade do ato citatório. Já os materiais operam sua eficácia, mesmo quando a citação for ordenada por juiz

incompetente (art. 219, *caput*, segunda parte).

263. Prevenção

Consiste a prevenção na fixação da competência de um juiz em face de outros, quando vários são os que teriam igual competência para a causa. O método aplica-se aos casos de conexão entre várias ações, que poderiam ser atribuídas a diversos juízes. Aquele que realizou primeiro a citação em uma das causas tem a sua competência preventa para as demais. Concentra-se, assim, em razão da primeira citação válida, num só juiz a atribuição para conhecer de diversas causas que normalmente seriam atribuídas a outros julgadores.

Há, porém, um caso em que a prevenção opera antes mesmo da citação: é o da concorrência de competência entre juízes que têm a *mesma competência territorial* (titulares de diversas varas de uma comarca), quando então basta o despacho da inicial para tornar prevento o juiz (art. 106). (Veja-se, a respeito, o nº 173, *retro*.)

264. Litispendência

Consiste a litispendência em tornar completa a relação processual trilateral em torno da lide. Por força da litispendência, o mesmo litígio não poderá voltar a ser objeto, entre as partes, de outro processo, enquanto não se extinguir o feito pendente (sobre a exceção de litispendência, veja-se o nº 383).

Com o instituto da litispendência, o direito processual procura:

a) evitar o esperdício de energia jurisdicional que derivaria do trato da mesma causa por parte de vários juízes; e

b) impedir o inconveniente de eventuais pronunciamentos judiciários divergentes a respeito de uma mesma controvérsia jurídica.[24]

265. Litigiosidade

Pelo fenômeno da litigiosidade, o bem jurídico disputado entre as partes se torna vinculado à sorte da causa, de modo que, entre outras consequências, não é permitido aos litigantes alterá-lo (arts. 879-881), nem aliená-lo, sob pena de *atentado* ou *fraude à execução* (art. 592, nº V). Do atentado decorre a obrigação para a parte de restabelecer o estado anterior, ficando proibida de falar nos autos até que a falta seja purgada (art. 881). Da fraude à execução resulta a ineficácia

do ato de disposição, de sorte que o bem alienado, mesmo na posse ou propriedade do terceiro adquirente, continuará sujeito aos efeitos da sentença proferida entre as partes (arts. 592-593).

A oponibilidade, perante terceiros, da litigiosidade depende, todavia, de prévia inscrição da citação no Registro Público, ou de prova de má-fé do estranho ao processo.[25]

266. Mora

Quando a mora não é *ex re*, ou de pleno direito (a que decorre do simples vencimento da obrigação) (art. 960 do Código Civil de 1916; CC de 2002, art. 397), a citação inicial apresenta-se como equivalente da interpelação, atuando como causa de constituição do devedor em mora (*mora ex persona*). Trata-se, portanto, de um efeito *material* da citação.

O efeito cogitado, naturalmente, pressupõe que o réu ainda não estivesse em mora quando da propositura da ação. Se já se achava ela anteriormente configurada, por qualquer razão de direito, o efeito da citação será apenas o de interromper a prescrição cujo curso se iniciara desde o momento, anterior ao processo, em que o demandado havia incorrido em mora.

267. Prescrição

O Novo Código Civil, em seu art. 202, I, considera a citação do devedor como fato hábil a interromper a prescrição, ainda que ordenada por juiz incompetente. Trata-se, pois, de outro efeito de natureza *material* do ato citatório.

Por outro lado, não apenas a citação inicial da causa principal tem esse efeito. Pode ser ele alcançado, também, em citações de medidas cautelares preparatórias, que visem a integrar a condição necessária a que o autor, depois, ingresse em juízo.[26]

É interessante registrar que o Código Civil somente permite a interrupção da prescrição uma única vez (art. 202). Portanto, a citação não a afetará se alguma outra causa interruptiva houver ocorrido antes da propositura da ação. Pelo mesmo motivo, quando se sucederem diversas ações sobre a mesma obrigação, somente a primeira citação produzirá a interrupção da prescrição.

Verificada a interrupção pela citação, o fluxo prescricional permanecerá paralisado durante toda a duração do processo, recomeçando a correr, por inteiro,

do ato que lhe puser fim (Código Civil, art. 202, parágrafo único). Se, porém, a prescrição já estava interrompida antes da citação, permanecerá ela sem andamento na pendência do processo, mas, uma vez encerrado este, a retomada não se dará a partir de zero, pois permanecerá computável o lapso transcorrido até o momento do ajuizamento da causa. Esta é a consequência necessária da reconhecida falta de força do ato citatório para interromper a prescrição, na espécie.

O STJ, por sua 4ª Turma, já decidiu que, vindo a ser extinto o processo por inércia do autor (CPC, art. 267, II e III), a citação perde a força de interromper a prescrição.[27] Com a devida vênia, não se entende como um ato perfeito e acabado, como a citação inicial, possa perder seu efeito natural, pelo fato ulterior da extinção do processo sem julgamento do mérito. Não é ao processo que a lei confere a força interruptiva da prescrição, mas ao ato isolado da citação, por sua natural função interpelativa, que, aliás, pode ser exercida por vários outros atos isolados, judiciais e extrajudiciais previstos pelo direito material (Cód. Civil, art. 202). O processo pode interferir na duração do efeito interruptivo, fazendo-o durar por maior ou menor tempo antes de iniciar a recontagem da prescrição (Cód. Civil, art. 202, parágrafo único), mas não no fato mesmo da interrupção, cujo aperfeiçoamento é instantâneo e se confunde com o do próprio ato citatório.

A extinção do processo, sendo evento muito posterior à citação, a nosso ver se depara com a interrupção da prescrição já inteiramente consumada e não há lei alguma que lhe confira eficácia retroativa para suprimir os efeitos do ato jurídico perfeito operado por meio da citação inicial da demanda.

268. Antecipação do efeito interruptivo da prescrição

Se o autor promover a citação do réu nos 10 dias seguintes ao despacho que a ordenou, considera o Código a prescrição interrompida, retroativamente, na data da propositura da ação (art. 219, §§ 1º e 2º, com a redação da Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

O prazo previsto no Código poderá ser prorrogado pelo juiz até o máximo de noventa dias (§ 3º). Mas o requerimento da parte somente será necessário se a dilação estiver dependendo de diligência a seu cargo. Os atrasos que decorrerem exclusivamente dos serviços judiciários não prejudicam o autor (§ 2º).[28]

Se a citação, por fato imputável à parte, realizar-se fora dos prazos dos §§ 2º e 3º do art. 219, não terá efeito retroativo, isto é, não se haverá a prescrição como interrompida na data da propositura da ação, mas apenas na data em que se

ultimou a diligência (art. 219, § 4º), se ainda for possível.

Antes da alteração da Lei nº 11.280, de 16.02.06, o § 5º do art. 219 permitia ao juiz conhecer *ex officio* da prescrição somente quando o litígio versasse sobre direitos não patrimoniais, como, por exemplo, nas causas de anulação de casamento e outras inerentes ao direito de família.[29] Mas, após a alteração referida, a possibilidade de decretação de prescrição sem provocação da parte foi ampliada para direito de qualquer espécie, de maneira a compreender, também, os patrimoniais (v., adiante, item 356-a).

Decretada *in limine litis* a prescrição, manda o § 6º do art. 219 que, após o trânsito em julgado (o recurso cabível é o de apelação), o juiz comunique o resultado do julgamento ao réu. A diligência será cumprida através de intimação, pelas vias adequadas, e tem por motivo o fato de que a sentença foi proferida antes mesmo que a relação processual se tornasse trilateral, pela citação do demandado.

Finalmente, esclarece o art. 220 que as regras do art. 219 sobre eficácia retroativa da citação se aplicam "a todos os prazos extintivos previstos na lei", o que quer dizer que a norma alcança não apenas a *prescrição* propriamente dita, mas também a *decadência*.

268-a. A força de interpelação reconhecida à citação

É comum ouvir-se que a citação tem a mesma força da interpelação, quando se enfoca o seu efeito de constituir o demandado em mora (CPC, art. 219). No entanto, nem sempre se admite que a citação supra a interpelação prévia, principalmente quando a ação é manejada não apenas para exigir os encargos da mora, mas especificamente para pleitear a resolução do contrato.

A jurisprudência, a propósito, faz uma distinção entre (i) cobrar alguma prestação e (ii) pleitear a resolução do contrato por inadimplemento. O art. 219, que atribui força interpelativa à citação, para constituir em mora o devedor, aplica-se ao primeiro caso, não ao segundo. Se se trata, não de reclamar prestação exigível, mas de optar pelo rompimento do contrato descumprido, a regra de direito material é que, inexistindo cláusula resolutória expressa, o exercício da pretensão rescisória deve ser precedido de interpelação judicial. Com efeito, o Código Civil prevê que "a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito", mas "a tácita depende de interpelação judicial" (art. 474). Por isso, nos casos de rescisão (CC, art. 475), a pretensão do contratante prejudicado nasce da mora do cocontratante faltoso, fato que deve necessariamente ocorrer

antes do ingresso da demanda em juízo. A ausência desse requisito inviabiliza o pleito de resolução contratual, já que, para os fins do art. 475 do Código Civil, a falta de prévia constituição em mora "não é suprida pela citação".[30] Enfim, para o Superior Tribunal de Justiça, "a citação inicial somente se presta a constituir mora nos casos em que a ação não se funda na mora do réu, hipótese em que esta deve preceder ao ajuizamento".[31] Se, por exemplo, o comprador pretende indenização por atraso na entrega da mercadoria ou por defeito dela, pode aforar a demanda sem prévia interpelação. A citação constituirá, por si, a mora do devedor. O mesmo acontecerá quando o vendedor exigir do comprador o pagamento do preço do bem que já lhe foi entregue. Se, porém, pela não entrega da mercadoria, o que pretende o comprador é a resolução do contrato de que não conste cláusula resolutiva expressa, somente poderá fazê-lo depois de prévia interpelação judicial (Código Civil, art. 474). Não haverá lugar para a aplicação do art. 219, *caput*, do CPC.

§ 44. INTIMAÇÕES

Sumário: 269. Conceito. 270. Forma. 271. Intimação pelo escrivão ou oficial de justiça. 272. Aperfeiçoamento da intimação. 273. Intimação em audiência. 274. Intimação por edital ou com hora certa. 275. Efeitos da intimação. 275-a. Intimação pessoal do órgão do Ministério Público, do Defensor Público e do Procurador da Fazenda Pública.

269. Conceito

Intimação é, na definição legal, "o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos ou termos do processo, para que se faça ou deixe de fazer alguma coisa" (art. 234).

Não há, mais, a distinção entre intimação e notificação de atos processuais, que o revogado Código fazia de maneira imprecisa e imperfeita.

O novo Código só conhece a *intimação* dos atos processuais, que, tecnicamente, tem duplo objetivo:

a) o de dar ciência de um ato ou termo processual; e

b) o de convocar a parte a fazer ou abster-se de fazer alguma coisa.

Trata-se de ato de comunicação processual da mais relevante importância, pois é da intimação que começam a fluir os prazos para que as partes exerçam os direitos e faculdades processuais.

Em razão do princípio do impulso oficial (art. 262), as intimações não dependem de provocação das partes e são efetuadas, de ofício, no curso do processo, salvo disposição em contrário (art. 235).

É, outrossim, em decorrência das intimações que o processo se encaminha, inexoravelmente, gerando preclusão das fases vencidas, rumo à prestação jurisdicional, que é sua razão de ser.

270. Forma

As intimações podem ser feitas pelo escrivão ou pelo oficial de justiça, ou, ainda, por publicação na imprensa.

Há, também, a intimação em audiência que decorre *ipso iure* da prolação

oral, no ato, de decisão ou sentença do juiz que o preside. Com relação a esses pronunciamentos judiciais, dispensa a lei ato posterior de comunicação às partes (art. 242, § 1º).

Embora sem expressa previsão legal, é claro que as intimações também podem ser feitas por edital e com hora certa, nos mesmos casos em que se admitem essas formas para a citação.

No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, a intimação dos advogados se faz pela publicação dos atos processuais no órgão oficial (art. 236). Não é necessário transcrever todo o teor da decisão, bastando enunciar, sinteticamente, o seu sentido. O que é imprescindível para a validade da intimação é a menção dos nomes das partes e de seus advogados, de maneira suficiente para identificá-los. A preterição desses requisitos causa a nulidade da intimação (art. 236, § 1º).

Mas, se vários são os advogados constituídos pela parte, com poderes solidários e com a faculdade de agir conjunta ou separadamente, a intimação pela imprensa de apenas um dos causídicos é válida e produz, normalmente, todos os efeitos processuais inerentes ao ato.[32] Da mesma forma, no litisconsórcio em que os vários litigantes se representam pelo mesmo advogado, a omissão do nome de um deles ou sua indicação de forma abreviada não pode ser considerada causa de nulidade da intimação, dada a total ausência de prejuízo para os interessados, que não teriam dificuldade alguma para identificar o processo.[33]

Os representantes do Ministério Público e da Fazenda Pública Nacional nunca são intimados pela imprensa, mas sempre pessoalmente (CPC, art. 236,§ 2º, e Lei Complementar nº 73/1993). Não há, porém, semelhante regalia para os procuradores ou advogados dos Estados e Municípios, salvo, nos casos de execução fiscal (Lei nº 6.830/1980, art. 25).

Nas comarcas do interior é também possível a intimação pela imprensa, segundo a forma do art. 236, desde que haja órgão de publicação dos atos oficiais (art. 237). Não há necessidade de existir *órgão oficial*, que, via de regra, só circula nas capitais. O que é necessário, para aplicar-se o disposto no art. 237, é que haja órgão, oficial ou não oficial, mas que se encarregue da publicação dos atos oficiais.[34]

É finalmente dispensável a intimação do advogado que subscreve a petição "quando o despacho é dado na própria petição e na presença do causídico que assim tomou conhecimento do despacho no próprio ato".[35] Mas, "se a petição chegar ao magistrado por intermédio do protocolo, do respectivo despacho as

partes devem ser intimadas".[36]

O parágrafo único, acrescentado ao art. 237 pela Lei nº 11.419/2006, instituiu mais uma via para as intimações, qual seja, a *eletrônica*, desde que se observe o regulado em lei própria.

A matéria encontra-se disciplinada pela referida Lei nº 11.419, onde se dispõe que cabe a intimação eletrônica se o destinatário achar-ser cadastrado no Poder Judiciário e o ato for feito em portal próprio, mediante assinatura eletrônica, nos termos da lei ou da regulamentação do respectivo tribunal (arts. 5º e 2º).[37]

271. Intimação pelo escrivão ou oficial de justiça

À falta de órgão de publicação, as intimações dos advogados serão feitas pelo escrivão. Antigamente, as partes e terceiros eram, de ordinário, intimadas pelo oficial de justiça, em cumprimento de mandado expedido pelo escrivão. Com a reforma do art. 239 pela Lei nº 8.710, de 24.09.1993, a regra passou a ser a intimação por carta, devendo a diligência efetuar-se por meio do oficial de justiça somente quando frustrar-se a sua realização pelo correio.

Os escrivães atuam no cartório e lá, à vista dos autos, procedem às intimações pessoais dos advogados. Se o advogado reside em outra comarca, deverá utilizar a via postal. Mesmo para os residentes na comarca, a intimação deve se fazer pelo Correio, se não comparecem ao cartório. Também as partes e seus representantes legais podem ser intimados pelo escrivão ou chefe da secretaria, desde que presentes em cartório (art. 238, com a redação da Lei nº 8.710/93).

Assim, de acordo com o art. 238, compete ao escrivão ou chefe de secretaria:

I – intimar pessoalmente os advogados, partes e representantes legais, se presentes em cartório;

II – por carta registrada, com aviso de recebimento, as referidas pessoas, fora do cartório.

Para efeito de intimação por via postal, as partes e seus advogados devem fornecer, na petição inicial, na contestação ou nos embargos, o respectivo endereço residencial ou profissional. Não sendo encontrado o destinatário naquele endereço, mesmo assim presumir-se-ão válidas as comunicações e intimações por meio de correspondência a ele encaminhadas pelo escrivão. Para evitar a presunção legal, cumpre às partes atualizar nos autos o respectivo endereço sempre que houver modificação temporária ou definitiva (art. 238,

parágrafo único, acrescido pela Lei nº 11.382, de 06.12.2006).

Não sendo possível a intimação pessoal pelo escrivão ou sendo frustrada a que se tentou pelo Correio, cabe ao oficial de justiça realizá-la em cumprimento de mandado (art. 239, em sua redação atual).

A Lei nº 8.710/93 eliminou a intimação antes permitida pelo art. 238, I, ou seja, aquela em que o oficial portava a própria petição despachada pelo juiz.

O mandado propriamente dito é o documento que, de ordinário, se destina a transmitir ao oficial a ordem de intimação expedida pelo juiz. Sua utilização é obrigatória sempre que a diligência tiver de se cumprir dentro da circunscrição territorial da comarca, mas fora da respectiva sede (art. 238). Nas intimações a cumprir na sede, cabe tanto ao escrivão ou chefe da secretaria como ao oficial de justiça cumprir a diligência.

As intimações por oficial restringem-se à circunscrição territorial do juízo. Fora daí, ou se usa o Correio ou a carta precatória. No caso, porém, de comarcas contíguas ou integrantes da mesma região metropolitana, o art. 230, na redação da Lei nº 8.710/93, permite ao oficial ultrapassar as fronteiras de sua comarca para cumprir o mandado intimatório.[38]

Não valem as intimações feitas à parte quando o ato processual a praticar deve ser do advogado.[39] *A contrario sensu*, não pode ser a intimação feita ao representante processual, se o ato deve ser pessoalmente praticado pela parte.[40]

272. Aperfeiçoamento da intimação

A intimação feita pelo escrivão em cartório e a que decorre da prolação de decisão oral em audiência são atos processuais *simples*, que produzem instantaneamente toda sua eficácia jurídica, bastando que fiquem consignadas em termo nos autos. O mesmo pode-se dizer das comunicações realizadas pela imprensa.

Já as intimações por via postal e por meio de oficial de justiça são atos processuais complexos, isto é, diligências que compreendem vários outros atos essenciais ao seu aperfeiçoamento e eficácia.

Assim, no caso de comunicação postal, só se entende intimada a parte depois que o aviso de recebimento da carta retorna e é juntado aos autos (*quod non est in actis non est in mundo*). Tanto é assim que o prazo para a prática do ato a que foi intimado o litigante só começa a fluir da referida juntada, como manda o artigo 241, nº I.[41]

Cumprida a intimação pelo oficial de justiça, fora do cartório, caberá ao

serventuário certificar a ocorrência através de certidão lançada no mandado ou na petição que fez suas vezes. Mas a diligência só se completará com a juntada do documento aos autos, comprovada mediante termo do escrivão.

A certidão do escrivão ou do oficial de justiça que realizou a intimação, conforme o art. 239 (redação da Lei nº 8.710/93), deve conter os seguintes requisitos:

I – a declaração, portada por fé, de que a pessoa destinatária foi intimada;

II – a indicação do lugar e a descrição da pessoa intimada, mencionando, quando possível, o número de sua carteira de identidade e o órgão que a expediu;

III – a declaração de entrega da contrafé (cópia do mandado ou da petição);

IV – a nota de ciente da parte intimada ou da certidão de que esta se recusou a apô-la no mandado;[42]

V – a data da certidão e a assinatura do que realizou a diligência.

O rigor no atendimento das exigências do art. 239 é maior na hipótese de intimação às próprias partes, mormente quando feitas fora do cartório. Quando, porém, se tratar de intimação do escrivão aos advogados, é perfeitamente dispensada a observância dos cuidados previstos nos incisos II, III e IV dos requisitos enumerados.

No entanto, a "certidão – como adverte Hélio Tornaghi – é exigida *ad substantiam*, não apenas *ad probationem*. Quer isso dizer que ela não se destina somente a provar "a intimação; ela a completa e perfaz..."; de modo que "a certificação por isso é requisito essencial e, consequentemente, existencial da intimação. Enquanto o oficial ou o escrivão, que a houver feito, não a portar por fé, ela não estará consumada e, portanto, inexistirá".[43]

Como corolário do entendimento exposto, as deficências da certidão, como a falta de identificação da pessoa intimada, de data do ato etc., são vícios da própria intimação e que conduzem à nulidade do ato, nos termos do art. 247.[44]

273. Intimação em audiência

Forma especial de intimação é a prevista pelo art. 242, § 1º, onde se dispõe que os advogados "reputam-se intimados na audiência, quando nesta é publicada a decisão ou a sentença".

Trata-se de um sistema de intimação automática, que decorre do próprio ato do juiz de dar publicação em audiência ao seu ato decisório. Mas, para que essa eficácia opere, é mister que os advogados estejam presentes ou tenham sido previamente intimados para a audiência (art. 242, § 2º).

Essa forma de intimação dispensa a intervenção de órgão auxiliar do juiz para fazer a comunicação do decisório à parte. Aperfeiçoa-se, contudo, através do registro da ocorrência no termo da audiência, que é lavrado pelo escrivão, para juntada aos autos.

274. Intimação por edital ou com hora certa

Embora inexista previsão expressa em lei, impõe-se admitir, por analogia com a citação, o cabimento da intimação por edital em casos como do devedor ausente que teve bens penhorados em execução (art. 652, § 4º); do credor hipotecário ou titular de direito real sobre o bem penhorado, para os fins do art. 615, nº II, quando seja incerto ou ignorado o seu paradeiro; e em outras hipóteses análogas.

Em atos da mesma natureza impõe-se, também, a intimação com hora certa se o devedor ou o terceiro se oculta, maliciosamente, para frustrar a diligência.

Em tais circunstâncias, a intimação observará, analogicamente, os requisitos formais preconizados pelos arts. 227 a 229, para a citação com hora certa, e pelo art. 232, para a citação-edital.

275. Efeitos da intimação

Além de propiciar a ciência oficial do ato ao interessado, as intimações determinam o *dies a quo* dos prazos processuais; pois, como dispõe o art. 240, "salvo disposição em contrário, os prazos para as partes, para a Fazenda Pública e para o Ministério Público contar-se-ão da intimação".

Funciona a intimação, destarte, como mecanismo indispensável à marcha do processo e como instrumento para dar efetividade ao sistema de preclusão, que é fundamental ao processo moderno.

Sobre as particularidades de contagem dos prazos, a partir da intimação, vejam-se, *retro*, os nºs 233 e 234. Sobre a preclusão, consultem-se os nºs 31, 236 e 511.

275-a. Intimação pessoal do órgão do Ministério Público, do Defensor Público e do Procurador da Fazenda Pública

Os representantes do Ministério Público e os Defensores Públicos gozam do privilégio de intimação pessoal e de vista dos autos fora dos cartórios e

secretarias (Leis Complementares nos 75 e 80, ambas de 12.01.94, arts. 17, h, e 44, I e VI, respectivamente; Lei no 8.625 de 12.02.93, art. 40, IV; CPC, art. 236, § 2o).

Isto, porém, não implica contar o prazo decorrente da intimação somente após a entrega dos autos ao Ministério Público. Duas são as regalias – a intimação pessoal e vista dos autos – que se aperfeiçoam sucessivamente e que são independentes entre si. A jurisprudência é pacífica, a propósito da matéria: "A intimação do Ministério Público se perfaz no momento em que, comprovadamente, o promotor recebe do escrivão, para ciência, a decisão do seu interesse – e não na data em que se dispõe a compulsar o processo, lançando o ciente sobre a sentença."[45]

Efetuada a intimação pessoal por meio de mandado, o prazo para recurso do Ministério Público começará a fluir da data em que a diligência se completou, ou seja, a data da juntada do mandado aos autos, e não do ciente neles aposto.[46]

Enfim, o regime da intimação ao Ministério Público provoca ato complexo, mas de momentos de eficácia distintos: o ato somente será válido se a intimação for pessoal e não pela imprensa. Em seguida, obrigatória será, também, a abertura de vista efetiva para o órgão ministerial, ao qual ficará, em qualquer hipótese, assegurada a retirada dos autos do cartório. Essa providência complementar, todavia, não deverá interferir na contagem do prazo de recurso, porque a retirada do processo, em tal conjuntura, é ato de total iniciativa e responsabilidade do próprio órgão do Ministério Público, que, como é lógico, não pode, com sua inércia, dilatar indefinidamente o prazo peremptório da interposição recursal.

De acordo com o art. 38 da Lei Complementar no 73, de 10.02.1993, os membros da Advocacia Geral da União têm direito a intimação pessoal nos processos de que participem.[47] Para os representantes das outras Fazendas Públicas e das outras pessoas jurídicas de direito público, as intimações se fazem segundo as regras comuns, ou seja, pela imprensa ou pelo Correio, sem privilégios.

Por intimação pessoal do Procurador da União entende-se a que se realiza não necessariamente por mandado a cargo de oficial de justiça, mas a que o escrivão procede em cartório diretamente ao procurador, ou a que se dá por meio de encaminhamento dos autos ao intimado ou à repartição a que pertence.[48]

Há, também, na Lei de Execução Fiscal, dispositivo determinando que "qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente" (Lei no 6.830/1980, art. 25, *caput*), regra aplicável a qualquer

Fazenda, e não apenas à Federal, mas restrita ao processo executivo fiscal.

A mesma Lei prevê que a referida intimação "poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria" (art. 25, parágrafo único).

Interpretando literalmente o texto legal, o STJ, de início, assentou que, na execução fiscal, "a intimação da Fazenda Pública será feita na pessoa do seu representante judicial, não sendo válida aquela efetuada por carta, mesmo que registrada ou com aviso de recebimento".[49] Mas esse rigor interpretativo foi posteriormente abrandado, em face principalmente da dificuldade de realizar intimação em comarcas onde o Procurador da Fazenda não tem sede. Passou-se a entender que a intimação, nessa conjuntura, sendo feita por carta registrada fora da sede do juízo, equivale à intimação pessoal, a que alude o art. 25 da Lei nº 6.830/80.[50]

Com a implantação do processo eletrônico, as intimações da Fazenda Pública, na forma da Lei nº 11.419/2006, "são consideradas pessoais" para todos os efeitos de direito (art. 5º, § 6º), regra que consta também da Resolução 344/2007 do STF, art. 6º, § 7º.

1 STJ, 1ª Seção, CC 27.688/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. 18.12.2000, *DJU* de 28.05.2001, p. 145, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 12, p. 113; STJ, 3ª Seção, CC nº 76.879/PB, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, ac. 13.08.2008, *DJe* 26.08.2008.

2 ZAVASCKI, Teori Albino. Cooperação jurídica internacional e a concessão de *exequatur, Revista de Processo*, v. 183, maio/2010, p. 24.

3 Antes da citação já há processo, mas a relação processual está ainda incompleta, porque só produz vínculo entre o autor e o juiz. É a citação que irá completá-la com a inserção do terceiro sujeito indispensável ao desenvolvimento do processo rumo ao provimento jurisdicional de mérito.

4 "Em razão da importância fundamental do ato citatório, consagrada com ênfase pelo novo Código de Processo Civil nos preceitos atrás lembrados (arts. 9º, II, 214 e 741, I), as formalidades e cautelas previstas para a citação têm o cunho e a marca da indeclinabilidade, sendo insanável a nulidade resultante de sua inobservância ou infringência" (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. I, n. 287, p. 336).

5 Só se supre a citação pelo comparecimento espontâneo da parte, quando este comparecimento tenha, de fato, produzido efeito similar ao da citação, ou seja, quando o réu tenha comparecido aos autos e apresentado sua contestação ou tendo apenas arguido a nulidade do ato citatório, venha a receber a intimação da acolhida de sua alegação, para o fim de reabrir-lhe o prazo de resposta (TJMG, Ag. Inst. nº 17.225, Rel. Des. Humberto Theodoro). "Simples petição com pedido de vista dos autos, subscrita por advogado sem poderes especiais para receber a citação, não pode ser considerada como comparecimento espontâneo do réu, hábil a suprir o ato citatório" (STJ, REsp. 23.334-7/SP, Rel. Min. Bueno de Souza, ac. 06.12.93, in DJU de 07.03.94, p. 3.667). No mesmo sentido: STJ, REsp. nº 64636/SP, 3ª T., Rel. Min. Costa Leite, ac. 24.11.98, in DJU de 22.03.99, p. 187; STJ, 4ª T., REsp. nº 877.057/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 18.11.2010, *DJe* 01.12.2010; STJ, 2ª T., AgRg no Ag nº 1.295.184/MG, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 17.06.2010, *DJe* 29.06.2010; STJ, 3ª T., REsp. nº 695.715/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 06.10.2005, *DJU* 07.11.2005, p. 276. No entanto, a 3ª Turma já decidiu que, para os efeitos do art. 214, § 1º, do CPC, "o réu não precisa estar representado por advogado com poderes especiais para receber citação, quando comparece espontaneamente em juízo e se dá por citado. Nestes casos não se exigem poderes especiais do advogado para receber a citação (art. 215 do CPC) porque esta não é feita na pessoa do advogado. Aliás, sequer há citação, mas o suprimento desse ato processual pelo comparecimento espontâneo da parte em juízo, previsto no art. 214, § 1º, do CPC. Não há que se confundir os institutos da citação com o da representação processual" (STJ, 3ª T., REsp. 805.688/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti ac. 16.06.2009, DJe 25.06.2009). Se o advogado do réu junta procuração e retira os autos com carga, "irrelevante, diante dessas condições, que o instrumento de mandato não contenha poderes para recebimento de citação diretamente pelo advogado" (STJ, 4ª T., REsp 1.026.821/TO, Rel. Min. Marco Buzzi, ac. 16.08.2012, *DJe* 28.8.2012).

6 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II, n. 215, p. 186.

7 "... do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor" (CPC, art. 285, 2ª parte).

8 A respeito da citação em comarca contígua, sufragou o Simpósio Nacional de Processo Civil, realizado em Curitiba (1975), os seguintes entendimentos: *a*) "a regra do art. 230 aplica-se também no caso de comarcas contíguas de Estados diferentes"; *b*) "caberá ao juiz, em cada caso, aferir da proximidade a que se refere a parte final do art. 230" (artigo de PRATA, Edson. *in Revista Forense*, 252/24, out.-nov-

dez/1975).

9 TJMG, Apel. 30.961, Rel. Des. Monteiro Ferraz, *in Jurisprudência Mineira*, 44/299; 2º TACiv.SP, Ap. 429.229-00/8, Rel. Juiz João Saletti, ac. 16.05.95, *in RT* 718/192; STJ, 3ª T., REsp. nº 473.080/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 21.11.2002, *DJU* 24.03.2003, p. 219.

10 TAMG, Apel. 4.321, Rel. Juiz Oliveira Leite, *in Rev. Lemi*, 70/179; TAPR, Ap. 37.807-8, Rel. Juiz Carlos Hoffman, ac. 11.03.91, *in Paraná Judiciário* 36/208; STJ, 2ª T., RMS nº 22.869/MG, Rel. Min. Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Min. Humberto Martins, ac. 13.03.2007, *DJe* 29.10.2008.

11 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., I, n. 284, p. 332. Há acórdão, porém, do STJ em que se admitiu a citação por hora certa com base em prévia procura do réu em seu endereço comercial (STJ, 3ª T., REsp. 6.865/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 25.03.91, *DJU* de 06.05.91, p. 5.665).

12 2º TACiv.SP, Agr. Inst. 32.763, rel. Juiz Mílton Coccaro, *in RT*, 482/181. Admitindo a validade da entrega da contrafé a menor púbere: 2º *TACiv.SP*, Ap. 293.329-0-00, Rel. Juiz Mello Junqueira, ac. 13.06.91, *in JTACiv.SP* 133/239. Não, porém, a menor impúbere ou interdito (*idem, ibidem*).

13 "A jurisprudência do STJ, nas hipóteses de citação por hora certa, tem se orientado no sentido de fixar, como termo inicial do prazo para a contestação, a data da juntada do mandado de citação cumprido, e não a data da juntada do Aviso de Recebimento da correspondência a que alude o art. 229 do CPC" (STJ, 3ª T., REsp. nº 746.524/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 03.03.2009, *DJe* 16.03.2009).

14 STJ, Corte Especial, EREsp. 249.771/SC, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 07.11.2007, *DJU* 03.12.2007, p. 247. Precedentes: REsp. 582.005/BA, *DJU* 05.04.2004; e REsp. 259.283/MG, *DJU* 11.09.2000. No mesmo sentido: STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 1.229.280/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 25.05.2010, *DJe* 04.06.2010.

15 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Op. cit*., n. 248 e 249, p. 212.

16 Nas ações relativas à gestão de administrador de sociedade anônima, a lei especial reputa cumprida a intimação ou a citação pela entrega da carta no domicílio indicado no respectivo termo de posse (Lei nº 6.404/76, art. 149, § 2º, acrescentado pela Lei nº 10.303/2001).

17 FORNACIARI JÚNIOR, Clito. "Citação pelo Correio", *in Revista Forense*, 252/82, out.-nov.-dez./1975.

18 "Embora residindo no exterior, a citação do réu mediante carta rogatória só é possível no caso de convênio com o respectivo país, razão pela qual na hipótese negativa a medida deverá efetivar-se mediante edital" (TJMG, Apel. 42.579, Rel. Des. Erotides Diniz, *in Revista Brasileira de Direito Processual*, v. VI, p. 161).

19 Não é preciso que o oficial se transforme em investigador minucioso do paradeiro do réu. Basta que ele o procure no endereço indicado pelo autor e ali não encontre nem obtenha informação de seu paradeiro. O autor, também, quando não conheça o paradeiro atual do réu, não está obrigado a realizar investigações custosas e exaustivas para localizá-lo, antes de requerer a citação por edital. O que não se admite é apenas a citação maliciosa por essa via extraordinária.

20 De acordo com o § 2º do art. 232 do CPC, introduzido pela Lei nº 7.359/85, "a publicação do edital será feita apenas no órgão oficial quando a parte for beneficiária da Assistência Judiciária".

21 Os editais podem ser publicados pela imprensa no período de férias. O prazo corre nas férias, porque não se trata, propriamente, de prazo processual (isto é, prazo assinado à parte para a prática de faculdade processual), mas de simples prazo de divulgação da *in ius vocatio*. O ato citatório só se considerará realizado após esgotado o prazo de divulgação. Aí, sim, terá início o prazo de defesa, que seguirá as regras comuns dos demais prazos do processo, inclusive aquelas pertinentes à suspensão no período de férias forenses.

22 O art. 5º determina que as intimações eletrônicas serão feitas em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º da mesma Lei nº 11.419. O art. 2º, por sua vez, exige o uso de assinatura eletrônica, sob a forma de assinatura digital, obrigatório o credenciamento prévio no cadastro do Poder Judiciário,

conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

23 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Op. cit*., n. 296, p. 245.

24 ANDRIOLI, Virgílio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n. 30, p. 152.

25 CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. VIII, n. 125, p. 86-87. O reconhecimento da ineficácia da alienação do bem litigioso dependerá, na falta de assento no registro público, da prova de que o "terceiro tenha ciência da demanda em curso" (STJ, 4ª T., REsp. nº 4.132/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 02.10.90, *RSTJ*, 26/346); caberá, pois, ao credor o ônus de "provar a má-fé do terceiro adquirente" (STF, 1ª T., AI nº 96.838, AgRg., Rel. Min. Alfredo Buzaid, ac. 20.03.1984, *RTJ*, 111/690). Já se decidiu, no entanto, que não se pode reconhecer a boa-fé do terceiro que não cuidou de obter "certidões dos cartórios distribuidores judiciais que lhe permitam verificar a existência de processos envolvendo o comprador, dos quais possam decorrer ônus (ainda que potenciais) sobre o imóvel negociado" (STJ, 3ª T., RMS nº 27.358/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 05.10.2010, *DJe* 25.10.2010).

26 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Op. cit*., n. 229, p. 197.

27 STJ, 4ª T., REsp. 523.264/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, ac. 12.12.2006, *DJU* 26.2.2007, p. 594. No entanto, a jurisprudência daquela Corte é "no sentido de que a citação válida em processo extinto, sem julgamento do mérito, excepcionando-se as causas de inação do autor (art. 267, incisos II e III, do CPC), interrompe a prescrição (STJ, 3ª T., AgRg na MC nº 18.033/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 16.06.2011, *DJe* 29.06.2011).

28 A Lei nº 8.952/94, ao alterar a redação dos parágrafos do art. 219, deixou claro que a prorrogação do prazo de citação só tem que ser requerida quando o autor ainda tenha alguma diligência a seu cargo por cumprir, a fim de que a citação seja efetivamente promovida. Se, porém, o atraso é todo da responsabilidade do serviço forense, e nada tem a parte que diligenciar, nada também se pode imputar ao autor; e o atraso eventual não prejudicará seu direito de ver a interrupção da prescrição reconhecida no dia em que requereu a providência judicial contra o réu, mesmo que a citação ocorra além do prazo da lei e ainda que sem prorrogação do juiz.

29 Na verdade, os prazos extintivos de ações não patrimoniais não configuram, no sistema do Código Civil de 2002, causas de prescrição, mas de decadência, que por sua natureza são de ordem pública e fatais, por isso mesmo, decretáveis de ofício pelo juiz.

30 STJ, 4ª T., REsp. nº 780.324/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 24.08.2010, *DJe* 09.09.2010.

31 STJ, 4ª T., REsp. nº 159.661/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 09.11.1999, *RSTJ* 132/413. No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp. nº 734.520/MG, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, ac. 21.06.2007, *DJU* 15.10.2007, p. 279; STJ, 4ª T., REsp. nº 220.209/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 21.09.1999, *DJU* 03.11.1999, p. 118; STJ, 3ª T., REsp. nº 981.750/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 13.04.2010, *DJe* 23.04.2010; STJ, 4ª T., REsp. nº 176.435/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 17.06.1999, *DJU* 09.08.1999, p. 172; STJ, 4ª T., REsp. nº 109.716/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, ac. 22.03.2001, *DJU* 04.02.2002, p. 364.

32 "Havendo mais de um advogado constituído, é válida a intimação feita em nome de qualquer deles, independentemente da sede de sua atuação profissional, desde que não haja pedido expresso no sentido de que seja realizada em nome de determinado patrono" (STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp. nº 700.245/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, ac. 02.08.2010, *DJe* 23.08.2010; STJ, 5ª T., AgRg nos EDcl no REsp. nº 852.256/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, ac. 08.02.2011, *DJe* 28.02.2011).

33 STJ, 5ª T., AgRg nos EDcl no REsp. nº 852.256/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 08.02.2011, *DJe* 28.02.2011.

34 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1974, v. III, p. 304; 1º TASP, Apel. 212.945, Rel. Juiz Garrigós Vinhaes, *in RT*, 484/105. Quando a publicação se faz no jornal oficial da capital e o ato se refere a processo em curso em comarca do interior, tem-se considerado que "o prazo recursal começa a correr da data da circulação do órgão oficial na comarca"

(STJ, REsp. nº 157.880/RJ, 3ª T., Rel. Min. Costa Leite, ac. 21.05.98, *in DJU* de 29.06.98, p. 170; STJ, REsp. nº 172.646/ SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 18.08.98, *in DJU* de 05.10.98, p. 103; STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 579.094/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 12.12.2005, *DJU* 20.03.2006, p. 279). Nos Estados em que se acha implantado o Diário Judiciário Eletrônico, o problema da defasagem de circulação entre as diversas comarcas desaparece, visto que esta se dá instantaneamente em todas elas.

35 TJSP, Ag. Pet. 218.904, Rel. Des. Márcio Bonilha, *in RT*, 454/105; TJRJ, Apel. 24.445, Rel. Des. Pinto Coelho, *in RT*, 413/323.

36 TACiv.SP, Mand. Seg. 179.921, Rel. Juiz Evaristo dos Santos.

37 O art. 1º, § 2º, da Lei nº 11.419/2006 considera assinatura eletrônica duas formas de identificação eletrônica inequívoca do signatário: a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica; e b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

38 Simpósio Nacional de Processo Civil, realizado em Curitiba, em 1975 (PRATA, Edson. *In Revista Forense*, 252/24, out.-nov.-dez./1975).

39 STJ, 3ª T., REsp. 22.714-1/DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 30.06.1992, *DJU* de 24.08.1992, p. 12.998; STJ, 2ª T., REsp. nº 46.495/BA, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, ac. 25.05.1994, *DJU* 13.06.1994, p. 15.097.

40 STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 1.068.880/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 07.06.2011, *DJe* 15.06.2011; STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 1.102.533/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 03.05.2011, *DJe* 10.05.2011. "Acidente do trabalho. Intimação do autor. A intimação do autor, ao contrário do advogado, é feita pessoalmente. Assim, para submeter-se a nova perícia, por força de conversão do julgamento em diligência. A ausência, por isso, não pode gerar presunção de desinteresse e de não promover prova cujo ônus lhe cabia" (STJ, 2ª T., REsp. 3.744/RJ, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, ac. 15.08.1990, *RSTJ*, 13/413).

41 "Revela-se prescindível a assinatura, pelo procurador da parte intimada, no AR postal, sendo suficiente, para fins de intimação, a entrega da carta no endereço do escritório de advocacia constante nos autos. Precedente do STF: RE 85.422/GO, Rel. Min. Rodrigues Alckmin; Julgamento: 06/08/1976" (STJ, 1ª T., AgRg no REsp. nº 827.635/MG, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 03.04.2008, *DJe* 05.05.2008).

42 Depois das alterações introduzidas no art. 239 pelas Leis nos 8.710/93 e 8.952/94, o oficial de justiça não precisa mais arrolar testemunhas para atestar a recusa do ciente da parte intimada. Basta a sua fé pública para comprovar a ocorrência.

43 TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975, v. II, p. 211.

44 Em matéria de recurso, todavia, firmou-se a jurisprudência do STF de que equivale à intimação a ciência inequívoca do advogado a respeito do decisório, como quando, *v.g.*, os autos são por ele retirados do cartório para a interposição do recurso (STF, Embs. no RE 95.024, Pleno, ac. 11.02.1982, Rel. Min. Soares Muñoz, *in Juriscível*, 113/129; RE 85.977, ac. 12.12.78, Rel. Min. Moreira Alves, *in Juriscível*, 76/109). No mesmo sentido: STJ, 1ª T., AgRg nos EDcl no REsp. nº 937.535/RS, Rel. Min. José Delgado, ac. 12.02.2008, *DJe* 10.03.2008; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.211.882/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 05.04.2011, *DJe* 14.04.2011. Mas "tal tese somente é aplicável aos casos de ciência inequívoca do conteúdo da sentença ou decisão recorrível. Nas hipóteses em que remanesce alguma dúvida, inclusive por não haver o advogado recebido os autos em carga, cumpre afastar a presunção e simplesmente aplicar a lei" (STJ, REsp. 14939/PR, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. 04.12.91, *in DJU* de 24.02.92, p. 1.875; STJ, REsp. 57.754-3/GO, Rel. Min. Américo Luz, ac. 08.03.95, *in RSTJ* 73/387). Não se pode adotar dita tese à base de "mera suposição" ou simples "presunção" (STJ, REsp. 25.119-2/RS, Rel. Min. Dias Trindade, ac. 08.09.92, *in DJU* de 05.10.92, p. 17.101; STJ, REsp. 12.292-0/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 25.05.92, *in DJU* de 22.06.92, p. 9.763; STJ, 3ª T., REsp. nº 310.207/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 09.04.2002, *DJU* 20.05.2002, p. 135).

45 STF, 2ª T., RE Crim. 114.745/SP, Rel. Min. Carlos Madeira, ac. 11.12.1987, *in RTJ* 124/844; no mesmo sentido: STF, 2ª T., RE 105.178/RJ, Rel. Min. Francisco Rezek, ac. 09.08.1985, *in RTJ* 116/333; STF, 2ª T., RE 107.717/SP, ac. 07.02.1986, Rel. Min. Francisco Rezek, *in RTJ* 117/871; STJ, Corte Especial, AgRg na SLS nº 1.218/DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. 18.08.2010, *DJe* 06.09.2010.

46 STJ, Corte Especial, EREsp. nº 598.516/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 07.04.2010, *DJe* 19.04.2010.

47 Os procuradores do Banco Central também gozam do privilégio de intimação pessoal (Lei nº 10.910, de 15.07.2004, art. 17). "Esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que a redação original da Lei Complementar nº 73/93 não conferiu a prerrogativa da intimação pessoal dos membros da Advocacia-Geral da União, mas, tão somente, com a vigência da Medida Provisória nº 330/93, de 30 de junho de 1993, a exigência de intimação pessoal do representante judicial da União passou a ser legalmente prevista" (STJ, 5ª T., REsp. nº 782.015/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, ac. 04.12.2009, *DJe* 08.02.2010).

48 STJ, 1ª T., REsp. 490.881/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, ac. 14.10.2003, *DJU* 03.11.2003, p. 254; STJ, 1ª T., REsp. nº 490.881/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 14.10.2003, *DJU* 03.11.2003, p. 254.

49 STJ, 1ª T., REsp. 165.231/MG, Rel. Min. José Delgado, ac. 05.08.1998, *DJU* 03.08.1998, p. 125. No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. 151.675/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, ac. 14.03.2000, *RT* 780/200; STJ, 1ª T., AgRg no REsp. nº 1.158.327/MG, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 13.04.2010, *DJe* 29.04.2010.

50 STJ, 2ª T., REsp. 496.978/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 09.11.2005, *DJU* 12.12.2005, p. 263. No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. 621.829/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 07.12.2004, *DJU* 14.02.2005, p. 176; STJ, 1ª T., REsp. 509.622/MG, Rel. Min. José Delgado, ac. 05.06.2003, *DJU* 08.09.2003, p. 242; STJ, REsp. 97.726/MG, *RSTJ* 106/81; STJ, 1ª T., AgRg no REsp. nº 1.157.225/MT, Rel. Min. Benedito Gonçalves, ac. 11.05.2010, *DJe* 20.05.2010.

Capítulo XII
OUTROS ATOS PROCESSUAIS

§ 45. REGISTRO, DISTRIBUIÇÃO E VALOR DA CAUSA

Sumário: 276. Noções introdutórias. 277. Registro. 278. Distribuição. 279. Distribuição por dependência. 279-a. Distribuição por dependência como medida de coibição à má-fé processual. 280. Valor da causa. 281. Impugnação ao valor da causa.

276. Noções introdutórias

Sob o título de "Outros Atos Processuais", o Código contém um Capítulo (arts. 251 a 261) que regula a distribuição e registro dos processos, bem como a atribuição de valor às causas.

A distribuição e o valor da causa são atos importantes, que podem influir na determinação da competência do juiz e de seus auxiliares, e que, também, apresentam outras consequências processuais, como a abertura da relação jurídico-processual e o estabelecimento da base de cálculo da taxa judiciária e das custas iniciais.

O registro serve apenas para documentar a entrada dos feitos no cartório, como meio de identificação da causa e controle estatístico.

277. Registro

"Todos os processos estão sujeitos a registro, devendo ser distribuídos onde houver mais de um juiz ou mais de um escrivão" (art. 251).

Faz-se o registro, por meio de lançamento em livro próprio do cartório, dos dados necessários à identificação do feito. A observância de uma sequência numeral para os atos de registro é medida indispensável para a consecução de seu objetivo.

É o registro o primeiro ato que o escrivão pratica logo após a autuação da

petição inicial. Também nas secretarias dos Tribunais, quando sobe o processo em grau de recurso, há novo registro (art. 547).

Por meio do registro, o cartório ou a secretaria estará sempre documentado para certificar a existência ou não de processo sobre determinado litígio.

278. Distribuição

Sempre que houver diversos órgãos concorrentes em matéria de competência ou atribuições, ou seja, vários juízes ou cartórios com igual competência, numa mesma comarca, haverá necessidade de distribuir os feitos entre eles na sua entrada em juízo.

Pode haver distribuição só entre juízes ou só entre cartórios, e pode também haver distribuição simultânea entre juízes e cartórios. Se um só é o juiz competente e vários os cartórios que o auxiliam, a distribuição será só de cartórios. Se vários os juízes competentes e um só o cartório que os serve, a distribuição será só de juízes. Se vários são os juízes e também os cartórios, a distribuição compreenderá, a um só tempo, a determinação do juiz e do cartório do feito. Há em cada juízo um funcionário que se encarrega dos atos de distribuição, que é o distribuidor, o qual age sob o comando e fiscalização do juiz que dirige as atividades do Fórum, ou outro a que a Lei de Organização Judiciária atribui semelhante função.

Sobre o critério a seguir na prática, determina o Código que a distribuição se fará de forma alternada, obedecendo rigorosa igualdade (art. 252).

Isto quer dizer que se devem abrir, em registro adequado, diversas casas para controle, conforme a natureza dos feitos; e, à medida que os processos vão dando entrada, vão sendo atribuídos um a cada juiz, até completar o número de varas existentes e depois se reinicia com o da primeira vara, repetindo-se sucessivamente a sequência.

Como se vê, se várias são as varas igualmente competentes, só após a distribuição é que o juiz estará em condições de proferir o despacho da inicial.

Da distribuição decorre para o autor o primeiro ônus processual, que é o de pagar as custas iniciais para que o feito possa ter andamento. Assim, registrada e autuada a petição inicial, o cumprimento do despacho de citação ficará na dependência do referido preparo.

Se passar o prazo de 30 dias, com o feito paralisado por falta do preparo inicial, a distribuição será cancelada e o feito trancado em seu nascedouro (art. 257).

Trata-se de uma causa de extinção do processo antes mesmo que a relação processual se tornasse trilateral pela citação do réu.[1]

279. Distribuição por dependência

Nos casos de continência ou conexão de várias causas (arts. 103 e 104), a competência para todas elas já está definida pela prevenção do juiz que se tornou competente para o primeiro processo, segundo a regra do art. 106.

A distribuição dos feitos subsequentes será feita, por isso, por dependência, isto é, os feitos conexos serão atribuídos pelo distribuidor ao mesmo juiz da causa anterior (art. 253, I).

A reconvenção e a intervenção de terceiros, embora não sofram distribuição, pois são apresentadas diretamente ao juiz da causa principal, são, todavia, objeto de anotação no Ofício da distribuição, para efeito de registro e documentação (art. 253, parág. único).

A fiscalização exercida pelo distribuidor é superficial e não diz respeito nem ao mérito nem à forma da petição inicial, mesmo que seu ato esteja sendo praticado sob a presidência do juiz.

Compete-lhe apenas verificar se o signatário da petição inicial satisfaz o requisito do *ius postulandi*.

Assim, a petição só não será distribuída se não estiver acompanhada do competente instrumento do mandato outorgado a advogado (art. 254).

Mas, mesmo sem o aludido mandato, haverá a distribuição:

I – se o requerente for advogado e postular em causa própria (art. 254, I);

II – se a procuração estiver junta dos autos principais (art. 254, II);

III – no caso previsto no art. 37 (art. 254, III), isto é, quando excepcionalmente a lei permite à própria parte requerer em juízo.

Se houver erro ou falta na distribuição, o juiz poderá promover a sua correção, fazendo-se a devida compensação para manter a rigorosa igualdade entre os diversos órgãos (art. 255).

A distribuição, como todos os demais atos processuais, é ato público, de sorte que poderá ser livremente fiscalizada pela parte ou por seu procurador (art. 256).

279-a. Distribuição por dependência como medida de coibição à má-fé processual

Para coibir a má-fé com que se costumava burlar o princípio do juiz natural graças a expedientes astuciosos para dirigir a distribuição, a Lei nº 10.358 ampliou a prevenção do juízo a que primeiro se atribuiu uma causa. Mesmo que a parte, para fugir de uma determinada vara, desista da ação, ao renovar-lhe a propositura terá de submeter-se à prevenção estabelecida por força da primeira distribuição (art. 253, inc. II, com texto dado pela Lei nº 10.358).

A regra de vinculação do juiz natural definido na primeira distribuição prevalecerá ainda que o autor volte, na nova causa, listiconsorciado com outros interessados. É que a alteração parcial dos sujeitos ativos, na ótica repressiva do art. 253, II, não exclui a conexão com a outra ação distribuída, para efeito de prevalência do juiz natural.

Com a Lei nº 11.280, novamente se alterou o art. 253, não só no texto do inciso II, como na criação do novo inciso III. Ficou patente o intuito da lei de forçar a distribuição por dependência nos casos enumerados, aos quais se atribui a natureza de manobras da parte intentadas em detrimento do juiz natural, que já estaria definido pela primeira ação distribuída, e do qual o litigante quer, a todo custo, se furtar. A prática que a lei quer evitar é, quase sempre, o sucessivo ajuizamento de ações iguais à procura de um juiz que, afinal, defira a liminar antes denegada.

A Lei nº 10.358, de 27.12.2001, já havia iniciado a coibição dessa prática temerária, mas o enunciado que deu ao inciso II do art. 253 compreendia apenas a hipótese de desistência da ação. Com a Lei nº 11.280, o inciso II foi alargado e, ainda, acrescentou-se o novo inciso III, de modo que, doravante, a manobra de escolha do juiz "conveniente" será reprimida pela *prevenção* do juiz primitivo das seguintes formas:

a) A nova ação será distribuída por dependência, qualquer que seja a causa de extinção do processo provocada pela parte, e não mais apenas por desistência. Como exemplos, podem ser lembrados o não cumprimento, pelo autor, da diligência prevista no art. 13 e o abandono da causa, também de sua parte, na forma do art. 269, inc. III;

b) Também haverá distribuição por dependência quando ações idênticas forem ajuizadas sucessivamente, caso em que serão atraídas para o juízo prevento, segundo as regras comuns de prevenção (novo inc. III do art. 253). Naturalmente, poder-se-ia pensar que a *identidade* das ações não seria total; ficaria restrita ao objeto e não aos sujeitos dos diversos pleitos, pois, se a identidade fosse completa e incluísse também as partes, o caso seria de extinção dos processos supervenientes por litispendência (art. 267, inc. V) e não de

simples reunião deles para processamento pelo juiz prevento. O dispositivo legal, entretanto, não disciplina qualquer distribuição de feito, mas especificamente a que se pratica com o propósito de evitar o juiz natural. Não importa, para o inc. III do art. 253, que modalidade de decisão virá o juiz a proferir quando tomar conhecimento da nova demanda. Se a causa é idêntica a anterior, esteja ela pendente ou extinta sem apreciação do mérito, o ajuizamento de causa igual entre as mesmas partes provocará distribuição por prevenção ou dependência ao mesmo juízo.

Outra novidade, ocorrida no inc. II, foi a ressalva de que a distribuição por dependência prevalecerá não só quando se alterar o litisconsórcio ativo para a propositura da nova ação, mas também quando se alterarem parcialmente os réus da demanda.

De qualquer modo, a distribuição por dependência, nos moldes dos incisos II e III do art. 253, depende da reiteração do pedido da causa anterior e da coincidência, pelo menos parcial, dos sujeitos processuais.

No caso do inciso III, a identidade de ambas as partes tem de ser total, pois não serão *causas idênticas* as que não envolverem as mesmas partes e somente elas, conforme prevê o art. 301, § 2º, do CPC. Quanto ao inc. II do art. 253 do CPC, sua aplicação pressupõe identidade de pelo menos um dos autores e de um dos réus, já que a lei fala em *reiteração do pedido*. "Só pode reiterá-lo quem já o fez, e só há alteração parcial dos réus havendo pelo menos um demandado da ação anterior."[2]

Para certa doutrina o que se quis evitar teria sido a concomitância de causas iguais perante juízes diversos, correndo o risco de soluções diferentes e conflitantes. "Entretanto, cabe ressaltar que, se as ações são idênticas não há como serem ambas julgadas, em razão da litispendência. Uma delas necessariamente será extinta sem julgamento do mérito (art. 267, V, CPC)."[3]

A distribuição por dependência, a que alude o inc. III do art. 253, poderia ser aplicada, segundo tal opinião doutrinária, com mais propriedade, às ações *semelhantes* promovidas por autores diferentes. Se as ações forem idênticas, objetiva e subjetivamente, a distribuição por dependência já estaria compreendida pela força da conexão ou continência, no inc. I do art. 253. Após a distribuição ao juiz da causa primitiva (ou a qualquer outro juiz), o processo subsequente seria imediatamente extinto, sem resolução do mérito. Para tanto não seria preciso o acréscimo do inc. III.

Mas há que se destacar que a reunião de um número grande de ações, de autores diversos, pode produzir efeito negativo, não desejado pelo Código, tanto

que no litisconsórcio facultativo por afinidade de questões de fato ou de direito, ao juiz é permitido limitar o número de litigantes, por meio de desdobramento do processo (art. 46, parágrafo único).

Não se pode, portanto, aplicar o novo inc. III do art. 253 para uma reunião gigantesca de causas distintas, de interesse de litigantes diversos, apenas porque a causa de pedir seja comum. Seria uma contradição interna muito grave, que obviamente não se pode aceitar. Não foi esse, evidentemente, o propósito da reforma.

O mecanismo imaginado pelo legislador é muito defeituoso e enseja, de fato, dificuldades de penosa solução exegética. O que parece óbvio, todavia, é a preocupação em impedir a distribuição dirigida, burlando a escolha do juiz natural. Reunir ações iguais, com autores diversos não contribui, em nada, para alcançar o objetivo da lei. Pelo contrário, a esperteza do advogado poderia, havendo muitas causas assemelhadas a propor, ajuizar alguma perante juízes diferentes, e não haveria como detectar a manobra, visto que as partes não seriam as mesmas. Depois, simplesmente, pediria a distribuição, ao juiz que lhe conviesse, de todas as demais (até então não ajuizadas) sob o argumento de serem causas idênticas (inc. III do art. 253).

Obviamente, não pode ser esta a aplicação prática do dispositivo legal, pois ao invés de coibir a escolha do juiz "conveniente", estaria se prestando a facilitá-la. Diante disso, o que se nos afigura mais consentâneo com a *mens legis* é restringir a aplicação do inc. III apenas ao caso de efetiva repetição do ajuizamento de *ações idênticas*, ou seja, de várias ações com identidade de partes, de pedido e de causa de pedir. Pouco importa que as ações subsequentes tenham de se encerrar sem julgamento do mérito. Isto nem sempre acontecerá, porque pode ser que a primitiva tenha se encerrado por sentença terminativa.

Dir-se-á que, nessa hipótese, o inc. III seria uma superfetação porque seu objeto já estaria compreendido no inciso II. De fato, isto é verdadeiro. O que o legislador, porém, quis foi reafirmar no inc. III o que, de certa forma, já se achava implícito nos incs. I e II, para facilitar a imediata solução do problema no ato mesmo da distribuição. Sendo as mesmas partes, esteja ou não extinta a primitiva causa, fácil será definir a ocorrência de identidade (ou não) do objeto em todas as sucessivas ações.

Criou-se, na dicção de Cândido Dinamarco, uma hipótese de competência *funcional*: "O fato de aquele juízo, naquele foro, haver exercido sua função jurisdicional em determinado caso é suficiente para, de modo automático e direto, estabelecer sua competência para processos futuros, versando a mesma

causa."[4]

O art. 253, em seu inciso III, não está preocupado com o tipo de julgamento que virá a acontecer depois de distribuída a causa. Pouco importa que seja de mérito ou não. O que não se admite é que a renovação da mesma causa se dê perante outro juízo que não o da ação anterior travada entre as mesmas partes e sobre o mesmo objeto. Não entra na esfera de incidência do dispositivo o objetivo de reunião de causas afins com o simples propósito de economia processual.

Uma grande dificuldade oferece também a aplicação do inciso II, quando cogita da distribuição, após o encerramento do processo primitivo, de outra causa em que o antigo demandante volta a juízo, reiterando *o pedido*, mas já então em litisconsórcio com outros autores e, às vezes, com parcial alteração dos réus da demanda. Se entre eles se manifesta um litisconsórcio necessário, o pedido será o mesmo, apenas com a inclusão do litisconsorte que faltou no primeiro processo. A distribuição será automaticamente endereçada ao juiz prevento (o da causa anterior, extinta).

Se outros autores novos são litisconsortes facultativos não estarão, em regra, participando do mesmo pedido formulado pelo demandante originário. Formularão pedidos próprios iguais e apoiados nos mesmos fatos e fundamentos, mas não o mesmo pedido. Nesse caso, a prevenção perdura para o autor da ação extinta, mas não para os litisconsortes facultativos. O juiz prevento mandará desmembrar o litisconsórcio. Os novos demandantes terão de se submeter à distribuição normal de suas demandas. Apenas o autor da ação primitiva permanecerá vinculado à competência funcional determinada pelo art. 253, II. Do contrário, os litisconsortes facultativos estariam escolhendo o juízo para apreciar seus pedidos, sem passar pelo critério normal de definição do juiz natural. Estariam praticando, para pedidos ainda não deduzidos em juízo, a chamada *distribuição dirigida*, que importa afastar, sem razão de direito, a necessária *distribuição livre*.[5]

Um grande efeito prático a ser extraído do inc. III do art. 253 é aquele apontado por Misael Montenegro Filho, qual seja: com a reforma operada pela Lei nº 11.280/2006, o Código passou a autorizar que "as ações idênticas sejam de logo encaminhadas ao juízo prevento, possibilitando a imediata extinção de uma delas, evitando a expedição de mandado de citação, o oferecimento de defesa indireta pelo réu e o enfrentamento de suas razões pelo juiz. Tudo isto pode (e deve) ser evitado, a partir do emprego da técnica idealizada, permitindo que a identidade entre as demandas seja reconhecida no ato da distribuição, com

a consequente remessa do processo idêntico ao mesmo juízo que já processa a ação com os mesmos elementos".[6] Enquanto a conexão depende de provocação da parte para que a distribuição se faça por dependência, as causas idênticas, por reprodução de demanda anterior, são automaticamente sujeitas à competência do juízo prevento. Mesmo que a distribuição seja equivocadamente feita a outro juízo, a este será lícito encaminhar o feito, de ofício, ao juízo determinado pelo art. 253, III. Não será necessário verificar quem despachou primeiro a inicial ou quem promoveu primeiro a citação. A prevenção define-se simplesmente pela identificação da ação com a outra, pouco importando a eventual ordem cronológica das diligências iniciais que ordinariamente influem na reunião de ações interligadas por conexão ou continência.

Quer isto dizer que, no caso de *ações idênticas* (mesmas partes, mesmo pedido, mesma causa de pedir), o reconhecimento da competência preventa ocorre na própria distribuição. Não sofre, portanto, os condicionamentos da anterioridade de citação ou de despacho da inicial estabelecidos pelos arts. 106 e 219 do CPC. Estes subsistem apenas para a prevenção rotineira entre causas diferentes reuníveis por conexão ou continência, não para aqueles casos de repetição de *causas idênticas* (art. 253, III).

280. Valor da causa

O valor da causa não corresponde necessariamente ao valor do objeto imediato material ou imaterial, em jogo no processo, ou sobre o qual versa a pretensão do autor perante o réu. É o valor que se pode atribuir à relação jurídica que se afirma existir sobre tal objeto. Assim, o mesmo imóvel pode ser reclamado pelo autor em função do direito contratual de usá-lo temporariamente, ou de preservar apenas sua posse, ou de disputar-lhe o domínio pleno ou apenas algum direito real limitado, como uma servidão ou um usufruto. É claro que em cada uma dessas situações, a expressão econômica da relação jurídica disputada no processo será diferente, muito embora o objeto material imediato permaneça o mesmo.

Tome-se o exemplo de uma execução hipotecária e de uma ação reivindicatória versando sobre um só imóvel: na primeira, a expressão econômica da causa será ditada pelo valor da dívida, garantida pelo imóvel, que pode ser muito maior que o valor deste; e, na segunda, será sempre o valor do próprio imóvel.

Determina-se, portanto, o valor da causa apurando-se a expressão econômica

da relação jurídica material que o autor quer opor ao réu. O valor do objeto imediato pode influir nessa estimativa, mas nem sempre será decisivo.

Há, outrossim, aquelas causas que não versam sobre bens ou valores econômicos, e ainda os que, mesmo cogitando de valores patrimoniais, não oferecem condições para imediata prefixação de seu valor. Em todos esses casos, haverá de atribuir-se, por simples estimativa, um valor à causa, já que, em nenhuma hipótese, a parte é dispensada do encargo de atribuir um valor à demanda (art. 258).

O valor da causa pode ter reflexos sobre a competência, segundo as leis de organização judiciária, e influi ainda sobre o rito do processo de conhecimento que, em função dele, pode ser ordinário ou sumário (art. 275, nº I).

Também nos inventários e partilhas o valor da causa influi sobre a adoção do rito de arrolamento (art. 1.031, nº II).

Costuma ainda o valor da causa servir de base para arbitramento dos honorários advocatícios, na sentença em que não há condenação da parte vencida (art. 20, § 4º). É sobre esse valor que as leis estaduais costumam cobrar a "taxa judiciária" e estipular as custas devidas aos serventuários da justiça que funcionam no processo.

Daí a norma do art. 258 que dispõe que "a toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato".

Essa regra se completa com a do art. 282, nº V, que inclui entre os requisitos da petição inicial "o valor da causa".

Deve, pois, o valor ser atribuído à causa pelo autor, na própria petição inicial (art. 259). E os critérios que o Código manda observar nesse cálculo são os seguintes:

I – na ação de cobrança de dívida, o valor da causa é a soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a propositura da ação (art. 259, I);

II – se houver cumulação de pedidos, o valor da causa será a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles (art. 259, II);

III – sendo alternativos os pedidos, será o do de maior valor (art. 259, III);

IV – se houver também pedido subsidiário, o valor da causa será do pedido principal (art. 259, IV). É o caso da ação de depósito em que o bem pereceu; o pedido do preço do bem não importa alternatividade, mas subsidiariedade, porque não era essa a forma normal de cumprir a obrigação do réu;

V – quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão do negócio jurídico, o valor da causa será o do contrato (art. 259, V);[7]

VI – na ação de alimentos, será o valor de 12 prestações mensais, pedidas pelo autor (art. 259, VI);

VII – na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, a estimativa oficial para lançamento do imposto (art. 259, VII).

Faltou ao Código estatuir regras pertinentes às ações de procedimento especial, como as possessórias, a nunciação de obra nova, os embargos de terceiros, o usucapião, bem como aos procedimentos de jurisdição voluntária.

Cremos que, por analogia, em se tratando de bens imóveis, se possa seguir a orientação do inciso VII do art. 259, atribuindo ao feito, qualquer que seja ele, o valor da estimativa fiscal de lançamento do imposto territorial ou predial. Se se tratar, porém, de ação sobre coisas móveis, outra solução não haverá senão a de arbitrar o valor do bem disputado.

Nos feitos relativos a obrigações, quando o pedido envolver prestações vencidas e vincendas, o valor da causa compreenderá todas elas. Mas, para as vincendas, o valor máximo computável será o de uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a um ano; se por tempo inferior, será igual à soma efetiva de todas as prestações (art. 260).

Para a ação de despejo, que o Código não previu uma regra específica, recomendou o Congresso dos Magistrados, reunidos na Guanabara em 1974, que se conservasse o critério tradicional em nosso direito, ou seja, o de arbitrar o valor da causa em importância correspondente a um ano de aluguel.[8] Assim vem se orientando também a jurisprudência.[9]

Pela Lei nº 8.245, de 18.10.91, instituiu-se uma regra especial para todas as ações locatícias (despejo, consignação de aluguel e acessórios, revisional de aluguel e renovatória de locação): para todas elas o valor da causa corresponderá a 12 meses de aluguel. No caso, porém, de retomada de imóvel ocupado pelo locatário em razão de contrato de trabalho, o valor será equivalente a três salários vigentes por ocasião do ajuizamento da causa (Lei nº 8.245, art. 58, inc. III).

281. Impugnação ao valor da causa

No prazo de contestação, é lícito ao réu discordar do valor atribuído à causa pelo autor e impugná-lo através de um incidente, que terá curso fora da causa principal, em autos apensados.

Em petição distinta da contestação, o réu apresentará as razões pelas quais não aceita o valor constante da inicial.

O juiz, recebendo a impugnação, concederá ao autor o prazo de cinco dias para se pronunciar sobre as alegações do réu, sem suspender o processo.

Se houver necessidade de provas, facultará sua produção às partes e se valerá de perícia, quando necessário.

Finda a instrução, ou logo após a ouvida do autor, quando a questão for apenas de direito ou dispensar outras provas, o juiz em 10 dias proferirá decisão interlocutória, solucionando o incidente. Se a impugnação for julgada procedente, o juiz fixará o valor definitivo da causa (art. 261).

O recurso cabível, na espécie, é o agravo,[10] na forma retida ou de instrumento.

Observe-se, outrossim, que o prazo de resposta do réu, após a citação inicial, é preclusivo, com relação à faculdade processual de impugnar o valor da causa.

De tal sorte, se não houver impugnação no referido lapso, ocorrerá a presunção legal de aceitação, pelo réu, do valor constante da petição inicial (art. 261, parágrafo único).

No entanto, Moniz de Aragão, na interpretação do dispositivo em tela, distingue, com muita propriedade, entre os valores determinados taxativamente pela lei (*valores legais*) e aqueles outros provenientes de simples estimativa da parte (*valores estimativos*): "Se se tratar de causas cujo valor é taxativamente determinado na lei, a infração tanto pode ser alvo de imediata corrigenda do juiz, de ofício, como de impugnação do réu. No caso, porém, de ambos silenciarem, deixando passar a ocasião, nem por isso o valor se tornará definitivo, salvo quanto aos atos passados, podendo vir a ser retificado mais tarde, uma vez que não se opera em tais casos a preclusão. Se se tratar, porém, de causa a cujo respeito a lei nada dispõe, deixando à discrição do autor atribuir-lhe o valor que parecer adequado, caberá exclusivamente ao réu, se discordar, impugná-lo, sem que assista ao juiz o poder de intervir de ofício. Em tal caso, sim, o valor se tornará definitivo e imutável na ausência de impugnação a bom tempo."[11]

A mesma orientação foi adotada pelo Congresso de Magistrados realizado na Guanabara, em 1974, que concluiu pela incidência do parágrafo único do art. 261 só "quando não houver *valor legal* prefixado para a causa, competindo ao juiz, de ofício, ou a requerimento, corrigir valor erroneamente atribuído".[12]

1 O STJ, por sua Corte Especial, decidiu, por escassa maioria, ser desnecessária a intimação da parte para ser cancelada a distribuição, nos moldes do art. 257 do CPC (Emb. Div. no REsp. 264.895/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 19.12.2001, *DJU* 15.04.2002, p. 156). Nada obstante, a 1ª Seção do STJ voltou a decidir, com voto vencido, ser indispensável a intimação prévia da conta de custas, para cancelar-se a distribuição (Emb. Div. no REsp. 199.117/RJ, Rel. p/acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 11.12.2002, *DJU* 04.08.2003, p. 212). A 3ª Turma, no entanto, manteve o entendimento de que, "não recolhidas as custas dos embargos do devedor no prazo legal de trinta dias (art. 257 do CPC), o cancelamento da distribuição, antes de formada a relação processual, dispensa a prévia intimação pessoal da parte e a intimação do advogado" (3ª T., REsp. 676.642/RS, Rel. p/acórdão Menezes Direito, ac. 01.09.2005, *DJU* 20.02.2006, p. 334). A Corte Especial posteriormente reafirmou o entendimento de que não há necessidade na espécie de intimação pessoal da parte (STJ, Corte Especial EREsp. nº 495.276/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 04.06.2008, *DJe* 30.06.2008; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.217.289/RJ, Rel. Min. Castro Meira, ac. 07.06.2011, *DJe* 16.06.2011).

2 TESHEINER, José Maria Rosa. *Nova sistemática processual*. 2. ed. Caxias do Sul: Plenum, 2006, p. 60.

3 SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Reforma do Processo Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 226.

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74.

5 "Parece-nos que o que se quis combater foi a repetição de demanda idêntica (pedido e causa de pedir iguais), razão pela qual a incidência do novo regramento só se justifica em tais casos" (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Novas regras sobre incompetência territorial*: arts. 112, 114 e 305 do CPC. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50). Se um novo litisconsorte facultativo formula pedido ao lado do pedido antigo do autor, não se pode ver nele uma repetição do mesmo pedido da ação primitiva.

6 MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da sentença e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 161-162.

7 "Quando o litígio não envolve o contrato por inteiro, referindo-se apenas a determinada obrigação, dentre outras estipuladas, deve-se estabelecer o valor da causa sobre o montante correspondente a essa obrigação" (TACiv.RJ, AgI 85.252, Rel. Juiz Fernando Pinto, ac. 06.12.1988, *in RF* 315/155). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 1.253.347/ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 16.09.2010, *DJe* 24.09.2010.

8 CARNEIRO, Athos Gusmão. *O Novo Código de Processo Civil nos Tribunais do Rio Grande do Sul e Santa Catarina*. Porto Alegre: Ajuris, 1976, v. I, p. 230.

9 2º TACiv.SP, Ag. 41.275, Rel. Juiz Paulo Restiffe, *in RT* 488/175; TARS, Ag. 21.271, Rel. Antônio Augusto Fernandes, *in Julgados TARS*, 33/219; TJSC, Ap. 13.160, Rel. Des. Ayres Gama, *in* Alexandre de Paula, *O Proc. Civ. à luz da Jurisprudência*, Rio, Forense, 1982, v. III, nº 4.828, p. 49; TAPR, Ap. 4.283, Rel. Juiz Said Zanlute, *in* A. Paula, *op. cit*., III, nº 4.829, p. 49. Finalmente, o critério foi adotado pela Lei nº 8.245/1991, art. 58, III (STJ, 6ª T., REsp. nº 184.452/ES, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 24.08.1999, *DJU* 22.11.1999, p. 204, *REPDJ* 29.11.1999, p. 214).

10 STJ, 4ª T., AgRg nos EDcl no Ag nº 998.378/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 05.08.2008, *DJe* 18.08.2008. "Quando houver inegável prejuízo à parte, o agravo de instrumento interposto – inclusive da decisão que resolve a impugnação ao valor da causa – deve ser apreciado de imediato pelo Tribunal local, não podendo ser convertido em agravo retido" (STJ, 5ª T., REsp. nº 888.869/RS, Rel.

Min. Laurita Vaz, ac. 25.11.2010, *DJe* 13.12.2010).

11 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Campinas: Bookseller, 1997, v. II, n. 421, p. 355.

12 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. cit*., I, p. 230.

Capítulo XIII
VÍCIOS DO ATO PROCESSUAL

§ 46. NULIDADE

Sumário: 282. Conceito. 283. Espécies de vícios do ato processual. 284. Atos inexistentes. 284-a. Noção de nulidade. 285. Atos absolutamente nulos. 286. Atos relativamente nulos. 287. Nulidade do processo e nulidade do ato processual. 288. Sistema de nulidades do Código. 289. Nulidades cominadas pelo Código. 290. Nulidades da citação e intimação. 291. Arguição das nulidades. 292. Momento da arguição. 293. Decretação de nulidade. 294. Efeitos da decretação.

282. Conceito

Pertencendo os atos processuais ao gênero dos *atos jurídicos*, aplicam-se-lhes as exigências comuns de validade de todo e qualquer destes atos, isto é, o agente deve ser capaz, o objeto, lícito e a forma prescrita ou não defesa em lei.

As partes, no entanto, além de atender aos requisitos materiais de capacidade jurídica (maioridade, assistência ou representação), terão também que satisfazer as exigências do *ius postulandi*, que, salvo as exceções do art. 36, só toca aos advogados regularmente habilitados e inscritos na OAB (art. 37). Isto porque, segundo o art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 8.906, de 04.07.94, "são nulos os atos privativos de advogados praticados por pessoas não inscritas na OAB" ou por inscritos impedidos ou suspensos. Para o órgão judiciário também há de se observar o pressuposto da capacidade, que se apresenta *in casu*, sob a feição de competência (art. 113, § 2º).[1]

Sobre o requisito de objeto lícito, há expressos dispositivos que mandam o juiz reprimir qualquer ato praticado pelas partes que seja contrário à dignidade da Justiça (art. 125, III) e a proferir sentença que obste aos objetivos ilícitos das partes, quando autor e réu se servirem do processo para praticar ato simulado ou para conseguir fim proibido por lei (art. 129).

No que toca à violação de forma legal, é onde mais se mostra importante a teoria das nulidades processuais, dado o caráter instrumental do processo e da indispensabilidade da forma para se alcançar seus desígnios.

283. Espécies de vícios do ato processual

Por violação aos seus elementos ou requisitos de validade, os atos do processo, como os demais atos jurídicos, podem ser classificados, segundo a lição de Couture, em:

a) atos inexistentes;

b) atos absolutamente nulos;

c) atos relativamente nulos.

Há, ainda, atos processuais apenas *irregulares*, que são aqueles praticados com infringência de alguma regra formal, sem, entretanto, sofrer qualquer restrição em sua eficácia normal (art. 244).

284. Atos inexistentes

Ato inexistente é o que não reúne os mínimos requisitos de fato para sua existência como ato jurídico, do qual não apresenta nem mesmo a aparência exterior. O problema da inexistência, dessa forma, não se situa no plano da eficácia, mas sim no plano anterior do ser ou não ser, isto é, da própria vida do ato.[2]

Com relação ao ato juridicamente inexistente, não se pode sequer falar de ato jurídico viciado, pois o que há é um simples *fato*, de todo irrelevante para a ordem jurídica. Falta-lhe um elemento *material* necessário à sua configuração jurídica. Assim, por exemplo, é inexistente o ato falsamente assinado em nome de outrem. O dado fático – declaração de vontade do signatário – nunca existiu, nem mesmo defeituosamente.

Por isso, o ato inexistente jamais se poderá convalidar e nem tampouco precisa ser invalidado.

Nem de fato se pode, por exemplo, considerar ato processual a sentença proferida por quem não é juiz. É intuitivo que somente cabe praticar ato inerente à função de juiz a quem seja titular dela.

Há, outrossim, outro caso que o Código considera, de forma expressa, como ato inexistente: é aquele praticado nos autos, em nome da parte, por advogado que não seja procurador (art. 37, parágrafo único).

284-a. Noção de nulidade

Entre os atos jurídicos e o ordenamento jurídico deve haver uma relação de

conformidade. Se a declaração de vontade se harmoniza com a lei, será válida (terá aptidão para produzir os efeitos visados pelo agente). Se entra em atrito com a lei, será inválida (não produzirá o efeito jurídico desejado).

A nulidade é, portanto, uma sanção que incide sobre a declaração de vontade contrária a algum preceito do direito positivo. Essa sanção – privação de validade – admite, porém, graus de intensidade. Quando a ilegalidade atinge a tutela de interesses de ordem pública, ocorre a *nulidade* (ou *nulidade absoluta*), que ao juiz cumpre decretar de ofício, quando conhecer do ato processual viciado (não depende, pois, de requerimento da parte prejudicada; o prejuízo é suportado diretamente pela jurisdição).

Sempre, porém, que a ilegalidade tiver repercussão sobre interesse apenas privado da parte (que, por isso, tem disponibilidade do direito tutelado pela norma ofendida), o que ocorre é a *anulabilidade* (ou *nulidade relativa*). Pela menor repercussão social do vício, a lei reserva para o titular da faculdade prejudicada o juízo de conveniência sobre anular ou manter o ato defeituoso. Não cabe ao juiz, por sua própria iniciativa, decretar a invalidação de ato apenas anulável. Sem o requerimento da parte interessada, o ato se convalida (é como se não portasse o defeito que nele se instalou).

285. Atos absolutamente nulos

O ato absolutamente nulo já dispõe da categoria de ato processual; não é mero fato como o inexistente; mas sua condição jurídica mostra-se gravemente afetada por defeito localizado em seus requisitos essenciais.

Compromete a execução normal da função jurisdicional e, por isso, é vício *insanável*. Diz respeito a interesse de ordem pública, afetando, por isso, a própria jurisdição (falta de pressupostos processuais ou condições da ação).

Comprovada a ocorrência de nulidade absoluta, o ato deve ser invalidado, por iniciativa do próprio juiz, independentemente de provocação da parte interessada.

Na realidade, a vida do ato absolutamente nulo é aparente ou artificial, pois não é apta a produzir a eficácia de ato jurídico. Perdura, exteriormente, apenas até que o juiz lhe reconheça o grave defeito e o declare privado de validade.

Dada a sua aparência de ato bom, é necessário que o juiz o invalide, embora jamais possa ser convalidado.[3] Havendo ainda oportunidade para a prática eficaz do ato nulamente realizado, deverá o juiz ordenar sua repetição (art. 249, *caput*). Caso contrário, a parte sofrerá as consequências da preclusão e, para todos os

efeitos, ter-se-á o ato como não praticado.

Exemplo de ato absolutamente nulo é o da citação, com inobservância das prescrições legais (art. 247); e, consequente, nula de pleno direito será a sentença que vier a ser proferida no processo, se correr à revelia do réu (art. 741, nº I). A invalidade, no caso, afetou toda a relação processual, não só para a parte ausente como para o próprio órgão jurisdicional, que não se legitima a julgar a causa senão sobre o suporte de um processo regularmente formado.

Em qualquer época que se pretender opor os efeitos de tal sentença ao réu, lícito lhe será arguir a nulidade e obter do juiz a sua decretação.

Isto não quer dizer que o ato nulo, embora *insanável*, não possa ser suprido por outro de igual efeito. Assim a citação nula, ou mesmo inexistente, pode ser suprida pelo comparecimento do réu ao processo. Mas este comparecimento não dá eficácia à citação, mas sim a substitui e os efeitos produzidos são do próprio comparecimento e só atuam a partir dele, gerando inclusive reabertura do prazo de defesa. Em outras palavras: o comparecimento do réu faz as vezes da citação válida. *Suprir* uma nulidade não é, em outras palavras, convalidar o ato inválido. É, isto sim, praticar um ato novo e diverso que, entretanto, pode produzir efeito análogo ao do ato nulo.

286. Atos relativamente nulos

A nulidade relativa ocorre quando o ato, embora viciado em sua formação, mostra-se capaz de produzir seus efeitos processuais, se a parte prejudicada não requerer sua invalidação.

O defeito, aqui, é muito mais leve do que o que se nota nos atos absolutamente nulos, por recair sobre interesses privados (disponíveis) do litigante; de modo que o ato é ratificável, expressa ou tacitamente, e, se a parte não postula sua anulação, é apto a produzir toda a eficácia a que se destinou. O silêncio da parte, portanto, é suficiente para convalidá-lo. Diz respeito a interesse apenas da parte, não afetando, por isso, a jurisdição.

A nulidade relativa é a regra geral observada pelo Código, diante dos defeitos de forma dos atos processuais; a nulidade absoluta, a exceção.

O traço que mais distingue a nulidade absoluta da relativa, em matéria de processo civil, é o da iniciativa: a nulidade absoluta é decretável de ofício pelo juiz, enquanto a relativa depende de provocação da parte prejudicada. Aquela, inspira-se no interesse público, e esta, no privado. Por isso, a parte que não argui a nulidade relativa sana tacitamente o vício (art. 245). Quando o defeito atinge

uma condição ou pressuposto da própria jurisdição, e o juiz tem o dever de decretar de ofício a nulidade, o silêncio da parte prejudicada não a sana (art. 245, parágrafo único).

Em síntese, pode-se dizer que as nulidades relativas ocorrem quando se violam faculdades processuais da parte (cerceamento do direito ao contraditório e ampla defesa), e as absolutas quando se ofendem regras disciplinadoras dos pressupostos processuais e condições da ação.

287. Nulidade do processo e nulidade do ato processual

A nulidade pode atingir toda a relação processual ou apenas um determinado ato do procedimento. Há nulidade do processo, quando se desatende aos pressupostos de constituição válida a desenvolvimento regular da relação processual, ou quando existe impedimento processual reconhecido, ou então pressuposto negativo concernente ao litígio.

Como o ato processual não tem vida autônoma, pois forma um tecido ou uma cadeia com os diversos atos que integram o procedimento, incumbe ao juiz, ao pronunciar a nulidade, declarar que atos são atingidos, ordenando, ainda, as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados (art. 249).

Haverá, para o Código, nulidade de todo o processo, como lembra Frederico Marques: *a*) quando se registrar falta não suprida pelo juiz, da autorização marital ou da outorga uxória, se necessária (arts. 11, parágrafo único); *b*) quando, em certos casos previstos no Código, omitir-se o autor na prática de atos ordenados pelo juiz, para sanar nulidade do processo ou de atos processuais (arts. 13, I, 37, 265, § 2º, e 284). Há, também, nulidade do processo, segundo os arts. 84 e 246, quando o Ministério Público não foi intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

Via de regra essas nulidades são consideradas absolutas.

As nulidades, nos casos de falta de intimação do Ministério Público e de ausência de outorga uxória, devem ser entendidas, pelo menos em certas circunstâncias, como nulidades relativas, dado que, se o interesse da parte tutelada pelo Ministério Público, ou o do cônjuge ausente, vier a sair vencedor na solução da lide, injustificável será a anulação do processo, por inexistência de prejuízo. Faltará à parte o pressuposto do interesse legítimo para obter tal decretação e o juiz estará, logicamente, impedido de agir *ex officio* porque estaria contrariando a *ratio essendi* da própria norma legal que institui a tutela especial dos interesses em tela. A decretação de nulidade, *in casu*, ao invés de

amparar o referido interesse, viria prejudicá-lo, privando-o da tutela já deferida pela sentença.

288. Sistema de nulidades do Código

Embora se reconheça a importância das formas para garantia das partes e fiel desempenho da função jurisdicional, não vai o Código, na esteira das mais modernas legislações processuais, ao ponto de privar sempre o ato jurídico processual de efeito apenas por inobservância de rito, quando nenhum prejuízo tenham sofrido as partes.

O princípio que inspirou o Código, nesse passo, foi o que a doutrina chama de *princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais*, segundo o qual o ato só se considera nulo e sem efeito se, além de inobservância da forma legal, não tiver alcançado a sua finalidade.

Assim, dispõe o art. 244 que "quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade".

Mas, em qualquer caso, mesmo quando haja expressa cominação de nulidade para a inobservância de forma, o juiz não decretará a nulidade nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta: *a*) se não houve prejuízo para a parte (art. 249, § 1º); *b*) quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade (art. 249, § 2º).

Isto quer dizer que o ato mesmo absolutamente nulo não prejudicará a validade da relação processual como um todo. Daí poder-se afirmar que, pelo princípio de instrumentalidade dos atos processuais, como regra geral predominam as nulidades relativas no processo.

A rigor, ato nulo de pleno direito é só aquele que contamina o processo de nulidade e o inutiliza inteiramente, como se dá na omissão do autor no cumprimento das diligências que lhe determina o juiz nas hipóteses dos arts. 13, I, 37, 265, § 2º, e 284, ou quando um juiz de grau inferior pratica atos privativos de Tribunal Superior, como processar e julgar ação rescisória de sentença, em violação às regras de competência hierárquica.

Mas apenas anuláveis são os atos não decisórios, por exemplo, praticados com violação da competência absoluta, entre juízes do mesmo grau de jurisdição (art. 113, § 2º).

Há casos de nulidade expressa, como a da falta de intervenção do Ministério Público (art. 246) e da ausência de outorga uxória (art. 11, parágrafo único) que

obviamente são casos de nulidade absoluta por determinação da própria lei.

Mas nem essas nulidades escapam à incidência do princípio da instrumentalidade, pois sem prejuízo do interesse tutelado não haverá invalidação do processo, isto é, não se anulará o processo, se a sentença de mérito foi favorável ao titular do interesse questionado (a mulher, o incapaz etc.)

Veja-se o que se dá com a citação nula: a relação processual fica contaminada toda ela do mesmo defeito, se o réu não comparece para se defender, de modo que a qualquer tempo poderá arguir a nulidade da sentença que julgou a causa. Mas, se esta sentença lhe for favorável, que interesse terá ele em obter tal declaração?

E o autor, muito menos, poderá pretender anulá-la, visto que, dentro do mesmo princípio, a parte que dá causa à nulidade (ainda que absoluta) não poderá jamais requerer sua decretação (art. 243).

289. Nulidades cominadas pelo Código

Dentro das regras do Código de Processo Civil há nulidades que são expressamente enunciadas por dispositivo da lei (*cominadas*) e outras que se deduzem do sistema processual, em seu conjunto de princípios fundamentais (*não cominadas*).

Sobre as nulidades absolutas, dispõe o art. 245, parágrafo único, que sua decretação não depende de provocação da parte e não se sujeita à preclusão.

É que as nulidades expressamente cominadas, quando não supridas, se presumem prejudiciais aos interesses da parte e da atividade jurisdicional. Se, por exemplo, o réu não comparece ou a parte não pratica o ato para o qual foi intimado e se houve vício de formalidade na citação ou na intimação, não é preciso demonstrar prejuízo para que o ato se considere nulo (art. 247). Mas se, ao contrário, se provar que a parte compareceu e praticou o ato que lhe competia a nulidade absoluta do ato de comunicação processual, embora expressamente prevista no art. 247, não será decretada e nenhuma repercussão terá sobre o processo, dentro da sistemática observada pelo código em matéria de nulidades.[4]

Por outro ângulo, embora a nulidade cominada seja absoluta, não há sinonímia completa entre uma e outra. É que embora não cominada a nulidade por ofensa ao sistema processual pode ferir interesse de ordem pública, caso em que será absoluta, permitindo ao juiz decretá-la a requerimento da parte ou até de ofício. Tome-se, por exemplo, a sentença *extra petita*. Mesmo não estando expressamente enunciada na lei, a hipótese é de nulidade absoluta, porque a

nenhum juiz se permite prestar a tutela jurisdicional fora do pedido da parte (CPC, arts. 2º, 128 e 460). Sempre, pois, que estiverem em jogo as condições ou pressupostos da própria prestação jurisdicional, e não apenas o interesse particular da parte, a nulidade será absoluta, ainda que não prevista na lei.

290. Nulidades da citação e intimação

As citações e intimações são atos processuais solenes, cujo rito está traçado pelos arts. 215 a 233 e 235 a 242, com todos os pormenores. Há cominação expressa de nulidade para esses atos quando feitos "sem observância das prescrições legais" (art. 247).

A forma nas intimações e citações é da *essência* do ato e não apenas meio de prova.

Daí por que o código considera nulos os atos de comunicação processual feitos sem observância dos preceitos legais.[5] *Vide* o exposto nos nºs 251, 257 e 272.

Admitem, todavia, suprimento pelo comparecimento da parte, desde que não tenha sofrido prejuízo em sua defesa pela deficiência do ato (arts. 249 e 214, § 1º).

291. Arguição das nulidades

Diante do que já se expôs, as nulidades, no sistema do código, só poderão ser decretadas a requerimento da parte prejudicada e nunca por aquela que foi a sua causadora (art. 243). Por exemplo, o autor que numa ação real imobiliária não promoveu a citação da mulher do réu e veio a perder a causa não poderá pretender anular o processo pela inobservância do disposto no art. 10, § 1º, nº I.

Para a arguição, o réu pode usar a contestação ou petição simples. O autor também pode pedir nulidade em petição simples.

É possível também a invocação de nulidade em razões de apelação ou em alegações orais de audiência, por qualquer das partes e pelo Ministério Público.

Por outro lado, embora admita o código que o juiz decrete de ofício as nulidades absolutas (art. 245, parágrafo único), fica-lhe vedada essa decretação nos casos de falta de prejuízo para a parte (art. 249, § 1º) e de possibilidade de julgamento de mérito em favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade (art. 249, § 2º).

292. Momento da arguição

A nulidade relativa deve ser arguida pela parte interessada em sua decretação na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, após o ato defeituoso, sob pena de preclusão (art. 245), isto é, de perda da faculdade processual de promover a anulação. Permite o parágrafo único do art. 245 que a parte elida a preclusão, provando legítimo impedimento, que não lhe permitiu a alegação no momento adequado.

Se, porém, a nulidade for absoluta, como a falta de citação do cônjuge nas ações reais ou a intervenção do Ministério Público nos casos do art. 82, não prevalece a preclusão, de sorte que a alegação pode ser feita em qualquer fase do processo, salvo as exceções tratadas nos nos 287 e 288, *retro*.

Uma característica especial das nulidades processuais é a sanação de todas elas pela preclusão máxima operada através da coisa julgada. Mesmo as nulidades absolutas não conseguem ultrapassar a barreira da *res iudicata*, que purga o processo de todo e qualquer vício formal eventualmente ocorrido em algum ato praticado irregularmente em seu curso.[6]

Há, porém, vícios fundamentais que inutilizam o próprio processo, como relação processual, a exemplo da falta ou nulidade da citação. Neste caso o defeito não é sanado pela preclusão da coisa julgada porque para formar-se a *res iudicata* é indispensável a existência de um processo válido, e sem a citação regular, ou sem o comparecimento do réu que a supre, não se pode sequer cogitar de processo. Daí por que a nulidade absoluta da sentença proferida à revelia do réu pode ser utilizada como simples matéria de defesa em embargos à execução, mesmo depois de operada, aparentemente, a coisa julgada (art. 741, no I).

293. Decretação de nulidade

Toda nulidade processual, seja absoluta ou relativa, depende de decretação judicial.[7]

Ao decretá-las – recomenda o art. 249 –, o juiz deve declarar que atos são atingidos e ordenar as providências tendentes a repetir ou retificar os atos sanáveis.

É *sentença* o ato do juiz que anula todo o processo, e *decisão interlocutória* o que se limita a invalidar determinado ato processual. Do primeiro, portanto, cabe apelação, e, do segundo, agravo.

294. Efeitos da decretação

"Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependam" (art. 248), pois, como já se afirmou, o ato processual não tem vida isolada, mas apenas dentro do contexto dos diversos atos que compõem o procedimento, onde se dá um encadeamento, sem solução de continuidade, desde a propositura da ação até final julgamento da lide.

Nos atos complexos, isto é, naqueles que se compõem de um feixe de atos simples, como a audiência de instrução e julgamento e a arrematação, pode ocorrer que a nulidade se refira apenas à parte da complexidade. Nessas circunstâncias, a nulidade apenas de uma parte do ato "não prejudicará as outras, que dela sejam independentes" (art. 248, segunda parte). Trata-se de aplicação do princípio do *utile per inulite non vitiatur*.

Assim, o cerceamento de defesa reconhecido pela recusa de ouvida de uma testemunha leva à anulação do julgamento, mas não invalida as provas que foram coletadas na mesma audiência. Da mesma forma, se há disputa entre o arrematante e o remidor e este vem a decair de seu direito por omissão do depósito do preço em tempo hábil, válida subsiste a arrematação.

Um desdobramento dessa mesma norma se encontra no art. 250, onde se dispõe que "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".

Esse aproveitamento dos atos praticados, porém, só poderá ser feito se não houver prejuízo para a defesa (art. 250, parág. único).

Não se admite assim a conversão de um rito em outro com aproveitamento da contestação quando o prazo de defesa ou a matéria arguível eram no procedimento anulado menores ou mais restritos do que no procedimento correto. Haverá, então, de ser reaberto o prazo de defesa.

Observe-se, outrossim, que o art. 250 se refere apenas às nulidades decorrentes de procedimento, de modo que não tem aplicação quando o erro se referir à tutela jurisdicional invocada, que corresponde às diversas espécies de processo (de cognição, de execução e cautelar).

Se o feito só poderia ser apreciado no processo de conhecimento e o réu lançou mão da execução forçada, é impossível a conversão, porque o juiz estaria alterando o próprio pedido do autor, o que nunca lhe é permitido, dentro da sistemática de nosso direito processual.

A medida do art. 250 só é viável em casos como o da conversão de rito

ordinário em especial e de sumário em ordinário, mas sempre dentro do mesmo tipo de processo, isto é, prestando à parte a mesma tutela jurisdicional, com mudança apenas de rito ou forma, dentro da mesma espécie de processo. Nunca será tolerada a sua aplicação, portanto, para adaptar-se um tipo de processo a outro.[8]

Observa-se que, mesmo dentro de um só tipo de processo, pode haver variedade de pretensões que se revelam sob a figura de diversas ações.

Assim, a respeito de um mesmo imóvel e de um mesmo ato do réu, pode haver pretensão possessória e petitória do autor. A diversidade, *in casu*, será de ação (pretensão à tutela jurisdicional), hipótese que também não se enquadra no permissivo do art. 250. Converter uma ação em outra seria alterar o pedido do autor, o que, como já se explicou, não é tolerado. Daí a impossibilidade de conversão de ações possessórias em reivindicatórias e vice-versa.

Pela mesma razão, não se admite a transformação de uma ação de consignação em ação de depósito; o erro em todos esses exemplos, por se ligar à pretensão, seria de fundo e não de forma.

1 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: BooKseller, 1997, v. II, n. 406, p. 118.

2 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, n. 234, p. 377.

3 COUTURE, Eduardo J. *Op. cit*., n. 235, p. 378.

4 Embora haja cominação expressa na lei, "não se declara nulidade, por falta de audiência do MP, se o interesse dos menores se acha preservado, posto que vitoriosos na demanda" (STJ, REsp. 26.898-2/SP-EDcl., Rel. Min. Dias Trindade, ac. 10.11.92, *in DJU* de 30.11.92, p. 22.613; STJ, 3ª T., REsp. nº 847.597/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 06.03.2008, *DJe* 01.04.2008; STJ, 3ª T., REsp. nº 1.010.521/PE, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 26.10.2010, *DJe* 09.11.2010). No mesmo sentido se decidiu a propósito de interesses de pessoa de direito público, quando, sem embargo da ausência do Ministério Público, os interesses da entidade pública "resultaram plenamente resguardados no decisório" (STJ, REsp. 2.734/GO-EDcl., Rel. Min. Athos Carneiro, ac. 28.05.91, *in DJU* de 24.06.91, p. 8.641; STJ, 6ª T., REsp. nº 188.664/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 22.08.2000, *DJU* 11.09.2000, p. 297).

5 Nulas, por exemplo, são as citações em que no mandado ocorra omissão do prazo para defesa (art. 225, nº VI) (STJ, 1ª T., REsp. nº 807.871/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, ac. 14.03.2006, *DJU* 27.03.2006, p. 238), ou da advertência de que se presumirão verdadeiros os fatos arrolados pelo autor no caso de revelia (art. 225, nº II) (TJSP, Agr. Instr. 257.186, *in RT*, 505/88; TAMG, Apel. 13.477, *in Julgados*, 9/115). A jurisprudência do STJ, todavia, é no sentido de que a omissão da advertência determinada pelo art. 225, nº II, do CPC não invalida a citação, mas impede a confissão ficta consequente à revelia prevista no art. 285 daquele Código (STJ, 4ª T., REsp. 410.814/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. 06.11.2007, *DJU* 09.06.2008, p.1; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.130.335/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 18.02.2010, *DJe* 04.03.2010; precedentes: REsp. 30.222/ PE, *DJU* 15.12.1993, e REsp. 10.139/MG, *DJU* 06.02.1995). Nula, também, é a citação por edital, quando a publicação se faz apenas no órgão oficial, omitindo-se a dupla publicidade em jornal local, onde houver, recomendada pelo art. 232, nº III (TJMG, Resc. nº 810, *in J. Mineira*, 85/10; STF, RE nº 89.506, *in Juriscível*, 81/74). STJ, 1ª T., RMS nº 2.556/RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 08.09.1993, *DJU* 04.10.1993, p. 20.502.

6 Enquanto não operada a *res iudicata*, pode-se arguir, em qualquer fase ou instância, a nulidade do processo por ausência do Ministério Público, se obrigatória sua participação no feito. Após o trânsito em julgado, todavia, a *nulidade* transforma-se apenas em *rescindibilidade por violação de literal disposição de lei*. Não pode a parte, nem o órgão do MP, por isso, alegá-la em embargos à execução da sentença ou em outros procedimentos comuns. Somente por meio da ação rescisória (arts. 485, V, e 487, III) será arguível a violação do art. 82 (TJMG, Apel. 64.980, Rel. Des. Humberto Theodoro; TJRS, Emb. Infr. 591076633, Rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício, ac. 22.11.91, *in RT* 682/157. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Cód. Proc. Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. V, Série Forense, n. 101, p. 201).

7 COUTURE, Eduardo J. *Op. cit*., nºs 235 e 236, p. 378 e 379.

8 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II, n. 369, p. 316.

Parte IV
Instauração, Crise e Fim do Processo

Capítulo XIV
FORMAÇÃO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO

§ 47. INTRODUÇÃO

Sumário: 295. Noções gerais.

295. Noções gerais

Como relação jurídica complexa e dinâmica, o processo nasce, se desenvolve e se exaure, normalmente, quando atinge a sua meta, que é a composição do litígio, encontrada na sentença de mérito (nas ações de cognição) ou na satisfação do credor (na execução forçada).

Entre o pedido do autor e a prestação jurisdicional do Estado nasce, vive e se extingue o processo, portanto.

Mas pode ocorrer, eventualmente, o que Carnelutti denomina *crise do processo*, que são obstáculos que se interpõem ao longo de seu andamento, provocando uma paralisação que impede momentânea ou definitivamente que a relação processual prossiga e atinja sua meta: são determinados acontecimentos que causam a *suspensão* temporária do processo ou sua *extinção* prematura, antes que se lograsse a composição do litígio.

Há uma corrente doutrinária que recusa ao processo a natureza de relação jurídica, tendo em vista a complexidade e variedade dos atos que o compõem e a diversidade dos agentes que a cada momento nele intervêm. Prefere-se qualificá-lo como uma situação jurídica, que se caracteriza por ser um procedimento em contraditório. Não se vê vantagem alguma em tal orientação, nem se lhe pode

atribuir superioridade pedagógica sobre sua tradicional conceituação como relação jurídica, à luz da qual se forjou toda a moderna configuração científica do direito processual.

Afinal, seja uma relação jurídica, seja uma situação jurídica, há de se analisar como se forma, se desenvolve e se extingue esse fenômeno dinâmico e complexo que é o processo. É o que o Código de Processo Civil regula no Título VI do Livro I (arts. 262 a 269).

§ 48. FORMAÇÃO DO PROCESSO

Sumário: 296. O processo. 297. Sujeitos da relação jurídico-processual. 298. Início do processo. 299. Formação gradual da relação processual. 300. Estabilização do processo. 301. Alteração do pedido. 302. Alterações subjetivas.

296. O processo

Relação *jurídica* é o vínculo estabelecido entre pessoas, provocado por um fato que produz mudança de situação, regido por norma jurídica.[1]

O processo é uma relação jurídica, pois apresenta tanto o seu elemento *material* (o *vínculo* entre as partes e o juiz) como o *formal* (regulamentação pela norma jurídica), produzindo uma nova situação para os que nele se envolvem.

A finalidade do processo é a composição do litígio a ser feita mediante definição e aplicação da vontade concreta da lei pelo juiz.

Mas, "até que o juiz possa chegar à sentença final, é preciso percorrer um caminho mais ou menos longo e o processo atravessa as mais diferentes fases de evolução. Através da atividade das partes e do juiz e também por meio de outros acontecimentos, os sujeitos do processo são colocados numa posição da qual lhes resultam direitos e obrigações".[2]

Para saber se o pedido do autor é fundado ou não, o juiz se baseia nas alegações e nos elementos de convicção que as partes lhe fornecem no curso do processo. Há, pois, com relação ao desenvolvimento e solução do processo, deveres e direitos, tanto da parte dos litigantes como do juiz, enquanto a causa está pendente em juízo.

Daí a conclusão de que o processo, como causa geradora desses ônus, faculdades, direitos e deveres entre seus participantes, sob regulamentação e imposição legal, é, sem dúvida, uma *relação jurídica*.

297. Sujeitos da relação jurídico-processual

O direito comum, pela palavra de Búlgaro, já entendia que *iudicium est actus*

trium personarum: iudicis, actoris et rei (o processo é atividade de três pessoas: o juiz, o autor e o réu).

Embora se discuta a relação jurídica material controvertida, o processo não se confunde com ela, pois pode se travar entre outras pessoas e pode levar inclusive à negação de existência da mesma relação material.

A relação processual é de direito público e se relaciona com o exercício da função soberana do Estado, que é a jurisdição (poder de solucionar os litígios e de assegurar o império da ordem jurídica). Nesta relação, o direito que se exerce não é aquele de ordem privada que eventualmente gerou o conflito de interesses entre o réu e o autor, mas sim o de ordem pública, que é o direito à tutela jurisdicional do Estado na composição da lide.

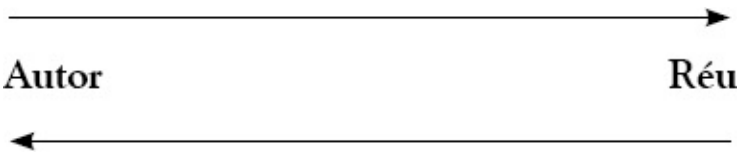
Assim, a atividade das partes é relevante para o processo na medida em que participa do desenvolvimento da atividade estatal de decidir, como ensina Hellwig. O juiz, porém, está em plano diferente e superior ao das partes. Estas provocam e aquele exerce a função soberana de julgar. A força vinculatória da sentença, embora ligada ao processo, tem sua razão de ser na autoridade do Estado e não simplesmente na atividade das partes.

As partes têm, realmente, direito à tutela jurisdicional e o juiz tem o dever de prestá-la, o que leva ao estabelecimento de uma autêntica relação jurídica entre eles, corporificada no processo.

Sobre a relação processual, três teorias procuraram estabelecer suas características:

a) A *linear*, de Köhler, segundo a qual os direitos e deveres do processo se estabeleceriam entre autor e réu, isto é, entre os sujeitos da *lide*, sendo o juiz um estranho a ela. A relação processual seria a mesma relação de direito material tornada litigiosa.

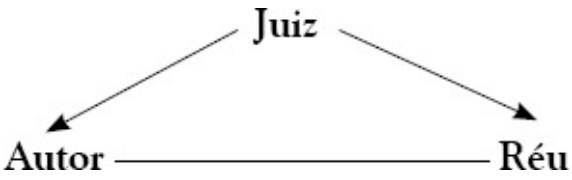
Sua representação gráfica seria:



Diante do conceito moderno e publicístico do direito de ação, não mais se pode admitir como correta essa teoria.

b) Teoria triangular. Sendo o processo uma relação jurídica de direito público, Wach a definiu como uma relação triangular, contendo direitos e deveres não só entre as partes, mas também entre estas e o juiz.

A sua representação gráfica seria:

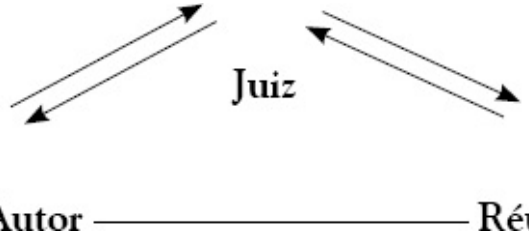


c) Teoria angular. Se é certo que o processo vincula três pessoas – autor, réu e juiz –, não menos exato é que o órgão jurisdicional se coloca no plano superior do Poder do Estado e as partes se submetem à sua soberania. À autoridade deste é que compete exclusivamente a solução do litígio. Toda atividade das partes é voltada para estimular o poder de decidir e alcançar a prestação jurisdicional devida pelo Estado.

O vínculo das partes não é, portanto, estabelecido entre si, mas entre elas e o juiz e se relacionam com o impulso do processo rumo à composição final do litígio. Os direitos da parte se exercem, portanto, perante o juiz e nunca perante a outra parte.

Daí a teoria de Hellwig, hoje a mais aceita pelos modernos processualistas, segundo a qual a relação processual tem a forma angular, estando os direitos e deveres processuais de cada parte voltados para o juiz. Os litigantes, dessa forma, não atingem um ao outro diretamente, no processo, mas apenas através das decisões do juiz. Este é também o entendimento de Goldschmidt.[3]

Sua representação gráfica é:



298. Início do processo

O processo é *dispositivo* quando sua sorte é deixada exclusivamente ao arbítrio da parte. É *inquisitivo* quando o juiz, de ofício, promove a prestação jurisdicional.

Não há, porém, uma contradição insuperável entre os dois princípios. As mais modernas legislações têm feito uma fusão entre os dois, com excelentes resultados práticos em favor de uma tutela jurisdicional mais próxima dos ideais

da boa e efetiva justiça.

Nosso Código seguiu esta orientação ao dispor, em seu art. 262, que "o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial".

Na instalação da relação processual prevalece o princípio dispositivo. A parte tem o alvitre de postular ou não a tutela jurisdicional, isto é, a propositura da demanda é ato privativo da parte.

Mas, vencida esta fase inaugural, o processo passa a se desenvolver por impulso oficial do juiz. É que, estabelecida a relação processual, entra em atividade uma função pública – a jurisdição, que faz com que o interesse público na justa composição do litígio e na pacificação social predomine sobre o simples interesse privado da parte.

Em outras palavras, uma vez proposta a ação, a marcha do processo rumo à sentença não depende de provocação da parte; o próprio juiz impulsiona o processo, com ou sem colaboração da parte.

299. Formação gradual da relação processual

A relação angular que se contém no processo, e que vincula o autor, o juiz e o réu, não se estabelece num só ato.

Inicialmente, ao receber a petição do autor, o Estado vincula-se em relação apenas linear, por força do direito de ação.

Forma-se um dos lados da relação processual, o lado *ativo*: a ligação autor-juiz e juiz-autor.

Numa segunda fase, com a citação do réu, a relação processual se completa com o seu lado passivo: isto é, com a vinculação réu-juiz e juiz-réu.

Aí, sim, o processo estará perfeito em sua forma angular de *actus trium personarum*.

Nesse sentido, dispõe o art. 263 que se considera proposta a ação, tanto que petição inicial seja despachada pelo juiz.

Se houver mais uma vara na comarca, a propositura da ação se dará pela simples distribuição da petição inicial (art. 263).

Mas, ainda segundo o referido artigo, "a propositura da ação só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado". Vale dizer: o réu só é parte da relação processual depois de regularmente citado.

Em resumo:

a) a propositura da ação vincula autor e juiz à relação processual por meio do exercício do direito de ação;

b) a citação amplia a relação e nela integra o réu, para assegurar-lhe o exercício do direito de defesa; e

c) completa a relação, assegurado ao Estado estará o exercício pleno do poder jurisdicional.

300. Estabilização do processo

"Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas em lei" (art. 264).

Da citação decorre, portanto, a estabilização do processo graças à litispendência (art. 219): a lide exposta pelo autor, na inicial, passa a ser o objeto do processo; e ocorre fixação tanto de seus elementos objetivos como subjetivos.

Em consequência, desde então, não mais se permite:

a) a modificação do *pedido* ou da *causa de pedir*, salvo acordo com o réu;

b) nem a alteração das partes litigantes, salvo as substituições permitidas por lei;

c) o juízo, também, não será alterado, pois se vincula pela propositura da ação (art. 87); mas essa vinculação é do órgão (*juízo*) e não da pessoa física do *juiz*, e recebe a denominação de *perpetuatio iurisdictionis*.

301. Alteração do pedido

Não é mais a *litiscontestatio* que estabiliza o objeto da relação processual. A estabilidade do processo é atingida pelo aperfeiçoamento da relação processual ocorrida no momento em que o réu é alcançado pela citação válida.

Admite o Código, todavia, que, em convenção, as partes possam, de comum acordo, alterar o pedido ou a causa de pedir, mesmo depois da citação (art. 264, *caput*).

A vedação às citadas alterações visa, apenas, às medidas de caráter unilateral, isto é, o autor é que, isoladamente, está impedido de alterar o objeto da causa. Mas, se houver acordo do réu, a modificação poderá ser feita.

E é de observar que não se exige acordo expresso, podendo, por isso, dar-se de forma tácita, como, por exemplo, na hipótese em que, alterado, incidentalmente, pelo autor, o pedido ou a causa de pedir, o réu aceita prosseguir

na marcha processual com amplo debate da causa nos termos da inovação operada.[4]

Há, todavia, um limite temporal definitivo à faculdade de alterar o pedido ou a causa de pedir: é o saneamento do processo (art. 264, parágrafo único). Vencida a fase do saneamento, nem por acordo das partes poderá haver qualquer modificação no pedido.

Podem-se resumir as possibilidades e alteração do pedido da seguinte forma:

a) antes da citação: por ato unilateral e livre do autor;

b) depois da citação: somente por acordo de ambas as partes;

c) depois da fase de saneamento: nenhuma alteração mais será possível.

302. Alterações subjetivas

O juízo, como já se explicou, não se altera, depois da propositura da ação, salvo se ocorrer conexão, continência, ou algum motivo legal posteriormente reconhecido que o torne incompetente.

As partes, também, se estabilizam após a citação, e não se substituem, a não ser nos casos expressamente previstos em lei.

O falecimento é uma causa obrigatória de substituição da parte por seu espólio ou seus sucessores (art. 12, V, e § 1º).

Mas, no caso de sucessão entre vivos, a substituição da parte por seu sucessor só se dará, no processo, mediante assentimento do outro litigante, ou suprimento do juiz (art. 42, § 1º).[5] Recusada a substituição, o adquirente do bem litigioso e o cessionário do direito sob disputa não ficarão totalmente impedidos de participar do processo, visto que a lei lhes assegura a intervenção a título de assistência ao transmitente (art. 42, § 2º).

§ 49. SUSPENSÃO DO PROCESSO

Sumário: 303. Conceito. 304. Os casos de suspensão do processo. 305. Suspensão por morte ou perda de capacidade processual. 306. Suspensão por convenção das partes. 307. Suspensão em razão de exceção. 308. Suspensão por prejudicialidade. 309. Prejudicialidade e conexão. 310. Suspensão por motivo de força maior. 311. Outros casos legais de suspensão. 312. Férias e suspensão do processo.

303. Conceito

Ocorre a suspensão do processo quando um acontecimento voluntário ou não provoca, temporariamente, a paralisação da marcha dos atos processuais.

Ao contrário dos fatos extintivos, no caso de simples suspensão, tão logo cesse o efeito do evento extraordinário que a causou, a movimentação do processo se restabelece normalmente. Na verdade, a suspensão inibe o andamento do feito, mas não elimina o vínculo jurídico emanado da relação processual, que, mesmo inerte, continua a subsistir com toda sua eficácia.

Assim, nenhum prejuízo sofrem os atos processuais anteriormente praticados que permanecem íntegros e válidos à espera da superação da crise. Até mesmo os prazos iniciados antes da suspensão não ficam prejudicados na parte já transcorrida. Sua fluência restabelece-se, após cessada a paralisação do feito, apenas pelo restante necessário a completar o lapso legal (art. 180).

Mas, durante a suspensão, em regra, nenhum ato processual é permitido (art. 266) e o desrespeito a essa proibição legal leva à inexistência jurídica do ato praticado, segundo tradicional doutrina.[6] A jurisprudência, todavia, tem aplicado à espécie o princípio de "*pas de nullité sans grief*", máxima maior do sistema das nulidades no direito processual contemporâneo, de maneira que os atos praticados, indevidamente, durante a suspensão obrigatória do processo seriam afetados apenas por uma nulidade relativa, afastável sempre que deles não tenha decorrido prejuízo para os interessados[7].

Permite o código, no entanto, que o juiz excepcionalmente possa, ainda no prazo da suspensão, determinar a realização de atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável (art. 266, segunda parte), como a citação na iminência de

prescrição ou decadência, ou a antecipação de prova em risco de se perder.

304. Os casos de suspensão do processo

Prevê o art. 265 causas de ordem *física*, *lógica* e *jurídica* para a suspensão do processo e que são as seguintes:

I – a morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, do seu representante legal ou de seu procurador;

II – a convenção das partes;

III – a oposição de exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz;

IV – quando a sentença de mérito:

a) 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;

b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo;

c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente;

V – motivo de força maior;

VI – demais casos regulados pelo código.

A suspensão sempre depende de uma decisão judicial que a ordene, pois o comando do processo é do juiz. Essa decisão, todavia, é meramente declarativa, de sorte que, para todos os efeitos, considera-se suspenso o processo desde o momento em que ocorreu o fato que a motivou e não apenas a partir de seu reconhecimento nos autos.[8]

O término da suspensão é automático naqueles casos em que haja um momento preciso, fixado na própria *lei* (como na hipótese de exceção de incompetência), ou no *ato judicial* que a decretou (como no caso em que se defere a paralisação do feito por prazo determinado). Sendo, porém, impreciso o termo da suspensão (tal como se passa em situação de motivo de força maior), a retomada da marcha e dos prazos processuais dependerá de uma nova deliberação judicial e da consequente intimação das partes.

305. Suspensão por morte ou perda de capacidade processual

Com a morte da parte desaparece um dos sujeitos da relação processual, que,

como é óbvio, não pode prosseguir enquanto não houver sua substituição pelo respectivo espólio ou sucessores (art. 43).

Nos casos de direito intransmissível, a morte da parte ocasiona não apenas a suspensão, mas a extinção do processo pendente (art. 267, IX). Isto pode ocorrer, por exemplo, em ações de separação conjugal, alimentos etc.

Nas demais hipóteses, morta a parte (autor ou réu), o juiz determinará a suspensão do processo, sem prazo determinado, até que os sucessores se habilitem, na forma do disposto nos arts. 1.055 a 1.062. A longa inércia dos interessados, todavia, poderá conduzir à extinção do processo por abandono da causa (art. 267, II).

A capacidade civil de exercício (Código Civil de 1916, arts. 9º e 7º; CC de 2002, arts. 5º e 120) é pressuposto de validade da relação processual; daí a necessidade de suspender o processo quando uma parte se torna interdito, para que o curador se habilite a representá-la nos autos. Se não houver curador investido regularmente na representação do interdito, o juiz terá de nomear um curador especial, para que o processo possa retomar seu curso.

O mesmo se dá quando o representante legal da parte (pai, tutor ou curador) se torna incapaz. O processo só poderá ter andamento depois da respectiva substituição.

A suspensão, seja por morte, seja por incapacidade da parte ou de seu representante legal, não é automática. É ato do juiz, que só é praticado quando apresentada, nos autos, a prova do óbito ou da incapacidade (art. 265, § 1º).

Se essa prova for produzida depois de já iniciada a audiência de instrução e julgamento, conforme ressalva feita pelo dispositivo *supra*, o juiz não decretará a imediata suspensão, mas prosseguirá até a decisão do feito, com observância do seguinte:

a) o advogado continuará no processo até o encerramento da audiência representando o finado;

b) a suspensão só se verificará a partir da publicação da sentença, impedindo, assim, o início do prazo de recurso, enquanto não se der a substituição do falecido por seu espólio ou sucessores.

A regra exposta é de observar-se tanto no julgamento do primeiro grau de jurisdição como no iniciado perante os graus superiores.

Na hipótese de morte do advogado de qualquer das partes, o processo, mesmo depois de iniciada a audiência, não pode prosseguir. Imediatamente, o juiz suspenderá o processo e promoverá, a requerimento de interessado ou *ex officio*, a intimação pessoal da parte para constituir novo mandatário em 20 dias.

Outorgado mandato a outro causídico, cessará a suspensão.

Se, no entanto, o morto era procurador do autor e este não nomeou outro advogado no prazo legal, o processo será declarado extinto, sem julgamento de mérito, arcando a parte omissa com as despesas processuais e honorários advocatícios. Se a inércia for do réu, em substituir seu advogado falecido, mandará o juiz que, após o prazo da lei, o processo tenha prosseguimento à sua revelia (art. 265, § 2º).

Embora o código não tenha previsto expressamente o procedimento a observar na eventualidade de perda de capacidade do advogado, a solução, por analogia, deve ser a mesma do óbito, isto é, a do art. 265, § 2º.

A dissolução ou extinção de pessoa jurídica não se equipara à morte da pessoa natural, para efeito de suspensão do processo, porque sempre haverá alguém encarregado de representá-la, legalmente, até final liquidação de seus direitos e obrigações.

306. Suspensão por convenção das partes

Permite o art. 265 que as partes convencionem a suspensão do processo, mas seu acordo para produzir efeito depende de ato subsequente do juiz, posto que, no sistema do Código, o impulso do procedimento é oficial, isto é, o andamento do processo não fica na dependência da vontade ou colaboração das partes (art. 262).

Feito, por isso, o acordo, as partes devem comunicá-lo ao juiz, para que este decrete a suspensão ajustada. Mas sua decisão é ato vinculado e não discricionário, de sorte que, na hipótese do art. 265, nº II, não é dado ao juiz vetar a suspensão.

Não pode, todavia, a suspensão convencional ultrapassar o prazo de seis meses, porque não convém aos desígnios buscados pela justiça a eternização da relação processual, ou a excessiva procrastinação da composição da lide (art. 265, § 3º).

Findo o prazo convencionado, a retomada do curso do processo não depende de provocação da parte: "O escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo", *ex officio* (art. 265, § 3º, *in fine*).

307. Suspensão em razão de exceção

Interposta a exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal,

bem como de suspeição ou impedimento do juiz (arts. 112 e 304 a 314), o principal sujeito da relação processual – o órgão judicante – fica inabilitado a continuar no exercício de sua função jurisdicional no processo, pelo menos enquanto não for solucionado o incidente.

Na dúvida sobre a legitimidade de sua atuação, prescreve o Código a abstenção da prática dos atos processuais até que a situação se defina pelos meios adequados. Excepcionalmente, porém, a lei permite, durante qualquer suspensão do processo, sejam realizados atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável (art. 266).

308. Suspensão por prejudicialidade

O inciso IV do art. 265 determina a suspensão do processo sempre que a sentença de mérito estiver na dependência de solução de uma questão prejudicial que é objeto de outro processo, ou de ato processual a ser praticado fora dos autos, como as diligências deprecadas a juízes de outras comarcas ou seções judiciárias.[9]

Prejudiciais são as questões de mérito que antecedem, logicamente, à solução do litígio e nela forçosamente haverão de influir.

A prejudicial é *interna* quando submetida à apreciação do mesmo juiz que vai julgar a causa principal. É *externa* quando objeto de outro processo pendente.

Se a prejudicial é interna, isto é, proposta no bojo dos mesmos autos em que a lide deve ser julgada, não há suspensão do processo, pois seu julgamento será apenas um capítulo da sentença da causa.

Só há razão para a suspensão do processo, de que cogita o art. 265, nº IV, letra *a*, quando a questão prejudicial for objeto principal de outro processo pendente (questão prejudicial *externa*, portanto).[10]

Mesmo no caso da letra *c* do citado dispositivo legal, a declaratória incidental sobre questão de estado, que causa a suspensão do processo, não é a proposta ao juiz da causa a ser suspensa; mas aquela ajuizada como incidente de outro processo, mas que também será prejudicial da primeira causa (a que, por isso, será suspensa). Como bem destaca José Frederico Marques, com relação à prejudicial interna, "não tem cabimento, nem qualquer razão lógica, o suspender-se o procedimento, para julgar-se a declaratória incidental, e, a seguir, reiniciar-se o seu curso, para ser proferida sentença sobre o objeto principal do processo".[11]

Note-se, por outro lado, que prejudicial e preliminar não são, tecnicamente, a

mesma coisa. Preliminares são questões geralmente de natureza processual que condicionam a apreciação do mérito. Prejudiciais são questões ligadas ao próprio mérito e que por si só podem ser objeto autônomo de um outro processo.

Nessa ordem de ideias, a alínea *b* do art. 265, nº IV, que fala em suspensão do processo por depender a sentença da verificação de *determinado* fato, ou da produção de *certa prova* requisitada a outro juízo, não cuida de verdadeiras questões prejudiciais, mas tão só de simples questões lógico-processuais (preliminares) a que está condicionado o julgamento da causa. Sua eficácia suspensiva, no entanto, é similar à da questão prejudicial externa, por depender de ocorrência a verificar fora do processo.[12]

A suspensão, em todos os casos do inciso IV, do art. 265, perdura até que a questão prejudicial ou preliminar seja solucionada. Mas esse prazo não pode ultrapassar um ano, hipótese em que o processo retomará seu curso normal e será julgado independentemente da diligência que provocara sua paralisação (art. 265, § 5º).

309. Prejudicialidade e conexão

Não há contradição entre a regra do art. 265, IV, *a*, que manda suspender a causa prejudicada, e a do art. 106, que manda reunir as causas conexas, para julgamento simultâneo.

Quase sempre a prejudicialidade gera conexão de causas em virtude da *causa comum* ou da *identidade de objeto* que se apura entre a causa prejudicial e a prejudicada.

Em tal situação, e sendo a questão prejudicial da competência do mesmo juiz da causa prejudicada, ainda que figure em outro processo, nenhuma razão lógica ou jurídica existe para aplicar-se o disposto no art. 265, IV, *a*. O processo não se suspenderá e, ao contrário, sendo comum nos dois feitos o objeto ou a causa de pedir, a regra a observar será a da reunião dos processos para julgamento comum, numa só sentença, onde a questão prejudicial será, obviamente, apreciada em primeiro lugar (art. 106).

Muitas vezes, porém, a prejudicialidade externa não enseja oportunidade de reunir os dois processos, na forma do art. 106, pois poderá ocorrer que:

a) a competência seja diferente em caráter absoluto, como se passa entre ação penal e a civil, ou entre feitos afetos à justiça comum e à especial etc.;

b) as fases em que se encontram as duas causas sejam inconciliáveis, o feito prejudicado está em primeiro grau de jurisdição e o prejudicial em segundo;

c) os procedimentos são diversos e inteiramente incompatíveis, como, por exemplo, a pretensão à divisão geodésica manifestada individualmente por um dos herdeiros antes da partilha sucessória;

d) a *causa petendi* na ação prejudicial seja totalmente diversa da que fundamenta a causa prejudicada.

É claro que em todos esses casos o julgamento único dos processos encontrará obstáculo intransponível, dando ensejo à suspensão da causa prejudicada, para aguardar-se a solução da prejudicial, nos termos do art. 265, IV, *a*.

Fora, porém, dessas hipóteses, a *prejudicialidade*, mormente quando relacionada com questões oriundas de um mesmo negócio jurídico e estabelecida entre as mesmas partes, é quase sempre forma de *conexão* de causas, nos moldes do art. 103, que conduz ao julgamento comum dos processos e não à suspensão de um deles. É, por exemplo, o que ocorre entre a ação de cobrança e a de consignação em pagamento, ambas versando sobre o cumprimento da mesma obrigação; ou entre a ação de despejo e a consignatória, relativas ao pagamento dos mesmos aluguéis etc. Sem dúvida que a consignatória, nos dois exemplos, envolve questão prejudicial com relação à cobrança ou ao despejo. Mas, inexistindo óbice algum à reunião das causas conexas por prejudicialidade, há de prevalecer a regra geral do art. 106 e não a excepcional do art. 265, IV, *a*.

Com esse entendimento, encontra-se perfeita harmonia entre o primeiro dispositivo, que manda reunir as ações conexas, e o segundo, que determina a sustação da causa cuja solução dependa de prévio julgamento de questão prejudicial submetida à decisão em outro processo.

310. Suspensão por motivo de força maior

O motivo de força maior é uma razão física que torna impossível o funcionamento do órgão jurisdicional e, consequentemente, o andamento do feito, como um incêndio, ou uma guerra, que destruísse o edifício do Fórum, ou o tornasse inacessível, ou, ainda, causasse a morte dos agentes do juízo.

Vis maior est cui humana infirmitas resistire non potest:[13] força maior é a que não pode resistir à fraqueza humana.

Sendo, como é, uma impossibilidade de ordem física, ou natural, seus efeitos perduram enquanto não desaparece a respectiva causa.

311. Outros casos legais de suspensão

Há previsão de suspensão do processo, entre outros, em casos como o:

a) da verificação, pelo juiz, de que ocorre *incapacidade processual* ou *irregularidade da representação de parte* (art. 13);

b) da *intervenção de terceiros*, sob a forma de nomeação à autoria (art. 64), denunciação da lide (art. 72), chamamento ao processo (art. 79) e oposição (art. 60);

c) do *incidente de falsidade* proposto após a instrução da causa (art. 394);

d) do *atentado* (art. 881);

e) dos *embargos à execução* (art. 791, I);

f) da *execução frustrada* por falta de bens penhoráveis (art. 791, nº III);

g) da *execução* em que o credor concede prazo ao devedor para cumprir voluntariamente a obrigação (art. 792);

h) do *embargo de terceiros* (art. 1.052) etc.

312. Férias e suspensão do processo

Durante as férias forenses não correm prazos processuais, mas o processo não fica, realmente, suspenso, embora durante elas não se devam praticar atos processuais (art. 173, *caput*), salvo as exceções legais (arts. 173, nºs I e II, e 174).

O que, na verdade, diz o art. 179, textualmente, é que a superveniência de férias *suspende o curso do prazo* e não do processo.

Assim, não obstante o disposto no art. 173, se algum ato processual for praticado durante o recesso forense, "nulo ele não será só por isso, visto que terá eficácia a partir do momento em que as férias ou o feriado se encerrarem".[14]

Observe-se, finalmente, que o Código distingue bem entre férias e feriados, e apenas à superveniência de férias é que atribui o efeito suspensivo do prazo processual (art. 179). No caso de dias feriados, se neles cair o vencimento de algum prazo, apenas ficará este prorrogado para o primeiro dia útil seguinte (art. 184, § 1º). Assim, a intercalação desses dias não úteis no curso do prazo é irrelevante e não afeta, de maneira nenhuma, o seu cômputo final (*vide* nº 232).

A Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, extinguiu as férias coletivas na Justiça, mas não o fez em todos os níveis. Segundo o novo inciso XII incluído no art. 93 da Constituição, a vedação a ditas férias só alcançou os juízos de primeiro grau e os tribunais de segundo grau. Continuam sujeitos, portanto, ao regime de férias coletivas os tribunais superiores. Há, ainda, a considerar a hipótese de recesso, que a jurisprudência equipara, para efeito de fluência de prazos, às férias forenses (v., sobre o mesmo tema, o nº 227, *retro*).

§ 50. EXTINÇÃO DO PROCESSO (I)

Sumário: 313. Encerramento da relação processual. 314. Extinção do processo sem julgamento do mérito. 315. Indeferimento da inicial. 316. Abandono da causa. 317. Ausência de pressupostos processuais. 318. Perempção. 319. Litispendência e coisa julgada. 320. Condições da ação. 320-a. Perda de objeto. 321. Convenção de arbitragem. 322. Desistência da ação. 323. Intransmissibilidade da ação. 324. Confusão entre autor e réu. 325. Efeito da extinção do processo sem julgamento do mérito. 326. Iniciativa da extinção do processo. 326-a. Saneamento do processo, quando o defeito for suprível.

313. Encerramento da relação processual

O estabelecimento da relação processual se faz com um objetivo, que é a composição ou solução da *lide* (considerada esta como o conflito de interesses em que uma parte ostenta uma pretensão e a outra lhe opõe resistência).

Atingida essa meta, o processo exaure-se naturalmente. Mas certos fatos extraordinários podem impedir o prosseguimento da marcha processual e causar sua interrupção definitiva, provocando a dissolução do processo, sem que a lide tivesse sido solucionada.

No primeiro caso diz-se que houve extinção do processo com resolução de mérito (art. 269); e, no segundo, sem resolução de mérito (art. 267).

Em ambos os casos, porém, o ato do juiz necessário para pôr fim à relação processual é a *sentença* (art. 162, § 1º), contra a qual o recurso cabível é sempre a *apelação* (art. 513).

Chama-se, outrossim, sentença *de mérito*, ou sentença *definitiva*, a que, ao encerrar o processo, compõe a lide; e simplesmente sentença *terminativa* a que o extingue, sem dar solução ao litígio.

314. Extinção do processo sem julgamento do mérito

Dá-se a extinção do processo, sem julgamento do mérito, quando o juiz põe fim à relação processual sem dar uma resposta (positiva ou negativa) ao pedido do autor, ou seja, sem outorgar-lhe a tutela jurisdicional, que se revelou

inadmissível diante das circunstâncias do caso concreto.

A negativa da prestação jurisdicional, com a consequente extinção do processo sem julgamento de mérito, pode se dar nas seguintes fases do procedimento:

1) logo após a propositura da ação, através do indeferimento da petição inicial (art. 267, I);

2) na fase destinada ao saneamento do processo, ou seja, na sentença proferida antecipadamente, "conforme o estado do processo" (art. 329, c/c art. 267);

3) na sentença proferida ao final do procedimento (art. 456);

4) em qualquer fase do processo, quando ocorrer abandono da causa ou outros fatos impeditivos do prosseguimento da relação processual, como o compromisso arbitral, a desistência da ação etc.

Segundo o texto do art. 267, são os seguintes os casos que provocam a extinção do processo sem resolução de mérito:

I – indeferimento da inicial;

II – paralisação do processo durante mais de um ano por negligência das partes;

III – abandono da causa, pelo autor, que deixa o processo paralisado por mais de 30 dias, sem promover os atos e diligências que lhe competir;

IV – ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V – acolhimento da alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI – inocorrência de qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

VII – convenção de arbitragem;

VIII – desistência da ação;

IX – intransmissibilidade da ação;

X – confusão entre autor e réu;

XI – demais casos prescritos no Código (como o dos arts. 13, I; 47, parágrafo único; 265, § 2º, etc.).

315. Indeferimento da inicial

Ocorre o indeferimento da petição inicial nas hipóteses do artigo 295 (veja-se, adiante, o nº 356).

Note-se que o deferimento da inicial é simples *despacho*, que, por isso, não tem efeito preclusivo, de sorte que, mesmo depois da contestação, o juiz poderá voltar ao exame da matéria e, uma vez reconhecida a inépcia da petição com que o autor abriu a relação processual, ser-lhe-á lícito decretar a extinção do processo.

316. Abandono da causa

A inércia das partes diante dos deveres e ônus processuais, acarretando a paralisação do processo, faz presumir desistência da pretensão à tutela jurisdicional. Equivale ao desaparecimento do interesse, que é condição para o regular exercício do direito de ação.[15]

Presume-se, legalmente, essa desistência quando ambas as partes se desinteressam e, por negligência, deixam o processo paralisado por mais de um ano, ou quando o autor não promove os atos ou diligências que lhe competir, abandonando a causa por mais de 30 dias.

A extinção, de que ora se cuida, pode dar-se por provocação da parte ou do Ministério Público, e, ainda, pode ser decretada de ofício pelo juiz.

Em qualquer hipótese, porém, a decretação não será de imediato. Após os prazos dos incisos II e III do art. 267, o juiz terá, ainda, que mandar intimar a parte, pessoalmente, por mandado, para suprir a falta (isto é, dar andamento ao feito), em 48 horas. Só depois dessa diligência é que, persistindo a inércia, será possível a sentença de extinção do processo, bem como a ordem de arquivamento dos autos (art. 267, § 1º).

A intimação pessoal da parte, exigida textualmente pelo Código, visa a evitar a extinção em casos que a negligência e o desinteresse são apenas do advogado, e não do sujeito processual propriamente dito. Ciente do fato, a parte poderá substituir seu procurador ou cobrar dele a diligência necessária para que o processo retome o curso normal.

O STJ, em decisão não unânime, já entendeu ser desnecessária a intimação pessoal quando o advogado litiga em causa própria, e nessa condição já estaria ciente do ato judicial respectivo.[16] O voto vencido, do Min. Aldir Passarinho Júnior, ressaltou, porém, que a exigência legal não se restringe apenas ao problema da "ciência" do evento, "mas à própria *formalidade* do ato, de que seja inequívoco esse conhecimento de que a causa (...) está prestes a se extinguir por omissão sua". O legislador solenizou a intimação porque entendeu que, na espécie, não seria suficiente para alcançar a meta visada a intimação do

advogado ordinariamente feita pela imprensa, de eficiência, portanto, apenas presumida. Essa ponderação é procedente. Quando se trata de solenidade imposta pela lei às intimações e citações, não é dado ao intérprete ser liberal para dispensá-la. Para a hipótese, o Código é rigoroso, cominando de maneira categórica a sanção de nulidade para o ato praticado em desconformidade com os requisitos legais.[17] A regra é, pois, de ordem pública, não podendo, por isso, ser afastada por exegese pretoriana.

Quando a extinção decorre de negligência de ambas as partes (art. 267, II), as custas serão rateadas entre elas e não haverá condenação à verba de honorários de advogado. Se, porém, o abandono for cometido apenas pelo autor (art. 267, III), será este condenado nas custas e honorários advocatícios (art. 267, § 2º).

Diante do sistema de impulso oficial do processo (art. 262), o juiz não está jungido a aguardar a provocação de interessado para extinguir a relação processual abandonada pela parte. Verificada a paralisação por culpa dos litigantes, de ofício será determinada a intimação pessoal da parte (ou partes), na forma recomendada pelo § 1º do art. 267. E, não sanada a falta, decretará a extinção, mesmo sem postulação do interessado ou do Ministério Público.[18]

A situação é idêntica à que autoriza o indeferimento da inicial, que, também, não se condiciona à provocação da outra parte.

Quando, porém, o abandono for só do autor (art. 267, nº III), e o réu não for revel, não deve o juiz decretar a extinção sem antes ouvir o demandado. É que, também, o réu tem legítimo interesse na composição da lide, através da sentença de mérito e, por isso, pode tomar diligência para contornar a omissão do autor e ensejar o andamento do feito paralisado. Só quando a inércia de ambos os litigantes demonstrar que há total desinteresse pela causa, é que o juiz, então, decretará a extinção do processo sem julgamento de mérito.[19]

317. Ausência de pressupostos processuais

O processo é uma relação jurídica e, como tal, reclama certos requisitos ou pressupostos para se formar e desenvolver validamente.

Podem, ordinariamente, se agrupar em duas categorias: os *subjetivos* e os *objetivos*. Os primeiros se referem aos sujeitos do processo, que são o juiz e as partes. Manifestam-se através do requisito da competência e da ausência de impedimento ou suspeição do órgão jurisdicional. Do lado dos litigantes, relacionam-se com a capacidade civil de exercício, bem como com a necessidade de representação por advogado.

Pressupostos objetivos são, por sua vez, os que dizem respeito à regularidade dos atos processuais, segundo a lei que o disciplina, principalmente no tocante à forma do rito, quando for da substância do ato, e à ausência de fatos impeditivos do processo (veja-se, *retro*, o nº 54).

O reconhecimento da falta de pressuposto pode verificar-se logo no início da relação processual, o que levará a indeferimento da inicial. Ainda em toda a fase de saneamento a questão continua sujeita à apreciação. E, até mesmo no julgamento final, o tema poderá ser objeto de exame, pois não há preclusão temporal para a matéria de pressupostos do processo e condições da ação (art. 267, § 3º).

Os pressupostos processuais são requisitos de ordem pública, que condicionam a legitimidade do próprio exercício da jurisdição. Por isso, não precluem e podem, a qualquer tempo, ser objeto de exame, em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição, desde que ainda não decidido o mérito da causa.

Até aqui cogitamos de pressupostos que deveriam ser atendidos desde a origem do processo. Mas a ausência de requisito de procedibilidade pode decorrer, também, de fato superveniente a regular instauração do processo, como por exemplo se dá com a perda de capacidade da parte ou com a não substituição de advogado falecido no curso do processo. Em tais circunstâncias, não sendo superado o defeito surgido incidentemente, haverá de ser extinto o processo, na fase em que estiver, sem julgamento do mérito (art. 265, § 2º).

O mesmo se passa quando o advogado do autor renuncia ao mandato que lhe foi conferido. Se a parte não o substitui por outro causídico, no prazo do art. 45, o processo não terá condições de prosseguir e será extinto, sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto de desenvolvimento regular.

318. Perempção

A extinção do processo por abandono da causa não impede que o autor volte a propor, em nova relação processual, a mesma ação (art. 268).

Se der causa, porém, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no art. 267, nº III, ocorrerá o fenômeno denominado *perempção,* que consiste na perda do direito de renovar a propositura da mesma ação (art. 268, parágrafo único).

Embora a perempção cause a perda do direito de ação, não impede que a parte invoque o seu eventual direito material em defesa, quando sobre ele vier a

se abrir processo por iniciativa da outra parte (art. 268, parágrafo único, *in fine*) (veja-se, adiante, o nº 383).

319. Litispendência e coisa julgada

Não se tolera, em direito processual, que uma mesma lide seja objeto de mais de um processo simultaneamente (nºs 264 e 383); nem que, após o trânsito em julgado, volte a mesma lide a ser discutida em outro processo (nºs 383, 507 e 508).

Demonstrada, pois, a ocorrência de litispendência ou de coisa julgada (isto é, verificada a identidade de partes, de objeto e de causa *petendi*) entre dois processos, o segundo deverá ser extinto, sem apreciação do mérito.[20]

A decretação dessa extinção faz-se de ofício ou a requerimento da parte (art. 267, § 3º) e, ao contrário das demais causas extintivas do art. 267, impede que o autor intente de novo a mesma ação (art. 268, *caput*).

Assim, embora não se trate de sentença de mérito, sua força é equivalente à da coisa julgada material (art. 467).

No que toca particularmente à litispendência, entende-se em doutrina que a exceção não afeta a competência do juiz da segunda causa e que se afigura apenas como uma condição objetiva de *improcedibilidade*. Sua repercussão é menor, portanto, do que a da *res iudicata*.

Em consequência, é lícito ao juiz do segundo feito examinar as particularidades da primeira causa, para verificar se há possibilidade de afastar a improcedibilidade, o que será possível em hipótese como a de nulidade da citação ou de extinção do processo primitivo sem julgamento de mérito.[21]

Por outro lado, a litispendência é fenômeno típico da competência interna, de sorte que nunca ocorre entre causas ajuizadas no País e no exterior.

O mesmo pode-se afirmar da coisa julgada. Somente no caso de sentença estrangeira homologada pelo Supremo Tribunal Federal é que será lícito arguir exceção de coisa julgada perante a Justiça nacional (*vide*, adiante, o nº 586).

320. Condições da ação

O direito de ação é o direito público subjetivo à prestação jurisdicional do Estado. Para obter a solução da lide (sentença de mérito), incumbe, porém, ao autor atender a determinadas condições, sem as quais o juiz se recusará a apreciar seu pedido: são elas as *condições da ação*, ou *condições do exercício do*

direito de ação.

Não se confundem com os pressupostos processuais, pois estes dizem respeito apenas à validade da relação processual, enquanto as condições da ação se relacionam com a possibilidade ou não de obter-se, dentro de um processo válido, a sentença de mérito.

Há, dessa forma, para perfeita consecução do objetivo do processo, um trinômio a ser apreciado sucessivamente pelo julgador: "os pressupostos processuais – as condições da ação – o mérito".

Antes do Código de 1973, havia séria controvérsia sobre a natureza das questões relativas às condições da ação. O Código regulou expressamente o caso e colocou essas condições fora do âmbito do mérito da causa.

"Na realidade" – como explica Ada Pellegrini Grinover – "as condições da ação situam-se em posição intermediária, entre o mérito e os pressupostos processuais".[22]

Assim, para se obter uma composição do litígio (mérito), a parte tem de não só constituir uma relação processual válida, como também satisfazer as condições jurídicas requeridas, para que o juiz, dentro do processo, se manifeste sobre seu pedido.

As condições da ação, segundo o próprio Código, são:

a) a possibilidade jurídica do pedido;

b) a legitimidade de parte para a causa;

c) o interesse jurídico na tutela jurisdicional.

Sobre a conceituação dessas condições, consulte-se o que ficou exposto nos nos 52 e 53, *retro*.

O reconhecimento da inexistência de condição da ação conduz ao julgamento que se denomina *carência de ação* e que, por não dizer respeito ao mérito, não produz a eficácia de coisa julgada material. Por essa mesma razão, não impede que a parte venha novamente a propor a ação sobre a mesma lide (art. 268).

A proclamação da ausência de condição da ação e a consequente decretação de extinção do processo podem ocorrer por provocação da parte ou por iniciativa oficial do juiz (art. 267, § 3º).

As condições da ação, sendo requisitos de legitimidade da própria atuação do Poder Jurisdicional (arts. 2º e 3º), podem ser examinadas a qualquer tempo, não se sujeitando à preclusão, enquanto não houver sentença de mérito, ainda mesmo que o saneador reste irrecorrido.[23] Há, porém, dois casos em que se verifica a preclusão *pro iudicato*, para o juiz de primeiro grau de jurisdição, acerca das condições da ação: "a) quando o juiz publica a sua sentença de mérito, definindo

a lide (CPC, art. 463); b) quando decidida em grau recursal a questão controvertida (CPC, art. 471/3), pena de instaurar-se a insegurança jurídica".[24] Vale dizer: ao juiz de primeiro grau não é dado retornar do exame das condições da ação depois de já ter julgado o mérito da causa, ou depois que a questão a elas relativa já tenha sido solucionada em acórdão do tribunal de grau superior, mesmo que a sentença de mérito ainda não tenha sido pronunciada. É que faltaria competência ao juiz *a quo* para rever a decisão do órgão hierárquico a ele superior.

Por outro lado, as condições da ação devem existir no momento em que se julga o mérito da causa e não apenas no ato da instauração do processo. Quer isto dizer que, se existirem na formação da relação processual, mas desaparecerem ao tempo da sentença, o julgamento deve ser de extinção do processo por carência de ação isto é, sem apreciação do mérito.[25]

Na mesma ordem de ideias, se alguma condição inexistia ao tempo do ajuizamento da causa, mas, antes que se declarasse a carência de ação, veio a ser suprida, cabível será o julgamento de mérito, não havendo mais razão para o trancamento do processo mediante simples sentença terminativa (art. 462).

Em suma, as condições da ação devem necessariamente se manifestar, não no momento da propositura da ação, mas na ocasião de seu julgamento.[26]

320-a. Perda de objeto

Usa-se o argumento da *perda de objeto* para extinguir o processo ou o recurso, sempre que algum evento ulterior venha a prejudicar a solução de questão pendente, privando-a de relevância atual, de modo que se tornaria meramente acadêmica ou hipotética a decisão a seu respeito.

É o que se passa, por exemplo, com a ação de cobrança diante do pagamento voluntário da dívida antes da sentença, ou com o agravo manejado contra o indeferimento de uma prova, depois que o agravante saiu vitorioso na sentença de mérito transitada em julgado.

Na verdade, o que ocorre nesses casos e em tantos outros similares é o desaparecimento do *interesse*, já que a parte não teria mais necessidade da medida postulada para sustentar a situação de vantagem que tendia preservar ou recuperar, por seu intermédio.

Contudo, é bom lembrar que a perda de objeto não decorre simplesmente do julgamento definitivo do mérito após a interposição do agravo ou de outro remédio impugnativo contra a decisão interlocutória. O interesse somente

desaparece quando realmente não mais possa a parte extrair utilidade alguma da medida processual pendente de julgamento. Uma ação de embargo de terceiro, por exemplo, perde seu objeto quando o exequente desiste da penhora. O embargante, todavia, conserva o interesse em obter uma sentença que defina a responsabilidade do embargado relativamente às verbas sucumbenciais. Igual fenômeno ocorre com a medida cautelar ou antecipatória, a qual, mesmo tendo sido obtida por quem afinal se consagrou vencedor da causa, pode representar um ato abusivo e ilegal e, assim, justificar a persistência do interesse do vencido no julgamento do agravo pendente, para se assegurar do ressarcimento dos prejuízos injustos a que foi submetido. Outras vezes, que, aliás, são frequentes, é o perdedor da decisão de mérito que continua a se beneficiar de uma liminar injusta, em detrimento do direito material já reconhecido ao vencedor da causa. Irrecusável é, portanto, o interesse deste em que se julgue o agravo manejado contra o deferimento de tal liminar.

Enfim, é indispensável que o juiz, ao cogitar da perda de objeto do processo ou do recurso, o faça de maneira compatível com a técnica das condições da ação, especificamente, com a da condição do *interesse* (CPC, art. 3º). Ou seja: a decisão extintiva haverá de ser pronunciada mediante fundamentação capaz de demonstrar, de forma clara, porque o julgamento de mérito se tornou inútil para a parte promovente[27]. Aí, sim, lícito será reconhecer o desaparecimento do interesse antes existente, tornando-se, então, legítimo o decreto de extinção do processo ou do recurso, sem a competente resolução de mérito.

Decretada a extinção do processo por perda do objeto, mesmo sem solução do mérito, haverá a sentença de enfrentar a questão dos encargos sucumbenciais, inclusive os honorários advocatícios (sobre o tema, ver o item 80-a, *retro*).

321. Convenção de arbitragem

A cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies do que a Lei nº 9.307 denomina "convenção de arbitragem", a qual o art. 267, nº VII, do CPC, atribui o efeito de extinguir o processo sem resolução de mérito.

Na sistemática primitiva do Código, a cláusula compromissória não obrigava, nem prejudicava, o direito de recorrer à jurisdição, porque se entendia que ninguém poderia ser previamente impedido de recorrer ao Poder Judiciário. Com o novo regime de arbitragem, instituído pela Lei nº 9.307, basta existir entre as partes a cláusula compromissória (isto é, a promessa de submeter-se ao juízo arbitral) para ficar a causa afastada do âmbito do Judiciário. Esta cláusula

funciona, portanto, como o impedimento ao exercício do direito de ação, tornando a parte carecedora da ação por ausência da condição de *possibilidade jurídica* do respectivo exercício.

Se a convenção de arbitragem é anterior ao processo, impede sua abertura; se é superveniente, provoca sua imediata extinção, impedindo que o órgão judicial lhe aprecie o mérito.

Quando a convenção de arbitragem constar de contrato a que a lei atribui a força de título executivo, o ingresso da execução em juízo independerá de prévio julgamento arbitral. Somente quando já existir procedimento em curso perante tribunal arbitral acerca do contrato é que se poderá cogitar de suspensão da execução para aguardar-se a sentença dos árbitros, à qual se deva reconhecer o caráter prejudicial. Se o objeto da arbitragem não afetar a prestação objeto da execução, esta terá curso normal no juízo comum.[28] Sendo, porém, a execução do título judicial objeto de embargos do devedor, que suscite questão de mérito, em torno do contrato, a apreciação da oposição do executado haverá de ser solucionada pela via da arbitragem, e não pelo juiz da execução.

322. Desistência da ação

Pela desistência, o autor abre mão do processo, não do direito material que eventualmente possa ter perante o réu. Daí por que a desistência da ação provoca a extinção do processo sem julgamento do mérito e não impede que, futuramente, o autor venha outra vez a propor a mesma ação, uma vez que inexiste, *in casu*, a eficácia da coisa julgada (*vide*, *infra*, os nos 325 e 512).

É a desistência da ação ato *unilateral* do autor, quando praticado antes de vencido o prazo de resposta do réu, não depois dessa fase processual.

Na verdade, porém, o que é decisivo é a contestação, pois se o réu apresentou sua defesa mesmo antes de vencido o prazo de resposta, já não mais poderá o autor desistir da ação sem o assentimento do demandado. O ato passa a ser necessariamente *bilateral* (CPC, art. 267, § 4º). Em regra, portanto, a desistência da ação, não será admitida, após a citação, sem o consentimento do réu. A sua recusa, porém, para impedir a imediata extinção do processo sem resolução do mérito da causa, haverá de ser fundamentada razoavelmente. Não pode corresponder a mero capricho do demandado, já que, se tal se configurar, o caso será de exercício abusivo de um direito processual.[29] Assim como o Autor não pode instaurar o processo sem demonstrar interesse de agir em juízo (CPC, art. 3º), da mesma forma não é lícito ao réu exigir o prosseguimento do feito,

após a desistência da ação por parte do primeiro, sem que tenha efetivo interesse no julgamento do mérito da causa.[30]

Por outro lado, ainda que se tenha ultrapassado o termo do prazo de defesa, mas se o réu permaneceu inerte, tornando-se revel, não tem sentido exigir seu consentimento para que o autor possa desistir da ação.

Diante das consequências da revelia, a desistência do autor só benefícios pode trazer ao réu. De mais a mais, estando ausente do processo, por falta de representação nos autos, não há como ouvi-lo sobre a pretensão manifestada pelo autor.

Sob outro ponto de vista, se o Código permite ao autor abandonar, tácita e unilateralmente, a causa e provocar, com isso, a extinção do processo (art. 267, III), é claro que estando revel o réu, pode antecipar sua intenção de forma expressa e, desde logo, desistir da ação, sem ouvir o réu, que, mais do que ele, desde a origem, se desinteressou pela sorte da causa.

O limite temporal do direito de desistir da ação é a sentença, de sorte que não é concebível desistência da causa em grau de apelação ou outro recurso posterior, como os embargos infringentes e o recurso extraordinário.

Como ensina José Alberto dos Reis, se a causa está pendente de recurso interposto pelo autor, pode este desistir do recurso, mas não pode desistir da ação. Com a desistência do recurso opera-se o trânsito em julgado da decisão recorrida: com a desistência da ação far-seia cair a decisão de mérito, "e não é admissível que o autor, mesmo com a aquiescência do réu, inutilize uma verdadeira sentença proferida, não sobre a relação processual, mas sobre a relação substancial, uma sentença que tem o alcance de pôr termo ao litígio" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. 1946, v. III, p. 476).

Depois da sentença de mérito, o que pode haver é a *renúncia ao direito sobre que se funda a ação* (art. 269, nº V), que não depende de anuência do réu, mas que, uma vez homologada, provoca solução de mérito contrária ao pedido do autor, equivalente à sua improcedência, com eficácia de coisa julgada material (ver nº 332).

A desistência, quer como ato unilateral, quer como bilateral, só produz efeito depois de homologada por sentença (art. 158, parágrafo único). É que a relação processual não envolve apenas as partes, mas também o juiz, que, por isso, não pode ficar estranho ao ato extintivo.

Ao tomar conhecimento da pretensão, o juiz pratica, embora numa só sentença, dois atos jurisdicionais distintos: a homologação da desistência, para que ela surta os efeitos de direito, e a declaração da consequente extinção do

processo, em razão do ato homologado.

323. Intransmissibilidade da ação

A intransmissibilidade da ação, como causa impeditiva de prosseguimento da relação processual, está ligada ao direito material controvertido. É consequência de sua natureza (direito personalíssimo) ou de expressa vedação legal à transmissão do direito subjetivo.

Morto o titular do direito intransmissível, o próprio direito se extingue com a pessoa do seu titular. Não há sucessão, nem de fato nem de direito.

Isto se dá, por exemplo, com a ação de separação judicial e a de alimentos. Falecida a parte, no curso de causa dessa natureza, o processo há de encerrar-se, sem atingir julgamento de mérito, por dissolução *ipso iure* da relação processual, que sem um dos seus sujeitos não tem como subsistir.

324. Confusão entre autor e réu

O processo é relação jurídica entre três pessoas: autor-juiz-réu. Se as duas partes se confundem, por sucessão, numa só pessoa, deixa de existir um dos sujeitos da relação processual. Logo, desaparece a própria relação processual.

Além do mais, o processo pressupõe litígio (conflito de interesses entre as partes) a solucionar. Se não existem mais duas partes (mas apenas um interessado), desapareceu a própria *lide*, sem a qual não se justifica a relação processual.

Daí operar a sua extinção, sem julgamento do mérito.

Esse fato pode ocorrer, praticamente, em litígios entre descendentes e ascendentes, em que por morte de um dos litigantes o outro se torne o único sucessor com direito ao bem litigioso.

325. Efeito da extinção do processo sem julgamento do mérito

A sentença terminativa que encerra o processo sem julgamento do mérito não faz coisa julgada material, visto que não chegou a apreciar a substância da controvérsia estabelecida entre as partes em torno da situação jurídica material (*lide*) (art. 468).

O seu efeito é apenas de coisa julgada formal, isto é, o de impedir que dentro do mesmo processo volte a parte a postular novo julgamento, depois de exaurida

a possibilidade de impugnação recursal.

Não tolhe à parte, porém, o direito de renovar a propositura da ação (art. 268).

A petição inicial do novo processo, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e honorários advocatícios devidos pela extinção do feito anterior (art. 268, segunda parte).

Há, não obstante, três casos previstos no Código em que a sentença terminativa, tal como a definitiva (ou de mérito), impede a renovação do processo: isto se dá quando a extinção tiver sido decretada por reconhecimento de litispendência, coisa julgada ou perempção (art. 268, *caput*).

326. Iniciativa da extinção do processo

A matéria pertinente aos pressupostos processuais, às condições da ação, bem como à perempção, litispendência e coisa julgada, será conhecida pelo juiz, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida definitivamente a sentença de mérito (art. 267, § 3º).

Incumbe ao réu, todavia, o dever processual de alegar essas preliminares na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos. E se assim o não fizer não incorrerá em preclusão, nem impedirá o juiz de reconhecê-las de ofício mais tarde. O réu, porém, ficará responsável pelas custas que desnecessariamente acarretou pelo retardamento da alegação (art. 267, § 3º, *in fine*).

326-a. Saneamento do processo, quando o defeito for suprível

O objetivo final de toda a atividade processual é o julgamento do mérito, isto é, a solução do litígio instalado entre as partes. Mas para atingir-se esse desiderato é imprescindível que se forme uma relação jurídica válida e que a pretensão deduzida em juízo atenda aos requisitos lógico-jurídicos reclamados pela lei para autorizar a tutela jurisdicional.

É, pois, necessário que se atendam aos pressupostos processuais e às condições da ação, de sorte que, antes de enfrentar o pedido do autor, o juiz tem de verificar se a relação processual está validamente constituída, bem como se concorrem as condições de legitimidade de parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

O exame desses requisitos prévios é feito na fase saneadora do processo, de tal maneira que, comprovada a ausência de qualquer um deles, a relação jurídica

processual deverá ser extinta prematuramente, isto é, sem julgamento do mérito da causa.

Uma vez, porém, que o objetivo precípuo da função processual é a composição da lide, não pode o magistrado supervalorizar as questões formais para colocá-las, desde logo, num plano superior ao do mérito. Por isso mesmo, a extinção do processo por vício de pressuposto ou ausência de condição da ação só deve ter lugar quando o defeito detectado pelo juiz seja insuperável, ou quando, ordenado o saneamento, a parte deixe de promovê-lo no prazo que se lhe tenha assinado.

Nesse sentido, dispõe claramente o art. 327 que, “verificando a existência das irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a trinta dias”.

Dessa forma, não pode o juiz, na sistemática do Código, desde logo extinguir o processo, sem apreciação do mérito, simplesmente porque encontrou um defeito nas questões preliminares de formação da relação processual. Agir dessa maneira, frente a um vício sanável, importaria subverter a missão do processo e a função jurisdicional.

§ 51. EXTINÇÃO DO PROCESSO (II)

Sumário: 327. Extinção do processo com resolução de mérito. 328. Acolhimento ou rejeição do pedido. 329. Reconhecimento do pedido pelo réu. 330. Transação. 330-a. Retratação e rescisão de transação. 331. Prescrição e decadência. 331-a. A prescrição e os diversos tipos de ação. 332. Renúncia ao direito.

327. Extinção do processo com resolução de mérito

Lide e *mérito da causa* são sinônimos para o Código. O pedido do autor, manifestado na propositura da ação, revela processualmente qual a lide que se pretende compor através da tutela jurisdicional.

"O julgamento desse conflito de pretensões (lide ou litígio), mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a a outra, constitui uma sentença definitiva de mérito."[31]

Outras vezes, as próprias partes se antecipam e, no curso do processo, encontram, por si mesmas, uma solução para a lide. Ao juiz, nesses casos, compete apenas homologar o negócio jurídico praticado pelos litigantes, para integrá-lo ao processo e dar-lhe eficácia equivalente ao de julgamento de mérito. É o que ocorre quando o autor renuncia ao direito material sobre que se funda a ação (art. 269, V), ou quando as partes fazem transação sobre o objeto do processo (art. 269, III).

Nesses casos, como em todos os demais em que, por um julgamento do juiz ou por um outro ato ou fato reconhecido nos autos, a lide tenha deixado de existir, haveria sempre para o art. 269, em sua redação primitiva, *extinção do processo com resolução de mérito*, ainda que a sentença judicial fosse meramente homologatória.

Dentro desse prisma, o antigo art. 269 considerava extinto o processo com resolução de mérito nas seguintes hipóteses:

I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;

II – quando o réu reconhecer a procedência do pedido;

III – quando as partes transigirem;

IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;

V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

Com a eliminação da ação autônoma de execução de sentença e a inclusão dos atos de cumprimento da condenação na própria relação processual em que esta foi pronunciada (art. 475-I, com a redação da Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005), nem toda sentença de mérito porá fim ao processo. Apenas as declaratórias e as constitutivas terão possibilidade de ser o provimento final da prestação jurisdicional do processo de conhecimento. Nas ações julgadas por sentença de natureza condenatória (ou que tenha força equivalente, como as homologatórias de transação e os julgados de partilha, por exemplo), o julgamento de mérito será apenas uma etapa do procedimento, visto que a prestação jurisdicional terá, ainda, que se desdobrar em ulteriores atos de cunho executivo.

Diante dessa nova realidade, o texto do art. 269 foi inovado para cuidar não exclusivamente das sentenças que extinguem o processo, mas para destacar aquelas que, com ou sem extinção do processo, *resolvem o mérito da causa*. As hipóteses são as mesmas arroladas pelo primitivo art. 269. A novidade está em que a solução do mérito não é mais vista como causa necessária de extinção do processo. Na atual sistemática adotada pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (e que, na verdade, já prevalecia nas hipóteses dos arts. 461 e 461-A), a sentença de mérito tanto pode provocar extinção do processo, como pode ser indiferente à sua continuação em busca de providências jurisdicionais complementares, acaso necessárias para satisfazer de maneira integral e efetiva a pretensão acolhida em juízo.

Em todos os casos de encerramento do processo, uma coisa é certa: é imprescindível a sentença do juiz da causa, ainda que se restrinja a homologar ato das próprias partes. E, a rigor, nunca é a sentença que, por si só, faz extinguir, prontamente, a relação processual, pois, mesmo depois dela, há possibilidade de o feito prosseguir na esfera recursal. Na verdade, é a *coisa julgada formal* (exaustão dos recursos ou perda do prazo de manifestá-los) que põe termo ao processo, após a sentença ou o acórdão.

A sentença é, porém – fora dos casos de condenação –, o último ato jurisdicional antes do encerramento da relação processual de conhecimento.

328. Acolhimento ou rejeição do pedido

O art. 269, nº I, cuida da forma mais pura e completa de compor a lide. Acolhendo ou rejeitando o pedido, o juiz está proclamando qual das partes tem a

melhor pretensão no conflito de interesses que gerou a lide.

Esse julgamento exterioriza-se, tecnicamente, pela declaração judicial de procedência ou improcedência do *pedido*. A forma usual no foro de julgar procedente ou improcedente a *ação* é pouco técnica, porquanto o direito de ação é sempre reconhecido, desde que haja uma sentença de mérito favorável ou não ao autor. O que pode não proceder é, portanto, o *pedido* (pretensão de direito material) e não a *ação* (direito subjetivo à prestação jurisdicional).

Em outras palavras: a ação é o direito abstrato à composição da lide, que é satisfeito por meio da resposta que o juiz dá na sentença ao pedido do autor, pouco importando que seja positiva ou negativa, pois, de qualquer maneira, a prestação jurisdicional terá sido deferida e o litígio estará composto. Se houve, destarte, solução da lide, não se concebe possa a ação ser julgada improcedente. Na precisa linguagem do art. 269, nº I, o que o juiz deve é, na sentença de mérito, acolher ou rejeitar o *pedido* (e nunca a ação).

Entre as modalidades de extinção do processo com resolução da lide figura a de rejeição liminar do pedido, quando configurada a hipótese prevista no art. 285-A (sobre tema, v. adiante os itens 357-a, 357-a-1, 357-b e 357-c).

329. Reconhecimento do pedido pelo réu

Dá-se o reconhecimento do pedido pelo réu quando este proclama expressamente que a pretensão do autor é procedente.

Consiste, segundo Ernane Fidélis dos Santos, no acolhimento pelo réu da postulação do autor, ou seja, em "sua adesão àquilo que contra ele foi pedido".[32]

Não se pode confundir o reconhecimento do pedido com a confissão. Enquanto a confissão apenas se relaciona com os fatos em discussão, sem que a parte se manifeste sobre a jurisdicidade da pretensão do outro litigante, o reconhecimento do pedido refere-se diretamente ao próprio direito material sobre o qual se funda a pretensão do autor.[33]

Em outros termos, o reconhecimento a que alude o art. 269, nº II, é forma de antecipar a solução da lide pela aceitação da procedência do pedido, pelo demandado, antes mesmo que sobre ele se pronunciasse o juiz.

Reconhecida a procedência do pedido, pelo réu, cessa a atividade especulativa do juiz em torno dos fatos alegados e provados pelas partes. Só lhe restará dar por findo o processo e por solucionada a lide nos termos do próprio pedido a que aderiu o réu. Na realidade, o reconhecimento acarreta o desaparecimento da própria lide, já que sem resistência de uma das partes deixa

de existir o conflito de interesses que provocou sua eclosão no mundo jurídico.

Em se tratando de forma de autocomposição do litígio, o reconhecimento do pedido pelo réu só é admissível diante de conflitos sobre direitos disponíveis.

Pode, outrossim, a declaração de reconhecimento dar-se tanto nos autos (no depoimento pessoal, em petição, nas alegações orais etc.) como em documento à parte, que, naturalmente, terá de ser juntado ao processo.

Pode fazê-la a parte, pessoalmente, ou através de procurador. Se manifestada pelo advogado do réu, depende sua eficácia de poderes especiais (art. 38).

O reconhecimento, embora torne dispensável o prosseguimento do feito, não dispensa, como é intuitivo, a sentença do juiz, que haverá de declarar a procedência do pedido, justamente com fundamento na adesão do réu à pretensão do autor e, assim, encerrará o processo, com solução definitiva de mérito.

330. Transação

Transação é o negócio jurídico bilateral realizado entre as partes para prevenir ou terminar litígio mediante concessões mútuas (Código Civil de 1916, art. 1.025; CC de 2002, art. 840).

É, como o reconhecimento do pedido, forma de autocomposição da lide, que dispensa o pronunciamento do juiz sobre o mérito da causa. A intervenção do juiz é apenas para verificar a capacidade das partes, a licitude do objeto e a regularidade formal do ato, integrando-o, afinal ao processo se o achar em ordem.

Mas, como dá solução à lide pendente, a transação homologada pelo juiz adquire força de extinguir o processo como se julgamento de mérito houvesse sido proferido em juízo. Isto quer dizer que a lide fica definitivamente solucionada, sob a eficácia da *res iudicata*, embora a composição tenha sido alcançada pelas próprias partes e não pelo juiz.

A transação pode ser feita em documento elaborado pelas partes ou em termo nos autos. No primeiro caso, juntado o documento aos autos, não há obrigatoriedade de sua redução a termo.[34] É, também, transação a conciliação obtida em audiência, na forma dos arts. 447 a 449.

Por envolver potencial renúncia de direitos, só as pessoas maiores e capazes, isto é, as dotadas de plena capacidade de exercício na ordem civil, podem transigir. E, pela mesma razão, só os direitos disponíveis podem ser objeto de transação, ou seja, apenas os “direitos patrimoniais de caráter privado” (Código

Civil de 1916, art. 1.035; CC de 2002, art. 841).

330-a. Retratação e rescisão de transação

A transação, como negócio jurídico destinado a extinguir litígio já deduzido em juízo, tem dois momentos distintos de eficácia:

a) entre as partes, o ato jurídico é perfeito e acabado logo que ocorre a declaração de vontade convergente de ambos os litigantes;

b) para o processo, como fator de extinção da relação processual pendente, o efeito se dá no momento em que o juiz homologa o negócio jurídico concluído entre as partes.

A homologação é, pois, ato jurisdicional dotado, também, de dupla eficácia, já que, a um só tempo, põe fim à relação processual em curso, e outorga ao ato negocial das partes a qualidade de ato processual, com aptidão para gerar a *res iudicata* e o título executivo judicial, conforme a natureza do acordo (arts. 269, nº III, e 475-N, nº III).

O só acordo de vontades entre os litigantes, assim, já é negócio jurídico perfeito e acabado no que lhes diz respeito. A sentença não é condição essencial de sua validade, tanto que pode haver transação antes do ajuizamento da ação, e, em tal hipótese, nenhuma necessidade há de sujeitar-se o negócio jurídico à aprovação da autoridade judiciária (Cód. Civ. de 2002, arts. 840 e 842).

Quando o dissídio já está posto em juízo, necessária se torna a homologação porque seu efeito vai repercutir sobre a relação processual, que é de direito público e envolve também o juiz, único sujeito processual que tem poderes para extingui-la.

Uma vez, porém, que o negócio jurídico da transação já se acha concluído entre as partes, impossível é a qualquer delas o arrependimento unilateral, mesmo que ainda não tenha sido homologado o acordo em Juízo. Ultimado o ajuste de vontade, por instrumento particular ou público, inclusive por termo nos autos, as suas cláusulas ou condições obrigam definitivamente os contraentes, de sorte que sua rescisão só se torna possível "por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa" (Código Civil de 2002, art. 849; CC de 1916, art. 1.030).

Por isso, enquanto não rescindida regularmente a transação, nenhuma das partes pode impedir, unilateralmente, que o juiz da causa lhe dê homologação, para pôr fim à relação processual pendente.

O certo é que, concluído, em forma adequada, o negócio jurídico entre as

partes, desaparece a lide, e sem lide não pode o processo ter prosseguimento.

Se, após a transação, uma parte se arrependeu ou se julgou lesada, nova lide pode surgir em torno da eficácia do negócio transacional. Mas a lide primitiva já está extinta. Só em outro processo, portanto, será possível rescindir-se a transação por vício de consentimento.

O arrependimento ou a denúncia unilateral é ato inoperante no processo em que se produziu a transação, mesmo antes da homologação judicial.[35]

331. Prescrição e decadência

Os atos jurídicos são profundamente afetados pelo tempo.

Decadência e prescrição são alguns dos efeitos que o transcurso do tempo pode produzir sobre os direitos subjetivos, no tocante à sua eficácia e exigibilidade.

A prescrição é sanção que se aplica ao titular do direito que permaneceu inerte diante de sua violação por outrem. Perde ele, após o lapso previsto em lei, aquilo que os romanos chamavam de *actio*, e que, em sentido material, é a possibilidade de fazer valer o seu direito subjetivo. Em linguagem moderna, extingue-se a *pretensão*. Não há, contudo, perda da ação no sentido processual, pois, diante dela, haverá julgamento de mérito, de improcedência do pedido, conforme a sistemática do Código.[36]

Decadência, por seu lado, é figura bem diferente da prescrição. É a extinção não da força do direito subjetivo (*actio*), isto é, da *pretensão*, mas do próprio direito em sua substância, o qual, pela lei ou pela convenção, nasceu com um prazo certo de eficácia.

O reconhecimento da decadência, portanto, é reconhecimento da inexistência do próprio direito invocado pelo autor. É genuína decisão de mérito, que põe fim definitivamente à lide estabelecida em torno do direito caduco.

Comprovada a prescrição, ou a decadência, o juiz, desde logo, rejeitará o pedido, no estado em que o processo estiver, independentemente do exame dos demais fatos e provas dos autos.

A decadência estabelecida por lei, para ser acolhida, não depende de provocação da parte interessada (Código Civil de 2002, art. 210). A prescrição, porém, por ser livremente renunciável pelo devedor (Cód. Civil, art. 191), nunca pôde ser decretada de ofício pelo juiz (Cód. Civil de 1916, art. 166; Cód. Civil de 2002, art. 194). Abria-se no direito material exceção apenas para os devedores absolutamente incapazes, cujos interesses em torno da prescrição

eram tratados como indisponíveis e, por isso mesmo, tuteláveis pelo juiz, independentemente de provocação dos respectivos representantes legais (Cód. Civil de 2002, art. 194, *in fine*). A pretexto de imprimir maior celeridade ao processo, a Lei nº 11.280, de 16.02.2006, alterou o texto do § 5º do art. 219 do CPC, para dispor, contra todas as tradições do direito acidental, que, em qualquer caso, "o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição".

A nosso sentir, essa revolucionária regra processual não terá o alcance que o afoito legislador processual pretendeu, pois a sistemática da prescrição é própria do direito material, e na sede que lhe é própria não há, em regra, como fazer a vontade do juiz passar por cima da autonomia da vontade das partes, quando o que está em questão é um direito potestativo da livre disposição do respectivo titular. Voltaremos a tratar do tema, com mais vagar, quando analisarmos os casos de indeferimento da petição inicial (art. 295, *caput*, inc. IV) (v., adiante, os itens 356 e 356-a).

331-a. A prescrição e os diversos tipos de ação

Costumava-se afirmar que a prescrição é a perda da ação sem a perda do direito e que a decadência seria a perda direta e total do próprio direito. Hoje, todavia, tanto a prescrição quanto a decadência são vistas como formas de extinção de efeitos do direito e o que as distingue é apenas a causa da respectiva perda de eficácia. Na prescrição, dentro dessa ótica, o que se dá é que, diante da inércia do titular em face da violação de seu direito, a faculdade de reação em sua defesa – a pretensão de exigir a prestação que lhe foi sonegada – extingue-se com o decurso do tempo. Diverso é o que se passa com o direito potestativo – direito de estabelecer situação jurídica nova –, que, por si só, se extingue se não exercido em tempo certo, sem que para isso se tenha de cogitar de violação do direito da parte a uma prestação inadimplida por devedor. Aí, sim, se pode cogitar do fenômeno da decadência.

Como é pela ação condenatória que se impõe a realização de prestação ao demandado, é nas causas dessa natureza que pode ocorrer a *prescrição*. Prescreve, então, a ação que em sentido material (pretensão) objetiva exigir prestação devida e não cumprida.

As ações constitutivas, por sua vez, não se destinam a reclamar prestação inadimplida, mas a constituir situação jurídica nova. Diante delas, portanto, não há que se cogitar de prescrição. O decurso do tempo faz extinguir o direito potestativo de criar novo relacionamento jurídico. Dá-se, então, a *decadência* do

direito não exercido no seu tempo de eficácia. Do ponto de vista prático, a distinção é importante porque os prazos prescricionais são passíveis de suspensão e interrupção, enquanto os decadenciais são *fatais*, não podendo sujeitar-se nem a suspensão nem a interrupção.

Por fim, é corrente a afirmativa de que as ações declaratórias são imprescritíveis. De fato, por mais tempo que dure a incerteza acerca de uma relação jurídica, seria ilógico pretender que os interessados tenham perdido o direito à certeza jurídica. Na verdade, o direito de alcançar a segurança jurídica há de perdurar enquanto durar a controvérsia acerca da relação discutida, o que nos leva a concluir que, realmente, "a ação declaratória típica é imprescritível".[37]

Mas não se pode concluir que o decurso do tempo seja totalmente inócuo para as ações declaratórias. Nenhuma ação será manejável sem que a parte demonstre interesse por um resultado prático em sua esfera jurídica. Embora a declaratória não se destine a impor prestações nem a criar situações jurídicas novas, é claro que o litigante somente poderá usá-la se tiver condições de demonstrar a existência ou inexistência de uma relação da qual lhe resulte algum proveito efetivo. Nenhuma ação pode ser exercida apenas para deleite acadêmico. Pode acontecer, destarte, que, mesmo sendo imprescritível a ação declaratória, venha o titular do direito material a perder o interesse no seu exercício, diante da prescrição (não da declaratória), mas da pretensão que poderia surgir do direito material já extinto.

Nesse sentido, já assentou a jurisprudência: "Não há confundir a declaratória como ação de natureza processual, que não regula pretensão civil alguma, com a ação em que o conteúdo declaratório do julgado é germe de direito patrimonial. A ação declaratória, como ação de natureza processual, não prescreve. Mas se contém ela pretensão civil a ser protegida pelo preceito, a prescrição incide, embora Ferrara a isso chame de *perda de interesse* da ação declaratória, porque o direito que se pretende defender já está extinto pela prescrição."[38]

Em suma: a) as ações condenatórias sujeitam-se à *prescrição*; b) as constitutivas, à decadência; c) as declaratórias são *imprescritíveis*, mas só duram enquanto não se extinguir, por prescrição ou decadência, o direito que com elas se queira justificar a tutela jurisdicional.

Outra ponderação merece ser feita a propósito dos créditos que podem ser objeto de ações de diferentes naturezas, como ocorre com as obrigações retratadas em títulos de crédito e com aquelas que já foram objeto de acertamento em sentença no processo de conhecimento.

Para as cambiais e alguns títulos cambiariformes (como as cédulas de crédito

rural), a ação executiva prescreve em três anos; mas depois de verificada a extinção da pretensão executiva, ainda subsiste a ação ordinária de cobrança, cuja prescrição é distinta e se dá em cinco anos, como prevê o art. 206, § 5º, I, do Código Civil, em relação à pretensão de cobrança de todas as dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular[39].

Em relação aos créditos que já foram submetidos à condenação judicial, incidem duas prescrições: uma para a pretensão condenatória, e outra para a pretensão executiva. Segundo jurisprudência sumulada, a execução de sentença prescreve em prazo igual ao que antes prevalecia para a ação de conhecimento, contando-se a nova prescrição a partir do respectivo trânsito em julgado (Súmula 150/STF).

332. Renúncia ao direito

O pedido do autor baseia-se em fato e fundamento jurídico, dos quais decorre o pretenso direito subjetivo (direito material), cujo exercício estaria sendo obstado pela resistência do réu.

Para os fins do art. 269, nº V, ocorre *renúncia* quando, de forma expressa, o autor abre mão do direito material que invocou quando da dedução de sua pretensão em juízo. Demitindo de si a titularidade do direito que motivou a eclosão da lide, o autor elimina a própria lide. E, sem lide, não pode haver processo, por falta de objeto.

Manifestada ou provada nos autos a renúncia do autor ao direito material sobre que se funda a ação, o juiz dará por finda a relação processual, através de sentença, em cujos termos reconhecerá estar solucionada a lide (julgamento de mérito).

Há, porém, direitos indisponíveis, que por isso não podem ser renunciados pelo autor, como os inerentes ao estado das pessoas e os relativos a alimentos, *verbi gratia*.

Por outro lado, "admitida embora no direito material, será incabível no plano processual a renúncia condicional, ou a termo. A renúncia ao direito em que se funda a ação há de ser, sempre, pura".[40]

Para renunciar validamente, a parte deve possuir capacidade civil plena, como se exige para a transação e o reconhecimento do pedido. Da mesma forma, o advogado, para renunciar em nome da parte, depende de poderes especiais (art. 38).

Não há renúncia tácita. *In casu*, a manifestação de vontade de renunciar só

pode ser expressa e deve constar de documento escrito juntado aos autos. Quando manifestar a parte, oralmente, a renúncia a seu direito, em depoimento pessoal, por exemplo, será ela reduzida a termo.

O efeito da *renúncia* é profundamente diverso daquele que provém da *desistência* da ação.

Embora se submeta à sentença meramente homologatória, a renúncia elimina a possibilidade de reabertura de processo em torno da mesma lide: há coisa julgada material. Já, perante a desistência, o efeito da sentença é meramente formal. Extingue-se a relação processual pendente, mas não há decisão de mérito nem, consequentemente, coisa julgada material. O autor não fica, por isso mesmo, privado do direito de propor uma outra ação em torno da mesma lide.

Em síntese: a renúncia ao direito material elimina o direito de ação; a desistência do processo não o atinge.

Não depende, finalmente, a renúncia de aquiescência do réu, mesmo quando manifestada após a contestação, visto que leva, necessariamente, ao encerramento do processo com julgamento de mérito em favor do demandado.

Ao contrário do que se passa com a desistência da ação, a renúncia ao direito subjetivo material pode ser manifestada pelo autor até mesmo em grau de recurso, desde que ainda não esteja encerrado o processo por meio da coisa julgada.[41]

Aqui não há revogação pela parte da eficácia de uma composição da lide operada em juízo, mas sim o autodespojamento voluntário de direito subjetivo disponível da parte, o que é viável em qualquer época, com ou sem processo. Mas, essa renúncia, que vai além da simples extinção do processo, importará sempre solução de mérito, de sorte que sua homologação, em qualquer instância, fará coisa julgada material, para todos os efeitos de direito.

1 TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., São Paulo: RT, 1975, v. II, p. 272.

2 HELLWIG, LEHRBUCH, v. 2, p. 31, *apud* TORNAGHI, Hélio. *Op. cit*., II, nota 97, p. 286.

3 Cf. TORNAGHI, Hélio. *Op. cit*., II, p. 295-300.

4 STJ, 3ª T., REsp. nº 21.940/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 09.02.1993, *DJU* 08.03.1993, p. 3.114.

5 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II, n. 440, p. 373-374.

6 TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., São Paulo: RT, 1975, v. II, p. 313; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1.ed., Campinas: Bookseller, 1997, v. III, n. 576, p. 92.

7 STJ, 4ª T., REsp. nº 959.755/PR, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, ac. 17.5.2012, *DJe* 29.05.2012; STJ, 3ªT., AgRg no Ag 1.342.853/MG, Rel. Min. Paulo Sanseverino, ac. 02.08.2012, *DJe* 07.08.2012; STJ, 1ª T., Resp. nº 1.328.760/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, ac. 26.2.2013, *DJe* 12.03.2013.

8 Cf. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. II, n. 492, p. 481; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. V, n. 205, p. 416.

9 No caso de cartas precatórias e rogatórias, a suspensão do processo para aguardar o seu cumprimento só ocorrerá quando o juiz considerar a prova imprescindível nos termos do art. 338 (STJ – 3ª T., REsp 1.132.818/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 03.05.2012, *DJe* 10.05.2012).

10 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1974, p. 64-65.

11 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., III, nota 11, p. 97.

12 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. II, n. 485, p. 363.

13 GAIO, *Digesto*, Lei I, § 4º, do Livro 44, Tít. 7º.

14 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., III, n. 584, p. 100, STJ, REsp. 8.249/SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 02.04.91, *in RSTJ*, 30/375; STJ, REsp. 11.914/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 31.10.91, *in RSTJ* 36/392; STJ, 2ª T., AgRg no REsp. nº 744.426/AL, Rel. Min. Castro Meira, ac. 14.10.2008, *DJe* 27.11.2008. No mesmo sentido, decidiu o STF que, em nenhum dispositivo do Código, "se diz que o recurso manifestado nas férias é nulo. E, *data venia*, seria uma verdadeira *contraditio in adjecto*". E prossegue o acórdão: a superveniência de férias gera "uma simples dilatação do prazo em favor do vencido, pelas dificuldades que experimenta com a paralisação dos cartórios nas férias e feriados... Nada impede que o litigante vencido venha a juízo nas férias declarar-se inconformado e manifestar seu desejo de recorrer para a instância superior. Não diz a lei que ele deva ser tolhido nesse desejo, aguardando o termo das férias; se não quiser usar da prorrogação que a lei lhe faculta, recorrerá logo. A ser decretada a nulidade (do ato praticado nas férias), viria a ser prejudicado exatamente aquele que a lei visou beneficiar" (RE 76.116, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, *in Revista da Processualística Fiscal do Estado de Minas Gerais*, 1976, nº 1, p. 22).

15 TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., São Paulo: RT, 1974, v. II, p. 331.

16 "Tratando-se de advogado em causa própria, prescindível é a sua intimação pessoal para fins do disposto no art. 267, § 1º, do CPC" (STJ, 4ª T., REsp. 218.284/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 15.02.2001, *RSTJ* 162/351).

17 "As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais" (CPC,

art. 247).

18 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II, nos 488 e 491, pp. 421 e 423.

19 STJ, *Súmula* 240: "A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu."

20 Segundo o art. 301, §§ 1º e 2º, ocorrem a litispendência e a coisa julgada quando uma ação reproduz outra anteriormente ajuizada, havendo entre elas identidade de partes, de pedido e de causa de pedir. A identidade, porém, pode ser parcial e, mesmo assim, ensejar a configuração de litispendência ou coisa julgada, que operarão no limite da coincidência. Se a nova ação tiver objeto maior que a anterior, acontecerá a continência: as duas serão reunidas para julgamento conjunto (arts. 104 e 105). Se a segunda tiver objeto igual ou menor, o novo processo será extinto por litispendência (art. 267, V). Quanto à coisa julgada, dar-se-á algo similar: se apenas parte do pedido da nova ação coincidir com o julgado anteriormente, o processo terá curso, mas não se rejulgará a parcela alcançada pela *res iudicata* (arts. 467 e 468). Sendo igual ou menor o objeto da nova ação, em comparação com a anterior, extinguir-se-á a causa superveniente, sem resolução de mérito (art. 267, V).

21 ANDRIOLI, Virgílio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n. 30, p. 153.

22 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 30.

23 TJRGS, Apel. 30.590, ac. 12.07.78, *in Rev. de Jurisp., TJRGS*, 72/679; STJ, EDcl. no REsp. 67.579-0/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 08.11.95, *in RSTJ* 81/268; STJ, REsp. 41.292/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 15.03.94, *in DJU* de 18.04.94, p. 8.495; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.175.100/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 05.04.2011, *DJe* 13.04.2011.

24 STJ, 4ª T., REsp. nº 74221/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 24.11.1997, *DJU* 02.02.1998, p. 109.

25 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, vol. I, n. 32, p. 51.

26 ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*. 4. ed., Milano: Giuffrè, 1946, vol. I, p. 119.

27 Cf. MAGALHÃES, Marcelo José. Breve estudo sobre a perda de interesse de agir no âmbito recursal (*a chamada "perda de objeto*"). *In Revista Dialética de Direito Processual*, n. 105, p. 66-67, dez./2011.

28 "A solução não aponta para o caráter excludente desses institutos, mas, ao contrário, deve-se admitir que a cláusula compromissória pode conviver com a natureza executiva do título; algumas controvérsias oriundas de um contrato devem ser submetidas à arbitragem e outras não" (STJ, 3ª T., REsp. 944.917/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 18.09.2008, *DJe* 03.10.2008). Nesse caso, a matéria dos embargos de mérito deverá ser suscitada perante o órgão arbitral (STJ, 3ª T., MC nº 13.274/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 13.07.2007, *DJU* 20.09.2007).

29 O STJ, diante de ação de revisão de contrato bancário, considerou não abusiva a recusa de assentimento do réu, tendo em conta que já existia contestação ao pedido do autor, e que a oposição se fundara no interesse de prosseguir no processo, para obter a coisa julgada material e, assim, evitar a futura repropositura da ação (STJ, 3ª T., REsp. nº 1.318.558/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 04.06.2013, *DJe* 17.06.2013).

30 Já decidiu o STJ que "após a citação, o pedido [de desistência da ação] somente pode ser deferido com a anuência do réu ou, a critério do magistrado, se a parte contrária [o réu] deixar de anuir, *sem motivo justificado*" (STJ, 2ª T., REsp. nº 435.688/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 2.9.2004, *DJU* 29.11.2004, p. 274. No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. nº 1.189.845/RN, Rel. Min. Castro Meira, ac. 18.05.2010, *DJe* 02.06.2010).

31 Alfredo Buzaid, *Exposição de Motivos*, nº 6. Para Fazzalari, "mérito é o objeto da controvérsia, ou seja, a situação substancial e seus componentes", o que equivale a dizer que o mérito corresponde à ideia de objeto do processo, ou seu objeto litigioso. Dessa forma, julgar o mérito da causa significa, "para o

juiz, resolver a questão da existência dessa situação, ou seja, a *questão de mérito*" (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed., Padova: CEDAM, 1996, p. 122). Cândido Dinamarco prefere identificar o mérito com a *pretensão*, ou seja, "aquilo que alguém vem a juízo pedir, postular, exigir" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1987, n. 110, p. 202). Mérito, portanto, há tanto no processo de conhecimento como no de execução. O que nem sempre há, no processo de execução, é sentença de mérito, já que esta costuma ser proferida nos embargos e não diretamente no processo executivo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, n. 112, p. 207).

32 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Estudos de Direito Processual Civil*. Uberlândia: Ed. F. Direito Universidade, 1975, p. 114.

33 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Civil*, São Paulo: J. Bushatsky, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 32.

34 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., v. II, n. 539, p. 462.

35 "Efetuada e concluída a transação, é vedado a um dos transatores a rescisão unilateral, como também é obrigado o juiz a homologar o negócio jurídico, desde que não esteja contaminado por defeito insanável (objeto ilícito, incapacidade das partes ou irregularidade do ato)" (STJ, 3ª T., REsp. 650.795/SP, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, ac. 07.06.2005, *RSTJ* 195/301). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 825.425/ MT, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 18.05.2010, *DJe* 08.06.2010.

36 "Com a prescrição não desaparece o direito e sim a possibilidade de fazê-lo valer. Também a ação fica de pé, pode ser movida: será inútil para fazer valer o direito, mas terá utilidade de obter uma decisão judicial que espanque dúvidas quanto à prescrição" (TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., São Paulo: RT, 1975, v. II, p. 349-350).

37 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1971, t. II, § 11, n. 1, p. 80.

38 TJSP, AR 197.340, Rel. Des. Edgar de Souza, ac. 11.05.72, *in RT* 447/128.

39 O posicionamento do STJ "é firme no sentido de que o prazo prescricional para a cobrança de título de crédito que perdeu a eficácia de título executivo é aquele previsto no art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil" (i.e., cinco anos) (STJ, 3ªT., AgRg no AREsp 259.939/SE, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 19.02.2013, *DJe* 01.03.2013. No mesmo sentido: STJ, 4ª T., AgRg no Ag 1.301.237/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 16.12.2010, *DJe* 04.02.2011; STJ, 3ª T., REsp. nº 1.153.702/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 10.04.2012, *DJe* 10.05.2012).

40 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Op. cit.*, n. 543, p. 465.

41 REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: Editora Coimbra, 1948, v. III, p. 479.

PROCESSO DE CONHECIMENTO

Parte V
Processo e Procedimento

Capítulo XV
PROCEDIMENTO COMUM E PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

§ 52. PROCESSO E PROCEDIMENTOS DE COGNIÇÃO

Sumário: 333. Processo. 334. Procedimento. 335. Procedimentos no processo de cognição. 336. Procedimentos especiais: jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 337. Esquema do procedimento ordinário. 338. Fases do procedimento ordinário. 339. Fase postulatória. 340. Fase saneadora. 341. Fase instrutória. 342. Fase decisória. 342-a. Adequação do procedimento.

333. Processo

Para solucionar os litígios, o Estado põe à disposição das partes três espécies de tutela jurisdicional: a cognição, a execução e a cautela. O que as distingue são os diferentes *provimentos judiciais* com que o juízo responde ao exercício do direito de ação.

Se a lide é de pretensão contestada e há necessidade de definir a vontade concreta da lei para solucioná-la, o processo aplicável é o de *conhecimento* ou cognição, que deve culminar por uma sentença de mérito que contenha a resposta definitiva ao pedido formulado pelo autor. No acertamento contido na sentença consiste o provimento do processo de conhecimento.

Se a lide é pretensão apenas insatisfeita (por já estar o direito do autor previamente definido pela própria lei, como líquido, certo e exigível), sua solução será encontrada através do processo de *execução*, que é o meio de realizar de forma prática a prestação a que corresponde o direito da parte. A efetiva satisfação do direito do credor é o provimento nessa modalidade de processo.

A tutela cautelar incide quando, antes da solução definitiva da lide, seja no processo de cognição, seja no de execução, haja, em razão da duração do processo, o risco de alteração no equilíbrio das partes diante da lide. Sua função é, pois, apenas conservar o estado de fato e de direito, em caráter provisório e preventivo, para que a prestação jurisdicional não venha a se tornar inútil quando prestada em caráter definitivo. Os provimentos do processo cautelar são, pois, medidas práticas para afastar o perigo de dano, antes da solução do processo principal.

Sendo o processo o método utilizado para solucionar os litígios, conhece o Direito Processual Civil três espécies de processo: o processo de *conhecimento* (Livro I do Código), o processo de *execução* (Livro II) e o processo *cautelar* (Livro III) (art. 270).

334. Procedimento

Em razão de vários fatores, como o valor da causa, a natureza do direito material controvertido, a pretensão da parte etc., a forma com que o processo se desenvolve assume feições diferentes.

Enquanto o processo é uma unidade, como relação processual em busca da prestação jurisdicional, o procedimento é a exteriorização dessa relação e, por isso, pode assumir diversas feições ou modos de ser.

A essas várias formas exteriores de se movimentar o processo aplica-se a denominação de *procedimentos*.

Procedimento é, destarte, sinônimo de *rito* do processo, ou seja, "o modo e a forma por que se movem os atos no processo".[1]

335. Procedimentos no processo de cognição

Conhece o nosso Código, em matéria de processo de conhecimento, o procedimento comum e os procedimentos especiais.

Especiais são os ritos próprios para o processamento de determinadas causas

selecionadas pelo legislador no Livro IV do Código de Processo Civil e em leis extravagantes. Entre os procedimentos especiais merecem ser lembrados os dos *Juizados Especiais* previstos na Lei nº 9.099, de 26.09.95, que pressupõem órgãos específicos instituídos pela organização judiciária local para se ocupar das causas cíveis de menor complexidade (v. Cap. LXXVII, no vol. III). Sendo sua característica a predominância dos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, tudo com acentuada preocupação com a conciliação ou transação (Lei nº 9.099, art. 2º), pode ser qualificado como *procedimento sumaríssimo* o observado pelos *Juizados Especiais*.

O procedimento comum é o que se aplica a todas as causas para as quais a lei processual não haja instituído um rito próprio ou específico (art. 272). Seu âmbito é, portanto, delimitado por exclusão: onde não houver previsão legal de um procedimento especial, a causa será processada sob as regras do procedimento comum.

Mas o procedimento comum não é único e se subdivide em dois ritos diferentes: *o ordinário* e o *sumário* (art. 272).

Como o sumário se aplica a certas causas em razão do *valor* ou da *matéria* (art. 275), na realidade é um procedimento *especial*, restando ao *ordinário* a verdadeira função de procedimento comum.

Em conclusão: procedimento ordinário é o que se aplica às causas para as quais não seja previsto nem o procedimento sumário nem algum procedimento especial.

Apenas o rito ordinário é regulado de maneira completa e exaustiva pelo Código. O sumário e os especiais são abordados pelo legislador apenas naqueles pontos em que se afasta do procedimento ordinário, de sorte que este se aplica subsidiariamente a todos os ritos (art. 272, parág. único).

Às normas do procedimento ordinário incumbe, assim, o papel de "enchedoras das lacunas da lei no trato de outros processos, na medida em que não lhes apague a especialidade".[2]

336. Procedimentos especiais: jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária

Há duas modalidades de procedimentos especiais: os de jurisdição contenciosa e os de jurisdição voluntária. Os primeiros se referem à solução de litígios e os últimos apenas à administração judicial de interesses privados não litigiosos (Livro IV do Código de Processo Civil).

Não há, assim, processo nos feitos de jurisdição voluntária, mas apenas procedimentos, que, no dizer de Frederico Marques, "constituem a coordenação formal de atos não processuais".[3]

Neles o juiz não exerce função jurisdicional, mas tão só administrativa, tendente à formação de negócios jurídicos em que a lei houve por bem exigir a participação de órgãos da Justiça para aperfeiçoamento e eficácia.

É o que ocorre com as autorizações judiciais para venda de bens de menores, nomeações de tutores, a separação consensual etc. (Veja-se, *retro*, nº 40.)

Quanto aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, o que neles se encontra é, quase sempre, uma simbiose de cognição e execução, gerando, numa só relação processual, um complexo de atividades que configuram as chamadas *ações executivas* "*lato sensu*" (ações possessórias, divisórias, demarcatórias, de depósito, de consignação em pagamento, de despejo etc.).

337. Esquema do procedimento ordinário

Pode ser assim esquematizado o procedimento ordinário:

1) inicia-se pela petição inicial, com os requisitos do art. 282;

2) deferida a inicial, segue-se a citação do réu (art. 213), que poderá responder ou não ao pedido (art. 297); com a contestação, ou após ela, pode surgir o pedido de declaração incidental, que ampliará o mérito da causa a ser solucionado pela sentença final (arts. 5º e 325);

3) o terceiro estágio é o da verificação da revelia (arts. 319 e 324), ou o das providências preliminares (art. 323). Se o réu não contestar a ação, os fatos afirmados pelo autor serão reputados verdadeiros (art. 319), salvo as hipóteses do art. 320, que exigem a instrução do feito, mesmo quando o réu é revel. Se houver contestação, o juiz examinará as questões preliminares e determinará as providências dos arts. 326 e 327;

4) cumpridas as providências preliminares, ou não havendo necessidade delas, o juiz proferirá "julgamento conforme o estado do processo" (art. 328). Essa decisão poderá ser:

a) *de extinção do processo, sem julgamento do mérito*, caso o autor não tenha diligenciado o saneamento das falhas apontadas pelo juiz e ocorra alguma das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, II a V (art. 329);[4]

b) *de julgamento antecipado da lide*, quando não houver necessidade de mais provas (art. 330);

c) *de saneamento do processo*, quando ainda houver de realizar perícia ou

provas orais (art. 331);

5) antes da realização das provas (perícia e testemunhas), há uma audiência especial de tentativa de conciliação se a causa versar sobre direitos disponíveis (art. 331, com a redação da Lei nº 8.952, de 13.12.94). Trata-se de *audiência preliminar*, que se presta, na falta de acordo, para fixar o *objeto* litigioso e deferir as provas que lhe sejam pertinentes (nova alteração do art. 331, pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002).

6) se o processo não foi extinto na fase das providências preliminares e se não houve julgamento antecipado da *lide*, nem se alcançou a solução conciliatória, realiza-se a audiência de instrução e julgamento quando, numa só solenidade, se concentram: a tentativa de conciliação das partes (art. 447), a coleta das provas orais (art. 452), o debate oral (art. 454), e a prolação da sentença de mérito (art. 456).

338. Fases do procedimento ordinário

O procedimento ordinário é o mais completo e o mais apto à perfeita realização do processo de conhecimento, pela amplitude com que permite às partes e ao juiz pesquisar a verdade real e encontrar a justa composição da *lide*.

Está estruturado segundo fases lógicas, que tornam efetivos os princípios fundamentais do procedimento, como o da iniciativa da parte, o do contraditório e o do livre convencimento do julgador.

Para consecução de seu objetivo, o procedimento ordinário desdobra-se em quatro fases: a postulatória, a de saneamento, a instrutória e a decisória.

Estas fases, na prática, nem sempre se mostram nitidamente separadas, e às vezes se interpenetram. O que, todavia, as caracteriza é a predominância de um tipo de atividade processual desenvolvida pelas partes e pelo juiz.

339. Fase postulatória

É a que dura da propositura da ação à resposta do réu, podendo ocasionalmente penetrar nas providências preliminares determinadas pelo juiz, como preâmbulo do saneamento.

Compreende a petição inicial, formulada pelo autor, a citação do réu e a eventual resposta deste, pois pode encerrar-se sem esta última, caso o demandado não faça uso de sua faculdade processual de defender-se em tempo hábil.

A resposta do réu pode consistir em contestação, exceção ou reconvenção (art. 297).

Na contestação podem ser arguidas questões preliminares e de mérito.

As exceções, que se referem à incompetência do juízo, ou ao impedimento ou suspeição do juiz, geram incidentes que correm em autos próprios, apensados aos do processo principal, com efeito suspensivo.

A reconvenção é a forma de contra-ataque. O réu não apenas rechaça o pedido do autor como formula contra ele um pedido diferente, de sentido contrário àquele que provocou a abertura do processo.

A impugnação à contestação e à reconvenção e o pedido de declaração incidente são atividades que ainda pertencem à fase postulatória.

340. Fase saneadora

Desde o recebimento da petição inicial até o início da fase de instrução, o juiz exerce uma atividade destinada a verificar a regularidade do processo, mediante decretação das nulidades insanáveis e promoção do suprimento daquelas que forem sanáveis. Com isso, procura-se chegar à instrução, sem correr o risco de estar o processo imprestável para a obtenção de um julgamento de mérito.

Compreende essa fase as diligências de emenda ou complementação da inicial (art. 284), as "providências preliminares" (arts. 323 a 328) e o "saneamento do processo" (art. 331).

Pode conduzir ao reconhecimento de estar o processo em ordem, ou pode levar à sua extinção sem julgamento do mérito, quando concluir o juiz que o caso não reúne os requisitos necessários para uma decisão da lide.

341. Fase instrutória

Destina-se à coleta do material probatório, que servirá de suporte à decisão do mérito. Reconstituem-se através dela, no bojo dos autos, os fatos relacionados à lide.

É a de contornos menos definidos, as partes já começam sua atividade probatória com a inicial e a contestação, momentos em que, de ordinário, devem produzir a prova documental (art. 396). Saneado o processo, porém, surge um momento em que os atos processuais são preponderantemente probatórios: é o da realização das perícias e o da primeira parte da audiência de instrução e

julgamento, destinada ao recolhimento dos depoimentos das partes e testemunhas.

Nos casos de revelia (art. 319), bem como nos de suficiência da prova documental e de questões meramente de direito (art. 330), a fase instrutória propriamente dita é eliminada, e o julgamento antecipado da lide ocorre logo após a fase postulatória, no momento que normalmente seria reservado ao saneamento do processo.

Via de regra, no entanto, ao encerrar o saneamento, o juiz decidirá sobre as provas a produzir, determinando o exame pericial, quando necessário; e designará a audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela hão de produzir-se (art. 331).

342. Fase decisória

É a que se destina à prolação da sentença de mérito. Realiza-se após o encerramento da instrução que, de ordinário, ocorre dentro da própria audiência, quando o juiz encerra a coleta das provas orais e permite às partes produzir suas alegações finais (art. 454).

Há, contudo, possibilidade de antecipação da fase decisória, conforme se explicou no tópico anterior.

A sentença pode ser proferida oralmente, ao final da audiência de instrução e julgamento, ou ser elaborada por escrito nos 10 dias seguintes (art. 456).

A sentença, todavia, só assume a feição de ato processual com a sua *publicação*, isto é, com sua integração efetiva ao processo, o que pode se dar por ato do escrivão, quando proferida fora da audiência, ou pela leitura dela pelo próprio juiz, quando divulgada em audiência de instrução e julgamento, ou em outra especialmente designada para a publicação.

342-a. Adequação do procedimento

A previsão legal de determinado procedimento para certas causas envolve matéria de ordem pública, pelo que não há, seja para as partes, seja para o juiz, a liberdade de substituir um rito por outro.[5] No entanto, como o erro de forma não conduz necessariamente à nulidade do processo (art. 250), o que incumbe ao juiz, diante da eventual irregularidade, é apenas ordenar a adaptação da causa ao procedimento adequado, qualquer que seja a fase em que se encontre, aproveitando-se sempre os atos já praticados, dos quais não tenha decorrido

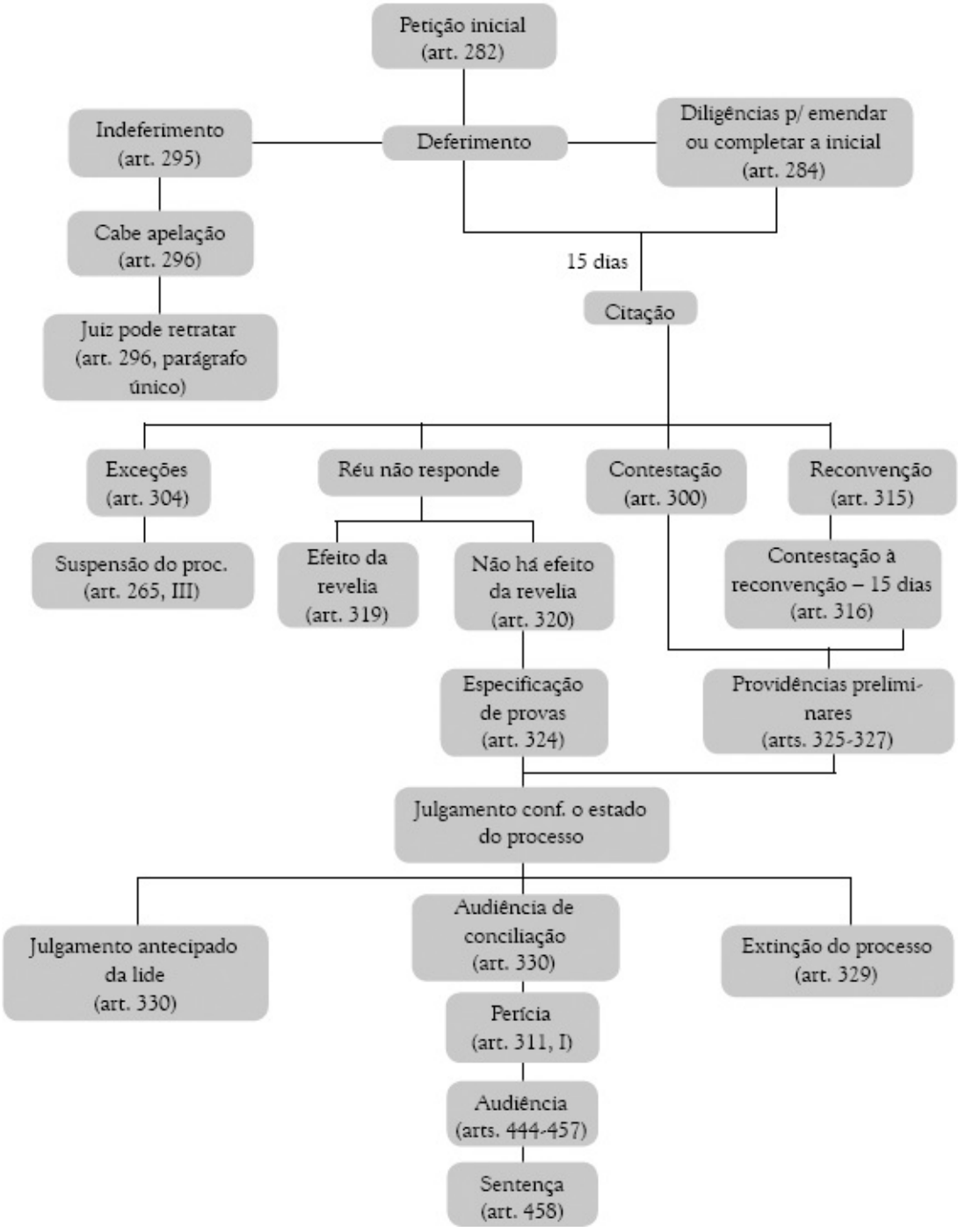
prejuízo para as partes ou para a jurisdição.[6]

Se, pois, contrariando previsão legal, o processo vier a ser julgado em primeiro grau segundo o procedimento ordinário, não haverá motivo para pleitear-se, em grau de recurso, a sua anulação, se da inobservância do rito determinado pela lei não tiver decorrido prejuízo algum para o contraditório e ampla defesa assegurados aos litigantes.[7] Assiste razão a Bedaque quando reconhece a existência de interesse público na regulamentação do procedimento sem, todavia, atribuir-lhe supremacia absoluta. Com efeito, o que deve merecer maior valorização não é a forma em si, mas sim o objetivo visado pela norma procedimental. Se este objetivo foi preservado, dentro do escopo maior do processo e segundo o sistema geral do contraditório e ampla defesa, cumpriu-se a instrumentalidade esperada do procedimento. Mesmo inobservado algum ritual, não haverá razão para atribuir relevância ao vício formal. O interesse público na definição do rito está na garantia dos valores que o inspiram, e não em si mesmo.[8]

Por outro lado, em matéria de procedimento, não é o nome dado à ação pela parte que importa. O que se tem de apurar é a compatibilidade entre o pedido e o rito escolhido.[9]

Fluxograma nº 8

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO
(arts. 282-457)



§ 53. PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Sumário: 343. Causas de rito sumário. 343-a. Elenco das causas sujeitas ao procedimento sumário. 344. Outras causas de procedimento sumário. 345. Indisponibilidade do rito sumário. 346. O procedimento. 347. A petição inicial e seu despacho. 348. A citação e a resposta do réu. 349. Audiência de conciliação. 349-a. Audiência de instrução e julgamento. 350. Revelia. 351. Declaratória incidental, intervenção de terceiros, litisconsórcio e assistência. 352. Direito intertemporal.

343. Causas de rito sumário

Dentro do processo de conhecimento, o Código regula o procedimento comum e os procedimentos especiais, embora estes estejam colocados em "Livro" à parte. O comum, por sua vez, isto é, aquele que se aplica às causas para as quais não se prevê rito especial, divide-se em *ordinário* e *sumário* (*vide, retro*, nº 335).

Após a regulamentação dos *Juizados Especiais* pela Lei nº 9.099, de 26.09.95, com competência para as "causas de menor complexidade", houve quem entendesse estaria praticamente esvaziado ou extinto o procedimento sumário, uma vez que ao novo juizado foram atribuídas, entre outras, as causas de valor até 40 vezes o salário mínimo e todas aquelas que já figuravam no inciso II do art. 275, como sendo sujeitas ao rito sumário. No entanto, isto não ocorreu, por várias razões, ou seja:

a) a Lei nº 9.245, de 26.12.95, posterior à regulamentação dos Juizados Especiais, reformulou a sistemática do procedimento sumário, introduzindo modificações significativas no Código de Processo Civil, de modo a ressaltar a subsistência e a relevância do rito previsto nos arts. 275 a 281;

b) a competência dos Juizados Especiais não alcança as causas de interesse da Fazenda Pública, nem as relativas a resíduos do direito sucessório, e tampouco todas as que envolvam obrigações alimentares ou se relacionem com matérias de natureza falimentar, fiscal, acidentária e as ligadas ao estado das pessoas, ainda que de cunho patrimonial. É de lembrar, ainda, que as pessoas jurídicas de direito privado, embora possam ser demandadas, não têm

legitimidade ativa para as causas do Juizado Especial (Lei nº 9.099, art. 8º, § 1º); e não poderão ser parte, nem ativa nem passiva, nos referidos Juizados o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas, a massa falida e o insolvente civil (art. 8º, *caput*). Dentro desse universo, portanto, continuará a existir um grande número de causas que, mesmo sendo de pequeno valor ou menor complexidade, não poderão ser solucionadas pelos Juizados Especiais e, assim, justificarão a necessidade de submetê-las ao procedimento sumário previsto no Código;

c) além disso, os Juizados Especiais foram previstos pela Lei nº 9.099, de 26.09.95, como *opção* e não como via obrigatória a ser percorrida pela parte, de sorte que caberá sempre ao autor a possibilidade de preferir a tramitação de sua ação pelo procedimento sumário do Código, em vez de submeter-se ao rito oral e sumaríssimo do Juizado Especial;

d) por fim, os Juizados Especiais não são simples rito a ser cumprido pelos juízos já existentes. São, na verdade, novos órgãos judicantes, cuja implantação depende não da lei federal que os regulamentou, mas de leis locais que efetivamente os criem (Lei nº 9.099, art. 1º). Assim, poderá acontecer que alguns Estados não os criem ou que os estabeleçam apenas em algumas comarcas, restando, pois, um número considerável de comarcas e juízos que ficarão fora do campo de atuação dos Juizados Especiais e que terão de continuar aplicando, nas causas de pequeno valor ou de menor complexidade, o procedimento sumário.

343-a. Elenco das causas sujeitas ao procedimento sumário

Segundo critérios ligados à matéria e ao valor da causa, o Código enumera no art. 275 os feitos que deverão submeter-se ao procedimento sumário, e que são os seguintes, após as inovações da Lei nº 9.245, de 26.12.95:

I – *todas as causas cujo valor não exceder 60 vezes o valor do salário mínimo.*[10]

O cotejo do valor da causa com o salário mínimo é feito na data da propositura da ação (art. 263).

Não se aplica, porém, o procedimento sumário às ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas, que sempre são de rito ordinário ou especial (art. 275, parágrafo único), independentemente do valor que se lhes atribuir.

Sendo, outrossim, uma espécie do gênero do procedimento *comum*, não se aplica, também, o sumário a nenhuma das causas para as quais exista previsão do procedimento especial, ainda que o valor seja menor do que o aludido no art.

275, nº I.[11]

II – *Outras causas que, qualquer que seja o valor, devem seguir o procedimento sumário (art.275, nº II*):

a) *As causas de arrendamento rural e de parceria agrícola*:

Esses contratos agrários acham-se minuciosamente disciplinados pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504 de 30.11.64), pela Lei nº 4.947, de 06.04.66, e pelo Regulamento baixado através do Decreto nº 59.566, de 14.11.66.

Todo e qualquer litígio oriundo dos contratos de arrendamento rural e parceria agrícola deve ser submetido ao procedimento sumário, assim como as ações de despejo, de retomada, de rescisão contratual, de indenização por inadimplemento, de acertos de contas. No caso, porém, de contrato escrito, o valor do aluguel e acessórios poderá ser cobrado executivamente (art. 585, nº V).

b) *As causas de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio*:

A partir da Lei nº 9.245, de 25.12.95, que deu nova redação ao artigo 275 do CPC, toda e qualquer quantia devida pelo condômino ao condomínio será exigível mediante procedimento sumário. Revogou-se, portanto, a norma das Leis nºs 4.591, de 16.12.64, e 4.864, de 29.11.65, que previam, na espécie, o cabimento da execução forçada. O condomínio, doravante, somente poderá agir executivamente se o condômino firmar documento a seu favor, que se enquadre na configuração de título executivo (art. 585), não bastando, para tanto, a simples existência de orçamento aprovado pela convenção condominial.

c) As causas de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico:

Prédio, aqui, é sinônimo de bem imóvel, rústico ou urbano, com ou sem edificações ou outras acessões. Compreende o solo com todos os seus acessórios naturais ou artificiais. A ação *de que se* cuida é de indenização por ato ilícito, seja a responsabilidade objetiva ou subjetiva, conforme a lei civil.

d) As causas de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre:

Trata-se, também, de ação de indenização por ato ilícito. Não importa se o demandado dirigia, ou não, o veículo, na ocasião do dano. Desde que a causa do acidente tenha sido um veículo, a ação de responsabilidade civil movida pela vítima seguirá o rito sumário, mesmo que se trate de responsabilizar terceiros, como o patrão e o preponente, ou o pai ou responsável pelo incapaz.

Com a nova redação que a Lei nº 9.245, de 26.12.95, deu ao inc. II, letra d, o rito sumário não cabe, mais, em qualquer acidente de veículo mas apenas naqueles que ocorram em relação ao tráfego pelas vias terrestres (automóveis,

caminhões, locomotivas etc.), sendo indiferente que o veículo se mova sob tração mecanizada ou não. Ficam fora do procedimento sumário, então, os acidentes com aviões, navios e outras embarcações que se movimentam pelo ar ou pelas águas.

e) As causas de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo:

O segurado, no ramo de veículos, poderá sempre usar o procedimento sumário, para reclamar da seguradora a indenização do dano proveniente do acidente de veículo. Na letra *e* do inciso II, o art. 275 não repetiu a restrição da incidência apenas sobre "acidentes de veículo de via terrestre". Daí que o rito sumário pode ser utilizado, em matéria de seguro, para qualquer tipo de acidente de veículo, e não apenas aos de via terrestre.

Quando o seguro referir-se a danos pessoais, de que resulte morte, o segurado poderá usar a execução forçada nos termos do art. 585, inciso III. Não haverá lugar, portanto, para o procedimento sumário.

f) As causas de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial:

Uma ressalva de legislação especial existe em favor dos advogados, a quem a Lei nº 8.906, de 04.07.94, confere ação executiva para cobrança de honorários, desde que tenham sido contratados por escrito ou arbitrados judicialmente em processo preparatório, caso em que o instrumento de mandato vale como presunção de prestação de serviço ajustado.

A faculdade de requerer arbitramento em procedimento apenas preparatório, segundo a jurisprudência, não faz coisa julgada e não impede a discussão da dívida em embargos à execução, de forma que, embora existente o arbitramento judicial, a execução será feita como se se tratasse de título executivo extrajudicial, permitindo ao devedor ampla discussão em torno do crédito ajuizado.[12]

Por isso, a previsão legal do arbitramento não exclui a opção do advogado pela cobrança de seus honorários, não contratados por escrito, através da ação sumária do art. 275, nº II, *f*, que, em muitos casos, lhe dará a vantagem de uma condenação definitiva, líquida, sob o manto da *res indicata* (título executivo judicial).

Dessa forma, cabe ao advogado escolher, segundo suas conveniências particulares, entre utilizar o arbitramento preparatório e ação sumária de cobrança.[13]

g) As causas que versem sobre revogação de doação:

A doação, segundo o art. 555 do Código Civil, sujeita-se à revogação em duas situações: (i) ingratidão do donatário; e (ii) inexecução do encargo.

O alcance da ideia de ingratidão acha-se, outrossim, delimitado pelas hipóteses arroladas no art. 557 daquele Código, que compreendem: (i) donatário que atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; (ii) cometeu ofensa física contra ele; (iii) o injuriou gravemente ou o caluniou; (iv) recusou alimentos ao doador necessitado, quando podia ministrá-los.

Em regra, a ação de revogação é personalíssima e somente pode ser movida pelo próprio doador contra o donatário. Apenas no caso de falecimento no curso do processo é que se admite o prosseguimento da ação entre os sucessores (Cód. Civil, art. 560).

Apenas quando se tratar de homicídio é que ficam legitimados originariamente os herdeiros do doador a propor a ação de revogação. Não poderão, entretanto, fazê-lo se o doador, antes de falecer, houver perdoado o donatário (Cód. Civil, art. 561).

O poder de revogar a doação é um direito potestativo que se extingue em um ano a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato que o autoriza (Cód. Civil, art. 559).

No caso das doações onerosas, a revogação por inexecução do encargo depende de constituição do donatário em mora (Cód. Civil, art. 562).

344. Outras causas de procedimento sumário

Além das causas relacionadas pelo art. 275 do Código de Processo Civil, leis especiais posteriores adotaram, também, o procedimento sumário para a ação de *adjudicação compulsória* gerada por compromissos de compra e venda irretratáveis de imóveis (Lei nº 6.014, de 27.12.1973, que deu nova redação ao art. 16 do Decreto-Lei nº 58, de 10.12.1937); para a ação de cobrança da indenização coberta pelo *seguro obrigatório de veículos* (Lei nº 6.194, de 19.12.1974, art. 10); para a ação de *acidentes do trabalho* (Lei nº 6.367, de 19.10.1976); para a ação de *usucapião especial* (Lei nº 6.969, de 10.12.1981); ação *discriminatória* (Lei nº 6.383 de 07.12.1976, art. 20); ação *revisional de aluguel* (Lei nº 8.245, de 18.01.1991, art. 68); ação entre representante comercial e representado (Lei nº 4.886, de 09.12.1965) etc.

345. Indisponibilidade do rito sumário

Em princípio, não poderia o autor, nem mesmo com assentimento do réu, substituir o procedimento sumário pelo ordinário naqueles casos em que a lei manda observar o primeiro.[14]

"A forma de procedimento não é posta no interesse das partes, mas da Justiça."[15] A não ser nas hipóteses de pedidos cumulados (art. 292, § 2º), "a parte não tem a disponibilidade de escolha do rito da causa".[16]

Mas, à vista do disposto no art. 250, "o emprego do procedimento ordinário, em vez do sumário, não é causa de nulidade do processo".[17] Em se tratando apenas de erro de forma, o juiz deve aproveitar os atos úteis praticados pela parte e determinar que o feito tome o rito adequado.[18]

Ao determinar, porém, a conversão de causa ordinária em sumária, o juiz deverá abrir prazo ao autor para que este complete a inicial, juntando seu rol de testemunhas, para evitar prejuízo à parte, eis que não terá, no novo procedimento, outra oportunidade para fazê-lo.[19]

Mesmo quando, por descuido do juiz, a causa não for convertida, oportunamente, em sumária, e chegar a ser julgada sob o rito ordinário, não caberá ao Tribunal anular o processo, se daí não resultar nenhum prejuízo para a defesa do réu (arts. 250, parágrafo único, e 244).[20] A jurisprudência do STJ tem evoluído e, em nome da instrumentalidade das formas processuais, passou a admitir que "não há nulidade na adoção do rito ordinário ao invés do sumário, salvo se demonstrado prejuízo, notadamente porque o ordinário é mais amplo do que o sumário e propicia maior dilação probatória".[21]

Entre o procedimento sumário e o Juizado Especial disciplinado pela Lei nº 9.099, de 26.09.95, que passou a ser o verdadeiro rito sumaríssimo, há, todavia, possibilidade de opção pelo autor da ação, pois a lei entende que ambos são adequados para a solução das causas de menor complexidade (art. 3º, § 3º, da referida Lei).

Há, porém, hipóteses legais em que o procedimento ajuizado como sumário pode, por motivo superveniente, converter-se em ordinário. É o que se passa quando o juiz acolhe a impugnação ao valor da causa, ou sobre a natureza da demanda (art. 277, § 4º); e quando, durante a instrução da causa, se torna necessária prova técnica de maior complexidade (art. 277, § 5º).

346. O procedimento

O objetivo visado pelo legislador ao instituir o procedimento sumário foi o de propiciar solução mais célere a determinadas causas.

Esse rito apresenta-se, por isso, muito mais simplificado e concentrado do que o ordinário. Quase nem se nota a distinção entre as fases processuais, pois, à exceção da petição inicial, tudo praticamente – defesa, provas e julgamento – deve realizar-se no máximo em duas audiências, uma de conciliação e resposta e outra de instrução e julgamento. Valorizou-se, assim, o princípio da oralidade.

Ainda dentro do critério de maior celeridade, dispõe o art. 174, nº II, que as causas de rito sumário se processam durante as férias forenses e não se suspendem pela superveniência delas.

Finalmente, a Lei nº 9.245, de 26.12.95, e, posteriormente, a Lei nº 10.444, de 07.05.2002, adotaram várias providências para tornar mais ágil e mais simples a tramitação do procedimento sumário, tais como:

a) reduziu-se o rol das ações que podem correr sob o rito sumário, de modo a eliminar do art. 275 aquelas que não se conciliam com a singeleza do procedimento em questão e que, por isso mesmo, reclamam normalmente um contraditório de maior amplitude;

b) previu-se a possibilidade de converter o procedimento em ordinário, quando a prova técnica necessária ao julgamento da causa envolver trabalho de maior complexidade (art. 277, § 4º);

c) instituiu-se uma audiência inicial destinada especificamente à conciliação e, na sua falta, à resposta do demandado (arts. 277 e 278);

d) autorizou-se o uso de conciliador, a exemplo do que se passa no Juizado de Pequenas Causas, para auxiliar o Juiz na tarefa de conseguir a solução conciliatória (art. 277, § 1º);

e) deu-se às causas de rito sumário a natureza de *ação dúplice*, de sorte que, sem reconvenção, o réu poderá formular pedido contra o autor, desde que fundado nos mesmos fatos trazidos a juízo na inicial (art. 278, § 1º). A inovação representará grande economia processual em ações como a de colisão de veículos, onde geralmente coincidem pretensões opostas dos litigantes em relação à responsabilidade pelo ato danoso;

f) eliminou-se a possibilidade de intervenção de terceiros, que funcionava como um dos principais fatores da lentidão e complexidade do antigo procedimento sumaríssimo. Apenas a assistência e o recurso de terceiro prejudicado continuaram permitidos, porque, evidentemente, não representavam maior embaraço ao andamento da causa (art. 280, I). Com a Lei nº 10.444, de 07.05.2002, entretanto, nova alteração se fez no art. 280, para permitir "a intervenção fundada em contrato de seguro", que ordinariamente se tinha como viável por meio da denunciação da lide. Entretanto, com a nova configuração do

seguro de responsabilidade civil traçada pelo Código Civil de 2002, o chamamento ao processo passou a ser mais adequado para exigir a integração da seguradora ao processo (v., *retro*, nº 115 e 124-b).

g) vedou-se a possibilidade da declaratória incidental (art. 280, com redação da Lei nº 10.444/02). Por conseguinte, não caberá, também, o incidente de falsidade, já que este nada mais é do que uma modalidade da ação declaratória incidental. Não quer dizer que a parte não possa questionar a veracidade do documento produzido pelo adversário, mas terá de fazê-lo como simples medida de defesa, dentro da instrução da causa, sem ampliar a extensão do objeto litigioso e sem provocar a sua suspensão.

347. A petição inicial e seu despacho

Na petição inicial – diz o art. 276 – o autor exporá os fatos e os fundamentos jurídicos, formulará o pedido e indicará as provas, oferecendo desde logo o rol de testemunhas e documentos. Se requerer perícia, formulará, no mesmo ato, os quesitos e indicará, também, na inicial, o assistente técnico. Se desejar o depoimento pessoal do réu, deverá o autor requerê-lo, também, na inicial.

Deverá, é claro, elaborar a petição com todos os requisitos do art. 282 (*vide*, *infra*, nº 354).

A particularidade consiste no ônus para o autor de produzir o rol de testemunhas e a prova documental junto com a inicial, sob pena de preclusão.[22]

No mais, todas as regras pertinentes ao pedido e os efeitos do ajuizamento da causa são os mesmos previstos para o procedimento ordinário, cujas disposições gerais se aplicam subsidiariamente ao procedimento sumário (art. 272, parág. único).

Ao despachar a inicial, há outra particularidade do procedimento que estamos apreciando: o juiz não apenas defere a citação do réu, mas desde logo, no próprio despacho liminar, designará audiência de conciliação, a ser realizada no prazo máximo de 30 dias. No mesmo despacho incluirá a ordem de comparecimento das partes para a tentativa de conciliação, comparecimento esse que pode ser pessoal ou por meio de preposto com poderes para transigir (art. 277, § 3º).

É claro que poderá, também, indeferi-la, nos casos do art. 295, ou mandar, previamente, que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 dias, conforme o art. 284.

A decisão sobre o cabimento, ou não, das provas requeridas pelo autor não se

dará de plano. Ocorrerá na audiência de conciliação, depois de ouvido o réu, e não obtida a solução negocial para a lide (arts. 277, § 4º, e 278, § 2º).

348. A citação e a resposta do réu

A citação, no procedimento sumário, é para que o réu compareça à audiência de conciliação e nela produza sua defesa, caso não se logre sucesso na busca de uma solução negocial para o litígio (arts. 277, *caput*, e 278).

Os requisitos da citação são os mesmos previstos nos arts. 213 a 233. Ressalta, porém, o art. 277 que deverá ser expressa a advertência ao réu de que o seu não comparecimento, sem justificativa, importará na presunção de serem verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319). Não se trata, como é lógico, de presunção absoluta, pois, mesmo na falta de contestação, não se admitirá a confissão ficta "se o contrário resultar da prova dos autos" (art. 277, § 2º).

Entre a citação e a realização da audiência deve mediar um prazo não inferior a 10 dias (art. 277), cuja contagem será feita segundo as regras do art. 241. Se o sujeito passivo for a Fazenda Pública, será duplicado o prazo em questão.

A inobservância do referido interstício acarreta a nulidade de todos os atos processuais posteriores à citação.[23]

Se, contudo, o réu comparecer à audiência e oferecer contestação, sem alegar a inobservância do art. 277, dever-se-á entender que "renunciou ao prazo estabelecido em seu favor".[24]

A resposta do réu pode consistir em contestação ou exceção. "Não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro" (art. 280, com redação da Lei nº 10.444/02). Quanto à reconvenção, outrora vedada expressamente, após a Lei nº 9.245, de 26.12.95, tornou-se incabível por falta de interesse, já que o art. 278, § 1º, em seu novo texto, conferiu à ação sumária a natureza dúplice. Dessa forma, mesmo sem a ação reconvencional, o réu pode usar a contestação para "formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial". Vale dizer: a resposta, no procedimento sumário, tanto pode ser de pura resistência como de contra-ataque, frente ao autor. O contexto fático deve ser único (conexão de causa), tanto no pedido do autor como no do réu, não sendo lícito a este trazer para o processo pretensão derivada de evento diverso do noticiado na inicial.

A contestação, a ser produzida em audiência, pode ser através de petição

escrita ou oral (art. 278, *caput*). Não há qualquer restrição quanto à matéria arguível, seja de forma ou de mérito, salvo aquela relativa à limitação do tema da pretensão reconvencional (art. 278, § 1º).

Todas as provas desejadas pelo réu haverão de ser requeridas na contestação, onde constará o rol de testemunhas e o pedido de perícia, se for o caso, bem como o de depoimento pessoal do autor, se for do interesse do contestante. A prova documental, também, acompanhará a resposta. Havendo requerimento de perícia, por qualquer das partes, caberá ao réu, na contestação, formular os seus quesitos e indicar assistente técnico (art. 278, *caput*).

A presença do réu à audiência de conciliação, como a do autor, foi valorizada pela Lei nº 9.245/95, ao tornar obrigatória a inclusão, no despacho da inicial, da determinação do "comparecimento das partes" (art. 277, *caput*). Mas não há necessidade de ser pessoal a presença dos litigantes em juízo. Permite-se a representação por meio de preposto com poderes para transigir (art. 277, § 3º).

Se o réu não comparecer, nem por si nem por representante, será considerado revel, aplicando-se-lhe a pena de confesso, se não apresentar justificativa para a ausência (art. 277, § 2º). Não previu a lei sanção para o autor faltoso. A outorga para representar a parte e transigir pode ser dada ao próprio advogado, já que não se fez nenhuma imposição especial à escolha do preposto a atuar na audiência de conciliação.

A resposta somente será produzida depois de frustrada a tentativa de conciliação, e poderá ser formulada por escrito ou oralmente (art. 278). Será manifestada por advogado, de modo que se a parte comparecer mas não se fizer acompanhada de advogado incorrerá em revelia.[25]

Da mesma forma, as exceções devem ser deduzidas, na audiência, oralmente ou por escrito, também através de advogado.[26]

É na audiência, e não antes, que deve ser oferecida toda a defesa do réu, inclusive as exceções.[27] Não incide, pois, o prazo do art. 297.

As exceções, se não puderem ser desde logo solucionadas pelo juiz, acarretarão a suspensão do processo (art. 306), impedindo a realização da audiência de instrução e julgamento, enquanto não julgadas (*vide, infra*, nº 388).

Observe-se, outrossim, que o procedimento sumário caracteriza-se pela concentração, de sorte que não cabe ao réu dissociar sua defesa, apresentando, primeiramente, a exceção e reservando-se para produzir a contestação após o julgamento da preliminar. Na audiência, e de uma só vez, terá de formular toda a *defesa*, inclusive a arguição, por meio de exceção, da incompetência, impedimento ou suspeição. Se isto não acontecer, e apenas for formulada a

defesa indireta, caracterizada estará a revelia, nos termos do art. 319.[28]

349. Audiência de conciliação

A lei prevê duas audiências no procedimento sumário: a primeira destinada à conciliação e eventual resposta do réu; a segunda, à instrução e julgamento.

Não se abrem o contraditório e a instrução sem antes tentar a solução conciliatória. A citação, por isso, é para conciliação, em primeiro lugar. Somente depois de frustrada a solução negocial é que o réu produzirá sua contestação, ainda dentro da audiência inaugural (art. 278).

Chegando as partes a um acordo, a conciliação será reduzida a termo e homologada pelo juiz, tudo na própria audiência (art. 277, § 1º). Tanto o acordo como a homologação ficarão constando da ata da audiência, produzindo sua plena eficácia, independentemente de qualquer outra intimação.

Para estimular a composição negocial dos litígios, que além de mais econômica é quase sempre melhor do que a imposta pela sentença, a Lei nº 9.245/95 previu a possibilidade de o juiz ser auxiliado na audiência de conciliação por um "conciliador", que se encarregará de ouvir as partes e de incentivá-las a transigir (art. 277, § 1º). O recurso a esse auxiliar do juízo dependerá de lei local para criar o respectivo cargo ou para disciplinar a função independentemente da criação de cargo específico.

A ideia de agregar ao juízo a figura do conciliador já está em prática há algum tempo na França, graças à sistemática de seu novo Código de Processo Civil, que não só fez integrar à função do juiz a tarefa de "conciliar as partes", como instituiu em todo órgão judicial o agente auxiliar denominado "conciliador", e que é escolhido entre "notáveis" ou "juízes aposentados". Esse conciliador não é um magistrado, pois sua função não é julgar, mas apenas aproximar as posições litigiosas, na tentativa de que as próprias partes encontrem uma solução para suas divergências. Trata-se de uma providência integrante da política moderna de aceleração da prestação jurisdicional, que opera por meio de uma espécie de "justiça consensual" e que vem desfrutando de todos os favores do legislador francês. Nela se enxerga um meio de aliviar os tribunais e de tornar mais humana a justiça. A doutrina aplaude o programa do legislador e considera a "justiça consensual" intimamente ligada "à ideia de que, neste fim de século XX, o jurisdicionado aspira a uma Justiça mais simples, menos solene, mais próxima de suas preocupações quotidianas, àquilo que numa palavra se denomina uma *justiça de proximidade*".[29]

Para facilitar o acesso à solução negocial, a lei impõe a necessidade de as partes estarem presentes à audiência de conciliação ou, pelo menos, fazerem-se representar por preposto com poderes para transigir (art. 277, § 2º).

Visando a acelerar a marcha do procedimento sumário, estipulou-se que a designação da audiência conciliatória se dê para 30 dias, no máximo (art. 277), o que não será difícil de cumprir-se, visto que, limitada à tentativa de composição negocial, a audiência não demandará sessão demorada, tanto mais que o juiz pode servir-se do auxílio de conciliador para abreviar o contato com as partes.

Ao despachar a inicial, também, não deve se preocupar com o saneamento de questões preliminares mais complicadas, pois poderão restar prejudicadas pela composição eventual entre as partes. Assim, salvo falhas grosseiras da petição inicial, que o juiz não terá como ignorar e deixar de coibir desde logo, o mais comum será a designação pura e simples da audiência de conciliação.

Fracassada a tentativa de acordo, aí sim, o magistrado, ainda na audiência, examinará as preliminares, mormente aquelas que dizem respeito ao valor da causa (art. 275, I) e à natureza da demanda (art. 275, II). Reconhecendo que a causa não se enquadra no campo que a lei destina ao procedimento sumário, determinará, de plano, a sua conversão para o rito ordinário (art. 277, § 4º). Nesse caso, se a causa ainda não foi contestada, o juiz encerrará a audiência e abrirá o prazo normal de resposta previsto para o rito ordinário.

Haverá, também, conversão para o rito ordinário quando o juiz, no exame da inicial, se convencer de que, pela exposição dos fatos e dos fundamentos de direito, a solução da causa estiver a exigir prova pericial de maior complexidade (art. 277, § 5º).

Ainda na audiência inicial, caberá ao juiz, se não obtida a conciliação:

a) receber a contestação, escrita ou oral (art. 278, *caput*);

b) decidir sobre as provas ainda cabíveis (testemunhas e perícia, principalmente);

c) se couber perícia, nomeará o perito e marcará o prazo de pelo menos 20 dias, antes da audiência de instrução e julgamento (art. 433, *caput*);

d) designará audiência de instrução e julgamento, para data próxima, não excedente de 30 dias, salvo se houver determinação de perícia (art. 278, § 2º).

349-a. Audiência de instrução e julgamento

Somente ocorrerá a segunda audiência, destinada à instrução e julgamento, se, após a frustração da tentativa de conciliação, houver necessidade de colher

prova oral para dirimir a lide. Portanto, mesmo depois de oferecida a contestação na primeira audiência, não será designada a segunda se o juiz verificar:

a) que deve extinguir o processo por falta insanável de pressuposto processual ou condição da ação (art. 278, § 2º, c/c art. 267, IV e VI);

b) que deve proferir julgamento antecipado da lide, por desnecessidade de prova oral diante da natureza puramente documental da prova, da presunção legal de veracidade dos fatos alegados pela parte ou da circunstância de ser puramente de direito a controvérsia a solucionar (art. 278, § 2º, c/c art. 330, I e II).

A designação da audiência de instrução e julgamento será para data que não ultrapasse 30 dias a contar da audiência de conciliação, prazo que deverá ser ampliado se houver determinação de perícia (art. 278, § 2º).

Na documentação dos atos probatórios realizados na audiência (depoimentos de partes e testemunhas e esclarecimentos de perito), usar-se-ão, de preferência, métodos como a estenotipia. Far-se-á constar do registro comum do depoimento, onde não for possível o uso da estenotipia ou taquigrafia, "apenas o essencial" (art. 279, parágrafo único).

Tudo o que o juiz decidir em audiência de instrução e julgamento somente poderá ser impugnado por meio de agravo retido manifestado imediatamente e sob a forma oral (art. 523, § 3º, com a redação da Lei nº 11.187, de 19.10.2005). Com isso, busca-se eliminar os inconvenientes e embaraços da formação do agravo de instrumento durante a marcha processual. Regra, aliás, que foi generalizada pelas Leis nºs 10.352/01 e 11.187/2005, de modo a abranger todo e qualquer procedimento.

A audiência deve permitir às partes o debate oral, após a coleta das provas orais. E a sentença, em princípio, deverá ser proferida pelo juiz na própria audiência. Se não for possível, terá 10 dias de prazo para fazê-lo, depois de encerrada a audiência final (art. 281).

350. Revelia

Ocorre a revelia, no procedimento sumário, nos mesmos casos e com os mesmos efeitos previstos para o procedimento ordinário. Há, porém, uma novidade introduzida pela Lei nº 9.245/95, no texto do art. 277, § 2º: o não comparecimento do réu à audiência de conciliação, sem justificativa, importa por si só confissão quanto à veracidade dos fatos alegados pelo autor na inicial. Isto quer dizer que, se o réu não se fizer presente ou não enviar preposto credenciado

para transigir (art. 277, § 3º), o juiz não designará a audiência de instrução e julgamento. É que estará, desde logo, autorizado a proferir a sentença de mérito, nos termos do art. 330 (julgamento antecipado da lide), circunstância também prevista no art. 278, § 2º (na redação da Lei nº 9.245, de 26.12.95), como impedimento à realização da segunda audiência do procedimento sumário.

Nas hipóteses de réu preso, ou citado por edital ou com hora certa (art. 9º, II), o juiz nomeará curador especial na própria audiência. Se o advogado nomeado estiver presente e declarar-se em condições de defender o réu, a audiência poderá ter prosseguimento. Mas se requerer prazo para preparar a resposta em nome do revel, deverá o juiz suspender os trabalhos, de maneira que o curador disponha, pelo menos, dos 10 dias a que alude o art. 278 (ver, *retro*, nº 348).

351. Declaratória incidental, intervenção de terceiros, litisconsórcio e assistência

Para agilizar o procedimento sumário, eliminando as causas mais comuns de embaraço e retardamento da marcha processual, a Lei nº 9.245/95 havia vedado, com a redação dada ao art. 280, nº I, todas as formas de intervenção de terceiros, com exceção apenas da assistência e do recurso de terceiro prejudicado. Posteriormente, com a Lei nº 10.444/02, que novamente alterou o art. 280, permitiu-se também a intervenção de terceiro fundada em contrato de seguro.

Com a mesma preocupação, ficou interditada a ação declaratória incidental e, consequentemente, o incidente de falsidade, que, como se sabe, é uma simples modalidade de declaratória incidental (ver, *retro*, nº 346).

As matérias que a parte queira opor a terceiros terão de ser objeto de ação apartada, de maneira a não prejudicar a tramitação e julgamento da ação sumária, dentro da celeridade programada pela lei.

Quanto à assistência e à citação de litisconsortes necessários, não há restrição alguma. A primeira deverá ser admitida sem prejuízo do andamento regular do feito, e a segunda mediante o necessário adiamento da audiência, para que o litisconsorte seja convocado a participar da instrução e julgamento, caso a citação já não tenha sido determinada, de ofício, pelo juiz, no despacho da petição inicial.

Da mesma forma, não há empecilho a que se use o chamamento ao processo da seguradora nas hipóteses de direito à cobertura prevista em contrato de seguro de responsabilidade civil, a que se use a intervenção de terceiro com base em

pretensão fundada em contrato de seguro (v., *retro*, nos 115 e 124-b).

352. Direito intertemporal

O Código revogado não previa o procedimento sumário, mas o novo estatuto determinou que suas disposições fossem aplicadas desde logo aos processos pendentes (art. 1.211).

Como proceder-se à adaptação, ao rito sumário, de causas em andamento que tiveram, assim, seu ajuizamento sob rito ordinário?

A orientação assentada pela jurisprudência resolveu o impasse, com base na melhor doutrina, a seguir exposta.

A feição própria do procedimento sumário é adquirida a partir da própria inicial (Código de Processo Civil, art. 276). "Esta sua configuração, que surge, portanto, da propositura da ação, impede que, iniciada a demanda pelo procedimento ordinário e até contestada, tal ainda na vigência da antiga lei adjetiva civil, venha, quando em grau de recurso, e aí já vigorando o novo Código", a ser aplicado o regime recursal do procedimento sumário.[30]

Sob esse mesmo prisma, para os feitos ainda em primeiro grau de jurisdição, "se a citação ocorreu na vigência da lei processual revogada, será de todo impossível a conversão do processo de rito ordinário em sumário".[31]

Em suma, o que prevaleceu na transição do Cód. de 1939 para o de 1973 foi a tese de que o rito novo só devia atingir as causas ordinárias ajuizadas anteriormente à vigência do último, quando o réu ainda não tivesse sido citado, caso em que o juiz mandaria o autor adaptar sua petição ao art. 276 e citaria o demandado, já na forma do art. 278.[32]

O mesmo princípio deve prevalecer em relação às inovações procedimentais criadas pela Lei no 9.245, de 26.12.95. Dessa forma, se a audiência já se realizou sob o regime do texto antigo do Código, nada praticamente será mudado: a contestação, ou revelia, já terá acontecido e seus efeitos haverão de ser respeitados. Válidas serão também as intervenções de terceiros já requeridas, como denunciação da lide, nomeação à autoria, chamamento ao processo etc.

Se, porém, o processo estiver em sua fase inicial, deverá o juiz seguir inteiramente o novo rito, realizando a audiência de conciliação e observando, daí em diante, todos os trâmites preconizados pela Lei no 9.245/95.

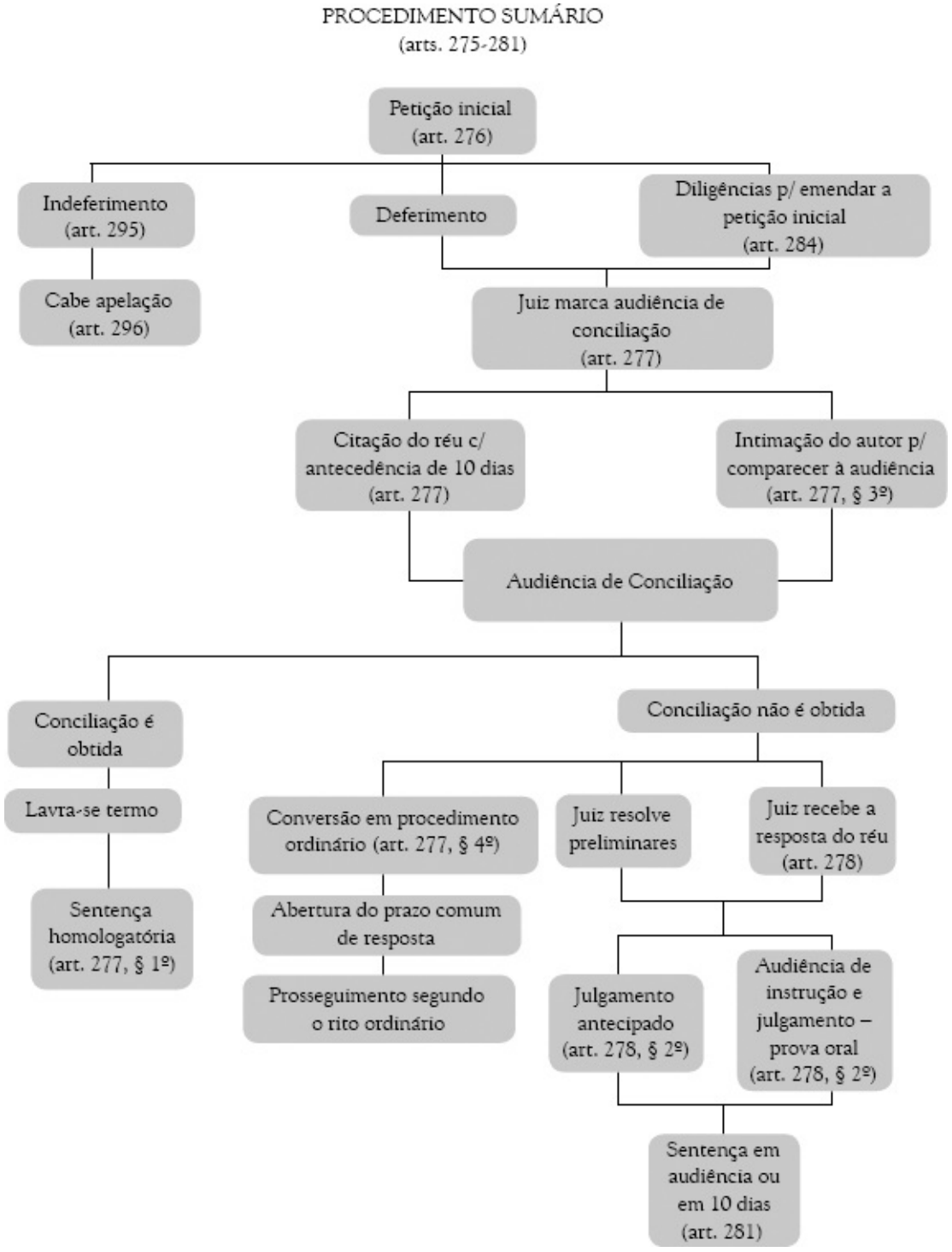
Não poderá, todavia, aplicar ao réu a pena de confesso pelo seu não comparecimento à audiência, se seu advogado estiver presente e apresentar defesa. É que, segundo o texto inovado do art. 277, *caput*, a sanção em foco

depende de prévia advertência a ser incluída no ato citatório. Se, pois, a citação se deu na forma da lei anterior, sem a advertência reclamada pela lei atual, não haverá como presumir a veracidade dos fatos alegados pelo autor, somente porque o réu não compareceu e não justificou sua ausência à audiência.

Quanto às causas que se iniciaram sob rito sumário e com a nova redação do art. 275, II, deixaram de ser incluídas no respectivo rol, deverão prosseguir no rito sob o qual se estabeleceu o contraditório. Se o contraditório, ainda, não se iniciou, deverá ser aberto sob o procedimento ordinário.

Logo, o importante é se verificar se houve ou não a realização da audiência do procedimento antigo.

Fluxograma nº 9



Nota: O prazo mínimo de 10 dias entre a citação e a audiência de conciliação será cotado em dobro, se o réu for à Fazenda Pública (art. 277)

1 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971, v. II, n. 350, p. 82.

2 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1974, v. III, p. 466.

3 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. I, n. 309, p. 362.

4 Nos casos do art. 269, II a V, embora a lei considere encerrado o processo *com julgamento de mérito* (art. 269, *caput*), na verdade o juiz não dá solução própria à lide, pois esta ou decorre de autocomposição encontrada pelas partes ou de exceção (prejudicial) que afasta a penetração do julgamento sobre o conteúdo propriamente do litígio (preliminares de mérito).

5 STJ, 3ª T., REsp. nº 717.276/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 21.06.2007, *DJU* 29.06.2007, p. 581.

6 STJ, 1ªT., REsp. nº 1.172.369/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, ac. 19.05.2011, *DJe* 03.06.2011.

7 STJ, 3ª T., REsp. nº 2.834/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 26.06.90, *DJU* de 27.08.90, p. 8.322; STJ, 3ª T., REsp. nº 11.200/SP, Rel. Min. Dias Trindade, ac. 12.08.91, *DJU* de 09.09.91, p. 12.201; STJ, 3ª T., REsp. nº 737.260/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 21.06.2005, *DJU* 01.07.2005, p. 533; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.131.741/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 27.10.2009, *DJe* 11.11.2009.

8 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*: tentativa de compatibilização. Tese para concurso de Professor Titular, USP, São Paulo, 2005, p. 63; LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo, *Ajuris*, 28/10.

9 "O nome com o qual se rotula a causa é sem relevância para a ciência processual" (STJ, 4ª T., REsp. nº 7.591/SP, Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 26.11.91, *RSTJ*, 37/368). "Sendo os fatos expostos aptos a conduzir, em tese, à consequência jurídica traduzida no pedido, não importa o rótulo que se tenha dado à causa" (STJ, 3ª T., REsp. nº 14.944/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 17.12.91, *DJU* de 17.02.92, p. 1.377). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. nº 682.378/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 20.04.2006, *DJU* 06.06.2006, p. 143. Por exemplo: será apreciada como reivindicatória a ação em que se pede a posse com base no domínio, ainda que incorretamente se lhe dê o nome de possessória (STJ, 3ª T., REsp. nº 37.187/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 04.04.95, *RSTJ*, 73/280; STJ, 3ª T., REsp. nº 45. 421-2/SP, Rel. Min. Nilson Naves, *RSTJ*, 97/174).

10 Com o advento da Lei nº 6.205, de 29.04.75, a primeira tendência da jurisprudência foi para adotar o padrão do "valor de referência" (art. 2º da citada Lei) em lugar do "salário mínimo" previsto no art. 275, inc. I, do CPC. No entanto, jurisprudência mais recente vem se fixando na subsistência do valor do salário mínimo para determinação do cabimento do procedimento sumário (NEGRÃO, Theotônio. *Cód. Proc. Civ. e Leg. Proc. em Vigor*. São Paulo: RT, 1989, p. 179, nota 16 ao art. 275). Esse entendimento foi reforçado pelo próprio legislador que, ao introduzir o § 3º do art. 686 do CPC, a respeito do procedimento da arrematação, adotou, mesmo depois da Lei nº 6.205/75, o salário mínimo como base de referência para a simplificação do ato executivo (Lei nº 7.633, de 11.09.1985), o que indica que as restrições da citada Lei nº 6.205 não dizem respeito aos atos processuais. Também a Lei nº 9.099, de 26.09.95, adotou como critério de definição da competência dos Juizados Especiais o parâmetro do salário mínimo (art. 3º, inc. I), consolidando, assim, o entendimento exposto. Finalmente, a Lei nº 10.444, de 07.05.2002, alterou o valor definido do procedimento sumário de 20 para 60 salários mínimos, deixando evidente que o padrão legal de estimativa continua atrelado ao mesmo critério originariamente escolhido pelo Código.

11 2º TACiv.SP, Ag. 30.899, ac. 16.07.1975, *in RT*, 480/164.

12 "O processo de arbitramento de honorários advocatícios, previsto no parágrafo único do art. 101 do

Estatuto da OAB, visa a assegurar a cobrança sob a forma executiva. A discussão em torno dos direitos e obrigações vinculados aos honorários estimados fica reservada para a ação principal" (STF, RE 78.872, ac. 24.05.1974, Rel. Min. Adjaci Falcão, *in RTJ* 71/279). A inteligência do arbitramento adotada no acórdão prendia-se ao regime da Lei nº 4.215/63, art. 100, parágrafo único, que cogitava de um "processo preparatório". Após a Lei nº 8.906/94, a melhor interpretação da norma referente ao arbitramento de honorários advocatícios deve ser mudada porque a lei não mais cogita de medida preparatória, mas de decisão definitiva (arts. 22, § 2º, 23 e 24, *caput*).

13 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Op. cit.*, n. 58, p. 113.

14 PRATA, Edson. Simpósio Brasileiro de Direito Processual, realizado em Curitiba, 1975, relato de Edson Prata, *in Revista Forense*, 252/24, out.-nov.-dez./1975.

15 TJMT, Ag. Inst. 1.956, Rel. Des. Athaíde Monteiro da Silva, *in RT*, 479/185-186.

16 1º TACiv.SP, Apel. 211.092, Rel. Juiz Sylvio do Amaral, *in RT* 479/120-121. "A legalidade da forma processual é obrigatória se determinada em lei, ordenando a atividade imposta pelo Estado para realização dos fins da Justiça." TAMG, Apel. 9.077, ac. 30.06.76, Rel. Juiz Oliveira Leite (in *D. Jud. MG* de 27.04.77).

17 TJSP, Apel. 242.032, ac. 17.04.75, Rel. Des. Carlos Ortiz, *in RT*, 479/85-86; STJ, REsp. 11.200/SP, Rel. Min. Dias Trindade, ac. 12.08.91, *in DJU* de 09.09.91, p. 12.210; STJ, REsp. 2.834/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 26.06.90, *in DJU* de 27.08.90, p. 8.322; STJ, 3ª T., REsp. nº 737.260/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 21.06.2005, *DJU* 01.07.2005, p. 533.

18 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, I, p. 159; TAMG, Apel. 6.014, ac. 18.09.74, Rel. Juiz Oliveira Leite, *in Jurisprudência Mineira*, 60/219; TJRS, Ap. 595.127.144, Rel. Des. Oswaldo Stefanello, ac. 21.05.96, *in RJTJRS* 180/399. A conversão de um procedimento em outro pode aproveitar atos já praticados, "mas sem prejuízo para a defesa" (TJMG, Apel. 55.109, *in D. Jud. MG*, de 24.06.1981. No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp. nº 238.573/SE, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 29.08.2000, *DJU* 09.10.2000). Assim, por exemplo, "não se pode passar do rito ordinário para o sumaríssimo, sem antes abrir oportunidade para que o autor emende a inicial, no tocante ao pedido de provas, e sem a designação de audiência, que, nesse procedimento, é obrigatória, serve de ponto de referência para a apresentação do rol de testemunhas do réu, e representa a oportunidade em que as provas de ambas as partes serão colhidas e debatidas" (TJMG, Apel. 64.505, Rel. Des. Humberto Theodoro Jr.).

19 TJSP, Ag. Inst. 241.383, ac. 20.03.75, Rel. Des. Góes Nobre, *in RT*, 485/94; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.131.741/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 27.10.2009, *DJe* 11.11.2009.

20 2º TACiv.SP, Apel. 38.638, ac. 23.03.76, Rel. Juiz Carvalho Pinto, *in RT*, 487/138; STJ, REsp. 13.573/SP, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. 30.06.92, *in DJU* de 28.09.92, p. 16.425; STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 648.095/ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 06.10.2009, *DJe* 19.10.2009.

21 STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 918.888/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 28.06.2007, *DJU* 01.08.2007, p. 487.

22 STJ, 4ª T., REsp. nº 61.788/DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 17.02.1998, *DJU* 23.11.1998, p. 180.

23 "Após o advento da Lei nº 9.245, de 26.12.1995, que introduziu alterações no Código de Processo Civil, o prazo de dez dias previsto no art. 277, entre a citação do réu e a realização da audiência de conciliação, deve ser computado a partir da juntada aos autos do mandado respectivo. Caso em que, desatendido tal lapso temporal, é de se anular o processo a partir da audiência em questão" (STJ, 4ª T., REsp. nº 331.584/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 21.11.2006, *DJU* 12.02.2007, p. 263).

24 TJSP, Apel. 240.751, ac. 03.04.75, Rel. Des. Macedo Bittencourt, *in RT*, 481/88; TAMG, Ap. 212.766-8, Rel.ª Juíza Jurema Brasil Marins, ac. 16.04.96, *in* Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil Anotado*, São Paulo, RT, 1998, 7ª ed., vol. II, p. 1.390; STJ, 3ª T., REsp. nº 782.444/SP, Rel. Min. Castro Filho, ac. 08.11.2005, *DJU* 28.11.2005, p. 290.

25 STJ, 3ª T., REsp. nº 336.848/DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 06.04.2010, *DJe* 16.04.2010.

26 Simpósio de Curitiba, *cit., loc. cit., Revista Forense*, 252/25.

27 PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., São Paulo: Série RT, 1975, v. III, p. 127; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*., I, p. 164.

28 STJ, 3ª T., REsp. nº 657.002/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 11.05.2010, *DJe* 24.05.2010.

29 PEROT, Roger. O Processo Civil Francês na Véspera do Século XXI, *Revista Forense*, v. 342, p. 166, abr./ mai./jun. de 1998.

30 STF, RE 82.357, ac. 04.11.75, Rel. Min. Bilac Pinto, *in RTJ*, 76/653.

31 TJSP, Ag. Inst. 234.293, ac. 10.09.74, Rel. Des. Almeida Camargo, *in RT*, 475/52.

32 LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*, 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 43.

Parte VI
Procedimento Ordinário

Capítulo XVI
FASE DE POSTULAÇÃO

§ 54. PETIÇÃO INICIAL

Sumário: 353. Petição inicial. 354. Requisitos da petição inicial. 355. Despacho da petição inicial. 356. Casos de indeferimento da petição inicial. 356-a. Indeferimento da petição inicial com base em prescrição. 357. Extensão do indeferimento. 357-a. Julgamento imediato do pedido na apreciação da petição inicial. 357-a-1. Intimação da sentença *prima facie*. 357-b. Recurso contra o julgamento *prima facie*. 357-c. Preservação do contraditório e ampla defesa. 358. Efeitos do despacho da petição inicial.

353. Petição inicial

"Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais" (art. 2º).

A função jurisdicional, portanto, embora seja uma das expressões da soberania do Estado, só é exercida mediante provocação da parte interessada, princípio esse que se acha confirmado pelo art. 262.

A *demanda* vem a ser, tecnicamente, o ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação jurisdicional, isto é, exerce o direito subjetivo público de ação, causando a instauração da relação jurídico-processual que há de dar solução ao litígio em que a parte se viu envolvida.[1]

O veículo de manifestação formal da demanda é a petição inicial, que revela ao juiz a lide e contém o pedido da providência jurisdicional, frente ao réu, que o autor julga necessária para compor o litígio.

Duas manifestações, portanto, o autor faz na petição inicial:

a) a *demanda* da tutela jurisdicional do Estado, que causará a instauração do

processo, com a convocação do réu;

b) o *pedido* de uma providência contra o réu, que será objeto do julgamento final da sentença de mérito.

Por isso mesmo, "petição inicial e sentença são os atos extremos do processo. Aquela determina o conteúdo desta. *Sententia debet esse libello conformis*. Aquela, o ato mais importante da parte, que reclama a tutela jurídica do juiz; esta, o ato mais importante do juiz, a entregar a prestação jurisdicional que lhe é exigida".[2]

354. Requisitos da petição inicial

A petição inicial, que só pode ser elaborada por escrito e que, salvo a exceção do art. 36, há de ser firmada por advogado legalmente habilitado, deverá conter os seguintes requisitos, indicados pelo art. 282:

I – o *juiz ou tribunal, a que é dirigida*: indica-se o órgão judiciário e não o nome da pessoa física do juiz;

II – *os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu*: os dados relativos à qualificação das partes são necessários para a perfeita individualização dos sujeitos da relação processual e para a prática dos atos de comunicação que a marcha do processo reclama (citações e intimações);

III – *o fato e os fundamentos jurídicos do pedido*: todo direito subjetivo nasce de um fato, que deve coincidir com aquele que foi previsto, abstratamente, pela lei como o idôneo a gerar a faculdade de que o agente se mostra titular. Daí que, ao postular a prestação jurisdicional, o autor tem de indicar o direito subjetivo que pretende exercitar contra o réu e apontar o fato de onde ele provém. Incumbe-lhe, para tanto, descrever não só o fato material ocorrido como atribuir-lhe um nexo jurídico capaz de justificar o pedido constante da inicial.

Quando o Código exige a descrição do *fato* e dos *fundamentos jurídicos do pedido*, torna evidente a adoção do princípio da *substanciação* da causa de pedir, que se contrapõe ao princípio da *individuação*.

Para os que seguem a *individuação*, basta ao autor apontar genericamente o título com que age em juízo, como, por exemplo, o de proprietário, o de locatário, o de credor etc. Já para a *substanciação*, adotada por nossa lei processual civil, o exercício do direito de ação deve se fazer à base de uma *causa petendi* que compreenda o *fato* ou o *complexo de fatos* de onde se extraiu a conclusão a que chegou o pedido formulado na petição inicial. A descrição do *fato gerador* do direito subjetivo passa, então, ao primeiro plano, como requisito

que, indispensavelmente, tem de ser identificado desde logo. Não basta, por isso, dizer-se proprietário ou credor, pois será imprescindível descrever todos os fatos de onde adveio a propriedade ou o crédito.

Entretanto, não é obrigatória ou imprescindível a menção do texto legal que garanta o pretenso direito subjetivo material que o autor opõe ao réu. Mesmo a invocação errônea de norma legal não impede que o juiz aprecie a pretensão do autor à luz do preceito adequado. O importante é a revelação da lide através da exata exposição do fato e da consequência jurídica que o autor pretende atingir. Ao juiz incumbe solucionar a pendência, segundo o direito aplicável à espécie: *iura novit curia*.

Para as demandas que envolvam obrigações decorrentes de operações financeiras — empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil — há norma que exige detalhamento, na petição inicial, para discriminar quais são as obrigações objeto de controvérsia, e determinar qual o valor que permanecerá incontroverso (art. 285-B, acrescido ao CPC pela Lei nº 12.810/2013) (v., adiante, item 361-a).

IV – *o pedido, com suas especificações*: é a revelação do objeto da ação e do processo. Demonstrado o fato e o fundamento jurídico, conclui o autor pedindo duas medidas ao juiz: 1ª, uma *sentença* (pedido *imediato*); e 2ª, uma *tutela específica* ao seu bem jurídico que considera violado ou ameaçado (pedido *mediato*, que pode consistir numa condenação do réu, numa declaração ou numa constituição de estado ou relação jurídica, conforme a sentença pretendida seja condenatória, declaratória ou constitutiva). Exemplificando: numa ação de indenização, o autor alega ato ilícito do réu, afirma sua responsabilidade civil pela reparação do dano e pede que seja proferida uma sentença que dê solução à lide (pedido *imediato*) e condene o demandado a indenizar o prejuízo sofrido (pedido *mediato*);

V – *o valor da causa*: a toda causa o autor deve atribuir um valor certo (art. 258) (ver, *retro*, nº 280);

VI – *as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados*: não basta ao autor alegar os fatos que justificam o direito subjetivo a ser tutelado jurisdicionalmente. Incumbe-lhe, sob pena de sucumbência na causa, o ônus da prova de todos os fatos pertinentes à sua pretensão (art. 333, I).

Daí a necessidade de indicar, na petição inicial, os meios de prova de que se vai servir. Não quer dizer que deva, desde já, requerer medidas probatórias concretas. Basta-lhe indicar a espécie, como testemunhas, perícia, depoimento pessoal etc. Os documentos indispensáveis à propositura da ação – como o título

de domínio na ação reivindicatória de imóvel – devem ser produzidos, desde logo, com a inicial (art. 283) (veja-se, adiante, o nº 459).

VII – o *requerimento para a citação do réu*: como o processo é relação jurídica que deve envolver três sujeitos – autor, juiz e réu –, cabe ao autor, ao propor a ação perante o juiz, requerer a citação do demandado, pois este é o meio de forçar, juridicamente, seu ingresso no processo.

Finalmente, de acordo com o art. 39, nº I, deve o advogado declarar, na petição inicial, o endereço em que receberá as intimações no curso do processo.

Com a nova redação que a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, deu ao art. 273, o autor ficou autorizado a incluir, quando necessário e cabível, o pedido de liminar, em qualquer ação ou procedimento (v., a seguir, o nº 372-*b*).

355. Despacho da petição inicial

Onde há mais de um juiz com igual competência, a petição inicial deve ser, previamente, submetida à distribuição perante a repartição adequada do juízo. Sendo apenas um o competente, a petição é apresentada diretamente ao magistrado.

Com a distribuição, ou com a entrega da petição inicial ao juiz, instaurada se acha a relação processual (ainda não trilateral), e proposta se considera a ação.

Chegando a petição às mãos do juiz, caberá a este examinar seus requisitos intrínsecos e extrínsecos antes de despachá-la.

Após esse exame, proferirá uma decisão que pode assumir três naturezas, a saber:

a) de deferimento da citação: se a petição estiver em termos, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu para responder (art. 285). É o chamado despacho *positivo*. Cumprida a diligência deferida, o réu estará integrado à relação processual, tornando-a completa (trilateral);

b) de saneamento da petição: quando a petição inicial apresentar-se com lacunas, imperfeições ou omissões, mas esses vícios forem sanáveis, o juiz não a indeferirá de plano. "Determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 dias" (art. 284). Só se o autor não cumprir a diligência no prazo que lhe foi assinado, é que o juiz, então, indeferirá a inicial (art. 284, parágrafo único).

Convém ressaltar que o poder do juiz de indeferir a petição inicial é limitado pelo princípio do contraditório que obriga todos os sujeitos do processo, inclusive o magistrado. É por isso que qualquer decisão que afete o interesse da parte não pode ser tomada sem antes ser-lhe dada oportunidade de manifestação

e defesa, ainda quando se trate de matéria conhecível de ofício pelo juiz. Assim, sendo sanável o defeito é dever, e não faculdade do juiz, ensejar à parte a emenda ou corrigenda da petição inicial, antes de indeferi-la (art. 284), sob pena de, não o fazendo, cometer ilegalidade e violar o devido processo legal.[3]

Entende-se por petição inicial defeituosa e carente de saneamento a que não preenche os requisitos exigidos pelo art. 282, a que não se faz acompanhar dos documentos indispensáveis à propositura da ação, ou a que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito (art. 284);

c) de indeferimento da petição: do exame da inicial, ou do não cumprimento da diligência saneadora de suas deficiências pelo autor, pode o juiz ser levado a proferir uma *decisão* de caráter negativo, que é indeferimento da inicial. O julgamento é de natureza apenas processual e impede a formação da relação processual trilateral. A relação bilateral (autor-juiz), esta, no entanto, já existe, mesmo quando o despacho é de simples indeferimento liminar da postulação, tanto que cabe recurso de apelação perante o tribunal superior a que estiver subordinado o juiz.

Por se tratar de decisão meramente formal ou de rito, o indeferimento da petição inicial não impede que o autor volte a propor a mesma ação, evitando, logicamente, os defeitos que inutilizaram sua primeira postulação.

Há casos, porém, em que o juiz profere, excepcionalmente, julgamento de mérito ao indeferir a inicial, isto é, decide definitivamente a própria lide. É o que ocorre quando o juiz verifica, *in limine litis*, que já ocorreu a decadência ou a prescrição do direito que o autor pretende fazer valer através da ação (art. 295, nº IV). Isto pode se dar, por exemplo, com uma ação anulatória de casamento proposta após o prazo decadencial previsto no Código Civil. O juiz pode repeli-la no despacho da inicial, mesmo antes da citação do réu.

Haverá, também, julgamento de mérito em indeferimento da petição inicial, quando o juiz, do cotejo entre os fatos narrados pelo autor e o pedido, concluir que não decorre logicamente a conclusão exposta (art. 295, parágrafo único, nº II). Isto poderia ocorrer, por exemplo, na hipótese em que uma noiva, diante do descumprimento de promessa de casamento, ajuizasse uma ação para pedir a condenação do noivo a contrair o matrimônio prometido; ou quando um credor de prestação de fato infungível pretendesse a prisão civil do devedor para compeli-lo ao cumprimento da obrigação; ou, ainda, quando alguém já separado judicialmente pretendesse alterar a partilha dos bens do casal, em razão de herança recebida pelo outro cônjuge, após a dissolução da sociedade conjugal (*vide*, *retro*, nºs 52 e 53).

Em todos os casos de indeferimento da petição inicial, tanto por deficiências formais como por motivos de mérito, o pronunciamento judicial assume a natureza de *sentença* (isto é, julgamento que põe fim ao processo) e desafia o recurso de apelação.

Poderá, assim, surgir do indeferimento liminar coisa julgada *formal* e até *material*.

Havendo apelação, o juiz poderá, no prazo de 48 horas, rever sua decisão e reformá-la, em juízo de retratação análogo ao do agravo (art. 296, *caput*, com a redação da Lei nº 8.952, de 13.12.1994). Não ocorrendo a reforma, os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente (art. 296, parágrafo único, em seu texto novo). Não há, mais, a citação do réu para acompanhar a apelação contra o indeferimento da inicial. Se ele não integrava, ainda, a relação processual ao tempo do ato recorrido, é natural que não se veja compelido a ter de participar da tramitação recursal que, até então, só diz respeito ao autor. Somente, pois, após o eventual provimento do recurso, é que, baixando os autos à comarca de origem, haverá a normal citação do demandado para responder à ação.[4]

Isto, contudo, não impede o demandado de intervir espontaneamente no processamento da apelação contra o indeferimento da inicial, se for de seu interesse.

Reformada a decisão apelada no julgamento de segundo grau, o acórdão que manda prosseguir o feito com a citação do réu não fará, contra ele, coisa julgada, nem produzirá preclusão sobre a preliminar decidida sem sua integração ao contraditório. Poderá, portanto, a contestação reabrir discussão sobre o tema decidido, sem embargo do que fora assentado pelo Tribunal.[5]

356. Casos de indeferimento da petição inicial

Dispõe o art. 295 que o indeferimento da petição inicial ocorrerá:

I – *quando for inepta*: entende-se por inepta a petição inicial quando (art. 295, parágrafo único):

a) lhe faltar *pedido* ou *causa de pedir*;

b) da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

c) o pedido for juridicamente *impossível*;

d) contiver pedidos *incompatíveis* entre si;

II – *quando a parte for manifestamente ilegítima*;

III – *quando o autor carecer de interesse processual*;

IV – *quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição*: antes da alteração da Lei nº 11.280/2006, o § 5º do art. 219 do CPC só considerava viável o reconhecimento *ex officio* da prescrição pelo juiz quando o litígio versasse sobre direitos não patrimoniais; mas, após a inovação referida, a possibilidade de decretação da prescrição sem provocação da parte foi ampliada para direito de qualquer espécie, de maneira a compreender, também, os patrimoniais; há, porém, algumas ponderações a fazer, que impedem as dimensões ilimitadas para que a literalidade do dispositivo processual parece apontar (v., a seguir, o item 356-a).

V – *quando o tipo e procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa ou ao valor da ação*: nessa hipótese, a regra é a conversão ao rito adequado e o juiz só indeferirá a inicial quando se revelar impossível a adaptação, como, por exemplo, naqueles casos em que houvesse de modificar o próprio pedido, e não apenas o procedimento (é impossível, *v.g.*, converter uma ação de execução em ação de conhecimento, e vice-versa);

VI – *quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284*: ou seja, quando o autor não proceder à diligência determinada pelo juiz para sanar omissões, defeitos ou irregularidades da petição inicial.

Como se vê, os casos de indeferimento são de três espécies:

a) de ordem formal (arts. 295, I, V e VI);

b) de inadmissibilidade da ação, por faltar-lhe condição necessária ao julgamento de mérito (art. 295, nºs II e III, e parágrafo único, nº III); e

c) por motivo excepcional de improcedência do próprio pedido (mérito) (art. 295, nº IV, e parágrafo único, nºs II e III, em alguns casos).

Não se recomenda uma intepretação ampliativa, ou extensiva, das hipóteses legais de indeferimento sumário da inicial. O correto será estabelecer-se, primeiro, o contraditório, sem o qual o processo, em princípio, não se mostra completo e apto a sustentar o provimento jurisdicional nem a solução das questões incidentais relevantes. O indeferimento liminar e imediato da petição inicial, antes da citação do réu, é de se ver como exceção. A regra é a audiência bilateral, isto é, o respeito ao contraditório. Por isso, mesmo os motivos evidentes de indeferimento da peça de abertura do processo passam a ser, após o aperfeiçoamento da relação processual, causas de extinção do processo sem apreciação do mérito (art. 267, I).

Entre as situações que desaconselham o indeferimento da inicial antes da citação do réu, lembra-se a da possível preexistência da coisa julgada, cujo

reconhecimento não figura, de forma expressa, no elenco do art. 295. Dessa maneira, não é legítimo o ato judicial que, de plano, denega a inicial a pretexto de existir *res iudicata* e, muito menos, é de admitir-se o imediato acolhimento do pedido, sem audiência do réu, sob o argumento de estar a pretensão do autor apoiada em coisa julgada. Em ambas as situações maltrata-se o devido processo legal.[6]

356-a. Indeferimento da petição inicial com base em prescrição

O propósito da reforma do texto do § 5º do art. 219, segundo se vê da Exposição de Motivos do respectivo Projeto, subscrita pelo Ministro da Justiça, foi permitir ao juiz "decretar de ofício, sem necessidade de provocação das partes, a prescrição, em qualquer caso". Anteriormente, tal permissão se restringia às hipóteses de "direitos não patrimoniais". A inovação consistiu na possibilidade de a prescrição ser reconhecida de ofício, pelo juiz, independentemente da natureza dos direitos em litígio e da capacidade das partes.

Mais uma vez o propósito de celeridade na resolução do litígio empolga o legislador. Desta vez, porém, a pressa de julgar a causa no nascedouro gerará mais problemas do que benefícios para a prestação jurisdicional.

A rejeição liminar da demanda, por meio da decretação *ex officio* pelo juiz, esbarra em grandes e insuperáveis obstáculos oriundos da natureza do instituto, que é intrinsecamente de direito material, e não processual.

Quando o texto primitivo do art. 219, § 5º, permitia ao juiz declarar a prescrição dos "direitos não patrimoniais" sem depender de provocação da parte, o fazia porque na verdade tais direitos não se sujeitavam a prescrição, e sim a decadência. A distinção feita pelo Código Processual devia-se a uma notória deficiência do Código Civil de 1916 que não distinguia entre prescrição e decadência, e a todo prazo extintivo de direito ou ação aplicava o rótulo de prescrição.

Como era impossível, na teoria do direito material, ignorar a diferença entre a prescrição e a caducidade, o Código de Processo Civil teve de recorrer à expressão "prescrição de direitos não patrimoniais" para apartá-los do regime dos "direitos patrimoniais", onde efetivamente se passa o fenômeno típico da prescrição.

A diferença básica entre a prescrição e a decadência está em que aquela afeta e extingue a pretensão (*actio*) enquanto esta põe fim ao próprio direito subjetivo.

Como a prescrição não elimina o direito, de onde provém a pretensão, o devedor assume, em razão do decurso do tempo legal e da inércia do credor, apenas uma exceção (defesa), de que é livre para usar ou não, caso queira se furtar ao cumprimento da prestação tardiamente reclamada pelo credor.

O direito material não prevê a extinção do direito do credor em virtude do transcurso do prazo prescricional. Segundo o art. 189 do Código Civil, da violação do direito pelo devedor (inadimplemento), nasce a pretensão (poder de exigir a prestação sonegada pelo devedor), a qual irá extinguir ao final do prazo fixado na lei.

Na estrutura do direito material, só ao devedor cabe usar, ou não, a exceção de prescrição. Trata-se de faculdade, ou de direito disponível, renunciável expressa ou tacitamente. Basta o não uso da exceção para tê-la como renunciada por seu respectivo titular (Código Civil, art. 191).

Já a decadência, o juiz tem não apenas a possibilidade, mas o dever de pronunciá-la, com ou sem provocação da parte, porque, por seu intermédio, extingue-se o próprio direito subjetivo material (Código Civil, art. 210). Ao contrário da prescrição, de que o devedor tem livre poder de disposição, é irrenunciável a decadência (Código Civil, art. 209).

Há, na ordem lógica e jurídica, uma verdadeira inviabilidade da decretação da prescrição fora da exceção manejada pelo devedor. Ao contrário da decadência, que é fatal e se atinge inexoravelmente pelo simples decurso do prazo da lei, sem sujeitar-se a suspensões e interrupções, a prescrição é naturalmente imprecisa, não havendo como detectá-la *prima facie*, tantos são os fatores que interferem em seu fluxo temporal, impedindo-o, suspendendo-o ou interrompendo-o, com muita frequência, e com feições de variados matizes (O Código Civil arrola às dezenas as causas de interrupção, impedimento e suspensão dos prazos prescricionais – arts. 197 a 204).

Nenhum juiz, portanto, tem condições de, pela simples leitura da inicial, reconhecer ou rejeitar uma prescrição. Não se trata de uma questão apenas de direito, como é a decadência, que se afere por meio de um simples cálculo do tempo ocorrido após o nascimento do direito potestativo de duração predeterminada. A prescrição não opera *ipso iure*; envolve necessariamente fatos verificáveis no exterior da relação jurídica, cuja presença ou ausência são decisivas para a configuração da causa extintiva da pretensão do credor insatisfeito. Sem dúvida, as questões de fato e de direito se entrelaçam profundamente, de sorte que não se pode tratar a prescrição como uma simples questão de direito que o juiz possa, *ex officio*, levantar e resolver liminarmente,

sem o contraditório entre os litigantes. A prescrição envolve, sobretudo, questões de fato, que, por versar sobre eventos não conhecidos do juiz, o inibem de pronunciamentos prematuros e alheios às alegações e conveniências dos titulares dos interesses em confronto.

Se é difícil para o juiz decretar *ex officio* e liminarmente a prescrição objetiva do Código Civil (arts. 189, 205 e a maioria dos incisos do art. 206), impossível será fazê-lo nos casos de prescrição subjetiva, como a do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor e alguns incisos do art. 206 do Código Civil. É que nestes casos, além da interferência dos impedimentos, interrupções e suspensões, há a imprecisão do termo inicial da prescrição que se relaciona com um dado pessoal e subjetivo: a data do "conhecimento do dano e de sua autoria".

Sem embargo da reforma simplista do § 5º do art. 219 do CPC, o juiz não terá como decretar *ex officio* a prescrição de direitos patrimoniais, senão quando no direito material houver semelhante previsão. É o caso, *v.g*., dos créditos tributários, cuja prescrição a Lei nº 6.830/80, art. 40, § 4º, permite seja decretada incidentemente, sem depender de exceção da parte devedora. Isto, porém, decorre do regime do direito tributário, onde se atribui à prescrição algo mais que uma simples defesa para o contribuinte: a qualidade de uma causa de extinção do próprio crédito tributário (CTN, art. 156, inc. V). Esse regime, portanto, confere à prescrição contra o Fisco um caráter especial que mais se aproxima da decadência do que da figura típica da prescrição civil.

À vista dos argumentos já expostos, e diante dos princípios de hermenêutica que preconizam a compreensão das normas legais sob os ditames da interpretação sistemática e teleológica, chegamos às seguintes conclusões:

a) A revogação do art. 194 do Código Civil, realizada de maneira heterotópica, dentro de uma lei de reforma do Código de Processo Civil, não quebra necessariamente o conceito e a natureza do instituto da prescrição, figura típica do direito material, reconhecida, como tal, pela própria lei processual (há extinção do processo com resolução do mérito da causa quando o juiz pronuncia a prescrição – art. 269, IV);

b) A sistemática do regime normativo substancial da prescrição e os objetivos sociais e éticos do instituto exigem que a aplicação dos efeitos extintivos da prescrição relacionados com direitos patrimoniais disponíveis fiquem sempre subordinados ao mecanismo da exceção, manejável pelo devedor, caso a caso, segundo suas conveniências e na oportunidade que lhe aprouver (Cód. Civil, arts. 191 e 193);

c) A não fatalidade do prazo prescricional, sujeito que é a numerosos e

constantes fatores de interrupção e suspensão (Cód. Civil, arts. 197 a 204), não permite ao juiz sequer reconhecer, sem o concurso da parte, a consumação da prescrição, na generalidade dos casos. A decretação *in limine litis* da prescrição agride o devido processo legal, violando interesses legítimos tanto do credor quanto do devedor, ao negar-lhes o eficaz contraditório e ampla defesa e privá-los do livre exercício de direitos e faculdades assegurados pela ordem jurídica material;

d) A decretação autoritária e sumária da prescrição, sem a necessária provocação da parte, ofende ainda a garantia do devido processo legal por não respeitar os interesses tanto do credor como do devedor: do credor, porque o surpreende, sem dar-lhe oportunidade de adequada demonstração das objeções que legalmente possa opor a uma causa extintiva que não é automática e que em regra envolve, ou pode envolver, complexos elementos de fato e de direito; ao devedor, porque lhe impõe o reconhecimento de uma obrigação e uma exoneração que nem sempre correspondem a seus desígnios éticos e jurídicos.

e) As regras procedimentais que cogitam de decretação de prescrição sem condicioná-las à provocação do devedor (CPC, arts. 295, IV, e 219, § 5º) somente podem ser aplicadas, *in concreto*, nos casos em que a lei material considere indisponível o direito patrimonial (casos, *v.g*., de prescrição em favor de pessoas absolutamente incapazes[7] ou quando a própria lei substancial determine a aplicação *ex officio* da prescrição (caso como o da Lei de Execução Fiscal, art. 40, § 4º, a respeito dos créditos tributários).[8-9] Essa é a única interpretação que permite aos referidos dispositivos processuais harmonizarem-se com o sistema e os objetivos da prescrição, disciplinada pela ordem jurídica substancial. Aliás, o próprio texto do inc. IV do art. 295 (*caput*) dá a entender que nem sempre será viável o reconhecimento da prescrição (e até da decadência) antes da ouvida do demandado. Nos termos do dispositivo em tela, a petição inicial será indeferida, não em qualquer hipótese de prescrição, mas "quando o juiz verificar, desde logo", a prescrição. Se, pois, pelas exigências de ordem material, o juiz não tiver condições fático-jurídicas para "verificar, desde logo", a consumação da prescrição, não poderá indeferir a petição inicial. O tema ficará relegado para estágio ulterior à citação e resposta do réu. Com isso, reduz-se o atrito que a Lei nº 11.280, em hora de má inspiração, criou entre o regime processual e o material, no campo da prescrição das pretensões oriundas de direitos subjetivos patrimoniais disponíveis.

f) Melhor mesmo seria revogar, *de lege ferenda*, a infeliz inovação, mas, enquanto isto não se der, o dever do intérprete e aplicador da lei inovadora será o

de buscar minimizar as impropriedades contidas em sua literalidade, e reduzir sua aplicação apenas às hipóteses compatíveis com a natureza, finalidade e sistema da prescrição dentro do direito material.

O tema do reconhecimento *ex officio* da prescrição, para sumário indeferimento da petição inicial, está mais amplamente explorado em nosso livro *As novas reformas do Código de Processo Civil*, em seu Capítulo II (Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2006).

357. Extensão do indeferimento

Pode haver indeferimento *total* ou *parcial* da petição inicial. Será parcial quando, sendo vários os pedidos manifestados pelo autor, o despacho negativo relacionar-se apenas com um ou alguns deles, de modo a admitir o prosseguimento do processo com relação aos demais.

Será total quando o indeferimento trancar o processo no nascedouro, impedindo a subsistência da relação processual.

O primeiro é decisão interlocutória, e o segundo, sentença terminativa.

357-a. Julgamento imediato do pedido na apreciação da petição inicial

Em dispositivo altamente revolucionário, a Lei nº 11.277, de 07.02.2006, introduziu no CPC o art. 285-A, cujo *caput* prevê que "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".

Não é o primeiro caso em que a lei admite a possibilidade de um julgamento, *in limine litis*, de rejeição do pedido. Já constava do art. 295, inc. IV, do Código de Processo Civil, desde sua promulgação, a previsão de que a petição inicial seria indeferida quando o juiz verificasse, desde logo, a decadência ou a prescrição. Em correspondência, o art. 219, § 5º, também dispunha que "não se tratando de direitos patrimoniais", o juiz poderia, "de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato".

Era em nome da economia processual que se autorizava o julgamento *prima facie* do mérito da causa nas hipóteses de prescrição e decadência enunciadas no § 5º do art. 219 (em sua redação primitiva), sob a consideração, ainda, de que a decretação da prescrição ou decadência, nos moldes da regra excepcional em

foco, não reclamava maior pesquisa de fato, resumindo-se a uma questão de direito, constatável após simples operação aritmética de contagem do tempo de inércia do titular do direito afetado pela causa extintiva.

O art. 285-A, introduzido no Código pela Lei nº 11.277, emprega a mesma técnica de economia processual às causas seriadas ou repetitivas, tão comuns em relação aos direitos do funcionalismo público e às obrigações tributárias ou previdenciárias. Um mesmo tema, sobre uma só questão de direito, repete-se cansativamente, por centenas e até milhares de vezes.

Para evitar que os inúmeros processos sobre casos análogos forcem o percurso inútil de todo o *iter* procedimental, para desaguar, longo tempo mais tarde, num resultado já previsto, com total segurança, pelo juiz da causa, desde a propositura da demanda, o art. 285-A muniu o juiz do poder de, antes da citação do réu, proferir a sentença de improcedência *prima facie* do pedido traduzido na inicial.

Esse julgamento liminar do mérito da causa é medida excepcional e se condiciona aos seguintes requisitos:

a) preexistência no juízo de causas idênticas, com improcedência já pronunciada em sentença;

b) a matéria controvertida deve ser unicamente de direito;

c) deve ser possível solucionar a causa superveniente com a reprodução do teor da sentença prolatada na causa anterior.

d) a jurisprudência do STJ acrescentou mais uma exigência àquelas derivadas diretamente do art. 285-A, qual seja: não se deve aplicar o dispositivo em questão quando o entendimento do juízo de 1ª instância "estiver em desconformidade com a orientação pacífica de Tribunal Superior ou do Tribunal local a que se acha vinculado"[10]. Esclarece o STJ, porém, que não basta estar a decisão apoiada em sua jurisprudência. É necessário também que não esteja em divergência com o entendimento do Tribunal de origem, ou seja, reclama-se uma "dupla conformidade"[11].

A aplicação do art. 285-A, como se vê, só se presta para rejeitar a demanda, nunca para acolhê-la. Na rejeição, é irrelevante qualquer acertamento sobre o suporte fático afirmado pelo autor. A improcedência somente favorece o réu, eliminando pela *res iudicata* qualquer possibilidade de extrair o promovente alguma vantagem do pedido declarado sumariamente improcedente. Limitando-se ao exame da questão de direito na sucessão de causas idênticas, para a rejeição liminar do novo pedido ajuizado por outro demandante, pouco importa que o suporte fático afirmado seja verdadeiro ou não. Pode ficar de lado esse

dado, porque no exame do efeito jurídico que dele se pretende extrair a resposta judicial será fatalmente negativa para o autor e benéfica para o réu.

Se o juiz pudesse também proferir o julgamento *prima facie* para pronunciar a procedência do pedido, jamais teria condições de considerar a causa como reduzida a uma questão de direito. É que todo direito provém de um fato (*ex facto ius oritur*). Somente depois de ouvido o réu em sua resposta, ou diante de sua revelia, é que se teria condição de concluir pela ausência de controvérsia sobre os fatos em que a pretensão do autor se apoia. Ninguém poderia prever qual a reação do demandado frente à afirmação fática formulada pelo demandante na petição inicial, ainda que a motivação se apresentasse igual à de outras ações anteriormente propostas e julgadas. A redução da causa à questão de direito, portanto, não seria possível se tal pronunciamento fosse de procedência do pedido.

É por isso que o art. 285-A somente permite o julgamento liminar de causas repetitivas ou seriadas quando se tratar de improcedência da pretensão. Em tais hipóteses, é perfeitamente possível limitar o julgamento à questão de direito, sem risco algum de prejuízo para o demandado e sem indagar da veracidade ou não dos fatos afirmados pelo autor. Se a questão no plano de direito não lhe favorece, pode a pretensão ser denegada *prima facie*, sem perigo de prejuízo jurídico algum para o demandado, que ainda não foi citado.

Por último, é indispensável que a questão de direito suscitada na nova demanda seja exatamente a mesma enfrentada na sentença anterior. As causas identificam-se pelo pedido e pela causa de pedir. Se a tese de direito é a mesma, mas a pretensão é diferente, não se pode falar em "casos idênticos", para os fins do art. 285-A. Da mesma forma, não ocorrerá dita identidade se, mesmo sendo idêntico o pedido, os quadros fáticos descritos nas duas causas se diferenciarem.

Essa identidade de pedido e causa de pedir deduz-se da exigência do art. 285-A de que o julgamento *prima facie* de improcedência das demandas seriadas se faça mediante reprodução do "teor da sentença anteriormente prolatada". Não haverá essa reprodução quando, para rejeitar a nova demanda, o juiz tiver que fazer diferentes colocações fáticas e jurídicas para adaptar-se à conclusão da sentença anterior.

Note-se, ainda, que não se pode exigir identidade de causas ou ações, mas apenas de "casos". Se as causas fossem idênticas, teriam de reproduzir partes, pedidos e causas de pedir. Ter-se-ia litispendência ou coisa julgada, o que provocaria extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC, art. 301, §§ 1º, 2º e 3º, c/ c art. 267, V). A identidade, portanto, que se reclama, para aplicar o

art. 285-A, localiza-se no objeto da causa, isto é, na questão (ponto controvertido) presente nas diversas ações seriadas.

357-a-1. Intimação da sentença *prima facie*

É óbvio que o autor, segundo as regras de comunicação processual, será intimado do julgamento de rejeição liminar de seu pedido, proferido nos termos do art. 285-A. A norma legal, no entanto, nada dispôs a respeito do réu, que ainda não foi integrado à relação processual, já que a decisão de mérito aconteceu antes do ato citatório.

Deve-se, nada obstante, aplicar-se, analogicamente, a regra do § 6º do art. 219, que em situação também de julgamento liminar de mérito, mas fundado em prescrição decretada de ofício pelo juiz, determina ao escrivão comunicar ao réu "o resultado do julgamento". Explica-se essa intimação ao beneficiário da sentença proferida sem sua presença nos autos, não só pelo interesse manifesto que tem sobre a solução do litígio de que é parte, mas principalmente para que possa se prevalecer da exceção de coisa julgada, caso o autor, maliciosamente, venha a propor, outra vez, a causa perante outro juízo.[12]

As mesmas razões militam em favor da necessidade de que, com ou sem recurso do autor, o réu, na situação do art. 285-A, seja sempre intimado da sentença, tal como se passa na hipótese análoga, prevista no art. 219, § 6º.

357-b. Recurso contra o julgamento *prima facie*

Embora proferido sem a presença do réu no processo, o pronunciamento da improcedência *prima facie* das causas seriadas configura, sem dúvida, uma sentença, como, aliás, afirma textualmente o art. 285-A.[13]

Em se tratando de sentença, sua impugnação recursal faz-se por meio de apelação (CPC, arts. 513 e 296), cujo processamento, todavia, foge dos padrões normais dessa modalidade recursal.

Com efeito, prevê o § 1º do art. 285-A um juízo de retratação, exercitável pelo juiz prolator da sentença no prazo de cinco dias contado da interposição do recurso. Dentro desse interstício, é lícito ao juiz manter ou não a sentença liminar.

Se ocorrer a revogação, determinar-se-á o prosseguimento do feito (§ 1º), devendo o demandado ser citado para responder à ação. Se o caso for de manutenção da sentença, também haverá citação do réu, mas não para contestar

a ação, e, sim, para responder ao recurso (ou seja, para apresentar contrarrazões à apelação).

Em seu julgamento, o tribunal poderá manter a decisão de primeiro grau, negando provimento à apelação. Não será possível, porém, reformá-la, no todo ou em parte, porque não cabe no julgamento *prima facie* entrar no mérito da causa para acolher o pedido, nem mesmo parcialmente, porque isto quebraria o contraditório em desfavor do demandado, que ainda não teve oportunidade de produzir sua contestação. Se o tribunal entender que há questões a esclarecer em dilação probatória, terá de anular (ou cassar) a sentença, já que não será o caso de demanda apoiada apenas em questão de direito, como exige o art. 285-A. O processo baixará à origem e prosseguirá segundo o procedimento comum, com observância plena do contraditório e ampla defesa.[14]

357-c. Preservação do contraditório e ampla defesa

O julgamento liminar, nos moldes traçados pelo art. 285-A, não agride o devido processo legal, no tocante às exigências do contraditório e ampla defesa.

A previsão de um juízo de retratação e do recurso de apelação assegura ao autor, com a necessária adequação, um contraditório suficiente para o amplo debate em torno da questão de direito enfrentada e solucionada *in limine litis*.

Do lado do réu, também, não se depara com restrições que possam se considerar incompatíveis com o contraditório e a ampla defesa. Se o pedido do autor é rejeitado liminarmente e o decisório transita em julgado, nenhum prejuízo terá suportado o demandado, diante da proclamação judicial de inexistência do direito subjetivo que contra este pretendeu exercitar o demandante. Somente como vantajosa deve ser vista, para o réu, a definitiva declaração de certeza negativa pronunciada contra o autor.

Se o juiz retratar sua decisão liminar, o feito terá curso normal, e o réu usará livremente do direito de contestar a ação e produzir os elementos de defesa de que dispuser, dentro do procedimento completo por que tramitará a causa. Se a hipótese for de manutenção da sentença, ao réu será assegurada a participação no contraditório por meio das contrarrazões da apelação.

De qualquer maneira, portanto, ambas as partes disporão de condições para exercer o contraditório, mesmo tendo sido a causa submetida a uma sentença prolatada antes da citação de demandado.

358. Efeitos do despacho da petição inicial

Do despacho positivo, decorrem os efeitos inerentes à propositura da ação, se antes não ocorrera a distribuição (ver, *retro*, n$_{os}$ 262 e 299).

Do despacho negativo, decorre a extinção do processo e a extinção dos efeitos da propositura da ação, acaso derivados da anterior distribuição.

§ 55. O PEDIDO

Sumário: 359. Petição inicial. 360. Pedido. 361. Requisitos do pedido. 361-a. Pedido em ação relacionada com contratos financeiros. 362. Pedido concludente. 363. Pedido genérico. 364. Pedido cominatório. 365. Pedido alternativo. 366. Pedidos sucessivos. 367. Pedido de prestações periódicas. 368. Pedido de prestação indivisível. 369. Pedidos cumulados. 370. Espécies de cumulação de pedidos. 371. Interpretação do pedido. 372. Aditamento do pedido. 372-a. Modificação do pedido. 372-b. Antecipação de tutela no processo de conhecimento. 372-c. Fungibilidade das medidas cautelares e antecipatórias. 372-d. A efetivação da tutela antecipada. 372-e. Tutela antecipada parcial. 372-f. Recurso manejável diante do deferimento da tutela antecipada.

359. Petição inicial

Sem a petição inicial, não se estabelece a relação processual. É ela que tem a força de instaurar o processo e de fixar o objeto integral daquilo que vai ser solucionado pelo Órgão Jurisdicional: *o litígio*.

Essa petição, pois, na linguagem de Afonso Fraga, é destinada a representar grande e preponderante papel no desdobrar de todo o processo; ela é a chave que o abre, ou como diziam os antigos, quando queriam proclamar a sua importância, é o "tronco da árvore judiciária, e, como o tronco suporta o peso de toda a árvore, assim ela apoia, como base inabalável, todo o processo e juízo".[15]

360. Pedido

O núcleo da petição inicial é o *pedido*, que exprime aquilo que o autor pretende do Estado frente ao réu.

É a revelação da *pretensão* que o autor espera ver acolhida e que, por isso, é deduzida em juízo. Como ensina Jacy de Assis, "o pedido é a conclusão da exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos; estes são premissas do silogismo, que tem no pedido a sua conclusão lógica".[16] Nele, portanto, se consubstancia a *demanda*, sem a qual não pode atuar a jurisdição (art. 2º) e fora da qual não pode decidir o órgão judicial (arts. 128 e 460).

Sua finalidade é dupla: obter a tutela jurisdicional do Estado (uma

condenação, uma declaração etc.) e fazer valer um direito subjetivo frente ao réu.

Assim, a manifestação inaugural do autor é chamada *pedido imediato*, no que se relaciona à pretensão a uma sentença, a uma execução ou a uma medida cautelar; e *pedido mediato* é o próprio bem jurídico que o autor procura proteger com a sentença (o valor do crédito cobrado, a entrega da coisa reivindicada, o fato a ser prestado etc.).

Destarte, *o pedido imediato* põe a parte em contato direto com o direito processual, e o *mediato*, com o direito substancial.

O pedido *põe em marcha* o processo e, por isso, é o ato mais importante do autor, além disso delimita o objeto litigioso (a lide) e, consequentemente, fixa os limites do ato judicial mais importante, que é a *sentença*.[17]

Através do *pedido*, a parte invoca a tutela jurisdicional que deverá ser prestada através da sentença. É a forma, portanto, de exercitar o *direito de ação*.

Ele é dirigido contra o Estado, mas visa a atingir o réu em suas últimas consequências.

361. Requisitos do pedido

Recomenda o art. 286 que "o pedido deve ser certo ou determinado". A *certeza* e a *determinação* não são sinônimos, nem requisitos alternativos. A partícula "ou", dessa forma, deve ser entendida como "e", de tal modo que todo pedido seja sempre "certo e determinado".

Entende-se por *certo* o pedido *expresso*, pois não se admite que possa o pedido do autor ficar apenas *implícito*. Já a *determinação* se refere aos limites da pretensão. O autor deve ser claro, preciso, naquilo que espera obter da prestação jurisdicional.

Somente é determinado o pedido se o autor faz conhecer *com segurança*, o que pede que seja pronunciado pela sentença.

Deve explicar com clareza qual a espécie de tutela jurisdicional solicitada: se de condenação a uma prestação, se de declaração de existência ou não de relação jurídica, ou se de constituição de nova relação jurídica.

A prestação reclamada ou a relação jurídica a declarar ou constituir, também, devem ser explicitamente definidas e delimitadas.

Em conclusão, a certeza e a determinação são requisitos tanto do pedido imediato como do mediato.[18]

361-a. Pedido em ação relacionada com contratos financeiros

De acordo com o art. 285-B, acrescido ao CPC por meio da Lei nº 12.810/2013, quando o intento seja discutir obrigações decorrentes de *empréstimo, financiamento* ou *arrendamento mercantil* (operações típicas do mercado financeiro), cabe ao autor proceder a uma discriminação na petição inicial, capaz de precisar: a) quais as obrigações contratuais que pretende controverter; e b) quais os valores derivados do contrato impugnado que permanecem incontroversos.

Se, por exemplo, se qualifica como ilícita a taxa de juros ou o índice de atualização monetária previstos no contrato, terá o autor de elaborar um demonstrativo que explicite o valor do principal e os acessórios havidos como lícitos, definindo, assim, o "valor incontroverso", não afetado pela demanda. Se o questionamento se refere à cumulação de cláusula penal e comissão de permanência, o "valor incontroverso" deverá ser discriminado de modo a compreender o principal e o acessório que a parte considere fora de discussão. Se a impugnação se refere à exigência de juros compostos, o demonstrativo deverá se referir ao *quantum* calculado segundo os juros simples, e assim por diante.

A exigência do art. 285-B decorre da regra geral que obriga o autor a formular sempre pedido certo e determinado, ainda quando sua pretensão seja genérica (art. 286) (v., adiante, o nº 363). Portanto, se o questionamento é parcial, haverá de ser suscitado de maneira a identificar seu alcance, com precisão. Com isso permitirá que (i) em relação às partes, o contraditório e a defesa do demandado sejam objetivamente exercitados sobre questões identificadas de maneira adequada; e (ii) em relação ao juiz, reste bem delimitado o litígio ou objeto litigioso, a ser resolvido por meio do provimento com que se realizará a prestação jurisdicional, e que nunca poderá ficar aquém ou além do pedido, nem se situar fora dele (arts. 128 e 460).

Há, também, um efeito importante no plano do direito material: sendo bem identificada a obrigação controvertida, a eficácia do restante do contrato não será afetada pela litigiosidade, e, assim, permitirá ao credor exigir o respectivo cumprimento, sem que o devedor lhe oponha a exceção de litispendência. O parágrafo primeiro do art. 285-B (renumerado pela Lei 12.873, de 24.10.2013), a propósito, deixa claro que no caso de litígio parcial, "o valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratado".[19]

A exigência de especificação da obrigação controvertida e da quantificação do "valor incontroverso" assume o feitio de estabelecimento de um pressuposto processual, que, uma vez descumprido, acarretará a inépcia da petição inicial

(art. 295). Entretanto, não será caso de seu imediato indeferimento. Caberá, primeiro, a diligência saneadora preconizada pelo art. 284, qual seja, a determinação judicial para que a petição seja emendada ou completada no prazo de dez dias. Se o autor não cumprir a diligência, isto é, não apresentar a discriminação precisa das obrigações questionadas e o demonstrativo do "valor incontroverso" no prazo que lhe foi assinado, aí sim, "o juiz indeferirá a petição inicial" (parágrafo único do art. 284).

Deve-se ter em conta que regra similar à do novo art. 285-B, introduzida no processo de conhecimento, já existia no âmbito dos embargos previstos no processo de execução (art. 739-A) e da impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L, § 2º).

362. Pedido concludente

Além de certo e determinado, o pedido deve ser concludente, isto é, deve estar de acordo com o fato e o direito exposto pelo autor, que são a causa de pedir.[20]

Quando não há conexidade entre a *causa petendi* e o *petitum*, a petição inicial torna-se *inepta* e deve ser liminarmente indeferida (art. 295, parágrafo único, II).

363. Pedido genérico

O objeto *imediato* do pedido nunca pode ser genérico e há sempre de ser *determinado* (uma condenação, uma constituição, uma declaração, uma execução, uma medida cautelar).

Mas o pedido *mediato* (a utilidade prática visada pelo autor), este pode ser genérico, nos seguintes casos:

I – nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados;

II – quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito;

III – quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu (art. 286).

A indeterminação, contudo, nunca pode ser *total* ou *absoluta*.

Na sua *generalidade*, o pedido há sempre de ser certo e determinado. Não se pode, por exemplo, pedir a condenação a qualquer prestação. O autor terá, assim,

de pedir a condenação a entrega de certas coisas indicadas pelo gênero ou o pagamento de uma indenização de valor ainda não determinado. A indeterminação ficará restrita à quantidade ou qualidade das coisas ou importâncias pleiteadas. Nunca poderá, portanto, haver indeterminação do gênero da prestação pretendida.

Nas ações de indenização, que são aquelas em que mais frequentemente ocorrem pedidos genéricos, tem o autor sempre de especificar o prejuízo a ser ressarcido. Expressões vagas como "perdas e danos" e "lucros cessantes" não servem para a necessária individuação do *objeto* da causa. Necessariamente haverá de ser descrita a lesão suportada pela vítima do ato ilícito, *v.g*.: prejuízos (danos emergentes) correspondentes à perda da colheita de certa lavoura, ou ao custo dos reparos do bem danificado, ou à desvalorização do veículo após o evento danoso, ou, ainda, os lucros cessantes representados pela perda do rendimento líquido do veículo durante sua inatividade para reparação, ou dos aluguéis do imóvel durante o tempo em que o dono ficou privado de sua posse etc.

Quando o pedido for genérico, e não for possível ao juiz, durante a instrução do processo, obter elementos para proferir uma sentença líquida, o vencedor terá de promover o procedimento de *liquidação da sentença*, antes da respectiva execução (art. 475-A).

364. Pedido cominatório

Há dois expedientes utilizáveis para aplicar a sanção ao devedor que deixa de cumprir a prestação devida, que são os meios de *sub-rogação* e os meios de *coação*.

Nas obrigações por quantia certa e nas obrigações de dar, a *sub-rogação* consiste em o Estado agredir o patrimônio do devedor para dele extrair o bem ou valor a que tem direito o credor. Dessa forma, o Estado sub-roga-se na posição do devedor e efetua, em seu lugar (mesmo contra sua vontade), o pagamento ao credor.

Há casos, porém, em que as prestações, principalmente em certas obrigações de fazer e não fazer, somente se mostram exequíveis pelo devedor em pessoa. São elas qualificadas de *infungíveis*, tornando impraticável a *sub-rogação executiva*.

Como o direito repugna o emprego da força para coagir fisicamente o devedor a cumprir a prestação a que se obrigou, a saída será convertê-la em

indenização (obrigação substitutiva). Antes, porém, de passar para o campo do ressarcimento pelo equivalente econômico, a lei abre ao credor a oportunidade de usar a pena pecuniária como meio indireto de pressão ou coação sobre o devedor, para forçá-lo a abandonar a posição de resistência ao cumprimento da obrigação. Promove-se, assim, a citação executiva convocando-o a realizar a prestação infungível em determinado prazo, sob pena de pagar pena pecuniária, que crescerá na proporção da duração do inadimplemento.

O pedido de condenação sob pena de multa cabe não apenas em relação às obrigações patrimoniais convencionais, mas perante todos os tipos de prestações de fazer e não fazer, inclusive aquelas de natureza puramente legal, qualquer que seja sua origem. Uma vez que a Constituição assegura a tutela jurisdicional para todas as situações de lesão ou ameaça a direito subjetivo (CF, art. 5º, XXXV), pode o pedido cominatório previsto no art. 461 do CPC ser utilizado, legitimamente, na tutela inibitória, isto é, nos casos em que a parte manifeste a pretensão de proibir a consumação da ameaça de lesão a direito próprio, seja qual for sua natureza (obrigação de não fazer *lato sensu*).

No sistema primitivo do Código o emprego da cominação de pena pecuniária ("*astreinte*") era previsto apenas para as obrigações de fazer e não fazer (obrigações de prestar fato), por entender-se satisfatório o mecanismo da sub-rogação para realizar a execução das obrigações de quantia certa e de dar. Com a reforma operada pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, no entanto, o uso do meio de coação foi autorizado também para as obrigações de entregar coisa.

O sentido da reforma foi o de aumentar a efetividade do processo, abolindo a *actio iudicati* e tornando as sentenças condenatórias autoexequíveis. O feitio dessas condenações passou a ser o de sentença executiva *lato sensu*, cumprível mediante simples mandado, tal como já acontecia com as ações possessórias e as de despejo. Dentro desse escopo de reforço da autoridade da sentença, entendeu o legislador de prestigiá-la ainda com o acréscimo da medida coercitiva da *astreinte*. Destarte, não só nas ações sobre obrigações de fazer e não fazer, mas também nas pertinentes às obrigações de entregar coisa, é possível inserir na ordem judicial a pena pecuniária pelo atraso no seu cumprimento.[21]

Essa cominação tem cabimento na sentença condenatória definitiva, mas pode, também, ser empregada nos provimentos de antecipação de tutela deferidos nos termos dos arts. 461, § 4º, e 461-a.

A aplicação da pena pecuniária depende de requerimento da parte, em regra. No caso, porém, de obrigação de fato infungível, a cominação é indispensável, porque sem ela a sentença será inexequível. Ou o credor usa a *astreinte* para

tentar induzir o devedor a realizar a prestação *in natura*, ou desiste dela e já demanda a prestação substitutiva (equivalente econômico). Não teria sentido pleitear apenas a condenação do devedor da prestação infungível sem meio de coagi-lo a cumpri-la.

O juiz, porém, está autorizado pela lei a incluir a multa como meio de coerção até mesmo de ofício, nas sentenças e nas decisões de antecipação de tutela.

365. Pedido alternativo

O pedido é fixo quando visa a um só resultado imediato e mediato, como a condenação a pagar certa indenização ou restituir determinado bem.

Permite o Código, todavia, que possa haver pedido *alternativo*, "quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo" (art. 288). Não quer dizer que o autor possa pedir cumulativamente as diversas prestações, mas sim que qualquer uma delas, uma vez realizada pelo réu, satisfaz a obrigação.

Pedido alternativo é, pois, o que reclama *prestações disjuntivas*: "ou uma prestação *ou outra*." Alternatividade refere-se, assim, ao pedido *mediato*, ou seja, ao bem jurídico que o autor pretende extrair da prestação jurisdicional.

Exemplo de pedido alternativo encontramos na ação de depósito, em que se pede a restituição do bem depositado ou o equivalente em dinheiro (art. 904). E também na hipótese do art. 1.136 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, art. 500), em que se pode pedir complementação da área do imóvel ou abatimento do preço.

Se a alternatividade for a benefício do credor, este poderá dispensá-la e pedir a condenação do devedor apenas a uma prestação *fixa*, escolhida entre as que faculta a lei ou o negócio jurídico. Mas, se a escolha couber ao devedor, "o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo" (art. 288, parágrafo único).

366. Pedidos sucessivos

É lícito ao autor – segundo o art. 289 – "formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior".

Enquanto a alternatividade se refere apenas à prestação que é objeto do

pedido mediato, no caso de pedidos sucessivos a substituição pode também se referir ao pedido imediato, ou seja, à própria tutela jurisdicional. Assim, é lícito ao autor pedir a rescisão do contrato com perdas e danos, ou, se não configurada razão para tanto, a condenação do réu a pagar a prestação vencida.

Pode-se dar, também, a sucessividade de pedidos em litígios matrimoniais, mediante a formulação de pretensão à anulação do casamento ou, se inviável, à decretação da separação.

A regra do art. 289 é, como se vê, regra de cumulação de pedidos, mas de cumulação apenas *eventual*. Há, na verdade, um pedido *principal* e um ou vários *subsidiários*, que só serão examinados na eventualidade de rejeição do primeiro.

367. Pedido de prestações periódicas

Há casos em que a obrigação se desdobra em várias *prestações periódicas*, como os aluguéis, juros e outros encargos, que formam o que a doutrina chama de "obrigações de trato sucessivo".

Quando isto ocorre, mesmo sem menção expressa do autor na petição inicial, o Código considera incluídas no pedido as prestações periódicas de vencimento posterior ao ajuizamento da causa. Dessa forma, "se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação" (art. 290).

Trata-se de *pedido implícito*, na sistemática do Código.

Numa ação de despejo por falta de pagamento, por exemplo, se a purga da mora se dá após vencimento de outros aluguéis, além daqueles relacionados na inicial, deverá a emenda compreender todas as prestações efetivamente vencidas até o momento do pagamento.

Perante essas obrigações de trato sucessivo é, outrossim, possível também a condenação a prestações vincendas, ou seja, prestações que só se vencerão em data posterior à sentença. Com isso evita-se a repetição inútil de demandas em torno do mesmo negócio jurídico. A execução da sentença, no entanto, ficará subordinada à ultrapassagem do termo (art. 572), pois, sem o vencimento da prestação, ela não será exigível e não terá ocorrido o inadimplemento, que é pressuposto ou requisito de qualquer execução forçada (art. 580).

368. Pedido de prestação indivisível

Quando vários credores são titulares, em conjunto, de uma relação jurídica

que representa obrigação *indivisível*, isto é, insuscetível de cumprimento fracionado ou parcial, qualquer deles é parte legítima para pedir a prestação por inteiro (Código Civil de 1916, art. 892; CC de 2002, art. 260).

Não há litisconsórcio necessário na hipótese, pois cada um dos credores tem direito próprio a exigir toda a prestação, cabendo-lhe acertar posteriormente com os demais credores as partes que lhes tocarem.

À vista dessas regras de direito material, dispõe o art. 291 do Código de Processo Civil que aquele credor que não tiver movido a ação também receberá a sua parte, devendo, porém, reembolsar ao autor as despesas feitas no processo, na proporção de sua parcela no crédito.

Por conseguinte, o autor só estará legitimado a levantar, na execução, a parte que lhe couber no crédito indivisível.[22]

369. Pedidos cumulados

Já vimos que o art. 289 permite cumulação de pedidos sucessivos, em caráter de eventualidade da rejeição de um deles.

Mas há, também, casos em que a cumulação é plena e simultânea, representando a soma de várias pretensões a serem satisfeitas cumulativamente, num só processo.

Na verdade há, em tais casos, cumulação de diversas ações, pois cada pedido distinto representa *uma lide* a ser composta pelo órgão jurisdicional, ou seja, *uma pretensão do autor resistida pelo réu*.[23]

Não há necessidade de *conexão* para justificar a cumulação de pedidos na inicial. Os requisitos legais de cumulação são os do § 1º do art. 292, ou seja:

I – *os pedidos devem ser compatíveis entre si*: na cumulação subsidiária, sucessiva ou eventual, os pedidos podem ser até opostos ou contraditórios, porque um exclui o outro. Mas se a cumulação é efetiva, a sua admissibilidade pressupõe que todos os pedidos sejam compatíveis ou coerentes. Isto é, juridicamente há de existir a *conciliação* entre eles;

II – *o juízo deve ser competente para todos os pedidos*. A competência material ou funcional é improrrogável e afasta a admissibilidade da cumulação de pedidos. De ofício caberá ao juiz repeli-la.

Mas se a incompetência para algum pedido for relativa (em razão de foro ou de valor da causa), não deverá o juiz repelir *ex officio* a cumulação, pois a ausência de exceção declinatória levará a prorrogação de sua competência para todos os pedidos (art. 114);

III – *o tipo de procedimento deve ser adequado para todos os pedidos*.

Em regra, só é possível a cumulação de pedidos, quando houver uniformidade de procedimento para todos eles.

Mas, se o autor adotar o rito ordinário, poderá haver a cumulação, mesmo que para alguns dos pedidos houvesse previsão de um rito especial.

Nunca, porém, poderá haver cumulação de *processos* diferentes, como o de execução e o de conhecimento.[24]

Em princípio, a cumulação de pedidos se dá contra "o mesmo réu" (art. 292, *caput*). Esse dado, porém, não deve ser visto como um requisito de admissibilidade da cumulação, pois ocorrendo conexão por objeto ou causa de pedir, é possível reunirem-se réus diferentes em litisconsórcio (art. 46, III), caso em que pedidos não necessariamente iguais poderão ser endereçados a cada demandado, desde que se observem os requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 292.[25]

O réu terá de ser único quando entre os pedidos cumulados houver apenas compatibilidade mas não conexidade, como, por exemplo, se dá com a cobrança numa só causa de diversas faturas oriundas de diferentes vendas mercantis. Nesse caso só se há de pensar na cumulação porque os diferentes negócios, embora distintos, são todos de responsabilidade do mesmo comprador. Seria inimaginável, contudo, a reunião, numa só ação, de múltiplas faturas sacadas contra diferentes compradores apenas por se encontrar o mesmo credor na posição de autor.

370. Espécies de cumulação de pedidos

Já se analisou a cumulação eventual ou subsidiária, prevista no art. 289, e que, na realidade, não chega a ser uma verdadeira espécie de cumulação, visto que nunca leva ao acolhimento de todos os pedidos, mas apenas o de um deles. Além disso, há, no sistema do Código, hipóteses de autêntica cumulação de pedidos, porque formulados com o objetivo de acolhimento de todas as pretensões deduzidas em juízo. São elas:

a) cumulação simples: o acolhimento ou rejeição de um não afeta o outro pedido. Exemplo: cobrança do preço de duas vendas de mercadoria havidas entre as mesmas partes.

b) cumulação sucessiva: o acolhimento de um pedido pressupõe o do pedido anterior. Exemplo: rescisão do contrato e consequentes perdas e danos; ou decretação de separação de cônjuges e perda de direito da mulher de usar o apelido de família do marido; ou, ainda, investigação de paternidade e petição de

herança.

c) cumulação incidental: quando ocorre após a propositura da ação, por meio do pedido de declaração incidental (arts. 5º e 325).

371. Interpretação do pedido

Consoante o art. 293, "os pedidos são interpretados restritivamente". Isto quer dizer que o critério interpretativo não pode ser o ampliativo ou extensivo. Integra o pedido tão somente o que nele *expressamente* estiver contido.

Admite o Código, todavia, alguns pedidos implícitos, como é o caso das prestações vincendas, em obrigações de trato sucessivo (art. 290), e o do ônus das despesas processuais, que o juiz deve impor ao vencido, mesmo diante do silêncio do vencedor (art. 20).

O próprio art. 293, que preconiza a interpretação restritiva dos pedidos, contém, em sua parte final, uma ressalva que nada mais é do que a previsão de mais um caso de pedido implícito. Com efeito dispõe o referido artigo que se compreendem no pedido do principal os juros legais.

Isto quer dizer que, nas obrigações de prestação em dinheiro, o pedido, implicitamente, sempre compreende o acessório, que são os juros legais, nos termos dos arts. 1.061 e 1.064 do Código Civil de 1916; CC de 2002, arts. 404 e 407.

O pedido implícito, todavia, compreende apenas os juros legais moratórios e não os convencionais, pois estes dependem sempre de pedido da parte e o juiz não poderá concedê-los *de ofício*, sob pena de julgamento *ultra petita*.[26]

Por outro lado, ainda que a sentença seja omissa, será possível ao credor fazer incluir na sua liquidação os juros moratórios, implicitamente pedidos na inicial.[27]

Com o advento da Lei nº 6.899, de 08.04.1981, a correção monetária passou a ser aplicável a todo e qualquer débito oriundo de decisão judicial. Assim, não mais apenas nas ações de indenização, mas em todo e qualquer processo em torno de litígio de conteúdo econômico incide a correção monetária, como simples consectário da sucumbência, ao lado do ressarcimento das custas e honorários advocatícios, independentemente de pedido expresso.

372. Aditamento do pedido

Salvo os casos de pedidos implícitos (nº 371, *supra*), incumbe ao autor

cumular na petição inicial todos os pedidos que forem lícitos formular contra o réu.

Se não o fizer naquela oportunidade, só por ação distinta poderá ajuizar contra o réu os pedidos omitidos. É o que dispunha textualmente o art. 294, em sua redação originária.

Os intérpretes, todavia, reconheciam que, antes da citação era possível ao autor aditar a inicial, porque até então a relação processual é apenas bilateral (autor – juiz). Tanto é assim que o art. 264 é explícito em dizer que a proibição de modificar o pedido decorre da citação do demandado.

Conciliava-se, dessa maneira, o art. 294 com o 264, já que seria um atentado contra o princípio de economia processual, informativo do processo moderno, exigir que o autor, mesmo antes da citação, tivesse de desistir da ação proposta para ajuizar outra, através de nova petição, em que se cumulassem todos os pedidos. Quem pode o mais pode o menos.

A Lei nº 8.718, de 15.10.93, deu nova redação ao art. 294 do CPC para incorporar no direito positivo aquilo que a doutrina e a jurisprudência já entendiam, de forma pacífica e uniforme, ou seja: "Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa."

372-a. Modificação do pedido

É certo que a citação do réu produz a estabilização do processo, de sorte a impedir, fora dos casos legais, alterações objetivas e subjetivas da relação processual (art. 264).

Esta estabilização, contudo, não é total ou absoluta, mormente no que toca ao pedido ou à *causa petendi*, já que o questionado art. 264 permite que haja modificação em torno da matéria, mesmo após a citação, desde que o demandado consinta.

Daí observar Hélio Tornaghi que, na espécie, "não há proibição de alterar o pedido ou a *causa petendi,* após a citação; apenas a mudança é negócio bilateral: exige, também, o assentimento do réu".[28]

Quanto à adesão do demandado, tanto pode ser *expressa* como *tácita*. Lino Palacio ensina, a propósito, que "*la transformación de la pretensión es admisible cuando el demandado acepta, expresa o implicitamente, debatir los nuevos planteamientos introducidos por el actor*".[29]

Isto quer dizer que basta a postura do réu, que deixa de impugnar a

modificação e passa a discutir nos autos o novo pedido ou os novos fundamentos do pedido, para ter-se como tacitamente admitida a inovação processual.

Após o saneador, todavia, nem mesmo com assentimento expresso do réu é admissível a modificação do objeto da lide (art. 264, parágrafo único).

Sendo possível a modificação, deve-se observar se o réu é, ou não, revel. Se o for, após a inovação, ter-se-á de promover nova citação do demandado. Se o réu tiver advogado nos autos, terá de ser intimado, a fim de obter-se o assentimento à modificação, seja de forma explícita, seja implícita.[30]

372-b. Antecipação de tutela no processo de conhecimento

Dentro do quadro das reformas do Código de Processo Civil, a inovação mais importante instituída pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, foi sem dúvida a que autoriza o juiz, em caráter geral, a conceder liminar satisfativa em qualquer ação de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos que o novo texto do art. 273 arrola.

A propósito, convém ressaltar que se registra, nas principais fontes do direito europeu contemporâneo, o reconhecimento de que, além da tutela cautelar destinada a assegurar a efetividade do resultado final do processo principal, deve existir, em determinadas circunstâncias, o poder do juiz de antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva esperada no processo principal. São reclamos de justiça que fazem com que a realização do direito não possa, em determinados casos, aguardar a longa e inevitável demora da sentença final.

Assim, fala-se em medidas provisórias de natureza cautelar e medidas provisórias de natureza antecipatória; estas, de cunho satisfativo, e aquelas de cunho apenas consertativo.

Entre nós, várias leis recentes têm previsto, sob a forma de liminares, deferíveis *inaudita altera parte*, a tutela antecipatória, como por exemplo se dá na ação popular, nas ações locatícias, na ação civil pública, na ação declaratória direta de inconstitucionalidade etc.

Com a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, que alterou a redação do art. 273 do CPC, foi introduzida a antecipação de tutela em caráter genérico, ou seja, para aplicação, em tese, a qualquer procedimento de cognição, sob a forma de liminar deferível sem necessidade de observância do rito das medidas cautelares. Não apenas as liminares, porém, se prestam para a medida satisfativa urgente, pois na atual sistemática do art. 273 do CPC, em qualquer fase do processo, é cabível a providência provisória de urgência.

O texto do dispositivo legal em questão prevê que a tutela antecipada, que poderá ser total ou parcial em relação aos efeitos do pedido formulado na inicial, dependerá dos seguintes requisitos:

a) requerimento da parte;

b) produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial;

c) convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte;

d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

e) caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; e

f) possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa.

Tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto de ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de liminar na própria ação principal) representam providências, de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que, todavia, as distingue, em substância, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão.[31] A antecipação de tutela somente é possível dentro da própria ação principal. Já a medida cautelar é objeto de ação separada, que pode ser ajuizada antes da ação principal ou no seu curso.

Urge, pois, não confundir o regime legal das medidas cautelares (sempre não satisfativas) com o das medidas de antecipação da tutela (de caráter satisfativo provisório, por expressa autorização da lei).

Para não transformar a liminar satisfativa em regra geral, o que afetaria, de alguma forma, a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e ampla defesa antes de ser o litigante privado de qualquer bem jurídico (CF, art. 5º, incs. LIV e LV), a tutela antecipatória submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial.

Além disso, o juiz para deferi-la deverá restar convencido de que o quadro demonstrado pelo autor caracteriza, por parte do réu, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, ou, independentemente da postura do réu, haja risco iminente para o autor de dano irreparável ou de difícil reparação, antes do julgamento de mérito da causa.

Justamente para assegurar o contraditório, ainda que *a posteriori*,é que a lei não admite que o juiz conceda antecipação de tutela “quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” (§ 2º).

Ainda em defesa dos interesses eventuais do demandado, que ainda não teve oportunidade de defender-se adequadamente, a lei manda observar, no

deferimento e execução da medida de antecipação de tutela, as precauções e princípios da execução provisória (art. 273, § 3º, c/c art. 475-O, incs. II e III), ou seja:

a) a medida não deve abranger os atos que importem alienação do domínio, nem permitir, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro; e

b) ficará sem efeito, sobrevindo sentença que a modifique ou anule a medida executada, caso em que as coisas deverão ser restituídas no estado anterior.

A par disso, o § 4º do art. 273 destaca a completa provisoriedade da tutela antecipada dispondo que a medida "poderá se revogada ou modificada a qualquer tempo", como, aliás, se passa também com as cautelares (art. 807). Isto, todavia, não a torna simples arbítrio judicial, já que, tanto para deferi-la como para revogá-la ou modificá-la, o juiz sempre estará obrigado a proferir decisão fundamentada, "indicando, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento" (§§ 1º e 4º).

Por fim, a medida antecipatória jamais poderá assumir o efeito exauriente da tutela jurisdicional. Mesmo deferida *in limine*, o processo forçosamente terá de prosseguir até o julgamento final de mérito (§ 5º). Justamente por isso é que a liminar prevista no novo art. 273 pode conviver com o princípio do contraditório.

Embora o momento mais adequado para pedir a medida seja a petição inicial, nada impede que a parte postule a antecipação de tutela em outros estágios do curso processual. O juiz, também, que não a deferir ou não apreciar seu cabimento *in limine litis* pode concedê-la mais tarde, desde que considere presentes os seus pressupostos. Não há, na lei, um momento único e inflexível para o incidente autorizado pela Lei nº 8.952/94. Até mesmo em grau de recurso é possível a formulação do pedido de antecipação de tutela. Imagine-se, por exemplo, o caso de ser a medida indevidamente negada em primeiro grau de jurisdição. Interposto o agravo, lícito será à parte prejudicada pleitear ao relator que, antes do julgamento colegiado, defira a medida antecipatória inadiável, pois do contrário acabaria por suportar o dano irremediável que se revela iminente. A recusa da medida preventiva, em semelhante conjuntura, representaria a inutilização do julgamento posterior do agravo, o que, como é lógico, não se pode tolerar dentro da atual concepção que assegura ao processo os princípios da instrumentalidade e efetividade da tutela jurisdicional.

Quanto à legitimação para pleiteá-la, é bom lembrar que a antecipação de tutela é medida que o art. 273 põe à disposição do *autor*, porque é ele a parte que postula medida concreta a ser decretada, em caráter definitivo, pela sentença,

contra o outro sujeito do processo. É o autor quem formula o *pedido* que constituirá o objeto da causa, e não o demandado. O réu, ao defender-se, apenas resiste passivamente ao pedido do autor. É claro que algumas vezes formula também contra-ataque e apresenta pedido de providência de mérito contra o autor. Quando, todavia, isto ocorre, deixa de ser apenas réu e assume posição cumulativa também de autor, dentro da mesma relação processual em que, inicialmente, fora citado para defender-se. É o caso da reconvenção ou da resposta em ação de natureza dúplice (possessória, renovatória, divisória, demarcatória etc.). Já em tal conjuntura, também o réu poderá pleitear antecipação de tutela, mas não como sujeito passivo do processo, e sim como sujeito ativo do contra-ataque desfechado ao autor primitivo.

Quanto ao momento de postular e obter a tutela antecipada – repita-se – não há uma oportunidade certa e única imposta com força preclusiva pela lei. Como liminar, a medida encontrará local adequado para ser requerida na própria inicial da ação, dispensando a formulação em petição separada para autuação como se fosse um pedido de medida cautelar. Trata-se de um simples incidente do processo de cognição e não de uma medida do processo cautelar. Por isso, o juiz poderá concedê-la na decisão de deferimento da petição inaugural do processo, desde que instruída com prova *documental inequívoca*. A prévia citação ou audiência da parte contrária dependerá da urgência da medida aferível pelo juiz diante das circunstâncias de cada caso.

Por prova inequívoca deve entender-se a que, por sua clareza e precisão, autorizaria, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor (mérito), se o litígio, hipoteticamente, devesse ser julgado naquele instante. Não a elide a possibilidade, também hipotética, de que contraprova futura possa eventualmente desmerecê-la. No momento, porém, da concessão da medida provisória, a prova disponível não deve ensejar dúvida na convicção do julgador.

É possível que a prova inequívoca do direito do autor e a comprovação das demais circunstâncias autorizadas da antecipação de tutela venham a configurar-se em momento ulterior da marcha processual. Nada impedirá que a parte requeira, então, a providência sob análise. Enquanto, pois, não se atingir a execução forçada da sentença condenatória, possível, em tese, será o uso da tutela antecipatória a que alude o art. 273 em sua nova redação.

Como simples incidente do curso do processo, não se submete a apreciação do pedido de antecipação de tutela a nenhum procedimento especial, sendo, pois, objeto de uma decisão interlocutória. A deliberação a seu respeito desafiará o recurso de agravo de instrumento, quando a parte puder demonstrar risco de

lesão grave e de difícil reparação (art. 522, com redação da Lei nº 11.187, de 19.10.2005).

Sobre o tema deste tópico, há maior desenvolvimento no volume II, itens 1.188 e seguintes.

372-c. Fungibilidade das medidas cautelares e antecipatórias

Logo que se introduziu em nosso ordenamento processual civil a figura da antecipação de tutela, tivemos o cuidado de ressaltar a diversidade de requisitos entre ela e a tradicional tutela cautelar, muito embora ambas se preocupassem com o mesmo problema de eliminação do perigo de dano enquanto se aguarda a solução definitiva do litígio.

Tecnicamente é possível distinguir-se, com certo rigor, o terreno da medida cautelar e o da medida que antecipa efeitos da sentença buscada em juízo pelo demandante. Haverá, contudo, na ordem prática, muitas situações fronteiriças, que colocarão partes e juízes em sérias dificuldades para classificar a medida num ou noutro dos segmentos da tutela de prevenção. É que a vida é muito mais rica que a imaginação do legislador e, por isso, não se submete docilmente às suas previsões normativas. Nenhuma regra jurídica pode ser imposta e acatada de maneira rígida, ou inflexível. Em direito, tudo é relativo, e se governa mais pela lógica do razoável do que pela lógica formal.

Lembrávamos, então, que a pretensão de separar, em campos diversos e bem delineados, as medidas *cautelares* (conservativas) e as medidas *antecipatórias* (satisfativas) foi tarefa ambiciosa que apenas o direito brasileiro intentou levar adiante. No direito europeu – onde primeiro se sentiu e exaltou a necessidade de incluir nos poderes do órgão judicial o de, em caso de urgência, permitir não só a *conservação* dos bens e interesses litigiosos, mas também a *satisfação* provisória da pretensão cuja busca se apresenta como o objeto da tutela de mérito – o que se fez foi simplesmente alargar o conteúdo do poder geral de cautela. Foi, então, por meio da própria tutela cautelar que se chegou aos casos excepcionais de medida de antecipação da satisfação do direito subjetivo do litigante.

Alertamos, diante desse quadro histórico-cultural, para o risco de prevalecer, nos tribunais, o excesso de tecnicismo na separação das duas modalidades de prevenção em compartimentos estanques e inflexíveis, que, a pretexto de rigor doutrinário, poderia acabar por negar a tutela de emergência à parte, no momento em que se fazia mais premente e inadiável.

Nossa conclusão se fixou, desde os primeiros momentos de exigência da

tutela antecipatória, na necessidade de não dogmatizar a distinção entre medida cautelar e medida antecipatória. A verdadeira missão do aplicador da lei teria de ser a do combate ao perigo de dano grave e de difícil reparação e, para tanto, as medidas conservativas e as satisfativas não deveriam repelir-se umas as outras, mas sim teriam de aproximar-se entre si, de tal forma a encontrar uma completa harmonia no plano amplo da tutela de prevenção.

Recomendávamos que não seria aceitável, nessa ótica, indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundiria com medida cautelar, ou, rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do *mérito* da causa. Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que possa, realmente, comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com maior rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. Mesmo porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores do que as da tutela cautelar.

O que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmudar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.

A recente reforma legislativa operada pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, que introduziu no Código de Processo Civil o § 7º do art. 273, tornou solução legal expressa justamente a *fungibilidade* que vínhamos apontando como necessária entre medida antecipatória e medida cautelar.

Assim, estatui o novo dispositivo do Código: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental.”

Dir-se-á que, com isto, estar-se-ia esvaziando a ação cautelar, porque seria mais fácil à parte pleitear as medidas cautelares avulsamente dentro do processo principal, como se se tratasse de antecipação de tutela.

Ora, ainda que fosse verdade, ter-se-ia de louvar o legislador e não censurá-lo por encontrar meio mais expedito de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional desvencilhando a tutela de emergência de entraves procedimentais desnecessários.

A verdade, porém, é bem outra: se é possível chegar-se, em caráter incidental, até a uma medida de mérito (tutela antecipatória), por que não se fazer o mesmo com uma providência menos agressiva e muito mais singela

como é a medida cautelar?

Deve-se lembrar que o pedido de antecipação submete-se a requisitos mais rigorosos que os da medida cautelar, como o da prova inequívoca (equivalente a direito líquido e certo, assentado em prova pré-constituída). Se em vez de postular tutela antecipada a parte requer medida cautelar sujeitando-se aos rigores do art. 273, nada impede que o juiz lhe defira a providência conservativa dentro do procedimento das medidas antecipatórias.

As utilidades da ação cautelar não desaparecerão só por isso. Basta lembrar que as medidas preparatórias somente serão disponibilizadas dentro da ação cautelar, já que nessa altura não existe ainda processo principal, em cujo bojo se possa pleitear a providência de prevenção.

Além do mais, sempre que a medida cautelar se mostrar complexa e exigir dilação probatória mais ampla, que não se comportar na fase em que se acha o processo principal, o caso será não de indeferir a medida conservativa, mas de admitir a fungibilidade e ordenar que seja processada em apenso, segundo o rito das ações cautelares. Com isto, se pode, havendo real urgência, deferir a liminar desde logo e, em seguida, assegurar-se o necessário contraditório, sem tumulto do processo principal.

Dessa maneira, podemos utilizar o regime da fungibilidade do art. 273, § 7º, da seguinte maneira:

a) requerida a medida cautelar sob o rótulo de medida antecipatória, e satisfeitos os requisitos de prova pré-constituída evidenciadora da aparência do bom direito e do perigo de dano grave e iminente (art. 798), o juiz a deferirá, de imediato, como incidente do processo principal, da mesma maneira com que atua frente ao pedido de tutela antecipada;

b) se não houver urgência que a torne inadiável ou se faltar algum requisito dos elencados pelo art. 273 e §§, o juiz não indeferirá o pedido cautelar disfarçado em providência antecipatória; determinará seu processamento apartado, dentro dos padrões procedimentais da ação cautelar;

c) será objeto de autuação à parte, também, a medida cautelar que se requerer incidentalmente no processo principal, em estágio em que não mais será viável formar-se o contraditório próprio das ações cautelares, a não ser fora daquele feito;

d) de maneira alguma, porém, poderá o juiz indeferir medida cautelar sob o simples pretexto de que a parte a pleiteou erroneamente como se fosse antecipação de tutela; seu dever sempre será o de processar os pedidos de tutela de urgência e de afastar as situações perigosas incompatíveis com a garantia de

acesso à justiça e de efetividade da prestação jurisdicional, seja qual for o rótulo e o caminho processual eleito pela parte. O que lhe cabe é verificar se há um risco de dano grave e de difícil reparação. Havendo tal perigo, não importa se o caso é de tutela cautelar ou de tutela antecipada: o afastamento da situação comprometedora da eficácia da prestação jurisdicional terá de acontecer.

e) embora o § 7º do art. 273 só cogite da substituição da medida antecipatória por medida cautelar, é evidente que o contrário também se revele viável. Fungibilidade é fenômeno que não se concebe apenas em um sentido, mormente dentro da tutela de urgência, gênero comum a que pertencem tanto as medidas cautelares como as antecipatórias.[32] Logo, se a espécie satisfativa pode ser substituída pela conservativa, nada impede que o requerimento de certa medida rotulada de cautelar seja apreciada e decidida como provimento de antecipação de tutela, desde, é claro, que estejam presentes os requisitos do art. 273 e §§. E isto será viável, em nome da relevância institucional da tutela de urgência, até mesmo quando a medida impropriamente rotulada de cautelar houver sido ajuizada como preparatória de ação principal ainda por aforar.[33] Note-se que o juiz não irá alterar o pedido da parte, irá apenas enquadrá-lo no tratamento processual adequado. "Não pode haver dúvida de que a fungibilidade opera nas duas direções, sendo possível conceder tutela antecipada em lugar de cautelar (…). Esse *duplo sentido vetorial entre as medidas urgentes* sequer necessitaria estar previsto em lei, pois decorre da própria lógica do sistema das tutelas provisórias e instrumentais"[34] (sobre o tema da fungibilidade em matéria de tutela de urgência, ver, no vol. II, os itens 1.187-e e 1.191 a 1.191-c).

372-d. A efetivação da tutela antecipada

No texto anterior do art. 273, § 3º, determinava a lei que a execução da medida antecipatória se fizesse com observância, no que coubesse, do disposto no art. 588, incisos II e III. A exclusão do inciso I gerava dúvida sobre a possibilidade, ou não, de se condicionar a tutela antecipada ao requisito da caução. Pelo menos, porém, nos casos de levantamento de depósito em dinheiro, não havia motivo para questionamento, já que o inciso II do art. 588, a que remete o § 3º do art. 273, prevê, justamente, a obrigatoriedade de caução idônea, em semelhante circunstância.[35]

Com a nova redação do § 3º, dada pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, a remissão passou a ser feita a todo o art. 588, sem exclusão, portanto, de seu inciso I.[36] Claro, assim, que a caução é medida que o juiz poderá utilizar, tanto

nas medidas cautelares como nas antecipatórias. Isto, todavia, não se fará como regra obrigatória, porque, em muitas situações, a exigência de caução prévia pode inviabilizar a antecipação de tutela e tornar irremediável o dano temido, para desprestígio da Justiça e frustração da garantia constitucional de efetividade da jurisdição. A prudência e o bom senso ditarão a necessidade, ou não, de se exigir caução no âmbito da tutela antecipada. É bom lembrar que o art. 273, § 3º, não manda aplicar sempre e inflexivelmente as normas da execução provisória à antecipação de tutela, mas apenas "no que couber", o que dá a necessária margem de autonomia ao juiz para atuar dentro dos parâmetros da razoabilidade.

Além do mais, na própria execução provisória, a reforma operada pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, abandonou a exigência generalizada da caução, tendo-a como necessária apenas nos levantamentos de depósito de dinheiro, nos atos de transferência do domínio e em outros atos dos quais possa resultar *grave dano* ao executado (art. 588, II – atual art. 475-O, II).

Não prevalece mais a previsão genérica de caução para todas as modalidades de execução provisória. O texto do inciso I do art. 588, que a previa, também foi reformado (cf. atual art. 475-O, I).

Nas prestações de natureza alimentar (e não apenas nas de alimentos do direito de família), a execução provisória não reclama caução, desde que observadas certas limitações e exigências legais (art. 588, § 2º, substituído pelo atual art. 475-O, § 2º), nem mesmo para os atos de levantamentos de depósito ou de transferência de domínio. Essa sistemática, como é óbvio, terá de ser aplicada, igualmente, às antecipações de tutela.

A remissão aos §§ 4º e 5º do art. 461 e ao art. 461-A deixa claro que o regime da antecipação de tutela das obrigações de fazer e de dar está submisso aos mesmos princípios do art. 273. E que para fazer cumprir a tutela antecipada, em qualquer caso, o juiz pode usar os meios coercitivos especificados para disciplina própria das obrigações de fazer e de dar (impor multa diária, determinar busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial).

É importante lembrar que, de acordo com o novo inciso V do art. 14 do CPC, introduzido pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001, as partes têm o *dever* de "cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final". Isto quer dizer que, em tema de tutela de emergência, como se dá com a antecipação de tutela, os provimentos são de execução imediata, podendo o juiz usar dos meios a seu

alcance para efetivar as medidas de urgência, de plano. Não há necessidade de submeter-se às regras da *actio iudicati*. As ordens judiciais serão de cumprimento direto e imediato, sob pena de desobediência e emprego de força policial, se necessário.

O tema da execução das medidas de urgência (cautelares e antecipatórias) está mais desenvolvido no volume II, itens 1.190 a 1.190-f.

372-e. Tutela antecipada parcial

O *caput* do art. 273 já previa que a antecipação poderia ser de todos os efeitos da tutela pleiteada ou de parte deles. O novo § 6º, acrescentado pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, cuida de um caso em que se torna cabível e mais facilmente alcançável a antecipação de tutela: trata-se da cumulação de pedidos, quando o réu contesta apenas um ou alguns deles, deixando incontroversos outros.

Em tal conjuntura, a antecipação se mostra possível, sem necessidade de se recorrer aos requisitos ordinariamente exigidos (perigo de dano grave, prova inequívoca etc.). É que, pela não contestação, o fato básico se tornou presumido e a consequência dele extraível não depende mais de outras provas. Se o réu se manifestar expressamente sobre o reconhecimento de um dos pedidos cumulados, mais evidente será o cabimento da antecipação de tutela a seu respeito. Mas não é só no caso de expressa aquiescência do réu que se tornará viável a medida antecipatória de parte do pleito. A medida será manejável, igualmente, quando a resposta se silenciar a respeito de um pedido ou do fato que lhe constitui a causa de pedir. Em outros termos, a aquiescência do réu pode ser explícita ou implícita.

A protelação do julgamento dos pedidos (ou parte de pedidos) *incontroversos* não interessa nem ao *autor* nem ao réu: a perdurar a *relação material*, sobre que já não pende mais controvérsia, o autor fica injustamente privado da situação de vantagem a que tem direito, e o réu sujeita-se a acréscimos, acessórios e riscos de que já poderia se libertar de imediato.

Daí que, desaparecendo a situação litigiosa (i.é, a *controvérsia*), não há mais razão para se manter uma sequência procedimental sem objeto. Não há mais o que discutir e acertar. Impõe-se a imediata passagem para a fase de julgamento, proferindo-se a solução de mérito a respeito do que se pacificou entre as próprias partes.[37]

É de se ponderar, todavia, que a facilitação da antecipação de tutela, nos

moldes do § 6º, pressupõe independência jurídica entre os pedidos cumulados. Se houver vínculo de pre-judicialidade ou de interdependência entre o pedido impugnado e o não impugnado, uma vez atacado o prejudicial, o dependente estará *ipso facto* questionado. Não se poderá tê-lo como incontroverso. Se, por exemplo, se pede a rescisão de um contrato e a imposição de multa convencional, não se pode dizer incontroversa a questão sobre a pena, pelo fato de ter o réu negado cabimento à rescisão, sem se referir à sanção convencional. O tema da contestação é, sem dúvida, prejudicial em face do pedido de multa, de sorte que a controvérsia estabelecida não tem o poder de fazer incontroverso o pedido não impugnado diretamente.

O contrário, contudo, será caso típico de aplicação do § 6º do art. 273. Se, no exemplo aventado, o réu somente impugnar a multa, torna-se antecipável de imediato o efeito do pedido de rescisão. O juiz poderá antecipar para o autor todos os efeitos naturais da rescisão, menos a multa, porque esta tornou-se controvertida. A rescisão, todavia, independe de ser ou não deferida a pena convencional e, assim, pode ter seus efeitos antecipados sem prejuízo do prosseguimento do processo.

Mesmo que o autor formule pedido único, ainda será possível pensar-se na incidência do permissivo do § 6º do art. 273. Suponha-se que a inicial peça a condenação do demandado a pagar a soma de R$10.000,00, e a resposta do réu seja a de que ele só deve R$ 8.000,00. A controvérsia ficará restrita à diferença de R$ 2.000,00. Logo, terá direito o autor à antecipação de tutela para exigir o imediato pagamento de R$ 8.000,00 (parte incontroversa do pedido).

O que o § 6º do art. 273 permite, em termos de antecipação de tutela, é o mesmo que admite o § 1º do art. 899, em relação à ação de consignação em pagamento, onde se autoriza o autor a levantar o depósito que a contestação classifica de incompleto, devendo o feito prosseguir apenas para solucionar a existência ou não de diferença a ser complementada pelo consignante.

A não contestação de algum pedido, tornando-o incontroverso, afasta-o do litígio. O reconhecimento dessa exclusão, sem embargo de seu caráter antecipatório, representa julgamento definitivo de mérito, pelo que não se há de condicioná-lo à preservação da reversibilidade. Nesse passo, nada há de provisoriedade, ficando afastada, por isso mesmo, a regra limitativa do § 2º do art. 273.[38]

372-f. Recurso manejável diante do deferimento da tutela antecipada

A solução, positiva ou negativa, do pedido de tutela antecipada corresponde a ato do juiz que, "no curso do processo, resolve questão incidente" e, como tal, configura *decisão interlocutória*, em exata conformidade com a definição contida no art. 162, § 2º. E, se assim é, fácil é a conclusão de que o recurso cabível na espécie será sempre o agravo, meio impug-nativo concebido pelo legislador com a preocupação de não prejudicar o andamento normal do processo (art. 522).

A possibilidade de julgamento antecipado da parte da lide não contestada veio a suscitar discussão doutrinária em torno do recurso a ser manejado, visto que seria definitiva, e não provisória, a resolução da questão de mérito incontroversa.

Com efeito, o § 6º do art. 273 – a exemplo do que o Código previa em procedimentos especiais, como as ações de consignação em pagamento, de prestação de contas e de divisão ou demarcação de terras – veio a autorizar, na verdade, o fracionamento da solução do mérito da causa, agora em caráter geral, aplicável a qualquer procedimento cognitivo, desde, é claro, que se configure a situação aventada pelo novo dispositivo acrescido pela Lei nº 10.444/2002.

Nada obstante, ao antecipar o julgamento de parte do objeto do processo, o juiz profere, não sentença, mas, *decisão interlocutória*, pois soluciona *questão incidental*, sem prejuízo do prosseguimento do feito rumo à solução final e completa do litígio, a ser alcançada pela *sentença*. É exatamente o que prevê o § 2º do art. 162. A questão é incidente não pela natureza da matéria decidida, mas pelo momento processual em que o juiz a enfrenta. Se a marcha da relação processual de conhecimento não se encerra pelo pronunciamento judicial, a hipótese é de decisão interlocutória. Se o juiz conclui a atividade de acertamento da controvérsia, é sentença o seu provimento.

A distinção é importante, porque a qualificação dos atos decisórios tem de harmonizar-se com o sistema recursal, que prevê agravo para as decisões interlocutórias e apelação para as sentenças. O agravo se justifica precisamente pelo seu peculiar procedimento, que não interfere na marcha normal do processo; enquanto a apelação está programada para fazer subir os autos ao tribunal de segundo grau, em virtude de já estar concluída a atividade cognitiva a cargo do juízo de primeiro grau.

Tanto a decisão interlocutória pode solucionar questão de mérito como a sentença pode resolver apenas questão processual. Não é pelo conteúdo (matéria) que se alcança a verdadeira conceituação de decisão interlocutória, mas pela força que o ato decisório desempenha sobre o destino da atividade cognitiva

do juízo. O Código tem de ser interpretado de maneira sistemática e não pela literalidade de um artigo isolado do contexto. Não é pelo fato de o art. 162, § 1º prever que as sentenças "implicam alguma das situações previstas no arts. 267 e 269" que se tenha obrigatoriamente que considerar sentença todo ato decisório relativo às questões arroladas nos dois dispositivos. Se qualquer dos temas dos arts. 267 e 269 forem enfrentados de maneira incidental (sem determinar o encerramento do curso do processo na sua meta de completar o acertamento em torno do objeto litigioso), o caso é, sem dúvida, de decisão interlocutória, tal como a conceitua o § 2º do art. 162. Da mesma forma e por igual razão, haverá sentença sempre que a aplicação das regras dos arts. 267 e 269 provocar o encerramento da atividade cognitiva a cargo do juiz da causa, pouco importando se o provimento chegou, ou não, ao mérito.

Só assim se logra a harmonia entre a técnica classificatória dos atos judiciais com a sistemática recursal, concebidas ambas para funcionarem de maneira sincronizada e coerente.

§ 56. A RESPOSTA DO RÉU

Sumário: 373. A defesa do réu. 374. A resposta do réu. 375. Espécies de defesa. 376. Defesa processual. 377. Defesa de mérito. 378. Reconvenção. 379. Síntese.

373. A defesa do réu

O sistema do processo de conhecimento é dominado pelo princípio do contraditório, que consiste em garantir-se às partes o direito de serem ouvidas, nos autos, sobre todos os atos praticados, antes de qualquer decisão.

O processo é, desta forma, essencialmente dialético e a prestação jurisdicional só deve ser concretizada após amplo e irrestrito debate das pretensões deduzidas em juízo.

Por isso, após a propositura da ação, o réu é citado para vir responder ao pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor.

Isto, porém, não quer dizer que o demandado tenha o *dever* ou a *obrigação* de responder. Há, para ele, apenas o *ônus* da defesa, pois, se não se defender, sofrerá as consequências da *revelia* (arts. 319 a 322). Na verdade, a resposta é, para o réu, pura faculdade, da qual pode livremente dispor. Há, no sistema processual civil, mesmo a possibilidade de expressa adesão do réu ao pedido do autor, caso em que, no nascedouro, a lide se compõe por ato das próprias partes (art. 269, II).

Quando, porém, o direito em litígio for *indisponível*, desaparece para o réu a possibilidade de renunciar à defesa, por meio de simples inação ou revelia. O Ministério Público, então, é convocado para atuar como *custos legis* e o autor, mesmo diante do silêncio do demandado, não se desobriga do ônus de provar os fatos não contestados (art. 320, II).

Há, destarte, oportunidade de adotar o réu três atitudes diferentes após a citação, ou seja:

a) a inércia;

b) a resposta;

c) o reconhecimento da procedência do pedido.

374. A resposta do réu

Nos 15 dias seguintes à citação – cuja contagem se faz segundo o exposto no nº 233, *retro* –, o réu poderá responder o pedido do autor através de *contestação, exceção* e *reconvenção*.

Essa resposta deve ser formalizada em petição escrita, subscrita por advogado, endereçada ao juiz da causa (art. 297).

O prazo de defesa é comum a todos os réus, quando houver litisconsórcio passivo (art. 298). Mas será contado em dobro (30 dias), se os litisconsortes estiverem representados por advogados diferentes (art. 191).

O início do prazo de resposta só se verifica após a citação do último litisconsorte (art. 241, nº II). Se, porém, o autor desistir da ação quanto a algum réu ainda não citado, todos os demais deverão ser intimados do despacho que deferir a desistência. E só a partir dessa intimação é que o prazo de defesa começará a fluir para todos (art. 298, parágrafo único).

Assim dispondo procura o Código evitar surpresa para os litisconsortes já citados, que sofreriam retroação do *dies a quo* do prazo de resposta, se se considerasse, no caso, apenas a data da última citação efetivamente realizada.

A contestação, a reconvenção e a exceção serão objeto, cada uma delas, de petições autônomas. A contestação e a reconvenção são juntadas aos autos e a exceção é atuada em apenso aos autos principais (art. 299).

375. Espécies de defesa

Sabe-se que entre as partes em litígio duas relações jurídicas distintas podem ser apreciadas:

a) a *relação processual*, que é de ordem pública e nasce da propositura da ação e se aperfeiçoa com a citação do demandado, vinculando, assim, autor, juiz e réu (*iudicium est actus trium personarum*);

b) a *relação de direito material*, que é objeto da controvérsia existente entre as partes (lide ou litígio) e que configura o *mérito da causa*, comumente de natureza privada. Identifica-se pela *causa petendi* e pelo pedido que o autor formula na petição inicial.

Assim, quando o réu responde ao autor, tanto pode defender-se no plano da relação processual (preliminares) como no do direito material (questão de mérito). Daí a classificação das defesas em defesa *processual* e defesa *de mérito*.

376. Defesa processual

Denomina-se defesa processual a que tem conteúdo apenas formal. Costuma também ser chamada de defesa de *rito*. É "*indireta*, porque ela visa a obstar a outorga da tutela jurisdicional pretendida pelo autor mediante inutilização do processo, ou seja, do meio, do instrumento de que ele se valeu, sem que se ofereça oportunidade para composição da lide, isto é, sem apreciação do mérito pelo juiz".[39]

São exemplos de defesa indireta as que invocam a inexistência de pressupostos processuais ou de condições da ação (art. 301).

Nem todas as defesas processuais, no entanto, visam à total e imediata inutilização do processo, razão pela qual elas podem ser subdivididas em *peremptórias* e *dilatórias*.

São *peremptórias* as que, uma vez acolhidas, levam o processo à extinção, como a de inépcia da inicial, ilegitimidade de parte, litispendência, coisa julgada, perempção etc. (art. 267). Aqui, o vício do processo é tão profundo que o inutiliza como instrumento válido para obter a prestação jurisdicional.

São *dilatórias* as defesas processuais que, mesmo quando acolhidas, não provocam a extinção do processo, mas apenas causam ampliação ou dilatação do curso do procedimento.

Assim, quando se alega nulidade da citação, incompetência do juízo, conexão de causas, deficiência de representação da parte ou falta de autorização para a causa, ou ausência de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar (art. 301, n$_{os}$ I, II, VII, VIII e XI), em todos esses casos a defesa provoca apenas uma paralisação temporária do curso normal do procedimento, enquanto o obstáculo processual não seja removido.

Superado o impasse, a relação processual retoma sua marcha regular rumo à solução de mérito, que é o objetivo final do processo.

Pode, no entanto, uma defesa meramente dilatória adquirir a força de peremptória, quando, acolhida pelo juiz, a parte deixar de cumprir a diligência saneadora que lhe for determinada, no prazo legal ou naquele que o juiz houver marcado (exemplo: o juiz determina ao autor que regularize sua representação nos autos em 10 dias e este deixa escoar o prazo sem diligenciar o saneamento da falta). A exceção que, inicialmente, foi dilatória acabou se tornando peremptória, porque o juiz terá de decretar a extinção do processo (art. 267, IV).

A solução da defesa processual varia de natureza, conforme o sentido que lhe dê o magistrado. É decisão interlocutória o ato do juiz que rejeita exceção

dilatória ou que julga sanada a falha que a motivou. Mas é sentença o ato que acolhe a defesa processual para extinguir a relação processual.

O procedimento a observar nas defesas processuais é, também, variável, pois estas podem ser formuladas, ora em *preliminares da contestação* (art. 301), ora em *procedimentos apartados* (exceções de suspeição, impedimento e incompetência).

377. Defesa de mérito

Quando o réu ataca o fato jurídico que constitui o mérito da causa (a sua *causa petendi*), tem-se a defesa chamada *de mérito*.

O ataque do contestante pode atingir o próprio *fato* arguido pelo autor (quando, por exemplo, nega a existência do dano a indenizar), ou suas *consequências jurídicas* (quando reconhecido o fato, nega-se-lhe o efeito pretendido pelo autor). Em ambos os casos, diz-se que a defesa de mérito é *direta*.

É direta, "porque dirigida contra a própria pretensão do autor e objetivando destruir-lhe os fundamentos de fato ou de direito".[40]

Mas a defesa de mérito pode, também, ser *indireta*, quando, embora se reconheça a existência e eficácia do fato jurídico arrolado pelo autor, o réu invoca outro fato novo que seja "impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor" (art. 326). São exemplos de defesa indireta de mérito a prescrição e a compensação.

Tal como as defesas processuais, também as defesas de mérito podem ser *dilatórias* ou *peremptórias*, conforme visem à total exclusão do direito material do autor, ou apenas à procrastinação do seu exercício.

São defesas dilatórias de mérito, *v.g.*, as que se fundam no direito de retenção por benfeitorias (Código Civil de 1916, art. 516; CC de 2002, art. 1.219) ou na exceção de contrato não cumprido (Código Civil de 1916, art. 1.092; CC de 2002, art. 476).

378. Reconvenção

Entre as respostas de mérito, arrola-se, também, a reconvenção, que, todavia, não é meio de defesa, mas verdadeiro contra-ataque do réu ao autor, propondo dentro do mesmo processo uma ação diferente e em sentido contrário àquela inicialmente deduzida em juízo.

Na reconvenção, o réu passa a chamar-se *reconvinte* e visa a elidir a pretensão do autor, dito *reconvindo*, formulando contra este uma pretensão de direito material, de que se julga titular, conexa ao direito invocado na inicial, e que tenha sobre ele eficácia extintiva ou impeditiva. Enquanto o contestante apenas procura evitar sua condenação, numa atitude passiva de resistência, o reconvinte busca, mais, obter uma condenação do autor-reconvindo.

379. Síntese

Diante do exposto, podemos classificar as respostas do réu, admitidas por nosso sistema processual civil, da seguinte maneira:

a) defesa processual (sempre indireta);

b) defesa direta de mérito;

c) defesa indireta de mérito;

d) reconvenção.

Por sua vez, as defesas indiretas, processuais ou de mérito, podem ser:

a) peremptórias; ou

b) dilatórias.

§ 57. CONTESTAÇÃO

Sumário: 380. Conceito. 381. Conteúdo e forma da contestação. 382. Ônus da defesa especificada. 383. Preliminares da contestação. 384. Conhecimento *ex officio* das preliminares. 385. Réplica ou impugnação do autor.

380. Conceito

O direito de ação, como direito subjetivo público, autônomo e abstrato, que visa à tutela jurisdicional do Estado, não cabe apenas ao autor. Assim como este o exercita, através da petição inicial, o réu, da mesma forma, também o faz através da contestação; pois, tanto no ataque do primeiro como na defesa do segundo, o que se busca é uma só coisa: a providência oficial que há de pôr fim à lide, mediante aplicação da vontade concreta da lei à situação controvertida.

Daí a lição de Couture de que o direito de defesa em juízo se afigura como um direito paralelo à ação manipulada pelo autor. Pode-se dizer, com o grande mestre, que é a ação do réu. "O autor pede justiça reclamando algo contra o demandado e este pede justiça solicitando a repulsa da demanda."[41]

Como o autêntico direito de ação, o direito de defender-se não está vinculado ao direito material. É puramente processual, tanto que, mesmo sem o menor resquício de amparo em direito substancial comprovado, sempre se assegura ao réu o direito formal de formular sua contestação ao pedido do autor.[42]

Há, porém, profunda diferença entre a ação do autor e a contestação do réu. "Na ação, o autor formula uma *pretensão*, faz um *pedido*. Diversamente, na defesa não se contém nenhuma pretensão, mas *resistência* à pretensão e ao pedido do autor."

O contestante, na realidade, ao usar o direito abstrato de defesa, busca tão somente libertar-se do processo em que o autor o envolveu. Isto pode ser feito de duas maneiras, isto é:

a) através de ataque à relação processual, apontando-lhe vícios que a invalidem ou tornem inadequada ao fim colimado pelo autor; ou

b) por meio de ataque ao mérito da pretensão do autor.

Contestação, portanto, é o instrumento processual utilizado pelo réu para

opor-se, formal ou materialmente, à pretensão deduzida em juízo pelo autor.

381. Conteúdo e forma da contestação

A forma da contestação é a de petição escrita, endereçada ao juiz da causa (art. 297).

Nela o réu tem que alegar "toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor, e especificando as provas que pretende produzir" (art. 300).

O ônus de arguir na contestação "toda a matéria de defesa" é consagração, pelo Código, do princípio da *eventualidade* ou da *concentração,* que consiste na preclusão do direito de invocar em fases posteriores do processo matéria de defesa não manifestada na contestação.

Dessa forma, incumbe ao réu formular, de uma só vez, na contestação, todas as defesas de que dispõe, de caráter formal ou material, salvo apenas aquelas que constituem objeto específico de outras respostas ou incidentes, como as exceções e a reconvenção. Se alguma arguição defensiva for omitida nessa fase, impedido estará ele, portanto, de levantá-la em outros momentos ulteriores do procedimento.

Há, porém, três hipóteses em que o Código abre exceção ao princípio da eventualidade ou concentração da defesa, para permitir que o réu possa deduzir novas alegações no curso do processo, depois da contestação.

Isso é possível quando as novas alegações (art. 303):

I – sejam relativas a direito superveniente (como, v.g., o réu que adquire a propriedade da coisa litigiosa, no curso do processo, por herança; ou que obtém quitação do autor relativamente à obrigação disputada em juízo);

II – quando a matéria arguida for daquelas que o juiz pode conhecer de ofício (exemplo: condições da ação e pressupostos processuais);

III – quando, por expressa autorização legal, a matéria puder ser formulada em qualquer tempo e juízo (exemplo: prescrição).

382. Ônus da defesa especificada

Além do ônus de defender-se, o réu tem, no sistema de nosso Código, o ônus de impugnar especificadamente todos os fatos arrolados pelo autor. Pois dispõe o art. 302 que "cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial", sob pena de presumirem-se verdadeiros "os fatos

não impugnados".

É, de tal sorte, ineficaz a contestação por negação geral, bem como "a que se limita a dizer não serem verdadeiros os fatos aduzidos pelo autor".[43]

Diante do critério adotado pela legislação processual civil, os fatos não impugnados precisamente são havidos como verídicos, o que dispensa a prova a seu respeito.[44] Quando forem decisivos para a solução do litígio, o juiz deverá, em face da não impugnação especificada, julgar antecipadamente o mérito, segundo a regra do art. 330, nº I.

Ressalvou, no entanto, o art. 302 três casos em que não ocorre a presunção legal de veracidade dos fatos não impugnados pelo contestante. São os seguintes:

I – quando não for admissível, a respeito deles, a confissão: é o caso dos direitos *indisponíveis*, como os relacionados com a personalidade e o estado das pessoas naturais; [45]

II – *quando a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato*: a norma harmoniza-se com o art. 366, onde se diz que "quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta";

III – *quando os fatos não impugnados estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto*: isto pode acontecer quando o autor arrola uma sequência de fatos e o réu impugna diretamente apenas alguns, mas da impugnação destes decorre implicitamente a rejeição dos demais, por incompatibilidade lógica entre o que foi arguido e os fatos não apreciados pelo contestante. Se o réu, por exemplo, baseia sua defesa no álibi de não ter sequer estado presente no local em que ocorreu o ato ilícito que lhe é imputado, implicitamente estarão impugnados todos os demais fatos alegados pelo autor que pressuponham a referida presença do contestante.

Há, também, outro caso em que a presunção de veracidade dos fatos não impugnados deixa legalmente de operar: ocorre quando a contestação é formulada por advogado dativo, curador especial ou órgão do Ministério Público (art. 302, parágrafo único). É que, em tais circunstâncias, o relacionamento entre o representante e o representado não tem a intimidade ou profundidade que é comum entre os clientes e seus advogados normalmente contratados.

Por autorizar, *in casu*, a contestação por negação geral a simples resposta torna controvertidos todos os fatos invocados na petição inicial, mantendo-se, por conseguinte, o ônus da prova inteiramente a cargo do autor.[46]

De qualquer maneira, a regra do art. 302 contém uma presunção apenas

relativa e não uma presunção absoluta e intransponível. Ainda que algum fato constitutivo do direito pretendido pelo autor não tenha sido objeto de impugnação especificada na contestação, não poderá o juiz ignorar a prova acaso existente nos autos que lhe negue a veracidade. O elemento de convicção, uma vez revele o contrário da presunção, há de ser levado em conta no julgamento da causa, porque o compromisso maior do juiz, no desenvolvimento do devido processo legal, é com a verdade real e com a justa composição do litígio. Não importa quem tenha carreado para o processo a prova de inexistência do fato constitutivo da *causa petendi*. A prova, qualquer que seja sua origem, é do processo, e não do autor ou do réu. Se ela nega o direito do autor, não pode a sentença protegê-lo. A tutela jurisdicional cabe ao *direito* lesado ou ameaçado. Se este, comprovadamente, não existe, a sentença haverá de ser de improcedência da demanda, mesmo que o réu não tenha atacado o fato constitutivo do direito do autor e mesmo, ainda, que a prova contrária tenha surgido nos autos sem a iniciativa do demandado.[47] Terá sido, enfim, aniquilada a presunção legal relativa.

383. Preliminares da contestação

A contestação, em nosso sistema processual, não é apenas meio de defesa de ordem material ou substancial. Cabe ao réu usá-la, também, para as defesas de natureza processual, isto é, para opor ao autor alegações que possam invalidar a relação processual ou revelar imperfeições formais capazes de prejudicar o julgamento do mérito.

Essas arguições meramente processuais se revestem de caráter prejudicial, de maneira que seu exame e solução hão de preceder à apreciação do litígio (mérito).

Por isso, dispõe o art. 301 que compete ao contestante, antes de discutir o mérito, alegar, se for o caso, as seguintes preliminares:

I – *Inexistência ou nulidade da citação*. Trata-se de exceção ou defesa dilatória, porque o comparecimento do réu supre a citação (art. 214, § 1º); mas seu acolhimento pode levar à reabertura do prazo de resposta, na hipótese do art. 214, § 2º.

II – *Incompetência absoluta*. Juiz absolutamente incompetente é aquele a que falta competência para a causa, em razão da matéria ou da hierarquia (art. 111). A defesa, aqui, também é dilatória, pois seu acolhimento não leva à extinção do processo, mas à remessa dele ao juiz competente.

A incompetência relativa não deve ser arguida em preliminar da contestação, uma vez que o Código exige que seja objeto de incidente específico, nos termos dos arts. 307 a 311. Se não for suscitado, em forma regular o incidente, haverá prorrogação da competência do juiz que tomou conhecimento da inicial. Todavia, o uso indevido da preliminar, em lugar da exceção apartada, tem sido considerado "mera irregularidade formal" pela jurisprudência (ver nº 176, *retro*).

III – *Inépcia da inicial*. É defesa processual peremptória, já que dá lugar à extinção do processo, sem julgamento do mérito. É acolhível nos casos previstos no art. 295, parágrafo único.

IV – *Perempção*. É, também, defesa peremptória. Ocorre a perempção quando o autor dá ensejo a três extinções do processo, sobre a mesma lide, por abandono da causa (art. 268, parágrafo único). Em consequência da perempção, embora não ocorra extinção do direito subjetivo material, fica o autor privado do direito processual de renovar a propositura da mesma ação. Pode, todavia, a questão ser suscitada em defesa.

V – *Litispendência*. A existência de uma ação anterior igual a atual impede o conhecimento da nova causa. Ocorre litispendência, segundo o Código, "quando se reproduz ação anteriormente ajuizada" (art. 301, § 1º) e que ainda esteja em curso, pendendo de julgamento (§ 3º). Define, outrossim, o § 2º do mesmo artigo, o que se deve entender por ação idêntica, dizendo que, para haver litispendência, é necessário que nas duas causas sejam as mesmas as *partes*, a mesma a *causa de pedir*, e o mesmo o *pedido* (veja-se, *retro*, o nº 264). A exceção de litispendência, que visa a impedir a duplicidade de causas sobre um só litígio, quando acolhida, é defesa peremptória.

VI – *Coisa julgada*. Com o advento da coisa julgada, o dispositivo da sentença torna-se imutável e indiscutível (art. 467). Daí a impossibilidade de renovar-se a propositura de ação sobre o mesmo tema. Para acolhimento da preliminar de coisa julgada, é necessário que ocorra identidade de partes, *causa petendi* e pedido, tal como se passa com a litispendência (art. 301, §§ 1º e 2º). A diferença entre essas duas figuras processuais está em que a litispendência ocorre com relação a uma causa anterior ainda em curso, e a coisa julgada relaciona-se com um feito já definitivamente julgado por sentença, de que não mais cabe nenhum recurso (art. 301, § 3º). É, igualmente, defesa processual peremptória.

VII – *Conexão*. Ocorre a conexão entre várias ações nos casos previstos no art. 103 (comunhão de *objeto* ou de *causa de pedir*). A defesa que invoca a conexão é apenas dilatória, já que não visa à extinção do processo, mas apenas à

reunião das causas conexas (art. 105). Os autos, no caso de acolhimento da preliminar, são simplesmente remetidos ao juiz que teve preventa sua competência, segundo as regras dos arts. 106 e 219. Compreende-se, por outro lado, na expressão *conexão*, utilizada pelo art. 301, nº VII, também a *continência* (art. 104), porque, além de ser esta uma figura que, *lato sensu*, se contém no conceito de conexão, produz processualmente a mesma consequência que esta.

VIII – *Incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização*. Cuida-se agora de vários pressupostos processuais, ou seja, de requisitos necessários para que a relação processual se estabeleça e se desenvolva eficazmente.

Essa defesa formal é simplesmente dilatória porque, ao acolhê-la, o juiz não extingue, desde logo, o processo, mas sim enseja oportunidade à parte para sanar o vício encontrado. Só depois de, eventualmente, não ser cumprida a diligência, é que, então, haverá a extinção do processo. Aí, sim, a defesa processual assumirá a figura de exceção peremptória.

IX – *Convenção de arbitragem*. O juízo arbitral, nos casos em que a lei o permite (Lei nº 9.307, de 23.09.96), é modo de excluir a aptidão da jurisdição para solucionar o litígio. Se as partes ajustaram o compromisso para julgamento por árbitros, ilegítima será a atitude de propor ação judicial sobre a mesma lide. A defesa processual que opõe à ação a preexistência de compromisso arbitral é peremptória.

X – *Carência de ação*. Ocorre a carência de ação quando não concorrem, no caso deduzido em juízo, as condições necessárias para que o juiz possa examinar o mérito da causa e que são a legitimidade das partes, o interesse processual do autor e a possibilidade jurídica do pedido (vejam-se, *retro*, os nºs 52 e 53).

XI – *Falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar*. A preliminar, na espécie, configura defesa processual dilatória. O juiz, ao acolhê-la, deve ensejar oportunidade ao autor para sanar a falha. Se não houver o suprimento, no prazo marcado, a preliminar assumirá força de peremptória e o juiz decretará, então, a extinção do processo, sem julgamento do mérito.

384. Conhecimento *ex officio* das preliminares

O juízo arbitral, mesmo quando previamente compromissado, pode ser renunciado, até mesmo de forma tácita. Basta, por exemplo, ao réu não alegá-lo na contestação para presumir-se a renúncia ao julgamento que antes fora

confiado aos árbitros. Assim, não pode o juiz conhecer *ex officio* da preliminar do inciso IX do art. 301.

Todas as demais preliminares do referido artigo devem, no entanto, ser apreciadas e decididas pelo juiz, de ofício, isto é, independentemente de arguição pelo contestante (art. 301, § 4º).

Esse poder do julgador decorre, na espécie, do fato de que qualquer uma das referidas preliminares afeta os requisitos de constituição ou desenvolvimento válido e regular do processo, matéria na qual há, sem dúvida, evidente interesse público.

385. Réplica ou impugnação do autor

Para manter a observância do princípio do contraditório, sempre que a contestação contiver defesa indireta de mérito, ou seja, quando o réu invocar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado na inicial, o juiz mandará ouvir o autor sobre a resposta, em 10 dias (art. 326).

A mesma audiência do autor será observada, também, quando o contestante arguir qualquer das preliminares previstas no art. 301 (art. 327).

Em ambos os casos, além de se permitir a impugnação da defesa do réu, será facultado ao autor produzir prova documental (arts. 326 e 327).

§ 58. EXCEÇÕES

Sumário: 386. Conceito. 387. Prazo. 388. Efeito da exceção. 389. Exceção de incompetência. Cabimento. 390. Procedimento. 391. Exceções de impedimento e de suspeição.

386. Conceito

Entre as respostas do réu, inclui o Código as *exceções* (art. 297). Em sentido amplo, *exceção* abrange toda e qualquer defesa que tenda a excluir da apreciação judicial o pedido do autor, seja no aspecto formal, seja no material. Assim, fala-se em exceções de mérito e exceções processuais.

"Chama-se *exceção* a indireta contradição do réu à ação do autor, por meio da qual se perime a mesma ação ou apenas se dilata o seu exercício."[48]

Mas, no sentido estrito em que a expressão foi utilizada no art. 297, exceção é o incidente processual destinado à arguição da incompetência relativa do juízo, e de suspeição ou impedimento de juiz (art. 304).

Embora arroladas entre as respostas do réu (art. 297), a verdade é que as exceções em causa podem ser arguidas por "qualquer das partes", conforme esclarece o próprio art. 304.

A *competência* e a *imparcialidade* são pressupostos processuais relacionados com a pessoa do juiz, que se apresentam como requisitos essenciais para o desenvolvimento válido da relação processual.[49]

Não basta ao juiz ou Tribunal estar investido genericamente do poder jurisdicional. Para atuar, diante de um caso concreto, é indispensável a verificação da competência como limite de seu poder de jurisdição, bem como da ausência de impedimentos ou obstáculos previstos no sistema processual, que possam afastar o julgador da causa.

A exceção é, pois, matéria de defesa processual dilatória, que não se volta propriamente contra o outro litigante, mas sim contra o órgão jurisdicional ou seu titular, pondo em crise sua capacidade para exercer a jurisdição frente ao caso *sub iudice*.

O Código institui dois procedimentos para as exceções: um para a

incompetência (arts. 307 a 311) e outro para o *impedimento* e a *suspeição* (arts. 312 a 314).

Ambos se iniciam por petição de uma das partes e dão lugar a um procedimento apartado, que corre em apenso aos autos principais (art. 299).

Ao que propõe a exceção se dá o nome de *excipiente*; à parte contrária, o de *exceto*.

387. Prazo

O direito de arguir exceções "pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo" à parte suscitar o incidente, "no prazo de 15 dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição" (art. 305).

Se o *fato* for anterior ao ajuizamento da causa, o prazo começará a correr, para o réu, a partir da citação, e, para o autor, a partir do momento em que tomou conhecimento da distribuição do feito ao juiz incapaz.

Quando a causa for posterior ao ajuizamento, diz o art. 305 que o prazo de 15 dias começará a fluir do *fato* que vier a ocasionar a incompetência, o impedimento ou a suspeição. Mas o entendimento mais razoável é que considera como *dies a quo* do referido prazo aquele em que "a parte tiver ciência desse fato".[50]

388. Efeito da exceção

A arguição de qualquer uma das exceções do art. 304 produz a suspensão do processo, até que o incidente seja definitivamente julgado, o que não quer dizer que se há de aguardar o julgamento *final* ou último do incidente (art. 306).

No caso de incompetência, entende-se definitivamente julgado o incidente decidido em primeiro grau de jurisdição, pois o agravo de instrumento, interponível, em tal caso, não tem efeito suspensivo.[51] Se há recurso da decisão que repele a exceção, o processo não mais ficará paralisado. O agravo, na espécie, deverá observar a forma de instrumento, uma vez que, em se tratando de competência, a urgência de solução se impõe pela evidente gravidade do problema.

No caso de impedimento ou suspeição, o julgamento se dá em única instância, pelo Tribunal Superior a que esteja vinculado o juiz. Enquanto não obtido esse julgamento, o processo principal estará suspenso.

Inacolhida a exceção, o vencido sujeita-se às custas do incidente (art. 20, § 1º).

Mas não haverá condenação à verba de honorários advocatícios, pois esta, na sistemática do Código, só é cobrável na *sentença*, ou seja, no julgamento que põe termo ao processo, conforme se depreende do art. 20, *caput*, e o julgamento da exceção é mera decisão interlocutória que resolve apenas um incidente processual (ver, *retro*, o nº 79).[52]

Da decisão de 1º grau de jurisdição que acolhe ou rejeita a exceção, em qualquer de suas formas, o recurso interponível é o agravo de instrumento, e não a apelação, pelo fato já demonstrado de tratar-se de decisão interlocutória (art. 522).[53]

Após o julgamento da exceção, o processo principal retorna a seu curso normal e o prazo de contestação será restituído ao réu "por tempo igual ao que lhe faltava para sua complementação" (art. 180).

A contagem do restante do prazo far-se-á da seguinte maneira: a) se a exceção for rejeitada pelo juiz, começará a fluir o prazo a partir da intimação da decisão singular; b) acolhendo a exceção, o juiz remeterá os autos ao juízo competente e, nesse caso, o prazo somente fluirá depois da respectiva chegada no juízo *ad quem* e da competente intimação do excipiente ali realizada,[54] ou de sua explícita ou implícita ciência a respeito;[55] c) se o destinatário da declinação recusá-la mediante conflito de competência, somente depois de solucionado o incidente dar-se-á a reabertura do prazo de contestação no juízo a que for afirmada a competência pelo Tribunal, devendo aí ser adequadamente intimado o réu.

389. Exceção de incompetência. Cabimento

A incompetência absoluta não é arguida sob a forma de *exceção*, mas de simples preliminar da contestação (art. 301, nº II), e mesmo quando não alegada pelo contestante pode ser declarada *ex officio* pelo juiz, em qualquer fase do processo (art. 301, § 4º).

A incompetência relativa, em princípio, não poderá ser decretada por iniciativa do próprio juiz, porque a lei reconhece às partes a faculdade de prorrogar, ou modificar a competência em tais casos, o que é possível, não só através de cláusula contratual expressa (art. 111), como também de forma tácita, por meio da ausência de exceção declinatória do foro e de juízo no prazo legal (art. 114).[56]

O parágrafo único do art. 112, incluído pela Lei nº 11.280, de 16.02.06, criou uma situação inusitada no processo civil. Previu que o juiz pode declarar de ofício a nulidade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, para em consequência declinar da competência para o juízo do domicílio do réu. Tratou, assim, uma competência que seria naturalmente relativa como absoluta. Não obstante, a referida Lei nº 11.280 alterou a redação do art. 114 para prever a prorrogação da mesma competência caso o juiz dela não decline na forma do parágrafo único do art. 112. Portanto, ao mesmo tempo que deu ao caso uma feição de incompetência absoluta, aplicou-lhe uma regra de prorrogação própria das incompetências relativas.

390. Procedimento

A exceção é provocada por petição *escrita*, distinta da inicial ou da contestação, petição essa que, uma vez despachada pelo juiz, será autuada à parte, formando um apenso dos autos principais.

A petição deve ser fundamentada e devidamente instruída (art. 307), isto é, o excipiente deve arrolar os fatos em que apoia a recusa do juízo, juntando os elementos de prova de que dispõe ou indicando as fontes onde possam ser obtidas.

Além disso, é requisito essencial da petição da exceção de incompetência a indicação do juízo para o qual a parte declina. Sem isso, a petição será inepta e merecerá indeferimento liminar.

Autuada e registrada a exceção, se não houver indeferimento liminar – o que é possível nos casos de manifesta improcedência ou inépcia da petição (art. 310) –, o juiz mandará ouvir o exceto em 10 dias e proferirá sua decisão em igual prazo (art. 308).[57]

Se houver necessidade de prova testemunhal – em casos como o da demonstração do domicílio ou residência da parte –, o juiz designará audiência de instrução e terá os 10 dias seguintes para decidir (art. 309).

Se a exceção for julgada improcedente, o processo, que estava suspenso, retomará seu curso normal, mesmo que o excipiente interponha agravo de instrumento. Se, porém, a decisão for de acolhida da declinatória, os autos (do processo e do incidente) serão, prontamente, remetidos ao juiz competente (art. 311).

A Lei nº 11.280, de 16.02.2006, acrescentou um parágrafo ao art. 305, para disciplinar a eventualidade de o réu manejar a exceção de incompetência fora da

comarca onde corre o processo, caso em que o protocolo poderá se dar no foro de seu domicílio. A alteração tem como escopo a economia processual. Procura, sobretudo, a maior facilidade para o exercício da defesa do demandado. A regra do novo parágrafo do art. 305 será observável sempre que o réu for demandado fora de seu domicílio e receber a citação por meio de carta precatória. Protocolando a exceção junto ao juízo deprecado (foro de seu domicílio), esta será encaminhada ao juízo deprecante acompanhando a precatória após seu cumprimento. Trata-se de providência similar à que o Código já previa para os embargos à execução (art. 747, com a redação da Lei nº 8.953, de 13.12.1994).

391. Exceções de impedimento e de suspeição

A incompetência refere-se ao juízo, como órgão jurisdicional; o impedimento e a suspeição, ao juiz, como pessoa física encarregada da prestação jurisdicional.

Assim, quando o juiz é afastado do processo por motivo de impedimento ou suspeição, o processo não se desloca do juízo (foro, vara, tribunal etc.). Apenas o julgador, dentro do mesmo órgão, é que é substituído.

Embora preveja o Código prazo para essas exceções, no caso de impedimento, pelo menos, é de admitir-se que não ocorre *preclusão* da faculdade de arguir a incapacidade do juiz. Isto porque, até depois da *res iudicata*, o Código permite a invocação desse vício para rescindir a sentença (art. 485, II).

O impedimento e a suspeição devem ser, em regra, reconhecidos pelo juiz, de ofício, ao tomar conhecimento do processo (art. 137). A exceção formulada pela parte é cabível apenas quando o juiz descumpra o seu dever funcional de afastar-se da causa.

No incidente da exceção de suspeição ou impedimento, a posição de *exceto* toca ao próprio juiz recusado, visto que o excipiente se dirige ao órgão judiciário superior para tentar diretamente a exclusão de sua pessoa da relação processual. Sua posição assemelha-se à de um réu, durante a tramitação do procedimento incidental, tanto que, se a exceção for procedente, o juiz sofrerá até condenação nas custas (art. 314).

Não obstante, a petição é dirigida ao próprio juiz rejeitado e será autuada em apenso aos autos principais.

Naturalmente, em tais casos, não lhe será lícito indeferir a petição, nem mesmo quando reputá-la manifestamente improcedente. Não há sequer lugar para ouvida da parte contrária.

A apreciação e julgamento do incidente tocam ao Tribunal a que se acha

subordinado o juiz impugnado. Quando, porém, ocorrer objetivamente o descabimento da exceção (por intempestividade ou invocação de fato que, à evidência, não esteja entre os previstos nos arts. 134 e 135 do CPC), poderá o próprio Juiz exceto denegá-la liminarmente, dentro do dever legal que lhe toca de "velar pela rápida solução do litígio" e de "prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça" (art. 125, nos II e III).

A petição deverá especificar o motivo da recusa, que deve ser um dos previstos nos arts. 134 e 135, pois a enumeração legal é taxativa.[58] Poderá ser instruída com documentos em que o excipiente fundar a alegação e conterá o rol de testemunhas (art. 312).

O advogado do excipiente não necessita de poderes especiais para arguir a suspeição ou impedimento do juiz, segundo se depreende do art. 38.[59]

Autuada e registrada a exceção, o juiz poderá:

a) reconhecer, desde logo, o impedimento ou a suspeição, caso em que ordenará a remessa dos autos ao seu substituto legal;

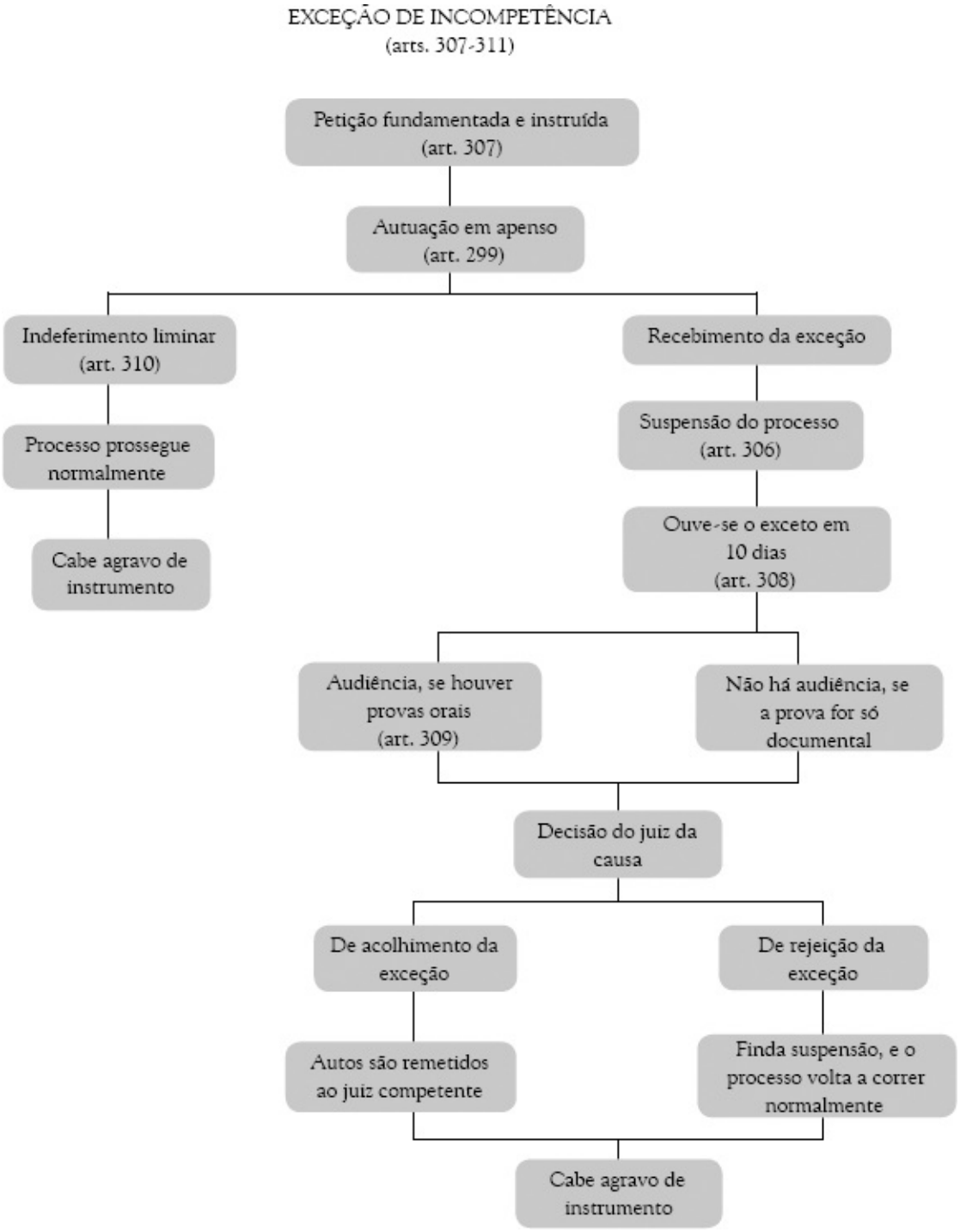
b) caso contrário, responderá a exceção em 10 dias, juntando os documentos que julgar conveniente e rol de testemunhas. Em seguida, determinará a remessa dos autos ao tribunal competente para processar e julgar o incidente, conforme a organização judiciária respectiva.

No tribunal *ad quem*, o rito a observar será o preconizado pelo seu regimento interno.

"Verificando que a exceção não tem fundamento legal, o tribunal determinará o seu arquivamento; no caso contrário, condenará o juiz nas custas, mandando remeter os autos ao seu substituto legal" (art. 314).

Por importar afastamento do magistrado do exercício da jurisdição e envolver matéria de ordem moral e de alta relevância, que pode afligir a pessoa do suspeitado e suscitar até menosprezo à própria dignidade da justiça para acolhimento da exceção de suspeição, "é indispensável prova induvidosa".[60]

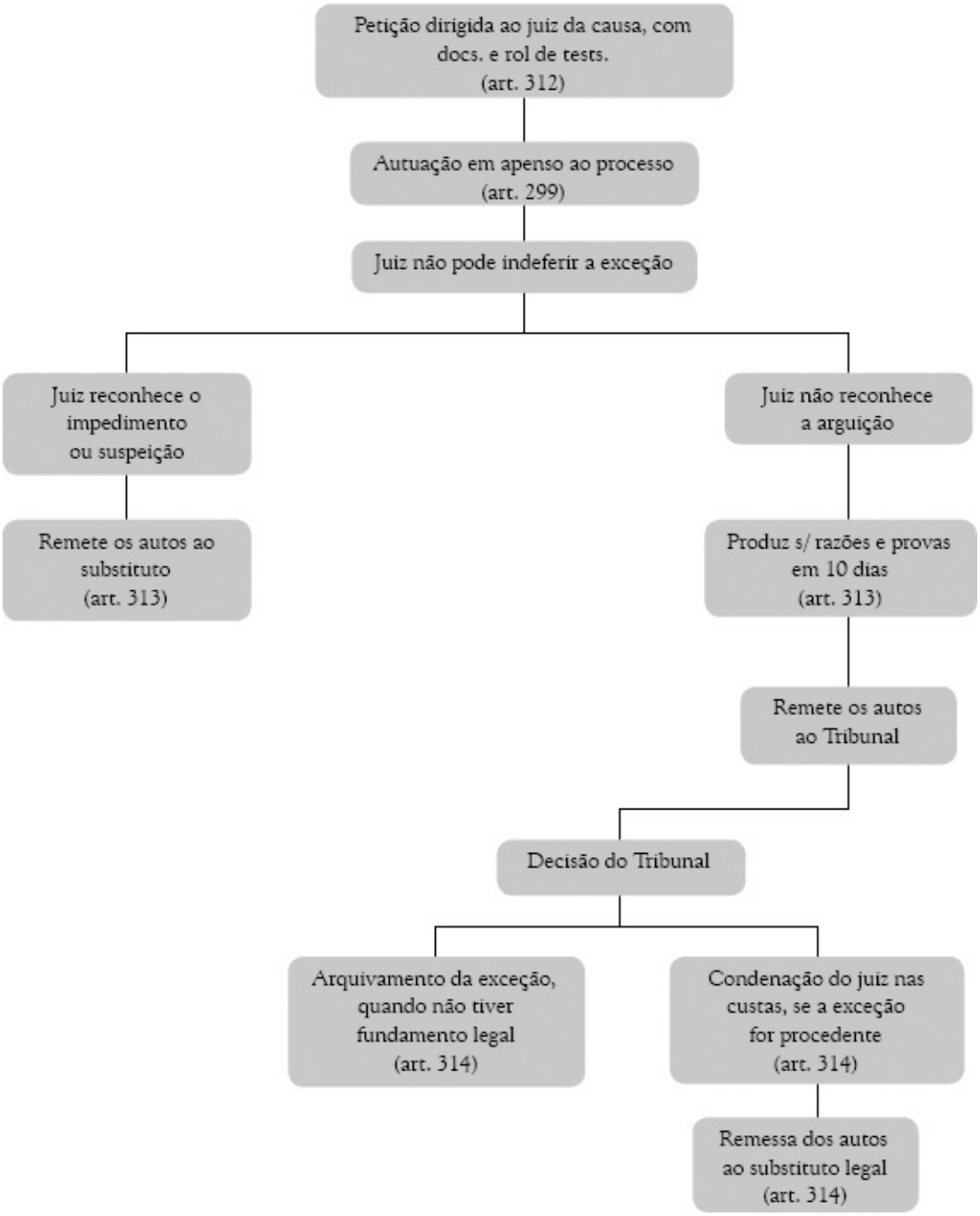
Fluxograma no 10



Prazo: 15 dias (art. 305)

Fluxograma nº 11

EXCEÇÃO DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO
(arts. 312-314)



§ 59. RECONVENÇÃO

Sumário: 392. Conceito. 393. Pressupostos da reconvenção. 393-a. Reconvenção e compensação. 394. Procedimento. 394-a. Reconvenção sem contestação. 395. Extinção do processo principal.

392. Conceito

Reconvenção é, na clássica definição de João Monteiro, "a ação do réu contra o autor, proposta no mesmo feito em que está sendo demandado".[61]

Ao contrário da contestação, que é simples resistência à pretensão do autor, a reconvenção é um contra-ataque, uma verdadeira ação ajuizada pelo réu (*reconvinte*) contra o autor (*reconvindo*), nos mesmos autos.[62]

Segundo tradição que remonta ao Direito Romano, com ela se formam duas ações mútuas num só processo: "a originária, que os jurisconsultos romanos chamavam *conventio*, e a segunda, oposta àquela pelo réu *reconventio*".[63]

Da reconvenção resulta um *cúmulo de lides*, representado pelo acréscimo do pedido do réu ao que inicialmente havia sido formulado pelo autor. Ambas as partes, em consequência, passam a atuar reciprocamente como autores e réus.

O fundamento do instituto está no princípio de economia processual, com que se procura evitar a inútil abertura de múltiplos processos entre as mesmas partes, versando sobre questões conexas, que muito bem podem ser apreciadas e decididas a um só tempo.

A reconvenção, todavia, é mera faculdade, não um ônus como a contestação. Da sua omissão, nenhum prejuízo decorre para o direito de ação do réu, pois, se não formulou a resposta reconvencional, pode, mesmo assim, ajuizar ação paralela perante o mesmo juiz, mesmo depois de vencido o prazo de reconvir, para ajuizar o pedido contra o autor que poderia ter sido objeto da reconvenção.[64]

393. Pressupostos da reconvenção

Em se tratando de uma verdadeira ação, a admissibilidade da reconvenção

está subordinada aos pressupostos e condições que se exigem para o exercício de toda e qualquer ação, isto é, aos pressupostos processuais e às condições da ação, sem os quais não se estabelece validamente o processo e não se pode obter um julgamento sobre o mérito.[65]

Dada a sua natureza especial, a reconvenção exige alguns requisitos específicos, de par com aqueles que se observam em qualquer ação.

Com efeito, dispõe o art. 315, *caput*, que "o réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com ação principal ou com o fundamento da defesa". Seu parágrafo único, por outro lado, restringe a admissibilidade desse cúmulo processual, dispondo que "não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem".

Daí podemos deduzir a existência dos seguintes pressupostos específicos da resposta reconvencional:

I – *Legitimidade de parte*. Só o réu é legitimado ativo para ajuizar a reconvenção; e apenas o autor pode ser reconvindo.

Por outro lado, tanto na ação como na reconvenção, as partes devem atuar na mesma qualidade jurídica, de sorte que, se um age como *substituto processual* de terceiro, não poderá figurar em nome próprio na lide reconvencional. Em outras palavras, quem foi demandado em nome próprio não pode reconvir como representante ou substituto de outrem e vice-versa.[66]

Pela natureza especial de resposta do réu ao autor, não se pode admitir que o reconvinte constitua litisconsórcio com terceiro para reconvir ao autor.[67]

II – *Conexão*. Só se admite a reconvenção se houver *conexão* entre ela e a ação principal ou entre ela e o fundamento da defesa (contestação) (art. 315, *caput*).[68]

a) A conexão entre as duas causas (a do autor e a do réu) pode ocorrer por identidade de *objeto* ou de *causa petendi*.

Há identidade de objeto quando os pedidos das duas partes visam ao mesmo fim (ex.: o marido propõe ação de separação por adultério da esposa e esta reconvém pedindo a mesma separação, mas por injúria grave cometida pelo esposo; um contraente pede a rescisão do contrato por inadimplemento do réu e este reconvém pedindo a mesma rescisão, mas por inadimplemento do autor).

Há identidade de *causa petendi* quando a ação e a reconvenção se baseiam no mesmo ato jurídico, isto é, ambas têm como fundamento o mesmo *título* (ex.: um contraente pede a condenação do réu a cumprir o contrato, mediante entrega do objeto vendido; e o réu reconvém pedindo a condenação do autor a pagar o saldo do preço fixado no mesmo contrato).

b) A conexão pode ocorrer entre a defesa do réu e o pedido reconvencional, quando o fato jurídico invocado na contestação para resistir à pretensão do autor sirva também para fundamentar um pedido próprio do réu contra aquele (ex.: a contestação alega ineficácia do contrato por ter sido fruto de coação e a reconvenção pede a sua anulação e a condenação do autor em perdas e danos, pela mesma razão jurídica).

III – *Competência*. Por força do art. 109, o juiz da causa principal é também competente para a reconvenção. Essa prorrogação, que decorre da conexão das causas, não alcança as hipóteses de incompetência absoluta, mas apenas a relativa, segundo dispõe o art. 102.

Portanto, só pode haver reconvenção quando não ocorrer a incompetência do juiz da causa principal para a ação reconvencional.

IV – *Rito*. O procedimento da ação principal deve ser o mesmo da ação reconvencional. Embora não haja previsão expressa da compatibilidade de rito para reconvenção, essa uniformidade é exigência lógica e que decorre analogicamente do disposto no art. 292, § 1º, III, que regula o processo cumulativo em casos de conexão de pedidos, gênero a que pertence a ação reconvencional.

Quanto ao rito, é bom lembrar que não cabe a reconvenção nas ações de procedimento sumário, não só por sua estrutura simplificada, como também pelo fato de a lei conferir-lhe natureza de ação dúplice, isto é, o réu na contestação pode formular pedido contra o autor, "desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial" (art. 278, § 1º, com a redação da Lei nº 9.245, de 26.12.95).

No sistema do Código revogado, havia impedimento à reconvenção em alguns procedimentos especiais, como o das ações executivas, das ações de depósito, e de alimentos, e mesmo em ações ordinárias relativas ao estado e capacidade das pessoas e nas relativas a imóveis ou a direitos imobiliários.

Hoje essas vedações não mais vigoram. Só ocorrerá inadmissibilidade da reconvenção se houver incompatibilidade de rito, sem se preocupar com a natureza do direito material em discussão.

Assim, das exceções do Código anterior, subsiste apenas a da ação de alimentos, porque subordinada a um procedimento especial (Lei nº 5.478, de 25.07.68), onde realmente não há lugar para a resposta reconvencional.

Quanto à ação executiva, também não há que se falar em reconvenção, porque simplesmente não mais existe, no Código, essa ação especial. Agora, só há o processo de execução, que não se presta a nenhuma resposta do demandado, mas apenas a atos executivos, de modo que não enseja, por isso mesmo, o

pedido reconvencional. Nos embargos do devedor, que têm a natureza de ação de cognição, também não se concebe a reconvenção, por parte do embargado, dado o procedimento especial que devem observar.

No que toca ao executado, não deverá usar a reconvenção para pleitear possível compensação de crédito; bastará se valer, para tanto, dos embargos à execução.[69]

Não cabe reconvenção, por absoluta desnecessidade, em ações dúplices, como as possessórias e as de prestação de contas, pois, pela própria natureza dessas causas, a contestação do demandado já tem força reconvencional.[70]

393-a. Reconvenção e compensação

Nas origens do instituto, a reconvenção se destinava apenas a realizar a compensação entre obrigações contrapostas, de modo que se chegava a confundi-las. Hoje isto não mais pode ocorrer, pois está nitidamente esclarecido que a compensação é uma figura de direito material, como forma de extinção de obrigações recíprocas entre as mesmas partes (Cód. Civil, art. 368) e a reconvenção é um instrumento de direito processual, para permitir ao réu demandar o autor no mesmo processo. Continua sendo, todavia, objeto de grande interesse a correlação entre compensação e reconvenção.[71]

É frequente, por exemplo, a indagação em torno de ser, ou não, necessário o uso da ação reconvencional para submeter o autor a compensar seu crédito com outro que lhe opõe o réu. A resposta é negativa, uma vez que a compensação é causa legal de extinção das obrigações recíprocas, desde que líquidas, certas e fungíveis (Cód. Civil, arts. 368 e 369). Basta, portanto, que o réu a invoque em contestação.[72] A defesa representa uma *exceção material*, cuja acolhida depende de arguição da parte, mas independe de ação própria. É o mesmo que se passa com o pagamento, a remissão, a novação etc., ou seja, com as defesas indiretas de mérito (fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor).

Isto, porém, pressupõe liquidez, certeza e atualidade dos créditos contrapostos, porquanto só entre obrigações revestidas de tais características se pode pensar na compensação automática autorizada pela lei civil. Logo, se o réu quer neutralizar a pretensão do autor mediante contraposição de obrigação que ainda depende de verificação e liquidação em juízo, não terá como arguir sua defesa, invocando-a em simples contestação. O caso não será de mera resistência (exceção), mas exigirá o manejo de ação para que o autor seja condenado a cumprir a obrigação, depois de sua certificação em juízo.[73]

De tal sorte, cumpre distinguir as duas situações para bem definir a necessidade ou não, da reconvenção:

a) se de parte a parte as obrigações se apresentem líquidas, vencidas e de coisas fungíveis, a compensação poderá ser arguida em contestação (só haverá necessidade de reconvenção se o crédito do autor for menor que o do réu, e este pretender condená-lo ao pagamento do excesso, depois de consumada a compensação, na parte em que as dívidas se neutralizaram);[74]

b) obrigações incertas ou ilíquidas não se compensam, senão depois de acertamento por sentença, razão pela qual somente podem ser pleiteadas por via de reconvenção. Por força de sentença, se for o caso de procedência do pleito contraposto, ocorrerá o que se costuma chamar de *compensação judicial*.[75]

394. Procedimento

Embora oferecida simultaneamente com a contestação, a reconvenção deve ser proposta em petição autônoma (art. 299). Mas não dá lugar a uma autuação à parte, como ocorre com as exceções, pois a petição reconvencional é simplesmente juntada aos autos, tal como a da contestação.[76]

Recebida a reconvenção, não se procede à citação do autor reconvindo. Esse é apenas *intimado* na pessoa de seu advogado a contestá-la no prazo de 15 dias (art. 316). Essa intimação, todavia, produz todos os efeitos legais da citação.

A resposta deverá observar todas as regras pertinentes à contestação comum e que se acham contidas nos arts. 300 a 303.

Após a contestação, a reconvenção integrará a marcha normal do processo e, afinal, será julgada, de forma explícita, juntamente com a ação, numa só sentença (art. 318). "É cogente e não facultativa a norma peremptória que manda julgar na mesma sentença a ação e reconvenção" e com resposta de forma explícita ao pedido do reconvinte. Decorre de ser a reconvenção não um simples meio de defesa, mas, sim, uma ação autônoma.[77]

A inobservância dessa norma conduz à nulidade da sentença.[78]

A petição reconvencional pode ser indeferida liminarmente nos mesmos casos em que se permite a rejeição da petição inicial (artigo 295). Há, também, possibilidade de indeferimento por inobservância dos requisitos específicos de admissibilidade da reconvenção (nº 393).

Do despacho que não admite a reconvenção, o recurso cabível é o agravo e não a apelação, visto tratar-se de decisão que não põe fim ao processo,[79] nem resolve o mérito da causa principal.

A sucumbência na reconvenção equivale à que ocorre na ação.

Assim, rejeitado o pedido por carência ou por improcedência, deve o reconvinte arcar com os honorários do advogado do reconvindo.[80] Da autonomia da reconvenção decorre a possibilidade de o réu deixar de oferecer a contestação e limitar-se à propositura da primeira resposta. Todavia, como a reconvenção não substitui a contestação, em tal hipótese ocorrerá revelia quanto à ação principal, o que não impede a apreciação do pedido formulado na ação incidental.[81] Eventualmente, o réu, mesmo sucumbente na ação principal, poderá sair vitorioso na ação reconvencional. *A contrario sensu*, "não cabe reconvenção quando a matéria possa ser alegada com idêntico efeito prático em contestação.[82] É o que se passa, por exemplo, com as defesas indiretas de mérito (*exceções* em sentido material) consistentes em fatos jurídicos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito invocado pelo autor (pagamento, novação, compensação, prescrição, confusão, transação etc.). Todas se comportam na defesa manejável por contestação, tornando descabida a reconvenção.[83]

394-a. Reconvenção sem contestação

A reconvenção, embora prevista para ser produzida no prazo da contestação, não está obrigatoriamente subordinada à conjunta apresentação desta. Mesmo se omitindo quanto à contestação, pode o demandado, que não tem defesa contra a ação, ou que não deseja simplesmente resisti-la, ter matéria conexa para reconvir. Nesse caso, será revel na ação principal e nela sucumbirá. Poderá, no entanto, diminuir o efeito da condenação obtendo êxito na pretensão reconvencional conexa. Por exemplo: o réu que não tem como negar a falta de pagamento de uma prestação a seu cargo pode, no entanto, ter direito de cobrar multa contratual por descumprimento por parte do autor de outra prestação relacionada ao mesmo contrato, que este realizou fora do prazo convencionado. A reconvenção, nesse quadro, terá vida própria, sem depender do manejo simultâneo da contestação.

395. Extinção do processo principal

"A desistência da ação, ou a existência de qualquer causa que a extinga, não obsta ao prosseguimento da reconvenção" (art. 317).

Sendo a reconvenção uma outra ação, a extinção do processo sem julgamento de mérito, no que se relaciona ao pedido do autor, em nada afeta a

relação processual decorrente do pedido reconvencional.

Em outras palavras, “a nulidade do pedido do autor não prejudica o pedido reconvencional, uma vez que a ação e a reconvenção são independentes; devem ser consideradas *per se*”.[84] O processo continuará em andamento para que, afinal, seja julgado o pedido reconvencional.

Contrario sensu, a desistência da reconvenção ou sua extinção, sem apreciação do mérito, também não atinge em nada a marcha do processo principal.

§ 60. REVELIA E RECONHECIMENTO DO PEDIDO

Sumário: 396. Revelia. 397. Os efeitos da revelia. 398. Alteração do pedido. 399. Reconhecimento da procedência do pedido.

396. Revelia

Ocorre a *revelia* ou *contumácia* quando, regularmente citado, o réu deixa de oferecer *resposta* à ação, no prazo legal.

Como já se expôs, o réu não tem o dever de contestar o pedido, mas tem o ônus de fazê-lo. Se não responde ao autor, incorre em *revelia*, que cria para o demandado inerte um particular estado processual, passando a ser tratado como um ausente do processo.

Todos os atos processuais, em consequência dessa atitude, passam a ser praticados sem intimação ou ciência ao réu, ou seja, o processo passa a correr *à revelia* do demandado, numa verdadeira abolição do princípio do contraditório (art. 322).

Assim, contra o revel correrão todos os prazos independentemente de intimação, inclusive os de recurso. A lei não faz qualquer distinção, de sorte que mesmo a sentença contra ele passará em julgado, sem necessidade de intimação, bastando a sua comum publicação.[85]

Há revelia, outrossim, tanto quando o réu não comparece ao processo no prazo da citação como quando, comparecendo, deixa de oferecer contestação.

No procedimento sumário, por exemplo, quando o réu comparece à audiência desacompanhado de advogado para formular sua resposta, há revelia, embora esteja o demandado pessoalmente presente.

O fato, porém, de não ter contestado o pedido não impede o réu de comparecer posteriormente a juízo e de se fazer representar por advogado nos autos. O Código lhe assegura o direito de "intervir no processo em qualquer fase". Mas, quando isto se der, o revel receberá o feito no estado em que se encontrar (art. 322). Daí em diante, respeitados os atos preclusos, participará da

marcha processual em par de igualdade com o autor, restabelecendo o império do contraditório, e tornando obrigatórias as intimações a seu advogado.[86]

O art. 322 foi alterado em seu *caput* pela Lei nº 11.280, de 16.02.2006, para deixar claro que nem sempre a presença do advogado do réu nos autos impede a configuração da revelia, mas tem repercussão sobre os seus efeitos processuais.

Assim, se o réu se apresenta como revel, por não ter contestado a ação, mas tem advogado nos autos, os efeitos de sua revelia só atuam no plano de presunção da veracidade dos fatos arrolados na inicial. O efeito puramente processual – fluência do prazo sem intimação – não se dá, uma vez que o réu, mesmo revel, está presente em juízo. As intimações de seu advogado haverão de ocorrer, normalmente, a cada ato do processo.

Já o parágrafo único do art. 322, criado pela Lei nº 11.280, não contém inovação alguma. Operou, simplesmente, um desdobramento do texto primitivo em *caput* e parágrafo, segundo melhor técnica legislativa.

397. Os efeitos da revelia

"Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor" (art. 319).

Para alertar o demandado a respeito da relevância da revelia, o mandado de citação deve conter a advertência de que "não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor" (art. 285). A falta de semelhante nota no mandado compromete a validade do ato citatório e impede a verificação da presunção legal prevista no art. 319.

Diante da revelia, torna-se desnecessária, portanto, a prova dos fatos em que se baseou o pedido de modo a permitir o julgamento antecipado da lide, dispensando-se, desde logo, a audiência de instrução e julgamento (art. 330, nº II).

Isto, porém, não quer dizer que a revelia importe automático julgamento de procedência do pedido.

Pode muito bem estar a relação processual viciada por defeito que torne impraticável o julgamento de mérito, e ao juiz compete conhecer de ofício as preliminares relativas aos pressupostos processuais e condições da ação (art. 301, § 4º).

De mais a mais, embora aceitos como verídicos os fatos, a consequência jurídica a extrair deles pode não ser a pretendida pelo autor. Nesse caso, mesmo perante a revelia do réu, o pedido será julgado improcedente.[87]

Há, outrossim, hipóteses em que o Código expressamente afastou os efeitos da revelia. Dispõe a propósito o art. 320 que a revelia não induz o efeito de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor quando:

I – havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II – o litígio versar sobre direitos indisponíveis;[88]

III – a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

A propósito do inc. II do art. 320, é bom ressaltar que as relações obrigacionais ajustadas pelo Poder Público nem sempre envolvem direitos indisponíveis. Por isso, quando não se tratar de um contrato tipicamente administrativo, a falta de contestação da Administração, precedida de regular citação, produz os efeitos materiais previstos no art. 319, sempre que a pretensão do particular tiver fundamento em contrato de direito privado. Em semelhante situação, o reconhecimento tácito da Fazenda Pública revel não significa "disposição de direito indisponível", conforme já decidiu o STJ.[89]

Discute-se sobre a eficácia da revelia nos casos de citação ficta, isto é, por edital ou com hora certa, em que a ciência do réu é apenas presumida. Com efeito, dispõe o art. 232, nº V, que o edital de citação conterá a advertência do art. 285, segunda parte, ou seja, aquela relativa aos efeitos da revelia.

Mas, por outro lado, o art. 9º, II, manda dar curador especial ao revel citado por edital ou com hora certa e ao réu preso, o que leva à conclusão de que esse curador terá a função de contestar a ação em nome do réu, o que exclui a figura da própria revelia.

José Frederico Marques coloca o problema nos seus devidos termos, distinguindo duas situações: a do revel que não comparece (ausente) e a do que comparece, mas não contesta (embora presente nos autos).

É bem possível, na prática, que, tomando ciência do edital ou da citação por hora certa, o réu compareça e peça vista dos autos, mas deixe de produzir contestação. Nessa hipótese, o citado por edital ou com hora certa estará incurso em revelia, com todos os consectários do art. 319. Mas, quando o revel mantiver-se totalmente ausente do processo e sua citação for resultado apenas de uma presunção legal, não haverá lugar para a eficácia do art. 319.[90]

É de se notar que ao revel, representado por curador (art. 9º, II), a lei faculta a contestação sem necessidade de impugnação específica, ou seja, pode-se responder à ação por meio de "negação geral" (art. 302, parágrafo único). Com isso, afastam-se os efeitos da revelia, não se podendo presumir verdadeiros os fatos afirmados na inicial (art. 319). Daí que, diante da contestação genérica,

formulada pelo curador especial,[91] continuará o autor com a incumbência de provar em audiência os fatos constitutivos de seu direito (art. 333, I).[92]

É de ter em conta que a revelia nem sempre anula o poder de iniciativa probatória do juiz, na tentativa de busca da verdade real (art. 130). Mas para que a presunção do art. 319 deixe de ser observada é necessário que elementos dos próprios autos a comprometam. Fora daí, em se tratando de direitos disponíveis, o juiz não pode deixar de submeter-se à presunção legal e de pronunciar, de imediato, o julgamento antecipado da lide, tal como impõe o art. 330, n. II. Não há, em suma, um poder discricionário que lhe permita aplicar, ou não, a presunção em causa, segundo uma livre opção de conveniência. Somente fatos concretos e relevantes do processo, comprometedores da verossimilhança da versão do autor, podem autorizar o afastamento dos efeitos da revelia, se o objeto litigioso, repita-se, gira em torno de direitos disponíveis.

398. Alteração do pedido

Citado o réu, a lide estabiliza-se e ao autor não é mais permitido alterar os elementos da causa, sem consentimento do réu (art. 264).

Com ou sem resposta, o fenômeno processual é o mesmo. Por isso, "ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente", sem a ciência do demandado.

Se pretender alguma das medidas acima, terá de promover nova citação do réu, a quem será assegurado novo prazo de 15 dias para responder (art. 321).

399. Reconhecimento da procedência do pedido

Além da resposta e da revelia, existe uma terceira atitude que o réu pode tomar frente à ação ajuizada.

Consiste em reconhecer o demandado "a procedência do pedido do autor" (art. 269, II), fato que leva ao julgamento antecipado do processo, com solução de mérito.

Como adverte Barbosa Moreira, o reconhecimento do pedido não se confunde com a confissão, que é apenas meio de prova e se refere a um ou alguns fatos arrolados pela parte contrária. O reconhecimento tem por objeto o próprio pedido do autor,[93] como *um todo*, isto é, com todos os seus consectários jurídicos. É verdadeira adesão do réu ao pedido do autor, ensejando autocomposição do litígio e dispensando o juiz de dar sua própria solução ao

mérito.

O juiz apenas encerra o processo, reconhecendo que a lide se extinguiu por eliminação da resistência do réu à pretensão do autor.

Desaparecida a lide, não há mais tutela jurisdicional a ser dispensada às partes, o que, todavia, não exime o juiz de proferir sentença que reconheça esse fato jurídico e que ponha fim definitivamente ao processo.

1 BARBOSA MOREIRA. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. I, p. 21.

2 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, v. II, n. 361, p. 98.

3 "Em outras palavras, é expressamente vedado ao juiz indeferir a petição inicial sem dar ao autor a oportunidade de corrigi-la" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4. ed., São Paulo: RT, 2005, p. 104).

4 A sistemática da apelação e retratação, ou subida imediata dos autos ao tribunal, sem ouvida do réu (art. 296), só será observada quando o indeferimento da inicial ocorrer liminarmente (antes da citação). Se o demandado já foi citado e se acha representado nos autos, a extinção do processo por inépcia da inicial deverá ensejar apelação com procedimento normal e completo, sem retratação e com ensejo de contrarrazões (cf. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4. ed., São Paulo: RT, 1997, p. 254).

5 STF, Pleno, Ag.Rg., no AI nº 427.533/RS, Rel. p/acórdão Min. César Peluso, ac. 02.08.2004, *DJU* 17.02.2006, p. 55; STF, 1ª T., Ag.Rg. no AI 423.590-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 29.06.2005, *DJU* 26.08.2005, p. 18.

6 TAMG, 3ª CC., Ap. 352.406-1, Rel. Juiz Edilson Fernandes, ac. 28.11.2001, *DJMG* 08.12.2001.

7 A decretação *ex officio*, no caso de interesses dos absolutamente incapazes, se justifica pela indisponibilidade de seus bens patrimoniais. A não arguição da prescrição equivale juridicamente a uma renúncia de direito, com reflexos diretos sobre o patrimônio do devedor. Com efeito, a prescrição de obrigação passiva do incapaz corresponde a um acréscimo a seu patrimônio, cuja indisponibilidade resta sempre tutelável pela Justiça. O seu não reconhecimento, portanto, corresponde a uma liberalidade, em detrimento do patrimônio do incapaz. Explica Serpa Lopes: "A renúncia, se não é um ato de alienação de um direito, pelo menos importa num ato de abdicação de um direito, recebendo, assim, um tratamento análogo ao da primeira" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 8. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 1, n. 415, p. 574).

8 Justifica-se a decretação *ex officio* em Direito Tributário porque a prescrição, diferentemente do que se passa com a obrigação civil, apresenta-se como causa de extinção do próprio crédito tributário (CTN, art. 156, V), e não apenas como simples faculdade de resistência do devedor. A prescrição tributária, portanto, mais se aproxima da decadência do que propriamente da prescrição civil.

9 "Ao juiz é dado conhecer da prescrição *ex officio* nos seguintes casos: a) quando fundar-se em motivos de ordem pública ou na necessidade social; b) em se tratando de ações de estado" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso*, cit., v. 1, n. 410, p. 571). Na hipótese "a" enquadram-se os interesses indisponíveis dos incapazes e, na "b", os direitos não patrimoniais, já que não sujeitos à prescrição, mas à decadência, na moderna concepção do Código Civil.

10 STJ, 2ª T., REsp 1.279.570/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 08.11.2011, *DJe* 17.11.2011; STJ, 4ª T., REsp 1.109.398/MS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 16.06.2011, *DJe* 01.08.2011.

11 STJ, 3ª T., REsp. nº 1.225.227/MS, Rel. Min. Nancy Andrigui, ac. 20.05.2013, *DJe* 12.06.2013.

12 CAMPOS, Gledson Marques de. A sentença liminar de improcedência, os requisitos para que seja proferida e os limites da apelação interposta contra ela. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, v. 46, p. 52, jan. 2007.

13 CPC, art. 162, § 1º: "Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei." CPC, art. 269: "Haverá resolução de mérito: I – quando o juiz acolher ou rejeitar o

pedido.” Portanto, o julgamento liminar de que cuida o art. 285-A configura sentença de mérito, capaz de assumir a autoridade de coisa julgada material (CPC, arts. 467 e 468).

14 Em tal situação, “não poderá o tribunal converter o julgamento em diligência, pois quando a questão depender de dilação probatória a matéria não será exclusivamente de direito” (CAMBI, Eduardo. Julgamento *prima facie* [imediato] pela técnica do art. 285-A do CPC. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 854, p. 67, dez./2006).

15 FRAGA, Afonso. *Instituições do Processo Civil do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1940, t. II, § 72, pp. 198-199.

16 ASSIS, Jacy de. *Procedimento Ordinário*, 1. ed., São Paulo: LAEL, 1975, n. 4.2, p. 67.

17 SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. 5. ed., Barcelona: Bosch, 1950, § 43, p. 150.

18 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, v. II, n. 376, p. 115.

19 Ao novo artigo 285-B do CPC, a Lei nº 12.873/2013 acrescentou o § 2º, cujo conteúdo é flagrantemente de natureza de direito material, e que, por isso mesmo, não guarda pertinência com a regra processual constante do *caput* do dispositivo, para disciplinar matéria de direito tributário. Consta do aludido parágrafo que nas obrigações financeiras cogitadas no art. 285-B “O devedor ou arrendatário não se exime da obrigação de pagamento dos tributos, multas e taxas incidentes sobre os bens vinculados e de outros encargos previstos em contrato, exceto se a obrigação de pagar não for de sua responsabilidade, conforme contrato, ou for objeto de suspensão em medida liminar, em medida cautelar ou antecipação dos efeitos da tutela”.

20 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. IV, p. 34.

21 A reforma do CPC realizada pela Lei nº 11.232/2005 instituiu, por meio do novo art. 475-J, multa de 10% aplicável ao cumprimento de sentença relativa a obrigação por quantia certa. Não se trata, porém, de *astreinte*, já que é fixa e incide pelo simples fato do não pagamento do valor da condenação no prazo legal de quinze dias após o trânsito em julgado da sentença. É, na verdade, uma sanção legal pelo inadimplemento, que se incorpora ao saldo devedor, em caráter definitivo.

22 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O*p. cit.*, n. 105, p. 183.

23 Com a *cumulação de ações*, que provém da reunião de vários pedidos numa só causa, não se confunde o *concurso de ações*, que decorre do cabimento de pretensões diferentes para solucionar uma só lide, tocando ao autor a escolha de uma delas, a seu livre critério. É o que se passa, *v.g.*, com o caso dos vícios redibitórios em que ao comprador cabe optar entre a ação para enjeitar a coisa e para reclamar abatimento do preço (C. Civ., arts. 1.101 e 1.105) (Cf. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas*…, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, nº 144 e 145, pp. 190-191).

24 Isto, porém, não impede que um só processo (isto é, uma só relação processual) se preste sucessivamente ao acatamento e à execução do mesmo direito subjetivo. O que não se admite é que se cumulem pedidos diferentes para que, simultaneamente, uns sejam objeto de sentença e outros de provimento executivo.

25 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 21. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 14.

26 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O*p. cit.*, n. 115, p. 195; PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1. ed., São Paulo: RT, 1975, v. III, p. 206; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, IV, p. 96.

27 STF, *Súmula 254*. Também a inclusão da correção monetária nas liquidações de indenização de ato ilícito, mesmo quando não pedida na inicial, nem prevista na sentença, não se considera julgamento *ultra petita*, conforme jurisprudência do STF (RE 92.061, Rel. Min. Cunha Peixoto, *in DJU* de 21.03,0, p. 1.554).

28 TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975, vol. II, p. 307.

29 PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 4.ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977, v. I, n.53, p. 126-127.

30 Já decidiu, todavia, o STJ que a ampliação do pedido só obriga o réu, se este for novamente citado. Se for apenas intimado, deverá consentir expressamente na modificação feita pelo autor. Para inadmitir a aceitação, invocou-se a regra do art. 321 do CPC (STJ – 2ª T., REsp 1.307.407/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 22.05.2012, *DJe* 29.05.2012). *Data venia*, a regra do art. 321, que fala em nova citação, só diz respeito ao réu revel, que, obviamente, não tem como ser intimado nos autos. Para o demandado presente no processo, a regra a observar é a do art. 264 do CPC, que não cogita de outra exigência senão a ouvida do réu, que, por isso mesmo, poderá recusar ou aceitar a inovação objetiva do processo em curso, fazendo-o de forma explícita ou implícita, já que a lei não determina qual a forma com que terá de pronunciar-se. Exigir que se recorra a uma nova citação de uma parte que já está representada nos autos é um excesso de formalismo não compatível, a nosso ver, com a garantia de duração razoável do processo e de observância da necessária celeridade de sua conclusão (CF, art. 5º, LXXVIII). Ademais, para que o contraditório seja assegurado é indiferente que o réu seja citado ou intimado acerca da modificação do pedido.

31 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: RT, 1992, p. 141.

32 A tutela de urgência, segundo PROTO PISANI, "compreende a tutela sumária antecipatória cautelar e não cautelar determinada por razões de urgência" (SANTIAGO, Marcus Firmino. Uma abordagem diferenciada acerca da tutela jurisdicional, *Revista de Processo*, v. 146, p. 44).

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2002, p. 92-94; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 381-384.

34 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada, cit*., p. 381-382.

35 "A remissão ao inciso II do art. 558 torna claro que, sem caução, não pode a parte fazer o levantamento de dinheiro depositado em juízo e que a tutela antecipada não abrange atos que importem alienação de domínio" (NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 337, nota 22 ao art. 273).

36 O art. 588 foi revogado pela Lei nº 11.232/2005 e sua matéria passou para o atual art. 475-O. Assim, não tendo sido feita ainda a alteração correspondente no art. 273, deve-se ter a menção do § 3º deste, como relativa ao atual art. 475-O. A observação vale para as diversas referências deste item ao art. 588.

37 Correta a conclusão de Alice de Souza Birchal: "Todas as vezes em que se configurar a possibilidade de cisão do objeto do processo, pela viabilidade de decomposição intelectual de um mesmo pedido em parcelas ou porque pedido cumulado (ou mais pedidos cumulados) se tornou incontroverso, será necessariamente proferida uma sentença de procedência, como julgamento de mérito sobre esta parte, cujo conteúdo ficará imunizado pela coisa julgada material, por força do art. 469, CPC, já que é possível, neste momento processual, entregar o resultado útil do processo, aplicando-se o art. 273, § 6º, CPC" (BIRCHAL, Alice de Souza. A sentença da parte incontroversa da demanda. Tese de doutoramento, Belo Horizonte: PUC-MG, 2005, p. 124).

38 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 96-98; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. *Revista de Processo*, v. 110, p. 233 e segs., abr.-jun. 2003.

39 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. III, n. 133, p. 234.

40 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Op. cit*., n. 133, p. 235.

41 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, n. 55, p. 91. Para o novo Código de Processo Civil francês, a ação cabe tanto ao autor como ao réu. Para o

autor é o direito de ser ouvido em juízo acerca de uma pretensão, a fim de que o juiz a reconheça procedente ou improcedente. Para o demandado, é o direito de discutir a procedência da mesma pretensão (art. 300).

42 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971, v. II, n. 401, p. 145.

43 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. III, n. 150, p. 274.

44 "Fato alegado na inicial e não impugnado pelo réu é *fato provado*" (TJSP, Apel. 248.406, Rel. Des. Gonzaga Júnior, *in RT*, 486/79). No mesmo sentido: 2º TACiv.SP, Ap. 275.687-4, Rel. Juiz Antônio Marcato, ac. 29.08.90, *in JTACiv.SP* 129/340; STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 89.254/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 09.12.1996, *DJU* 17.03.1997.

45 Os direitos tutelados pela Fazenda Pública são, em regra, indisponíveis. Não estando eles sujeitos aos efeitos da confissão, não se aplica ao poder público a presunção de veracidade prevista no art. 302 do CPC, consoante a ressalva da sua alínea I (STJ – 2ª AgRg no REsp 1.187.684/SP, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 22.05.2012, DJe 29.05.2012).

46 STJ, 3ª T., REsp. nº 1.009.293/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 06.04.2010, *DJe* 22.04.2010.

47 "A prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência. E, quando digo que pouco importa a sua proveniência, não me refiro apenas à possibilidade de que uma das partes traga a prova que em princípio competiria à outra, senão também que incluo aí a prova trazida aos autos por iniciativa do juiz" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, v. 35, p. 181). "Na hipótese de não contestação tácita ou implícita, o fato alegado conservase 'da *provare*', e assim continua, malgrado o silêncio da contraparte, a constituir um possível objeto de prova" (TARUFFO, Michele. Prova (in generale), *Digesto delle discipline provatistiche*, Sezione Civile. Turino: UTET, 1992, v. 16, p. 12). "La prueba no puede ser de una parte ni para una parte; ni tampoco para el juzgador. La prueba es para el proceso. (…) El principio de adquisición quiere decir precisamente que las pruebas se adquieren para el proceso" (MELENDO, Santiago Sentís. La prueba es libertad. *La prueba*. Los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: EJEA, 1978, p. 20). Em outro texto, o autor afirma: "no hay pruebas de una parte y pruebas de la otra, sino *pruebas del proceso y para el juez*; y cualquiera de las partes pude producir pruebas sobre los hechos articulados por ella o articulados por la contraria" (*idem, op. cit*., p. 116).

48 MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*. 3. ed., São Paulo: Duprat, 1912, v. II, § 108, p. 60.

49 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Série Forense, 1974, v. III, n. 160, p. 286.

50 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed., p. 69.

51 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed., v. II, n. 383, p. 85. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III, nº 204.1, p. 295. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 42. FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 1. ed., p. 578. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen, v. I, p. 340. MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil Comentado e Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 385. A jurisprudência dominante, liderada pelo STJ, é no sentido de que "a suspensão do feito ocorre até a sua rejeição pelo juiz de primeiro grau, porquanto o agravo da decisão que a indeferir só é recebido no efeito devolutivo" (STJ, 3ª T., REsp. 578.344/BA, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, ac. un. de 16.03.2004, *RSTJ* 180/397. No mesmo sentido: STJ, 1ª T., REsp. 848.954/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, ac. un. de 24.04.2007, *DJU* 14.05.2007, p. 263; STJ, 6ª T., AgRg no REsp. nº 973.961/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, ac. 17.05.2011, *DJe*

01.06.2011). Há, todavia, entendimento divergente minoritário dentro do STJ, no sentido de que a suspensão deve durar até o julgamento do agravo pelo tribunal de segundo grau, não, porém, durante a tramitação de eventuais recursos especial e extraordinário, "por não possuírem efeito suspensivo" (STJ, 2ª T., REsp. 508.068, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 19.10.2004, *DJU* 13.12.2004, p. 288. No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. 763.762/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 20.09.2005, *DJU* 10.10.2005, p. 346).

52 TJSP, Ag. Inst. 244.241, Rel. Des. Geraldo Roberto, ac. 15.07.75, *in RT*, 487/78; TJSC, Ap. 47.547, Rel. Des. Eder Graf, ac. 02.03.95, *in Jurisp Cat*. 75/176; TJRS, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70032975708, Rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, ac. 28.11.2009, pub. 04.12.2009.

53 STJ, CComp. 8222/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 11.05.94, *in DJU* de 06.06.94, p. 14.207; STJ, 5ª T., REsp. nº 938.143/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 24.11.2008, *DJe* 19.12.2008.

54 STJ, 3ª T., REsp. 5.930/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 11.03.1991, *DJU* de 08.04.1991, p. 3.883, *RSTJ* 20/388; STJ, 3ª T., REsp. 296.803/RJ, Rel. Min. Castro Filho, ac. 13.11.2001, *RSTJ* 151/360; STJ, 6ª T., REsp. 30.986/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, ac. 20.04.1993, *RSTJ* 50/318; STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 771.476/DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 19.08.2010, *DJe* 27.08.2010.

55 STJ, 3ª T., REsp. 296.803/RJ, Rel. Min. Castro Filho, ac. 13.11.2001, *RSTJ* 151/360.

56 Súmula 33 do STJ: "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício."

57 Um caso em que a indicação do juízo para o qual se declina se mostra dispensável é aquele em que a arguição de incompetência se apoia em falta ou vício da distribuição. Nesse caso, alega-se a incompetência do juiz para o qual o processo foi invalidamente atribuído, a fim de que a regular distribuição seja realizada.

58 ANDRIOLI, Virgílio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n. 31, p. 156.

59 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Op. cit.*, n. 164, p. 298.

60 PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: RT, 1976, v. II, p. 135.

61 MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*. 3. ed., São Paulo: Duprat, 1912, v. VIII, § 292, p. 346.

62 "É inepta a petição reconvencional omissa no formular uma pretensão contra o autor, limitando-se ao pedido de rejeição da ação" (TJRS, Apel. 21.829, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, ac. 11.02.74, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: RT, 1976, v. II, p. 143). No mesmo sentido: TJSP, Ap. 226.149-2, Rel. Des. Pires de Araújo, ac. 03.05.94, *in JTJSP* 157/188; TJDF, 1ª T. Cível, 95541720058070000; DF 0009554-17.2005.807.0000, Rel. Des. Fernando Habibe, ac. 12.08.2009, *DJe* 24.08.2009, p. 45. "Mostra-se incabível a reconvenção quando a matéria puder ser arguida em contestação com o mesmo efeito prático" (STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 1.127.708/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 25.08.2009, *DJe* 09.09.2009).

63 MONTEIRO, João. *Op. cit.*,§ 291, p. 343.

64 TACiv.SP, Apel. 194.335, ac. 06.06.73, *in RT* 458/142; TJSP, 28ª Câmara de Direito Privado, 990102078817 SP, Rel. Des. Celso Pimentel, ac. 28.09.2010, pub. 06.10.2010.

65 Se há, por exemplo, um litisconsórcio necessário passivo na ação principal, não pode um só réu, isoladamente, opor a reconvenção. Também a viabilidade da ação reconvencional dependerá do requisito do art. 47 do CPC.

66 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código Processual Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Série Forense, 1974, v. III, n. 171, p. 312.

67 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed., Campinas: Bookseller, 1997, v. II, n. 390, p. 95.

68 STJ, 6ª T., REsp. nº 293.784/SP, Rel. Min. Og Fernandes, ac. 17.05.2011, *DJe* 06.06.2011.

69 MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, II, n. 388, p. 93.

70 2º TACiv.SP, Ap. 419.173-00/5, Rel. Juiz Radislau Lamotta, ac. 26.06.96, *in Adcoas* de 20.11.96, nº 8.151.888; STJ, REsp. 147.944/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 18.12.97, *in RSTJ* 105/361; STJ, 4ª T., REsp. nº 1.085.664/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 03.08.2010, *DJe* 12.08.2010. "Admissibilidade, em ação de despejo, de pedido reconvencional referente à indenização por benfeitorias necessárias" (STF, RE 68.276, Rel. Min. Eloy da Rocha, ac. 21.11.72, *in DJU* de 02.03.73; no mesmo sentido: TJMG, Apel. 33.796, Rel. Des. Jacomino Inacarato, ac. 15.12.70, *in Jurisprudência Mineira*, 47/259). "É admissível reconvenção em ação declaratória" (STF, *Súmula* 258). Admite-se reconvenção em ação negatória de renovação de locação comercial, para obter a renovação do contrato (STF, RE 79.772, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, ac. 13.05.75, *in RTJ*, 76/585). Admite-se reconvenção em ação de consignação em pagamento (STF, RE 76.891, Rel. Min. Thompson Flores, ac. 23.11.73, *in RT*, 471/252). *Idem*, em ação de anulação de casamento, para obter o desquite, ou vice-versa (STF, RE 68.670, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, ac. 27.04.73, *in RTJ*, 66/753). Idem para pleitear retenção por benfeitorias (STJ, 5ª T., REsp. nº 1.036.003/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, ac. 26.05.2009, *DJe* 03.08.2009). Em ação rescisória também cabe reconvenção desde que o pedido reconvencional possua "natureza rescisória e refira-se ao mesmo julgado que é objeto da inicial" (TJDF, 3ª Câmara Cível, 96006420098070000 DF 0009600-64.2009.807.0000, Rel. Des. João Mariosa, ac. 14.02.2011, *Dje* 17.02.2011). No mesmo sentido: TJSP, AR nº 76.010-1, Rel. Des. Luís de Macedo, ac. 04.08.1987; *RJTJESP* 110/396.

71 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito processual civil* (*ensaios e pareceres*). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 118.

72 Se o crédito do autor é igual ao do réu, ou maior do que ele, "a compensação deve necessariamente ser alegada como matéria de defesa [contestação] se o réu pretender deduzi-la no processo" (FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 35).

73 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*., p. 119; FORNACIARI JÚNIOR, Clito *Op. cit*., p. 33.

74 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*., p. 119.

75 "Porque a compensação judicial se opera através da reconvenção, chamam-na também *compensação reconvencional*" (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Da reconvenção no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958, n. 46, p. 124).

76 "A reconvenção está sujeita à taxa judiciária, nas condições estabelecidas pela lei fiscal" (TJMG, Apel. 41.268). "Não ocorre a preclusão consumativa, quando, ainda no prazo da resposta, contestação e reconvenção são ofertadas, embora a reconvenção tenha sido entregue depois da contestação" (STJ, REsp. 132.545/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 19.02.98, *in DJU* de 27.04.98, p. 155). Jurisprudência mais nova, porém entende que "A contestação e a reconvenção devem ser apresentadas simultaneamente, ainda que haja prazo para a resposta do réu, sob pena de preclusão consumativa" (STJ, 1ª T., AgRg no REsp. nº 935.051/BA, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 14.09.2010, *DJe* 30.09.2010).

77 PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: RT, 1976, v. II, p. 148; STJ, REsp. 27.143/SP, Rel. Min. Vicente Leal, ac. 01.12.97, *in DJU* de 19.12.97, p. 67.540; STJ, REsp. nº 474.962/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 23.09.2003, *DJ* 01.03.2004, p. 186.

78 "É nula a sentença que não julga explicitamente a reconvenção" (STF, RE 78.963, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, ac. 07.06.64, *in RT*, 472/254). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. nº 50.452/GO, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 23.09.1997, *DJU* 13.10.1997. Porém, "a simples ausência de dispositivo expresso quanto à reconvenção não torna nula a sentença se a procedência total da ação revela implicitamente – em razão da contraposição dos pedidos – a rejeição total do pedido reconvencional" (STJ, 3ª T., REsp. nº 431.058/MA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 05.10.2006, *DJU* 23.10.2006, p. 294). Também não há nulidade na decisão que julga separadamente a reconvenção para decretar sua extinção sem apreciação de mérito, já que se trata de decisão interlocutória e não de sentença (FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Da Reconvenção no Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1979, n. 49, p.

168/170). No mesmo sentido: TJSC, Ap. 40.946, Rel. Des. Newton Trisotto, *in ADV* 12.05.96, nº 73.784; STJ, 4ª T., REsp. nº 323.405/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 11.09.2001, *DJ* 04.02.2002, p. 386.

79 PRATA, Edson. Simpósio Nacional de Direito Processual Civil de Curitiba, 1975, *Revista Forense*, 252/26; 2º TASP, Apel. 37.565, ac. 04.03.76, *in RT*, 487/134; TJRS, Apel. 22.653, ac. 10.08.74, *in RJTJRS*, 51/284; STJ, REsp. 53.470-4/SP, ac. 31.10.94, RT, 721/305; STJ, REsp. 20.313-6/MS, ac. 18.05.92, RT, 698/221; STJ, 4ª T., REsp. nº 113.443/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Rel. p/ Acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 11.12.2001, *DJU* 01.07.2004, p. 195.

80 TJSP, ac. 30.03.73, na Apel. 220.127, *in RT*, 454/91; TJRJ, Apel. 90.958, ac. 27.05.75, *in* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: RT, 1976, v. II, p. 145; STJ, REsp. 27.143/SP, Rel. Min. Vicente Leal, ac. 01.12.97, *in DJU* de 19.12.97, p. 67.540; STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 1.309.003/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 09.11.2010, *DJe* 23.11.2010.

81 STJ, REsp. 50.535-6/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 22.11.94, *in RSTJ* 76/246; STJ, 4ª T., REsp. nº 735.001/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 08.11.2005, *DJU* 06.03.2006.

82 2º TACiv.SP, AI 357.925-2/00, Rel. Juiz Quaglia Barbosa, ac. 29.06.92, *in RT* 688/131. No mesmo sentido: STJ, 3ª T., MC nº 12.809/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 02.10.2007, *DJU* 10.12.2007.

83 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito processual civil*, cit., p. 119.

84 TJSP, ac. *in RT*, 146/106. No mesmo sentido: STJ, 1ª T., REsp. nº 61.378/DF, Rel. Min. Garcia Vieira, Rel. p/ Acórdão Min. Demócrito Reinaldo, ac. 21.06.1995, *DJU* 04.09.1995.

85 TJRS, ac. *in RT*, 301/665; TJSP, ac. *in RT*, 279/397; TASP, ac. *in RT*, 300/473. "Não sendo a sentença publicada em audiência, o prazo para o recurso, mesmo para o revel, contar-se-á da intimação" (STJ, 1ª T., REsp. 6.381/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, ac. 05.12.90, *DJU* de 04.02.91, p. 565). Na verdade, não é a intimação do autor, mas a publicação da sentença em cartório que determina a fluência do prazo contra o réu revel (STJ, Corte Especial, EREsp. nº 318.242/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, ac. 17.11.2004, *DJU* 27.06.2005; STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 749.970/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 03.08.2010, *DJe* 16.08.2010; STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 1.087.140/TO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 10.05.2011, *DJe* 13.05.2011).

86 É tradicional e dominante a tese de que comparecendo o réu ao processo, por meio de advogado, a partir de então cessa a contumácia, não correndo mais os prazos contra ele independentemente de intimação (STJ, 5ª T., REsp. 31.914-0/SP, Rel. Min. Assis Toledo, ac. 24.03.1993, *DJU* de 19.04.93, p. 6.688). Daí por diante, terá de ser intimado, na pessoa do advogado, de todos os atos processuais subsequentes (STJ, 4ª T., REsp. 6.813/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 27.06.91, *RSTJ* 26/452; STJ, 4ª T., REsp. 19.094/RJ, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. 31.03.92, *RSTJ* 32/445; STJ, 5ª T., REsp. 33.084-5/RJ, Rel. Min. José Dantas, ac. 05.04.1993, *RSTJ* 50/352; STJ, 1ª T., REsp. nº 876.226/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 25.03.2008, *DJe* 14.04.2008). Não corresponde ao devido processo legal o entendimento, apenas esporádico, de que o revel, mesmo se fazendo presente nos autos, continuará não sendo intimado dos prazos processuais, porquanto tal tese nega, simplesmente, a garantia constitucional do contraditório.

87 A presunção de veracidade, decorrente da revelia, não é absoluta e insuperável, nem pretendeu a lei transformar o juiz, na espécie, num *robot* que tivesse que aprovar, conscientemente, a inverdade e a injustiça, sem qualquer possibilidade de coactar a iniquidade e a mentira. "Não há como se não considerar implícita a ideia de que a presunção de veracidade decorrente de revelia do adversário só poderá produzir todos os efeitos quanto a fatos revestidos de credibilidade ou verossimilhança. Aliás, há que se distinguir entre reconhecimento de *fatos* (juízos de afirmação sobre realidades externas, que se opõem a tudo o que é ilusório, fictício, ou apenas possível) e *sequelas de sua afirmação*. Só o fato objetivo não contestado é que se presume verdadeiro. Tal presunção não alcança cegamente as consequências de sua afirmação. Assim, não assumem véstia de dogma de fé meras estimativas de prejuízo perante fato tornado indiscutível pela revelia do adversário" (TJSP, Apel. 255.718, Rel. Des.

Azevedo Franceschini). Nesse sentido: STJ, REsp. 74.212-0/GO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 09.10.95, *in RSTJ* 78/238; 2º TACiv. SP, Ap. 440.549-00/0, Rel. Juiz Antônio Marcatto, ac. 05.12.95, *in RT* 730/262; STJ, REsp. 60.239-4/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 28.05.96, *in RSTJ* 88/115; STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 590.532/SC, Rel. Min. Maria Isabel Galloti, ac. 15.09.2011, *DJe* 22.09.2011.

88 De modo geral, "pode-se dizer que direitos indisponíveis são os direitos *essenciais* da personalidade, também chamados fundamentais, absolutos, personalíssimos, eis que inerentes da pessoa humana. Entre os direitos fundamentais do ser humano devem figurar, em primeiro plano, o direito à *vida*, o direito à *liberdade*, o direito à *honra*, o direito à *integridade física e psíquica*… Numerosos direitos personalíssimos podem juntar-se aos já citados, como, por exemplo, o direito ao *estado civil*, o direito ao *nome*, o direito à *igualdade perante a lei*, o direito à *intimidade*, o direito aos *alimentos*, o direito à *inviolabilidade de correspondência*… Conforme, de resto, prescreve o art. 1.035 do Cód. Civil, só com referência a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação… Consequentemente, direitos *indisponíveis* são todos aqueles que não possuem um conteúdo econômico determinado"… e que não admitem a *renúncia* ou que não comportem a *transação* (SODRÉ, Hélio. *Manual Compacto do Direito*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 217).

89 STJ, 4ª T., REsp. nº 1.084.745/MG, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 06.11.2012, *DJe* 30.11.2012.

90 MARQUES, Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1974, v. II, n. 370, p. 68. Já decidiu, também, o STF que a presunção de veracidade do art. 319 só se aplica ao revel citado pessoalmente, não ao réu citado por edital, a que se dá curador especial com poderes de contestação até por negativa geral (art. 302, parágrafo único) (STF, RE 93.234, 2ª Turma, ac. 20.10.1981, Rel. Min. Firmino Paz, *Juriscível*, 111/100). Não se aplica ao curador especial: STJ, REsp. 73.777/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 06.05.97, *DJU* de 30.06.97, p. 31.023; STJ, 3ª T., REsp. nº 1.009.293/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 06.04.2010, *DJe* 22.04.2010.

91 A regalia da contestação por negação geral aplica-se, também, ao Ministério Público e ao Defensor Dativo (art. 302, parágrafo único).

92 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 6. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 660. No mesmo sentido: 2º TACiv.SP, Apel. 40.395, Rel. Juiz Bastos de Barros, ac. 11.05.1976, *in* PAULA, Alexandre de. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. III, p. 370, nº 6.224; STF, *RTJ* 99/847; TJRJ, Apel. 6.956, Rel. Des. Graccho Aurélio, ac. 17.10.1978, *RT* 524/236; TAPR, Apel. 590/79, Rel. Des. Silva Wolff, ac. 17.10.1979, *RT* 538/226.

93 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O *Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 79.

Capítulo XVII
FASE DE SANEAMENTO

§ 61. PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES

Sumário: 400. Conceito. 401. Réplica do autor. 402. Revelia e provas. 403. Intervenção do Ministério Público. 404. Ação declaratória incidental. 405. Outras providências preliminares.

400. Conceito

Sob o *nomen iuris* de "providências preliminares", o Código instituiu certas medidas que o juiz, eventualmente, deve tomar logo após a resposta do réu e que se destinam a encerrar a fase postulatória do processo e a preparar a fase saneadora. O saneamento propriamente dito deverá se aperfeiçoar, na fase seguinte, através do "julgamento conforme estado do processo".

Resultam as "providências preliminares" da necessidade de manter o processo sob o domínio completo do princípio do contraditório. Sem elas, o método dialético que inspira o sistema processual restaria comprometido, pois haveria o risco de decisões proferidas sobre questões deduzidas em juízo, sem que o autor fosse ouvido sobre elas.

Assim, findo o prazo de resposta do réu, os autos são conclusos ao juiz, que, conforme o caso, poderá, no prazo de 10 dias, determinar uma das seguintes providências:

1) determinar a especificação de provas a produzir (art. 324);

2) admitir pedido de declaração incidental de questão prejudicial (art. 325);

3) determinar a ouvida do autor em 10 dias, sobre fato impeditivo, modificativo ou extintivo do seu direito, invocado pelo réu na contestação (art. 326);

4) determinar a ouvida do autor, em 10 dias, sobre as preliminares do art. 301, quando arguidas pelo réu; ou mandar suprir em prazo nunca superior a 30 dias as irregularidades ou nulidades sanáveis que encontrar (art. 327).

Como se vê, as providências preliminares nem sempre se verificam. Não são

requisitos necessários do procedimento, mas acontecimento eventual que ocorre e varia de conteúdo, conforme as circunstâncias de cada caso. E pode até não haver necessidade de nenhuma providência preliminar em casos como o de *revelia* (fora da hipótese do art. 320) ou de contestação sem arguição das matérias dos arts. 301 e 326. Na primeira hipótese (revelia), o juiz passará diretamente à fase decisória e proferirá, desde logo, "julgamento antecipado da *lide*" (art. 330); na segunda, proferirá diretamente o "julgamento, conforme o estado do processo", saneando o processo ou decidindo o mérito, tendo em conta a matéria controvertida e as provas existentes no bojo dos autos (arts. 329 a 331).

Se as nulidades encontradas de ofício pelo juiz forem de natureza insanável, também não haverá determinação de providências preliminares. O juiz, de plano, proferirá sentença de extinção do processo (art. 329).

É, destarte, na ocasião das "providências preliminares" que o juiz realiza o complexo exame dos pressupostos processuais e das condições da ação, para penetrar no saneamento do feito.

401. Réplica do autor

Em dois casos, há providência preliminar consistente em facultar ao autor o direito de réplica à resposta do réu:

I – quando o demandado, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 326);

II – quando, em preliminar da contestação, for alegada qualquer das matérias enumeradas no art. 301 (art. 327).

Em ambos os casos, para manter a observância do princípio do contraditório, será facultado ao autor replicar a resposta do réu, bem como produzir prova documental, tudo no prazo de 10 dias.

No caso da defesa indireta do art. 301, depois de ouvida a réplica do autor, se o juiz entender que as irregularidades ou nulidades comprovadas são sanáveis, marcará prazo de até 30 dias, para que sejam supridas.

A solução, de acolhimento ou rejeição da preliminar, será dada no "julgamento, conforme o estado do processo".

402. Revelia e provas

Da falta de contestação, presume-se ordinariamente a veracidade dos fatos

afirmados pelo autor (art. 319), desde que válida a citação.

Logo, não há necessidade da fase probatória e o juiz, pela simples ausência de resposta do réu, fica autorizado a proferir o julgamento antecipado da lide (art. 330, II). Dá-se um salto da fase postulatória diretamente à fase decisória.

Mas há casos em que, mesmo sem a resposta do réu, o autor não se desobriga do ônus de provar os fatos jurídicos que servem de base à sua pretensão.

Quando isto se dá (art. 320), o juiz, após escoado o prazo de contestação, profere despacho mandando que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência (art. 324).

O prazo de especificação fica a critério do juiz, mas se não houver estipulação expressa no despacho será de cinco dias, conforme a regra do art. 185.

Quando, mesmo sem a resposta do réu, o juiz se deparar com citação nula (art. 301, I), terá de decretar a nulidade *ex officio* (§ 4º) e a revelia nenhum efeito produzirá. Mandará, então, que a diligência citatória seja renovada, com as cautelas de direito.

Embora o Código tenha previsto o despacho de especificação de provas apenas para hipótese em que a revelia não produz a eficácia do art. 319, força é admitir que essa providência preliminar tem cabimento também nas ações contestadas, sempre que as partes na fase postulatória não tenham sido precisas no requerimento das provas que pretendam produzir. É muito comum, na praxe forense, o protesto vago e genérico nas iniciais e contestações, "pelas provas em direito admitidas". É claro que, diante disto, terá o juiz de mandar que, antes do encerramento da fase postulatória, as partes especifiquem, devidamente, as provas que irão produzir, para sobre elas decidir no saneamento.

403. Intervenção do Ministério Público

Quando o Ministério Público deva funcionar na causa (art. 82), tenham as partes requerido ou não sua audiência, caberá ao juiz determinar que se lhe abra vista dos autos na fase das "providências preliminares".

Da omissão dessa providência decorre nulidade do processo (arts. 84 e 246).

404. Ação declaratória incidental

"Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes

poderá requerer que o juiz a declare por sentença" (art. 5º).

A instituição da ação declaratória incidental prende-se aos limites objetivos da coisa julgada, que, segundo o art. 468, só se restringem ao mérito da causa, retratado pelo dispositivo da sentença.[1]

Dessa maneira, não fazem coisa julgada os *motivos* da decisão, a verdade dos fatos, em que se baseou a sentença, nem tampouco a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo (art. 469).

Assim, se uma questão prejudicial se tornou litigiosa durante o processo e a parte deseja que ela seja apreciada não apenas como razão de decidir a *lide*, deverá suscitar o incidente do art. 5º, ou seja, a ação declaratória incidental, que consiste numa ampliação da *lide*, através de cúmulo sucessivo de pedidos.

Dessa forma, a questão prejudicial também se transformará em mérito da causa, e a sentença, ao apreciá-la, dar-lhe-á solução com força de *coisa julgada*.

Desde logo, deve-se excluir do conceito de *questão prejudicial* as matérias relacionadas com as preliminares de natureza processual, as quais não se incluem jamais nos limites da coisa julgada material.

As questões prejudiciais são antecedentes lógicos da questão que forma o mérito da causa e, por isso, só se situam no plano material, ou seja, no mesmo plano de objeto da *lide*.

Para chegar à solução do mérito da causa, por razão de lógica, o julgador não pode deixar de examinar certas questões anteriores, cuja solução incidente condiciona aquela a ser dada à *lide*.

Só há *questão* quando ocorre controvérsia sobre o referido antecedente lógico. Mas, para justificar a declaratória incidental, é preciso que a questão seja tal, que pudesse justificar hipoteticamente um outro processo, pois só assim se concebe o exercício do direito de ação, que se contém no pedido de declaração incidente.

Pode-se, pois, definir questão prejudicial, para os fins do art. 5º, como as "*questões* que, relativas a outros estados ou relações jurídicas, se apresentem no processo como mero antecedente lógico da questão principal, embora pudessem ser, por si só, objeto de processo autônomo".[2]

Se o réu contesta uma cobrança, alegando novação, pode o autor, por exemplo, propor declaratória incidental para obter o reconhecimento de ineficácia do novo contrato por vício de consentimento ou outro defeito que o invalide, em decisório que lhe dê a segurança da *res iudicata*.

Sem a declaratória incidental, a apreciação do vício do contrato, ainda que favorecesse o autor, só serviria de razão para a sentença que julgasse a cobrança.

Não haveria coisa julgada material e o réu, em outro processo, poderia voltar a utilizá-lo para acionar o autor.

A propositura da ação declaratória incidental não dá lugar a uma nova autuação. É, como a reconvenção, uma simples cumulação sucessiva de pedidos conexos, dentro do mesmo processo.

Para o réu, a ação declatória pode normalmente ser manejada através da reconvenção.[3]

Para o autor, o momento adequado para a propositura da declaratória incidental são os 10 dias seguintes à intimação da contestação que tenha gerado controvérsia sobre a questão prejudicial (art. 325).

Por isso, quando isto se der, o juiz deve adotar a providência preliminar de mandar intimar o autor, abrindo-lhe o prazo decendial do art. 325, e não poderá, antes de seu escoamento, proferir o julgamento conforme o estado do processo.

A sentença incidente a que alude o art. 325 não é decisão separada daquela que deverá julgar a questão principal. Tal como se dá com as causas conexas em geral, o processamento e julgamento deverão ser comuns. Numa só sentença o juiz resolverá primeiro a questão prejudicial e, imediatamente, passará a decidir a questão principal.[4]

Quando o pedido é do réu, a tramitação é a da reconvenção (*vide* nº 394, *retro*). Quando do autor, deverá ensejar ao réu oportunidade de responder a ele no prazo legal de resposta, ou seja, 15 dias (art. 321).

Quando o réu for revel, necessária é a renovação da citação pessoal (art. 321). Mas se estiver representado nos autos bastará a intimação do advogado, como se dá no procedimento reconvencional.[5]

Qualquer procedimento que possa, a partir da resposta do réu, seguir o rito ordinário, dará oportunidade ao manejo da ação declaratória incidental. Não se admite, porém, esse remédio processual nas ações sumárias, nem no processo de execução, nem tampouco no cautelar.[6]

Exige-se, outrossim, como condição de admissibilidade da declaratória incidental, que o juiz da causa principal seja também competente *ratione materiae* para a causa incidente (art. 470).

405. Outras providências preliminares

É, também, no estágio das providências preliminares que o juiz deve deliberar sobre a citação de litisconsortes necessários, na forma do art. 47, parágrafo único (ver, *retro*, nº 102).

É, ainda, no mesmo momento processual que se examinam as questões pertinentes à intervenção de terceiros, sob as formas de nomeação à autoria, denunciação da *lide* ou de chamamento ao processo.

O deferimento dessas medidas importa suspensão do processo principal, até que o incidente seja resolvido, o que será determinado pelo juiz na ocasião das providências preliminares.

Uma vez solucionadas as questões relativas à citação de litisconsortes necessários ou à intervenção de terceiros, providenciará o juiz as medidas preconizadas pelos arts. 323 a 329.

§ 62. JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

Sumário: 406. Conceito. 407. Extinção do processo. 408. Julgamento antecipado da lide. 408-a. Audiência preliminar.

406. Conceito

"Cumpridas as providências preliminares, ou não havendo necessidade delas, o juiz proferirá *julgamento conforme o estado do processo*", com observância do disposto nos arts. 329 a 331 (art. 328).

Não há necessidade das providências preliminares quando não houver resposta do réu e não incidir o art. 320; quando o réu não produzir defesa indireta; ou quando inexistir irregularidade processual a sanar; e, ainda, quando não se produzir documento com a contestação.

Como já se afirmou, o saneamento processual não se concentra numa decisão única, mas se faz ao longo de uma fase processual, numa sucessão de atos ou providências, que se inicia desde o despacho da petição inicial.

Com o "julgamento conforme o estado do processo", o juiz encerra as "providências preliminares" e realiza o completo saneamento do processo.

Abrange ele toda a matéria que era pertinente ao antigo despacho saneador, segundo a sistemática do Código revogado.

Mas, agora, não se limita mais apenas às questões preliminares como se dava no sistema anterior. Além de preparar o processo para a instrução probatória, ou de extingui-lo nos casos de vícios insanáveis, o moderno *julgamento conforme o estado do processo*, em algumas hipóteses, pode ensejar ao juiz a apreciação da própria *lide*, caso em que o juiz antecipadamente proferirá sentença de mérito e extinguirá o processo sem necessidade de passar pela dilação probatória.

Pode o julgamento conforme o estado do processo consistir numa das seguintes decisões:

I – extinção do processo (art. 329);

II – julgamento antecipado da *lide* (art. 330);

III – saneamento do processo (art. 331).

Como se vê, o instituto tem múltipla finalidade e pode ater-se a questões meramente processuais ou penetrar no âmago do litígio, resolvendo desde logo a questão de direito material deduzida em juízo.

Ao instituir o julgamento conforme o estado do processo, o legislador brasileiro, além de conservar a tradição luso-brasileira a respeito do despacho saneador, deu-lhe nova feição, sob inspiração do julgamento conforme o estado dos autos, do direito germânico. Ampliou, porém, seus contornos para além dos simples casos de revelia a que se refere o sistema alemão, "de modo a propiciar, em grande número de casos, sem maior delonga, a provocada ou espontânea extinção do processo com ou sem resolução do mérito".[7]

407. Extinção do processo

No julgamento conforme o estado do processo (art. 329), o juiz declarará a extinção do processo, sem apreciar o mérito da causa, nas hipóteses previstas no art. 267, ou seja:

I – nos casos de indeferimento da petição inicial (art. 295) (ver, *retro*, nº 356);

II – quando a causa for abandonada por ambas as partes, por mais de um ano (ver, *retro*, nº 316);

III – quando o autor abandonar a causa por mais de 30 dias (ver, *retro*, nº 316);

IV – quando não ocorrem os pressupostos processuais, ou seja, os requisitos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (ver, *retro*, nºs 54 e 317);

V – nos casos de perempção, litispendência ou coisa julgada (ver, *retro*, nºs 318 e 319);

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação (ver, *retro*, nºs 52 e 320);

VII – no caso de preexistência de compromisso arbitral (ver, *retro*, nºs 41 e 321);

VIII – quando houver desistência da ação (ver, *retro*, nº 322);

IX – quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal (ver, *retro*, nº 323);

X – quando ocorrer confusão entre autor e réu (ver, *retro*, nº 324);

XI – nos demais casos prescritos no Código (ver, *retro*, nº 314).

Em todos esses casos do art. 267, a sentença do juiz é apenas *terminativa*, pois os aspectos examinados são de natureza *formal*, isto é, são ligados ao exame da admissibilidade do processo tão somente, sem ferir o mérito da causa. Não há, portanto, uma resposta direta ao pedido do autor e a coisa julgada é, por isso, apenas *formal*.

Poderá, também, o juiz, segundo o art. 329, proferir julgamento conforme o estado do processo, para extingui-lo antecipadamente, com resolução de mérito nos casos do art. 269, nos II a V, ou seja:

I – quando o réu reconhecer a procedência do pedido (ver, *retro*, nº 329);

II – quando houver transação entre as partes (ver, *retro*, nº 330);

III – quando ocorrer decadência ou prescrição (ver, *retro*, nº 331);

IV – quando se verificar renúncia do autor ao direito sobre que se funda a ação (ver, *retro*, nº 332).

Em todos esses casos do art. 269, o juiz, embora nem sempre dê solução própria à *lide*, profere sentença *definitiva*, com composição do mérito da causa, não obstante limitar-se, às vezes, ao reconhecimento judicial da autocomposição do litígio, obtida pelas partes entre si. Isto porque, "homologatória ou não, a decisão que tem por objeto o *meritum causae* corresponde à *prestação integral da tutela jurisdicional*, com todos os seus efeitos e consequências".[8]

408. Julgamento antecipado da lide

No momento do julgamento conforme o estado do processo, o juiz examinará o pedido e proferirá sentença contendo sua própria solução para a *lide*, sem passar pela audiência de instrução e julgamento, quando (art. 330):

a) a questão de mérito for unicamente de direito;

b) mesmo sendo de direito e de fato, a questão de mérito, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

c) ocorrer à revelia (art. 319).

Nessas três hipóteses, a desnecessidade de audiência faz com que se elimine a incidência do princípio da oralidade do processo de conhecimento.

A sentença é *definitiva* e tem a mesma natureza e requisitos daquela que se profere, normalmente, após a instrução em audiência.

Em todas as três hipóteses arroladas no art. 330, o juiz, logo após o encerramento da fase postulatória, já se encontra em condições de decidir sobre o mérito da causa, pois: *a*) se a questão controvertida é apenas de direito, não há prova a produzir, por absoluta irrelevância ou mesmo por falta de objeto, certo

que a prova, de ordinário, se refere a fatos e não direitos, posto que *iura novit curia; b*) nos outros dois casos, também, não se realiza a audiência por desnecessidade de outras provas, além daquelas que já se encontram nos autos (o juiz não deve, segundo o art. 130, promover diligências inúteis).

Assim, se a questão de fato gira em torno apenas de interpretação de documentos já produzidos pelas partes; se não há requerimento de provas orais; se os fatos arrolados pelas partes são incontroversos; e ainda se não houve contestação, o que também leva à incontrovérsia dos fatos da inicial e à sua admissão como verdadeiros (art. 319); o juiz não pode promover a audiência de instrução e julgamento, porque estaria determinando a realização de ato inútil e, até mesmo, contrário ao espírito do Código. Observe-se que o art. 334 expressamente dispõe que não dependem de prova os fatos "admitidos, no processo, como incontroversos" e aqueles "em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade" (nos III e IV).

Por outro lado, harmoniza-se com a preocupação de celeridade que deve presidir à prestação jurisdicional, e que encontra regra pertinente no art. 125, no II, que manda o juiz "velar pela rápida solução do litígio", e no art. 130 que recomenda indeferir "as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

Sobre os casos em que a revelia não permite o julgamento antecipado da *lide*, veja-se o no 397, *retro*.

A instituição do julgamento antecipado da *lide* deveu-se, portanto, à observância do princípio de economia processual e trouxe aos pretórios grande desafogo pela eliminação de enorme quantidade de audiências que, ao tempo do Código revogado, eram realizadas sem nenhuma vantagem para as partes e com grande perda de tempo para a Justiça.

408-a. Audiência preliminar

Segundo a tradição do direito luso-brasileiro, o saneamento do processo deveria dar-se em decisão interlocutória escrita, após o encerramento da fase postulatória. O sistema germânico adotava, porém, a audiência preliminar, destinada a preparar o feito para ingressar na fase instrutória, depois de resolvidas oralmente as questões preliminares.

A Lei no 8.952, de 13.12.1994, procurando incentivar a autocomposição dos litígios, instituiu a obrigatoriedade de uma *audiência preliminar*, em que se tentará a conciliação das partes, antes de dar início à fase específica da instrução processual (nova redação dada ao art. 331), audiência essa que, porém, não se

restringe apenas à busca da solução negocial para o conflito, já que será nela que o juiz completará a tarefa saneadora. Nosso direito positivo, destarte, aproxima-se do sistema germânico. Pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, a denominação da audiência do art. 331, que antes era *audiência de conciliação*, passou a ser *audiência preliminar*, tal como acontece nas fontes em que se inspirou o legislador pátrio.

Essa audiência será designada para realização no prazo máximo de 30 dias, sempre que não for possível o julgamento antecipado da lide (casos dos arts. 329 e 330 c/c art. 269, II a V) e que, também, não for cabível a extinção do processo sem apreciação do mérito (casos do art. 329 c/c art. 267). A ela deverão estar presentes os litigantes que se poderão fazer representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir (art. 331, *caput*). O próprio advogado pode representar a parte na audiência, desde que investido de poder para transigir.[9]

Não haverá a audiência de conciliação, e sim a prolação de sentença, desde logo, quando configurada:

a) qualquer das hipóteses do art. 267, ou seja, petição inicial inepta, ausência de pressuposto processual ou condição da ação, prescrição, litispendência, coisa julgada, desistência etc; ou

b) alguma das hipóteses dos incisos II a V do art. 269, ou seja, reconhecimento da procedência do pedido pelo réu, transação, decadência ou prescrição, renúncia pelo autor do direito em que se funda a ação.

Não se designará, também, a audiência de conciliação, quando a causa versar sobre direitos que não admitem transação (ações de estado, ações sobre bens públicos etc.) (art. 331, *caput*).[10] Promovida a audiência, se as partes chegarem ao acordo, este será reduzido a termo e o juiz o homologará por sentença (art. 331, § 1º).

Não se alcançando a conciliação, o juiz, mesmo assim, deverá extrair do contato pessoal com as partes dados importantes para simplificar o prosseguimento do feito e completar o seu total saneamento antes de passar a coleta dos elementos de prova. A lei atribui-lhe, nessa conjuntura, as seguintes providências, que poderão constar da ata da audiência ou de decisão posterior:

a) fixação dos pontos controvertidos entre as partes;

b) julgamento das questões processuais pendentes;

c) determinação das provas a produzir; e

d) designação de audiência de instrução e julgamento, se necessária (art. 331, § 2º).

A nova sistemática, criada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, como se nota,

prevê duas audiências distintas: uma para a conciliação, que se quer realizada com urgência, isto é, no prazo máximo de trinta dias; e outra, mais complexa, para a instrução oral, cuja designação só ocorrerá depois de completamente saneado o processo, e desde que haja prova a ser colhida em audiência. Para evitar perda de tempo e energia processual, a Lei nº 8.952 impôs ao juiz o dever de não designar a audiência instrutória sem antes solucionar as preliminares processuais e definir quais as questões que deverão ser objeto de prova em audiência (art. 331, § 2º).

A realização da audiência de conciliação, mesmo na eventualidade de sua frustração, não importará na obrigatória designação da sucessiva audiência de instrução e julgamento. Pode acontecer que, após a tentativa de acordo, o juiz se convença, por exemplo, de que a divergência entre as partes pode ser solucionada mediante pura interpretação de contrato ou por meio de exibição ou requisição de documentos. Se tal acontecer, o juiz declarará que o processo não depende de audiência para encerrar-se e, uma vez cumprida a diligência relativa à prova documental, proferirá a sentença de mérito.

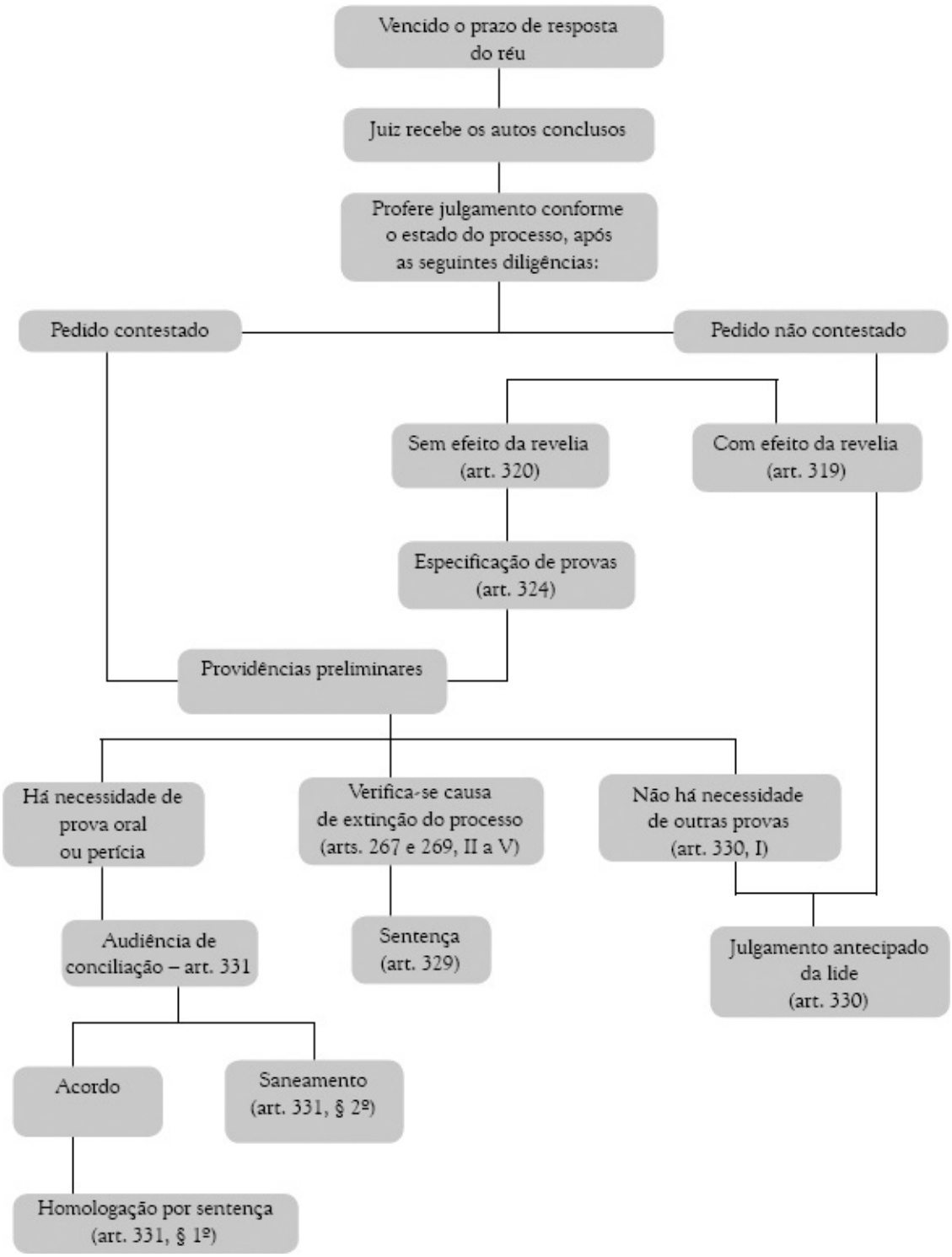
A Lei nº 10.444, de 07.05.2002, acrescentou o § 3º ao art. 331, que praticamente anulou o esforço para habituar os juízes brasileiros ao importante instituto da audiência preliminar, pois abriu-lhes a oportunidade de não realizá-la "se as circunstâncias da causa" evidenciarem ser improvável a transação. A lei do menor esforço conduzirá grande número de juízes a seguir a velha rotina de marcar a audiência de instrução e julgamento sem tentar a conciliação e sem, infelizmente, efetuar a triagem que a lei destinou à audiência preliminar (art. 331, § 2º).

A última reforma andou na contramão das legislações processuais mais avançadas, ao se afastar da política de obrigatoriedade da audiência preliminar. Não é só pela possibilidade de conciliação entre as partes que a importância dessa audiência tem sido ressaltada nas legislações europeias. Sobretudo pela definição do objeto do processo em trabalho de franca e direta cooperação entre juiz e partes é que se valoriza esse estágio procedimental, por meio do qual se concentra o tema do debate e se definem as provas pertinentes e admissíveis.[11]

Nada recomendava, portanto, a transformação da audiência preliminar em simples eventualidade a ser cumprida segundo critério pessoal do juiz.

Fluxograma nº 12

JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO
(arts. 329-331)



§ 63. SANEAMENTO DO PROCESSO

Sumário: 409. Despacho saneador. 410. Cabimento. 411. Conteúdo. 412. Efeito preclusivo. 413. Formas do despacho saneador.

409. Despacho saneador

A função daquilo que o Código antigo chamava de *despacho saneador* passou, no sistema atual, a ser cumprida por toda uma prolongada fase processual, cujo início pode dar-se com o despacho da petição inicial e cujo término obrigatoriamente será o julgamento conforme o estado do processo.

Não há limites necessários e bem definidos para início da atividade de saneamento, nem para sua separação da fase postulatória, mas seu encerramento tem um momento processual exato, que se situa dentro da audiência preliminar de conciliação.

Quase sempre essa atividade saneadora se superpõe à fase postulatória, pelo menos em boa parte, e, enquanto os litigantes ainda estão deduzindo suas pretensões em juízo, vai o juiz, paulatinamente, suprindo ou fazendo suprir as nulidades ou irregularidades sanáveis ou decretando as nulidades insanáveis.

Na sistemática do Código atual, não pode mais o juiz relegar questões formais ou preliminares, como os pressupostos processuais e as condições da ação, para exame na sentença final. Incumbe-lhe decidi-las no "julgamento conforme o estado do processo", de sorte que o despacho saneador, previsto no art. 331, § 2º, é tão somente uma eventual declaração de regularidade do processo.

É eventual porque nem sempre ocorre, mesmo quando o processo está em ordem, dado que em muitos casos o juiz deve passar diretamente ao julgamento do mérito (art. 330).

O despacho saneador, portanto, passou a ser aquela decisão que o juiz profere, ao final das providências preliminares, para reconhecer que o processo está em ordem e que a fase probatória pode ser iniciada, eis que será possível o julgamento do mérito e, para tanto, haverá necessidade de prova oral ou pericial.

Esse despacho é a terceira e última modalidade de julgamento conforme o estado do processo (art. 331, § 2º). Na verdade, sem embargo da nomenclatura tradicional, não se trata de simples despacho, mas de verdadeira *decisão interlocutória*, que dá solução à questão do cabimento da tutela jurisdicional e da admissibilidade dos meios de prova a serem utilizados na fase de instrução do processo.

410. Cabimento

Na ordem lógica das questões, só haverá despacho saneador quando não couber a extinção do processo, nos termos do art. 329, nem for possível o julgamento antecipado da lide (art. 330).

Pressupõe, destarte, a inexistência de vícios na relação processual ou a eliminação daqueles que acaso tivessem existido, bem como a necessidade de outras provas além dos elementos de convicção produzidos na fase postulacional.

Se, portanto, após as providências preliminares, subsistirem defeitos insupríveis ou insupridos, como a ausência de algum pressuposto processual, ou de alguma condição da ação, não haverá despacho saneador, mas sim extinção do processo (art. 329). Por outro lado, se o juiz, à luz dos elementos já existentes no processo, julgar-se habilitado a decidir o mérito, também não deverá proferir despacho saneador, e sim *sentença definitiva*, sob a forma de "julgamento antecipado da lide" (art. 330).

Com a instituição da audiência de conciliação para as causas sobre direitos disponíveis (art. 331, com a redação da Lei nº 8.952, de 13.12.1994), o saneador ocorrerá após a aludida audiência e desde que se tenha frustrado a tentativa de acordo (§ 2º, acrescentado pela referida Lei nº 8.952). Tal audiência, por sua vez, somente será realizada se não houver motivo para a extinção do processo (art. 329) ou para julgamento antecipado da lide (art. 330). As hipóteses em questão, portanto, funcionam como prejudiciais tanto ao saneador como à audiência de conciliação.

411. Conteúdo

Se as questões preliminares suscitadas pelo réu não foram suficientes para provocar o julgamento da extinção do processo (art. 329), terá o juiz de apreciá-las e rejeitá-las no saneador, pois só assim terá condições de declarar *saneado* o

feito.

Após isto, ou quando não houver questões preliminares, o juiz, ao declarar saneado o processo, deverá, segundo o art. 331, designar a audiência preliminar, para tentar a conciliação entre as partes e, não sendo possível, tomar as seguintes deliberações:

I – fixar os pontos controvertidos;

II – decidir as questões processuais pendentes;

III – determinar as provas a serem produzidas;

IV – designar a audiência de instrução e julgamento.

Se for o caso de exame pericial, o momento de deferi-lo, com a nomeação do perito e a abertura de prazo para a indicação de assistentes pelas partes, é o saneador (*vide, infra*, n$_{os}$ 465 e segs.).

Mas não há um ato específico para concentrar a atividade saneadora do juiz, no procedimento ordinário. Essa função é exercida de maneira mais evidente durante todo o estágio das "providências preliminares" (arts. 323 a 328), que se inicia logo após a exaustão do prazo de resposta do réu e vai findar-se na audiência preliminar, onde as últimas decisões de saneamento devem ser proferidas para permitir, se necessário, o ingresso na instrução probatória.

As questões que integram o objeto do despacho saneador (regularidade do feito por ausência de vícios da relação processual) não podem ser relegadas para exame e deliberação em outra fase do procedimento. A sentença final deve ser proferida apenas sobre o mérito. E o juiz só deve autorizar a abertura da fase probatória depois de eliminados todos os vícios processuais acaso existentes e reconhecida, pelo saneador (ou o conjunto das decisões que dele se ocupam), a admissibilidade da tutela jurisdicional invocada.

Assim, o despacho saneador deve ser havido como uma decisão interlocutória que contenha a tríplice declaração positiva de:

a) admissibilidade do direito de ação, por concorrerem as condições da ação, sem as quais não se legitima o julgamento de mérito;

b) validade do processo, por concorrerem todos os pressupostos e requisitos necessários à formação e desenvolvimento válido da relação processual;

c) deferimento de prova oral ou pericial.

412. Efeito preclusivo

A *preclusão* é fato processual impeditivo que acarreta a perda de faculdade da parte. Pode decorrer simplesmente do transcurso do prazo legal (preclusão

temporal); da incompatibilidade de um ato já praticado e outro que se deseje praticar (preclusão *lógica*); ou do fato de já ter sido utilizada a faculdade processual, com ou sem proveito para a parte (preclusão *consumativa*).

Por efeito da preclusão, a parte perde a faculdade de exercer determinada atividade ou de obter certa utilidade no processo.

Do despacho saneador, se não há recurso em tempo hábil, decorre preclusão consumativa, que impede voltem a ser discutidas as questões nele decididas (art. 473), ou que nele deveriam ter sido tratadas.

Essa preclusão abrange:

a) as questões expressamente *decididas*, por provocação das partes ou *ex officio*. Não há, porém, preclusão em matéria de provas, pois, na verdade, o poder do juiz não é simplesmente o de deferir provas pleiteadas pelas partes. É muito mais amplo. Em qualquer estágio do procedimento, cabe-lhe, mesmo de ofício, ordenar a realização das provas que entender necessárias (art. 130);

b) as questões não decididas, mas implicitamente solucionadas pela declaração que julgar saneado o processo. Excetuam-se, porém, aquelas que possam, pelo sistema do próprio Código, ser examinadas *ex officio* em qualquer fase do processo, como a incompetência absoluta, a nulidade insanável, a coisa julgada, os pressupostos processuais, as condições da ação (art. 267, § 3º).[12]

O momento em que se dá a preclusão do saneador é aquele em que se esgota o prazo de interposição do agravo, ou aquele em que transita em julgado o acórdão do Tribunal que julgou o recurso interposto.

Quando, no saneador, se repelir arguição de prescrição ou decadência (art. 269, IV), embora sem extinção do processo, haverá *coisa julgada material*, por se tratar de solução de questão de mérito.[13] O recurso interponível, contudo, continuará sendo o de agravo, visto tratar-se de decisão interlocutória e não sentença.

413. Formas do despacho saneador

Se não houve controvérsia na fase postulatória, a respeito da admissibilidade da ação ou dos pressupostos processuais, bastará ao juiz, no saneador, proferir decisão sucinta em que afirme estar o processo em ordem, declarando-o saneado, em seguida.

Isto feito, passará a deliberar sobre as provas.

A jurisprudência tem entendido que “o simples despacho do juiz designando a audiência de instrução e julgamento importa em declarar o processo

implicitamente saneado” e repelidas, também de forma implícita, as preliminares arguidas.[14]

Quando, porém, tiver o juiz de repelir alguma preliminar da contestação, deverá fundamentar sua decisão.

Com a instituição da audiência de conciliação (Lei nº 8.952/94), o saneador poderá, em princípio, ser proferido oralmente pelo juiz, ficando o seu teor consignado na ata daquela audiência (§ 2º do art. 331). Se, porém, o juiz preferir, poderá determinar conclusão dos autos para redigir, posteriormente, sua decisão.

1 “Só portanto a parte dispositiva da sentença (art. 458, III) adquirirá a eficácia de coisa julgada material (art. 467)” (ASSIS, Jacy de. *Procedimento Ordinário*. 1. ed., São Paulo: LAEL, 1975, n. 16.6, p. 252).

2 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1974, p. 47.

3 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. II, n. 397, p. 105.

4 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit*., p. 65.

5 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., II, n. 399, p. 108.

6 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A Ação Declaratória Incidental*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense,1976, n. 66, pp. 144-145.

7 TUCCI, Rogério Lauria. *Do Julgamento conforme o Estado do Processo*. São Paulo: RT, 1975, n. 19, p. 40.

8 TUCCI, Rogério Lauria. *Op. cit*., n. 71, p. 133, com apoio em Pontes de Miranda e Luiz Eulálio Bueno Vidigal.

9 TUCCI, José Rogério Cruz e. Horizontes da nova audiência preliminar, *Revista Jurídica*, v. 300, p. 16.

10 Nem sempre o litígio sobre bens indisponíveis impedirá a audiência de conciliação, pois há casos em que os interesses derivados desses bens podem ser objeto de transação, como, por exemplo, o valor dos alimentos, o reconhecimento voluntário de paternidade, o valor do dano a ser reparado pelo Estado etc. (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Código de Processo Civil Reformado*, 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey: 1996, n. 8, p. 161).

11 MACHADO, Antônio Montalvão; PIMENTA. Paulo. *O Novo Processo Civil*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 209; TUCCI, José Rogério Cruz e. Horizontes da nova audiência preliminar, *Revista Jurídica*, v. 300, p. 12.

12 Por se tratar de questões de ordem pública, sobre as quais não têm disponibilidade as partes, e que funcionam como pressupostos de legitimidade da própria função jurisdicional do Estado, não há preclusão, nem lógica, nem temporal, nem consumativa, sobre a matéria pertinente às condições da ação e aos pressupostos processuais. Tanto o próprio juiz de primeiro grau como o Tribunal Superior (em grau de recurso) podem voltar a examinar essas questões, em qualquer fase do processo, enquanto não julgado o mérito da causa (cf. acs. *in RT*, 494/148; *Rev. Jur. do TJRGS*, 72/679; *RT*, 557/103; *Juriscível do STF*, 87/129; STJ, REsp. 60.110-0/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 05.09.95, *in RSTJ* 81/308; STJ, REsp. 61.420-1/SP, Rel. Min. Assis Toledo, ac. 03.05.95, *in DJU* de 19.06.95, p. 18.723; TJMG, Ag. 12.676/3, Rel. Des. José Loyola, ac. 19.05.94, *in Jurisp. Min*. 128/46; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.175.100/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 05.04.2011, *DJe* 13.04.2011).

13 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, v. II, nºs 44 e 447, pp. 167 e 171-172.

14 PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: RT, 1976, v. II, pp. 178-179.

Capítulo XVIII
FASE PROBATÓRIA

§ 64. A PROVA

Sumário: 414. Conceito. 415. Características da prova. 416. Objeto da prova. 417. Finalidade e destinatário da prova. 418. Valoração da prova. 419. O sistema do Código. 420. Poder de instrução do juiz. 421. Ônus da prova. 422. Sistema legal do ônus da prova. 422-a. Conflito de versões sobre o fato constitutivo do direito do autor. 422-b. Distribuição dinâmica do ônus da prova. 422-c. Ônus da prova nas ações do consumidor. 423. Convenção sobre ônus da prova. 424. Meios de prova. 424-a. Prova por presunção. 424-b. Presunção legal e ficção legal. 425. Procedimento probatório. 426. Instrução por meio de carta. 427. Dever de colaboração com a Justiça.

414. Conceito

Todos os pretensos direitos subjetivos que podem figurar nos litígios a serem solucionados pelo processo se originam de *fatos* (*ex facto ius oritur*).

Por isso, o autor, quando propõe a ação, e o réu, quando oferece sua resposta, hão de invocar fatos com que procurem justificar a pretensão de um e a resistência do outro.

Do exame dos fatos e de sua adequação ao direito objetivo, o juiz extrairá a solução do litígio que será revelada na sentença.

Enquanto o processo de execução é voltado para a satisfação do direito do credor e atua sobre *bens*, o processo de conhecimento tem como objeto as *provas* dos fatos alegados pelos litigantes, de cuja apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio estabelecido entre as partes.

De tal sorte, às partes não basta simplesmente alegar os fatos. “Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado”, o que se dá através das provas.[1]

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo:

a) um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.);

b) e outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

Assim, para o processo, a *prova*, como ensinava o grande João Monteiro, não é somente um fato processual, "mas ainda uma indução lógica, é um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando, e é a própria certeza dessa existência".[2]

A um só tempo, destarte, deve-se ver na *prova* a ação e o efeito de provar, quando se sabe, como Couture, que "provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação".[3] Não é raro a parte produzir um grande volume de instrumentos probatórios (documentos, perícia, testemunhas etc.) e mesmo assim a sentença julgar improcedente o seu pedido "por falta de prova". De fato, quando o litigante não convence o juiz da veracidade dos fatos alegados, prova não houve, em sentido jurídico: houve apenas apresentação de elementos com que se pretendia provar, sem, entretanto, atingir a verdadeira meta da prova – o convencimento do juiz.

Merece, pois, remontar-se à lição de Mittermaier, para definir-se a prova judiciária como a soma dos meios produtores da certeza a respeito dos fatos que interessam à solução da lide.[4]

Chama-se *instrução do processo* a fase em que as partes devem produzir as provas de suas alegações.

Normalmente esta fase, que o direito antigo denominava de dilação probatória, se inicia logo após o despacho saneador e finda na audiência, no momento em que o juiz declara encerrada a instrução e abre o debate oral (art. 454).

Mas há provas que já são produzidas antecipadamente na fase postulatória: são os documentos (arts. 283 e 396).

415. Características da prova

Toda prova há de ter um *objeto*, uma *finalidade*, um *destinatário*, e deverá ser obtida mediante *meios* e *métodos* determinados. A prova judiciária tem como *objeto* os fatos deduzidos pelas partes em juízo. Sua *finalidade* é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos. O *destinatário* é o *juiz*, pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio. Os

meios legais de prova são os previstos nos arts. 332 a 443; mas, além deles, permite o Código outros não especificados, desde que "moralmente legítimos" (art. 332).

Há quem faça distinção entre *fontes*, *objeto* e *meio* de prova. O *objeto*, para a doutrina dominante, são, realmente, os *fatos* relevantes para o julgamento da causa, ou seja, os acontecimentos cuja existência pretérita, presente ou futura possa se prestar à revelação histórica do conflito a ser solucionado. *Fonte* é aquilo que se utiliza para comprovar o *fato* inspecionado (como o relato *in concreto* de uma testemunha, o efetivo conteúdo de um documento, o teor de uma confissão, ou a informação técnica prestada pelo perito). *Meio*, por fim, seriam os modos admitidos em lei genericamente para a realização da prova (como, *v.g.*, o testemunho, o documento, a confissão, a perícia, a inspeção judicial, o indício). É em relação aos *meios de prova*, que se costuma falar que o processo judicial se serve da prova documental, da prova testemunhal, da prova pericial etc.

Embora seja teoricamente demonstrável a distinção entre as noções de *meio* e *fonte*, convém lembrar a advertência de Echandía[5] de que, na prática, se revela medida de pouca serventia, uma vez que "tanto os legisladores como os juristas utilizam o termo *prova* para se referirem a ambos; assim, quando se diz que um *fato* é prova de outro, se está contemplando a *fonte*, e quando se afirma que a confissão ou a escritura pública ou os testemunhos são provas de certo fato, trata-se dos *meios*". Vale dizer: não se costuma, na realidade, extrair maior utilidade jurídica do diferenciamento entre *meio* e *fonte* de prova.

Há, outrossim, um *método* ou sistema processual preconizado legalmente para o emprego dos meios de prova que forma o *procedimento probatório* minuciosamente regulado pelo Código e que deve ser observado pelas partes e pelo juiz para que a apuração da verdade fática seja eficaz para fundamentar e justificar a sentença.

Desse modo, só o que consta regularmente dos autos pode servir de prova para o julgamento da lide (*quod non est in actis non est in mundo*).[6]

416. Objeto da prova

Há quem afirme que a prova não versa sobre os fatos, mas sobre as alegações feitas pelas partes.[7] Mas o que são tais alegações senão a afirmação de fatos dos quais se extrai a pretensão que se deseja atuar em juízo? Portanto, provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos.[8]

Por isso, para a lei processual, os meios legais de prova e os moralmente legítimos são empregados no processo "para provar a verdade dos *fatos* em que se funda a ação ou a defesa" (art. 332). São, pois, os fatos litigiosos o objeto da prova.[9]

O direito ordinariamente não se prova, pois *jura novit curia*. Mas, quando a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, poderá o juiz exigir-lhe a respectiva prova (art. 337).

Com relação aos fatos, a prova pode ser *direta* ou *indireta. Direta* é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. *Indireta*, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico, se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos. É o que se denomina também prova *indiciária* ou por *presunção*.[10]

Só os fatos *relevantes* para a solução da lide devem ser provados, não os impertinentes e inconsequentes. Assim, compete ao juiz fixar, em audiência, os fatos a serem provados (arts. 331, § 2º, e 451).

Há certos fatos que, embora arrolados pelas partes e relevantes para o processo, não reclamam prova para serem tidos como demonstrados. Assim, "não dependem de prova os fatos" (art. 334):

"I – notórios;

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos, no processo, como incontroversos;

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade."

A propósito dos *fatos notórios*, já os antigos praxistas ensinavam que *notoria non egent probatione*.[11]

São notórios os acontecimentos ou situações de conhecimento geral inconteste, como as datas históricas, os fatos heroicos, as situações geográficas, os atos de gestão política etc.

O conceito de generalidade pode não se referir à unanimidade de um povo, já que a notoriedade pode ocorrer apenas num determinado círculo social ou profissional.

Assim, como Couture, podemos considerar fatos notórios aqueles que entram naturalmente no conhecimento, na cultura ou na informação normal dos indivíduos, com relação a um lugar ou a um círculo social, no momento em que o juiz tem que decidir.[12]

Quando, porém, a lei exige a *notoriedade* como requisito ou elemento essencial de um direito ou de um fato jurídico, como na ação pauliana, em que a insolvência do devedor deve ser notória para ensejar a anulação do ato oneroso

de transmissão de bens (art. 107 do Código Civil de 1916; CC de 2002, art. 159), já então a própria *notoriedade* se transforma em objeto da prova, que se mostra indispensável.

Também o *fato incontroverso* não é objeto de prova, porque prová-lo seria inutilidade e pura perda de tempo, em detrimento da celeridade processual que é almejada como ideal do processo moderno.

Nas hipóteses de direitos indisponíveis, porém, como os provenientes do estado da pessoa natural, a falta de contestação não dispensa a parte do ônus de provar mesmo os fatos incontroversos. É o que ocorre, por exemplo, nas ações de anulação de casamento, nas negatórias de paternidade etc.

Se os fatos incontroversos, por simples falta de impugnação, não precisam ser provados, com muito maior razão ocorre a mesma dispensa de prova em relação aos fatos alegados por uma parte e confessados pela outra.

Também são inteiramente desnecessárias e inúteis as provas de fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Assim, o filho nascido nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal não precisa provar que sua concepção se deu na constância do casamento (Código Civil de 2002, art. 1.597, III; CC de 1916, art. 338, II). E o devedor que tem em seu poder o título de crédito não precisa provar o respectivo pagamento (Código Civil de 2002, art. 1.206; CC de 1916, art. 495).

417. Finalidade e destinatário da prova

O processo moderno procura solucionar os litígios à luz da verdade *real* e é, na prova dos autos, que o juiz busca localizar essa verdade.

Como, todavia, o processo não pode deixar de prestar a tutela jurisdicional, isto é, não pode deixar de dar solução jurídica à lide, muitas vezes esta solução, na prática, não corresponde exatamente à verdade real.

O juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a justiça postulada pelas partes.

O processo é um método de composição dos litígios. As partes têm que se submeter às suas regras para que suas pretensões, alegações e defesas sejam eficazmente consideradas. A mais ampla defesa lhes é assegurada, desde que feita dentro dos métodos próprios da relação processual.

Assim, se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a justiça pura, que, sem dúvida, é a aspiração das partes e do próprio Estado. Só às partes,

ou às contingências do destino, pode ser imputada semelhante deficiência.

Ao juiz, para garantia das próprias partes, só é lícito julgar segundo o alegado e provado nos autos. O que não se encontra no processo para o julgador não existe.

Há, ainda, presunções legais que, em muitos casos, condicionam a verdade a critérios apriorísticos do legislador, sem que exista qualquer prova nos autos.

Em consequência, deve-se reconhecer que o direito processual se contenta com a *verdade processual*, ou seja, aquela que aparenta ser, segundo os elementos do processo, a realidade.

418. Valoração da prova

A prova se destina a produzir a certeza ou convicção do julgador a respeito dos fatos litigiosos.

Mas, ao manipular os meios de prova para formar seu convencimento, o juiz não pode agir arbitrariamente; deve, ao contrário, observar um método ou sistema. Três são os sistemas conhecidos na história do direito processual:

a) o *critério legal;*

b) o *da livre convicção;*

c) o *da persuasão racional*.

O critério legal está totalmente superado. Nele o juiz é quase um autômato, apenas afere as provas seguindo uma hierarquia legal e o resultado surge automaticamente. Representa a supremacia do formalismo sobre o ideal da verdadeira justiça. Era o sistema do direito romano primitivo e do direito medieval, ao tempo em que prevaleciam as *ordálias* ou *juízos de Deus*, os *juramentos*.

Da rigorosa hierarquia legal do valor das diversas provas, o processo produzia simplesmente uma *verdade formal*, que, na maioria dos casos, nenhum vínculo tinha com a realidade.

O sistema da *livre convicção* é o oposto do critério da prova legal. O que deve prevalecer é a *íntima convicção* do juiz, que é soberano para investigar a verdade e apreciar as provas. Não há nenhuma regra que condicione essa pesquisa, tanto quanto aos meios de prova como ao método de avaliação.

Vai ao extremo de permitir o convencimento extra-autos e contrário à prova das partes.

Peca o sistema, que encontrou defensores entre os povos germânicos, portanto, por excessos, que chegam mesmo a conflitar com o princípio básico do

contraditório, que nenhum direito processual moderno pode desprezar.

O sistema de *persuasão racional* é fruto da mais atualizada compreensão da atividade jurisdicional.

Mereceu consagração nos Códigos napoleônicos e prevalece entre nós, como orientação doutrinária e legislativa.

Enquanto no *livre convencimento* o juiz pode julgar sem atentar, necessariamente, para a prova dos autos, recorrendo a métodos que escapam ao controle das partes, no sistema da *persuasão racional*, o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo.

Sem a rigidez da *prova legal*, em que o valor de cada prova é previamente fixado na lei, o juiz, atendo-se apenas às provas do processo, formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos. E o juiz não pode fugir dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, nem tampouco às regras da lógica e da experiência.

A convicção fica, pois, condicionada, segundo Amaral Santos:[13]

a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida;

b) às provas desses fatos, colhidas no processo;

c) às regras legais e máximas de experiência;

d) e o julgamento deverá sempre ser motivado.

419. O sistema do Código

Consoante o art. 131 do Código de Processo Civil, o juiz apreciará os fatos segundo as regras de livre convencimento, mas deverá atender aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, e, ainda, indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento.

E o art. 335 recomenda que, “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”.

Deve, pois, em nosso sistema de julgamento, verificar o juiz se existe uma norma jurídica sobre a prova produzida. Se houver, será ela aplicada. Na sua falta, formulará o juízo, segundo o livre convencimento, mas com observância das regras de experiência.

Adotou o Código, como se vê, o sistema da *persuasão racional*, ou “livre

convencimento *motivado*”,[14] pois:

a) embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos;

b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (arts. 335 e 366) nem as regras sobre presunções legais;

c) o juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas, isto é, os dados científicos e culturais do alcance do magistrado são úteis e não podem ser desprezados na decisão da lide;[15]

d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários ou divorciados da prova dos autos.[16]

A propósito do disposto no art. 335, há de se ter um conta que as *máximas de experiência* não se confundem com o conhecimento pessoal do juiz sobre algum fato concreto. Esse testemunho particular o juiz não pode utilizar na sentença, porque obtido sem passar pelo crivo do contraditório e porque quebra a imparcialidade resguardada pelo princípio dispositivo. As máximas de experiência não se ressentem dessas impropriedades, uma vez que não decorrem de ciência privada do juiz acerca de fatos concretos. Representam, na verdade, percepções em abstrato do que ordinariamente acontece. Integram a “cultura média da sociedade”, isto é, a “cultura do homem médio”, formando um verdadeiro “patrimônio comum de uma coletividade”. Por isso que, sendo noções conhecidas e indiscutíveis, podem ser utilizadas sem depender de prova e sem violação da imparcialidade do juiz e do contraditório.[17]

As máximas de experiência podem formar-se a partir da experiência *comum* (empírica) como da experiência *técnica* (científica). Mas, em qualquer caso, deverão cair no domínio público, isto é, no conhecimento geral do homem médio da coletividade.[18]

420. Poder de instrução do juiz

“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (art. 130).

O Código, como se vê, não consagra o princípio dispositivo em sua plenitude. Se a parte tem a disposição da ação, que só pode ser ajuizada por ela, o impulso do processo, após o ajuizamento, é oficial. Além do interesse da parte, em jogo na lide, há o interesse estatal, em que a lide seja composta de forma

justa e segundo as regras do direito. Não era assim no direito antigo. Em Roma, por exemplo, não se atribuía ao juiz a atividade investigatória, que ficava a cargo apenas das partes, princípio que perdurou na Idade Média entre os povos que se orientavam pelas tradições romano-germânicas. Foi somente a partir do Código Prussiano (1793-1795) que se ensaiou, durante algum tempo, o regime de investigação probatória a cargo do juiz.[19] No século XIX, enfim, graças à influência dos Códigos de Processo Civil do Cantão de Genebra (1819) e da Áustria (1895) e, sobretudo, sob a influência de Franz Klein, os poderes do juiz em tema de apuração da verdade foram acentuados. Daí em diante o processo civil europeu continental, assim como os dos países ocidentais dele derivados, generalizou a iniciativa probatória do juiz como uma das mais importantes características do processo justo, cuja finalidade tutelar não pode se afastar da busca da verdade real, na medida do possível.

Eis por que o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa.

Mas esse poder não é ilimitado, pois, segundo as regras que tratam dos ônus processuais e presunções legais, na maioria das vezes a vontade ou a conduta da parte influi decisivamente sobre a prova e afasta a iniciativa do juiz nessa matéria.

Assim acontece quando o réu deixa de contestar ação e esta não versa sobre direitos indisponíveis, ou quando, na contestação, deixa de impugnar precisamente os fatos ou algum fato narrado na inicial.

Nesses casos, ocorre presunção legal de veracidade dos fatos que se tornaram incontroversos (arts. 319 e 302) e ao juiz não será dado produzir prova de sua iniciativa para contrariar a presunção.

Também a confissão, de forma expressa ou como consequência de recusa a depoimento pessoal, tem grande efeito sobre a prova (cf. item nº 436, adiante). Uma vez estabelecida a *verdade plena* acerca do fato constitutivo do direito disputado no processo, por força da confissão não cabe iniciativa alguma do juiz para buscar outras provas contra a versão do confitente, máxime quando se tratar de litígio acerca de direitos disponíveis.[20]

Antiga doutrina, prestigiada nas edições anteriores deste curso, encontrava no ônus da prova um empecilho a que o juiz tomasse a iniciativa de promover a prova não diligenciada oportunamente pela parte interessada. Apenas nos estados de perplexidade entre elementos de convicção conflitantes, já existentes nos autos, é que se admitia o juiz, de ofício, determinar a produção de outras

provas.[21]

A evolução do direito processual, rumo à plenitude do devido processo legal, modernamente visto como o *processo justo,* conduziu à superação dos velhos limites opostos à iniciativa judicial em matéria de instrução probatória. Acima do ônus da prova – cujas regras atuam na fase final de julgamento da lide e não durante a coleta dos elementos de instrução da causa – prevalece o compromisso com a verdade real.

Sem embargo de a iniciativa probatória do juiz encontrar-se consagrada na maioria dos Códigos modernos, persistem na doutrina algumas poucas vozes hostis à liberdade judicial de perseguição da verdade real, sob o pretexto de que a assunção de tal poder quebraria a imparcialidade do julgador, elemento indispensável à configuração do devido processo legal.[22] Para os que assim pensam, o melhor seria tratar a prova como matéria de controle e ampla disponibilidade das partes, longe, portanto, da interferência do juiz.[23]

A lei, no entanto, quando confia ao juiz a iniciativa da prova, para a necessária busca da verdade real, está, como adverte Taruffo, pensando no bom juiz, isto é, naquele que comanda o processo cumprindo as técnicas e poderes próprios do *justo processo*, os quais haverão de ser exercitados, como é óbvio, de maneira correta e racional. Quem assim age não oferece margem a suspeitas, uma vez que, exercitando racionalmente seus poderes, não haverá motivo para tê-lo como parcial e incapaz de valorar honestamente as provas, apenas pelo fato de ter partido dele a ordem ou a sugestão de produção de determinado meio de convicção.[24]

Os meios de controle da imparcialidade do juiz não exigem sua inércia diante da iniciativa da busca da verdade real. Os remédios contra os danos que a parcialidade pode contaminar a atividade do magistrado são outros, e "consistem na plena atuação do *contraditório* das partes, também por obra do próprio juiz, e na necessidade de que ele redija uma *motivação* analítica e completa, racionalmente estruturada, sobre a base de justificações controláveis, para a decisão sobre os fatos".[25]

Assim, o juiz, no processo moderno, não pode permanecer *ausente* da pesquisa da verdade material. Como entende Fritz Baur, "antes fica autorizado e obrigado a apontar às partes as lacunas nas narrativas dos fatos e, em casos de necessidade, a colher de ofício as provas existentes". Essa *ativização* do juiz visa não apenas a propiciar a rápida solução do litígio e o encontro da verdade real, mas também a prestar às partes uma "assistência judicial". No entender do professor "não devem reverter em prejuízo destas o desconhecimento do direito,

a incorreta avaliação da situação de fato, a carência em matéria probatória; cabe ao juiz sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconhecem ou lhes sejam inacessíveis".[26]

O juiz, porém, deve cuidar para não comprometer sua imparcialidade na condução do processo. A necessidade da prova, ordenada de ofício, deve surgir do contexto do processo e não de atividade extra-autos, sugerida por diligências e conhecimentos pessoais ou particulares auridos pelo magistrado fora do controle do contraditório. O juiz pode ordenar a produção de provas não requeridas pela parte mas não pode tornar-se um investigador ou um inquisidor.[27]

Os poderes conferidos ao juiz, em matéria de investigação probatória, engendram a figura do juiz *ativo*, mas não do juiz *autoritário*, como adverte Taruffo. Sua participação na busca da verdade real não tem o fito de anular ou impedir a iniciativa própria das partes. Trata-se de atividade integrativa e supletória, de modo que, quando estas exercitam seus poderes para produzir todas as provas disponíveis e o munem dos elementos suficientes para a comprovação dos fatos relevantes da causa, não há nenhuma necessidade de que o magistrado utilize seus poderes instrutórios. Cabe, contudo, ao juiz, usar dos poderes de iniciativa, na espécie, sempre que algum meio de prova a seu alcance possa ser empregado para o melhor conhecimento dos fatos fundamentais do conflito, mesmo que os litigantes não o requeiram.[28] Nesse passo, seu compromisso não é com a posição de nenhuma das partes, mas com a verdade, sem a qual não se consegue fazer a justiça, para cuja realização se idealizou a tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Grave é a falta cometida pelo juiz que faz inclinar seu poder para forçar a prova apenas dos fatos que interessam e beneficiam uma das partes, pouco importando com o neutro e imparcial conhecimento de todo o quadro fático do litígio. Tão ou mais grave é, todavia, a postura de indiferença à verdade, quando está ao alcance do juiz o meio de desvendá-la, e prefere julgar o litígio na sombra da indefinição e ao amparo da frieza técnica de pura distribuição legal do ônus da prova. Esse, definitivamente, não é um juiz comprometido com os rumos constitucionais do *justo processo* programado pelo moderno Estado Democrático de Direito.

421. Ônus da prova

No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que

entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova.

Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz.

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

No dizer de Kisch, o ônus da prova vem a ser, portanto, a *necessidade de provar para vencer a causa*,[29] de sorte que nela se pode ver uma imposição e uma sanção de ordem processual.[30]

Inexistindo obrigação ou dever de provar para a parte, o ônus da prova se torna, em última análise, um critério de julgamento para o juiz: sempre que, ao tempo da sentença, se deparar com falta ou insuficiência de prova para retratar a veracidade dos fatos controvertidos, o juiz decidirá a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova, ou seja, contra o autor, se foi o fato constitutivo de seu direito o não provado, ou contra o réu, se o que faltou foi a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo invocado na defesa.[31]

422. Sistema legal do ônus da prova

O art. 333, fiel ao princípio dispositivo, reparte o ônus da prova entre os litigantes da seguinte maneira:

I – ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito; e

II – ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio.

Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretenso direito. *Actore non probante absolvitur reus*.[32]

Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. É que, ao se basear em fato modificativo,

extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação.

O fato constitutivo do direito do autor tornou-se, destarte, incontroverso, dispensando, por isso mesmo, a respectiva prova (art. 334, III).

A controvérsia deslocou-se para o fato trazido pela resposta do réu. A este, pois, tocará o ônus de prová-lo.

Assim, se o réu na ação de despejo por falta de pagamento nega a existência da relação *ex locato*, o ônus da prova será do autor. Mas, se a defesa basear-se no prévio pagamento dos aluguéis reclamados ou na inexigibilidade deles, o *onus probandi* será todo do réu.

Cumpre, porém, distinguir entre *negação do fato* e *fato negativo*. A simples *negação do fato* constitutivo, naturalmente, não reclama prova de quem a faz. O *fato negativo*, porém, aquele que funciona como *fato constitutivo* de um direito, tem sua prova muitas vezes exigida pela própria lei. É o que ocorre, por exemplo, com a prova do *não uso*, por 10 anos, para extinguir-se a servidão (Código Civil de 1916, art. 710, III; CC de 2002; art. 1.389, III), ou da *omissão culposa*, em matéria de responsabilidade civil (CC de 1916, art. 159; CC de 2002, arts. 186 e 927). Em casos como esses, a parte que alega o *fato negativo* terá o ônus de prová-lo.

Por outro lado, de quem quer que seja o *onus probandi*, a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo. Falta de prova e prova incompleta equivalem-se, na sistemática processual do ônus da prova.[33]

422-a. Conflito de versões sobre o fato constitutivo do direito do autor

Para aplicar-se corretamente o art. 333, II, deve-se levar em conta que não é defesa indireta aquela em que o réu nega veracidade à versão do autor e indica outra versão para o fato invocado na petição inicial. Se o autor, por exemplo, afirma que seu veículo foi abalroado pelo do réu, e este contesta afirmando ter sido o veículo do autor que abalroou o seu, não se pode dizer que o contestante teria invocado fato extintivo ou modificativo do direito do autor. O promovente da ação continua com o ônus de provar que seu automóvel foi abalroado, para lograr êxito na ação intentada. Na verdade, ao descrever o ocorrido de maneira diferente, o réu negou o fato constitutivo do direito do autor.

Para ter-se o fato extintivo ou modificativo que, segundo o art. 333, II, desloca o *onus probandi* para os réus, é necessário o confronto de dois fatos sucessivos: o primeiro, alegado pelo autor, e o segundo, que parte da aceitação do primeiro, mas coloca na defesa um evento superveniente, cujo efeito anula ou altera as consequências jurídicas do fato incontroverso apontado na petição inicial. Não é a multiplicidade de versões diferentes que transfere, portanto, o ônus da prova do autor para o réu. É, isto sim, o concurso de eventos sucessivos, ambos interferindo no direito do autor, um para constituí-lo e outro para modificá-lo. No simples conflito de versões para um só fato, o encargo de provar o fato constitutivo continua inteiramente na responsabilidade do autor, mesmo que o réu nada prove a respeito de sua versão. O importante é que o fato fundamental da causa de pedir não foi aceito pelo réu e, portanto, terá necessariamente de ser comprovado pelo autor, nos termos do art. 333, I.

422-b. Distribuição dinâmica do ônus da prova

O sistema de partilha do ônus da prova previsto no art. 333 é estático e rígido. Na experiência da vida, entretanto, constata-se que as causas disputadas em juízo nem sempre permitem uma satisfatória separação de fatos constitutivos e fatos extintivos de direito em compartimentos estanques. Não poucas vezes o acesso à verdade real por parte do juiz fica comprometido ou prejudicado se se mantiver o esquema de apreciação do litígio rigorosamente imposto no momento de concluir a instrução processual, e de enfrentar o julgamento do mérito segundo a fria aplicação das presunções que haveriam de defluir da literalidade do art. 333.

Daí ter-se, modernamente, formado um entendimento, com trânsito doutrinário e jurisprudencial, segundo o qual, nas ações de responsabilidade civil, sobretudo em situações de prestação de serviços técnicos como o dos médicos, dentistas e outros de grande complexidade, é de admitir-se um abrandamento no rigor da distribuição do ônus da prova traçado pelo art. 333 do CPC. Fala-se em *distribuição dinâmica do ônus probatório*, por meio da qual seria, no caso concreto, conforme a evolução do processo, atribuído pelo juiz o encargo de prova à parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa, ou, simplesmente, tivesse maior facilidade na sua demonstração. Com isso, a parte encarregada de esclarecer os fatos controvertidos poderia não ser aquela que, de regra, teria de fazê-lo.[34] É necessário, todavia, que os elementos já disponíveis no processo tornem

verossímil a versão afirmada por um dos contendores e que o juiz, na fase de saneamento, ao determinar as provas necessárias (art. 331, § 2º), defina também a nova responsabilidade pela respectiva produção.

Não se trata de revogar o sistema do direito positivo, mas de complementá-lo à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional. De qualquer modo, esse abrandamento do rigor da literalidade do art. 333 depende de condições particulares do caso concreto que, na evolução do processo, permitam um juízo de verossimilhança em torno da versão de uma das partes, capaz de sugerir, de antemão, a possibilidade de o fato ter ocorrido, tal como afirma o litigante, a que toca o ônus da prova, mas que, nas circunstâncias, evidencie menos capacidade a esclarecê-lo por completo.

Assim, havendo prova incompleta, mas configurada a verossimilhança segundo a experiência do que comumente acontece, o juiz estaria autorizado a exigir o esclarecimento completo do ocorrido ao outro litigante, ou seja, àquele que detenha, de fato, condições para demonstrar que o evento não teria se passado de acordo com o afirmado pela parte considerada hipossuficiente, em termos probatórios. A não elisão dos fatos constitutivos do direito exercitado em juízo, por aquele contra quem o ônus fora invertido, acarretará a vitória daquele que do mesmo ônus fora liberado. O juízo, antes de verossimilhança, se consolidará graças ao novo rumo emprestado à distribuição dinâmica do ônus da prova.

Mas, para que essa excepcional posição adotada pelo juiz não se torne arbitrária, é preciso que a decisão alteradora da partilha do art. 333 (dita *divisão do ônus estático da prova*) seja feita racionalmente: o juiz deverá, ao ordenar a inversão, proferir um julgamento lógico, capaz de revelar e fazer compreender, através de adequada fundamentação, como formou de maneira racional sua convicção, e quais os elementos que a determinaram.[35]

Não se presta esta teoria – advirta-se – a dispensar totalmente do ônus da prova aquela parte que, segundo o art. 333, tem o encargo legal de provar a base fática de sua pretensão, mas apenas de aliviá-la de algum aspecto do evento probando, para o qual não tem acesso ou condições de investigação satisfatória, ao passo que o adversário se acha em situação de fazê-lo. A correta aplicação da teoria exige a observância dos seguintes requisitos:

a) a parte que suporta o redirecionamento não fica encarregada de provar o fato constitutivo do direito do adversário; *sua missão é a de esclarecer o fato*

controvertido apontado pelo juiz, o qual já deve achar-se parcial ou indiciariamente demonstrado nos autos, de modo que a diligência ordenada tanto pode confirmar a tese de um como de outro dos litigantes; mas, se o novo encarregado do ônus da prova não se desempenhar a contento da tarefa esclarecedora, sairá vitorioso aquele que foi aliviado, pelo juiz, da prova completa do fato controvertido;

b) *a prova redirecionada deve ser possível*; se nenhum dos contendores tem condição de provar o fato, não se admite que o juiz possa aplicar a teoria da dinamização do *onus probandi*; para aplicá-la de forma justa e adequada, o novo encarregado terá de ter condições efetivas de esclarecer o ponto controvertido da apuração da verdade real; se tal não ocorrer, o ônus da prova continuará regido pela regra legal estática, isto é, pelo art. 333;

c) *a redistribuição não pode representar surpresa para a parte*, de modo que a deliberação deverá ser tomada pelo juiz, com intimação do novo encarregado do ônus da prova esclarecedora, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se desincumbir a contento do encargo; não se tolera que o juiz, de surpresa, decida aplicar a dinamização no momento de sentenciar; o processo justo é aquele que se desenvolve às claras, segundo os ditames do contraditório e ampla defesa, em constante cooperação entre as partes e o juiz e, também, entre o juiz e as partes, numa completa reciprocidade entre todos os sujeitos do processo.[36]

Um exemplo extraído da jurisprudência demonstra bem como se pode, de maneira justa, aplicar a dinamização da prova: apreciando uma causa entre o adquirente de cartela de "telebingo" e a empresa promotora do sorteio pela televisão, reconheceu o acórdão do STJ que ao consumidor bastaria comprovar que se achava habilitado ao concurso, mediante exibição da cartela e do registro dos números sorteados. Tudo o mais seria por conta "de quem promove o evento", pois, "apenas a organizadora do certame televisionado poderia fornecer os elementos esclarecedores do ato que promoveu".[37]

O sistema da distribuição dinâmica do ônus da prova pode, enfim, ser compatibilizado com o direito positivo brasileiro, onde se reconhece que, em princípio, todos os meios legais bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC, "são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa" (art. 332); e também se atribui à *presunção* a força do meio de prova (Cód. Civil, art. 212, nº IV). Além disso, figura entre os deveres da parte, o de, durante a instrução da causa, "praticar o ato que lhe for determinado" pelo juiz (CPC, art. 340, III). Assim, se se ordena a uma parte produzir prova ou esclarecimento a seu alcance, e se esta, sem justificar a recusa,

omite-se no cumprimento da ordem judicial, autorizado estará o uso de seu comportamento como indício, que juntamente com outros elementos de prova ou outros indícios já presentes nos autos, funcionará como elemento útil ao julgamento da causa.[38] É, pois, no terreno das provas indiciárias ou circunstanciais que o emprego do dinamismo do ônus da prova será melhor empregado. Entretanto, uma total inversão do ônus da prova, com quebra completa do sistema do direito positivo, não deve, a nosso ver, ser feita, sob o rótulo de distribuição dinâmica do ônus da prova.[39]

422-c. Ônus da prova nas ações do consumidor

Para as demandas intentadas no âmbito das relações de consumo existe regra especial que autoriza, em certos casos, a inversão do ônus da prova, transferindo-o do autor (consumidor) para o réu (fornecedor) (art. 6º, VIII, do CDC). Não se pode, todavia, entender que o consumidor tenha sido totalmente liberado do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, nem que a inversão especial do CDC ocorra sempre, e de maneira automática, nas ações de consumo.[40] Em primeiro lugar, a lei tutelar do consumidor condiciona a inversão a determinados requisitos (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor), que haverão de ser aferidos pelo juiz para a concessão do excepcional benefício legal. Em segundo lugar, não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou da hipossuficiência da parte para prová-lo sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova.

Ao réu, segundo a melhor percepção do espírito da lei consumerista, competirá provar, por força da regra *sub examine*, não o fato constitutivo do direito do consumidor, mas aquilo que possa excluir o fato da esfera de sua responsabilidade, diante do quadro evidenciado no processo, como, *v.g*., o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima, a falta de nexo entre o resultado danoso e o produto consumido etc. Se, entretanto, o autor não tiver trazido ao processo qualquer prova do dano que afirma ter sofrido e nem mesmo elementos indiciários do nexo entre esse dano e o produto ou serviço prestado pelo fornecedor demandado, impossível será realizar o juízo que o art. 6º, VIII, do CDC, exige do magistrado para carrear o ônus da prova ao réu.

Sem prova alguma, por exemplo, da ocorrência do fato constitutivo do direito do consumidor (autor), seria diabólico exigir do fornecedor (réu) a prova negativa do fato passado fora de sua área de conhecimento e controle. Estar-se-

ia, na verdade, a impor prova impossível, a pretexto de inversão de *onus probandi*, o que repugna à garantia do devido processo legal, com as características do contraditório e ampla defesa.

O sistema do art. 6º, VIII, do CDC, só se compatibiliza com as garantias democráticas do processo se entendido como critério de apreciação das provas pelo menos indiciárias, disponíveis no processo. Não pode ser aplicado a partir do nada.[41]

É importante, outrossim, aplicar a inversão do ônus da prova no sentido teleológico da lei consumerista, que não teve o propósito de liberar o consumidor do encargo probatório prevista na lei processual, mas apenas o de superar dificuldades técnicas na produção das provas necessárias à defesa de seus direitos em juízo. Todo consumidor é vulnerável em seu relacionamento com o fornecedor, segundo o direito material. Mas nem todo consumidor é hipossuficiente no sentido processual, ou seja, nem sempre estará desprovido de meios tecno-processuais para promover a prova do fato constitutivo do seu direito. Logo, se, no caso concreto, não ocorre a referida dificuldade técnica, não pode o juiz inverter o ônus da prova, apenas diante da vulnerabilidade genericamente reconhecida pelo CDC.[42]

O expediente da inversão do ônus da prova tem de ser utilizado com equidade e moderação, dentro da busca de harmonização dos interesses em conflito nas relações de consumo. Dessa maneira, tem de ser visto como "instrumento para a obtenção do equilíbrio processual entre as partes, não tendo por fim causar indevida vantagem, a ponto de se conduzir o consumidor ao enriquecimento sem causa, vedado pelo art. 884 do Código Civil"[43].

423. Convenção sobre ônus da prova

Como as partes têm disponibilidade de certos direitos e do próprio processo, é perfeitamente lícito que, em cláusula contratual, se estipulem critérios próprios a respeito do ônus da prova, para a eventualidade de litígios a respeito do cumprimento do contrato.

Isto, porém, só será admissível quando a cláusula referir-se a direitos *disponíveis*, ou quando não tornar impraticável o próprio direito da parte.

Assim, o parágrafo único do art. 333 declara nula a convenção das partes que distribua o ônus da prova de forma diversa daquela prevista em seu *caput*, quando:

"I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito."

424. Meios de prova

A convicção do juiz deve ser estabelecida segundo meios ou instrumentos reconhecidos pelo direito como idôneos, isto é, conforme as *provas juridicamente admissíveis*. Mas não é atributo apenas do Código de Processo Civil a discriminação dos meios de prova. De acordo com o art. 332, "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa".[44]

Os especificados pelo Estatuto Processual Civil foram os seguintes:

I – depoimento pessoal (arts. 342-347);

II – confissão (arts. 348-354);

III – exibição de documento ou coisa (arts. 355 e 363);

IV – prova documental (arts. 364-391);

V – prova testemunhal (arts. 400-419);

VI – prova pericial (arts. 420-439);

VII – inspeção judicial (arts. 440-443).

Em outras leis se encontra, também, especificação de meios de prova, como no art. 136 do Código Civil de 1916 (CC de 2002, art. 212).

Finalmente, entre os meios não previstos no Código, mas "moralmente legítimos", podem ser arrolados os clássicos indícios e presunções,[45] bem como a *prova emprestada*, que vem a ser aquela produzida em outro processo, mas que tem relevância para o atual.[46]

Diante do exposto, é forçoso concluir que o Código de 1973 foi muito mais liberal do que o anterior e, em matéria de meios de prova, mostrou-se consentâneo com as tendências que dominam a ciência processual de nossos dias, onde, acima do formalismo, prevalece o anseio da justiça ideal, lastreada na busca da verdade material, na medida do possível.

424-a. Prova por presunção

As presunções correspondem mais a um tipo de raciocínio do que propriamente a um meio de prova. Com elas pode-se chegar a uma noção acerca de determinado fato sem que este seja diretamente demonstrado. Usa-se na operação a denominada *prova indireta* (*circunstancial* ou *indiciária*).

Presunção, nessa ordem de ideias, é a consequência ou ilação que se tira de um fato conhecido (provado) para deduzir a existência de outro, não conhecido, mas que se quer provar.[47] O fato realmente provado não é o objeto da indagação, é um caminho lógico, para alcançar-se o que em verdade se deseja demonstrar. De tal sorte, as presunções "são as consequências que resultam dos constantes efeitos de um fato: *ex eo quod plerumque fit ducantur presumptiones*".[48]

As presunções às vezes são adotadas por regra legal (presunções *legais*);[49] outras vezes, são estabelecidas na experiência da vida, segundo o que comumente acontece (presunções *comuns* ou *simples*) e, por isso, se dizem presunções *do homem*. Estas, as presunções comuns, é que realmente se inserem na instrução probatória por obra das partes e do juiz, quando não se consegue prova direta do fato litigioso.[50] Ninguém, por exemplo, viu o acusado matar a vítima, mas a bala encontrada no cadáver corresponde à arma do primeiro e em suas mãos foram detectados vestígios de pólvora que confirmam ter ele efetivado disparo com o revólver. Eis aí uma prova indiciária capaz de autorizar a presunção de que o dono da arma foi o assassino do seu desafeto. O proprietário de um veículo que se supõe ter atropelado alguém prova que no momento do acidente seu automóvel estava em outra cidade, numa oficina de reparos. Provou, indiretamente, que o atropelamento não foi causado por seu carro.

Em matéria de negócio jurídico é possível, também, usar-se a presunção como meio de prova. Mas não se pode empregá-la indiscriminadamente, porque há regras especiais que interferem na forma e nos meios de prova de certos negócios, tornando-os solenes ou, pelo menos, sujeitos a certas exigências probatórias. Há negócios que só valem se praticados por escritura pública e outros que exigem a forma escrita para valer. Os requisitos formais, obviamente, não podem ser supridos por simples indícios, pelo que, em princípio, somente se pode fazer uso, em juízo, da prova por presunção *hominis*, nos casos de atos de forma livre e, quando a lei, a seu respeito, admita a prova puramente testemunhal.[51]

É preciso não confundir *indício*, reconhecido como tal pela lei, com a verdadeira *presunção legal*. O indício é apenas o ponto de partida para se caminhar rumo à *presunção*, se possível. Às vezes a lei simplesmente prevê ou recomenda a valorização de determinado indício como utilizável no procedimento probatório. Isto, porém, não implica imediata instituição de uma *presunção legal*. Para se ter uma presunção da espécie é preciso que a avaliação do indício seja feita aprioristicamente pelo próprio legislador. Quando a lei não

chega a uma qualificação definitiva de certo fato como suficiente para autorizar o reconhecimento de outro, não se pode entrever, ainda, a *presunção*. É, por exemplo, o que se passa com o art. 232 do Código Civil: o dispositivo permite ao juiz atribuir à recusa do litigante de submeter-se à perícia médica a força de suprir a prova que se pretendia obter com o exame. Ao julgador, todavia, em tal conjuntura, é que caberá avaliar, diante das circunstâncias do processo e dos demais elementos indiciários disponíveis, se tal recusa é, ou não, suficiente para a formação de um juízo de convencimento capaz de merecer o qualificativo de uma *presunção*. Se a tanto chegar o juiz, terá havido uma presunção *simples*, mas nunca uma presunção *legal*. Caso contrário, o permissivo do art. 232 do Código Civil nada terá produzido no campo probatório do processo. O indício apontado na lei terá sido inócuo[52].

424-b. Presunção legal e ficção legal

A presunção e a ficção são dois expedientes muito próximos um do outro de que se vale a lei para estabelecer a verdade de certos fatos independente de sua direta comprovação. Não se confundem, todavia.

Na presunção legal, quando absoluta, a lei impõe a veracidade de certo fato, sem admitir contraprova. Mas parte de um fato comprovado, do qual extrai-se a consequência jurídica para outro fato, porque, segundo a experiência, o fato provado é indicativo também da ocorrência do outro. Na ficção legal, porém, o legislador simplifica a realidade, atribuindo ao fato provado uma equiparação a outra situação, mesmo que a afirmação de veracidade da lei se faça sem qualquer pesquisa de correspondência com a realidade. O dono do terreno que não impugna construção ou plantação feita por terceiro, em sua presença, presume-se legalmente de má-fé, para efeito de obrigação de indenizar a acessão (Cód. Civil art. 1.256, parágrafo único). Eis um exemplo de *presunção legal*, porque a afirmação do fato desconhecido (a má-fé) se fez a partir de um outro fato certo (a presença do dono à feitura da obra ou da plantação), que, segundo a experiência da vida, conduz à veracidade do primeiro. Já quando a lei processual considera como verdadeiros os fatos afirmados pelo autor e não contestados pelo réu (CPC, art. 319), o que se tem é uma ficção legal. O mesmo é de dizer-se da regra que reputa como verificada a condição, quanto aos efeitos jurídicos, diante do impedimento malicioso da parte à sua implementação (Código Civil, art. 129). Não há, com efeito, fato provado, nos exemplos, de que a lei tenha se servido para deduzir sua conclusão de veracidade. O que a lei impõe não é uma

conclusão necessária do fato conhecido; é apenas um efeito que se lhe atribui por vontade exclusiva da lei. Alegação de uma parte não negada pela outra corresponde à verdade. *Tollitur quaestio*. Até se sabe que a condição não implementou, mas a lei a toma por implementada, em face da conduta maliciosa da parte. Por isso se diz que casos como os apontados correspondem à *ficção da lei* e não à *presunção legal*).[53]

Observa Trabucchi que, conceitualmente, se pode dizer que a presunção se coloca entre as provas, e, por isso, sua aplicação é confiada à prudência do juiz. Já a ficção é estabelecida exclusivamente pelo legislador, e sob sua inteira responsabilidade.[54]

425. Procedimento probatório

As provas, para penetrarem no processo com a eficácia que delas se espera, devem seguir certas formalidades, como aliás ocorre com todo e qualquer ato processual.

Hão, pois, de ser observados na instrução da causa requisitos de forma e oportunidade.

Existe, assim, dentro do processo, um procedimento reservado à coleta das provas, o qual recebe doutrinariamente a denominação de *procedimento probatório*.

Nele se compreendem requisitos gerais e requisitos particulares concernentes a cada um dos meios de prova admissíveis.

A não ser as provas excepcionalmente determinadas de ofício pelo juiz, todas as demais hão de ser produzidas dentro dos característicos do contraditório. Deverão ser requeridas por uma parte, deferidas pelo juiz e realizadas sob fiscalização da parte contrária.[55]

Compreende o procedimento probatório, destarte, três estágios, que são:

a) a proposição;

b) o deferimento;

c) a produção.

Ao requerer uma prova, incumbe à parte indicar o fato a provar e o meio de prova a ser utilizado. Já na inicial, incumbe ao autor especificar os fatos que fundamentam o pedido e indicar os meios de prova (art. 282, III e VI). O mesmo ocorre com a resposta do réu, tanto quando se manifesta através de contestação ou reconvenção, como por meio de exceções (arts. 300, 307, 312 e 315). Ainda no caso da impugnação ou réplica à contestação indireta, deverá o autor

manifestar-se sobre a contraprova (arts. 326 e 327).

São estes os momentos processuais em que as partes, dentro da fase postulatória, propõem suas provas.

O deferimento dos meios de prova, genericamente, se dá no saneamento do processo. Mas, depois de especificados, há uma outra apreciação que o juiz realiza no momento mesmo da produção, ou logo antes dele. Admitida a prova testemunhal, pode o juiz indeferir a produção dela em audiência, porque a parte não depositou o rol em cartório com a antecedência mínima exigida pelo Código. Pode, ainda, o juiz indeferir a ouvida da testemunha, por se achar impedida de depor.

Também a juntada de documentos é apreciada e deferida fora do saneador, tão logo a parte requeira sua juntada aos autos, o que se dá ainda na fase postulatória (arts. 326, 327, 396 e 397).

À proposição e ao deferimento segue-se a produção da prova, que consiste em diligência do juiz e seus auxiliares e das próprias partes, realizada para que a prova se incorpore materialmente aos autos.

O momento processual adequado à produção da prova oral é, normalmente, audiência de instrução e julgamento (art. 336). São elas coletadas por meio de termos em que se registram as declarações orais das partes e testemunhas.

Excepcionalmente, pode haver antecipação de tais provas, como prevê o art. 847 para as hipóteses de enfermidade, idade avançada ou necessidadade de ausentar-se o depoente.

Quando, também, houver impossibilidade de comparecer à audiência, mas não de prestar depoimento, em razão de enfermidade, ou outro motivo relevante, o juiz poderá designar outro dia, horário e local para ouvir o depoente (art. 336, parágrafo único).

Os documentos são produzidos no processo mediante sua juntada aos autos. Isto ocorre normalmente, fora da audiência e, ainda, na fase postulatória (arts. 396 e 397).

426. Instrução por meio de carta

Quando a prova tiver que ser colhida fora da comarca onde corre o feito, o juiz da causa, em razão dos limites da sua jurisdição, terá de requisitar a cooperação do juiz competente que é o do local da prova. Isto será feito por meio de carta precatória ou rogatória.

Essa diligência, todavia, só suspenderá o curso do processo (art. 265, IV, *b*)

quando houver sido requerida antes da decisão de saneamento (art. 338, com a redação da Lei nº 11.280/2006). Na redação primitiva falava-se em despacho saneador, expressão não condizente com a nomenclatura dos atos judiciais adotada pelo art. 162. A Lei nº 11.280 procurou aprimorar o texto legal, porque não se pode ter, realmente, como mero *despacho* a deliberação com que o juiz concluir o saneamento do processo, decidindo "as questões processuais pendentes" em matéria de pressupostos processuais e condições da ação e definindo as provas compatíveis com a controvérsia dos autos (CPC, art. 331, § 2º).

Mesmo quando se confere efeito suspensivo à carta precatória ou rogatória, deve o juiz fixar o prazo dentro do qual a parte interessada deve diligenciar o cumprimento da diligência.

Mas quando a carta retornar após o prazo assinado pelo juiz, ou quando for expedida sem efeito suspensivo, deverá, ainda assim, ser juntada aos autos, em "qualquer fase do processo, até o julgamento final" (art. 338, parágrafo único).

Sobre os requisitos das cartas em matéria de provas orais e periciais, veja-se o nº 246.

Uma inovação de maior profundidade introduziu a Lei nº 11.280 no texto do art. 338, quando tomou medidas significativas para coibir o uso das cartas precatórias e, sobretudo, as rogatórias, como expediente de caráter procrastinatório do julgamento da causa. Doravante, para suspender a marcha do processo, não basta requerer a expedição da carta antes do saneamento (isto é, antes da definição probatória mencionada no § 2º do art. 331); é necessário, ainda, que o juiz reconheça a imprescindibilidade da prova para o julgamento da lide.[56] 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.

Somente as que, à evidência, forem relevantes serão dotadas de força suspensiva.

427. Dever de colaboração com a Justiça

A realização da justiça é um dos objetivos primaciais do Estado moderno. O poder de promovê-la inscreve-se entre os atributos da soberania. Acima dos interesses particulares das partes, há um interesse superior, de ordem pública, na justa composição da lide e na prevalência da vontade concreta da lei, como desígnios indissociáveis do ideal da manutenção da paz social e do império da

ordem jurídica.

É por esta razão que a autoridade do juiz é reforçada pelos Códigos atuais, naquilo que se refere à pesquisa da verdade real. E para todo cidadão surge, como um princípio de direito público, *o dever de colaborar com o Poder Judiciário na busca da verdade*.

Trata-se de uma sujeição que atinge não apenas as partes, mas todos que tenham entrado em contato com os fatos relevantes para a solução do litígio.

Nesse sentido, dispõe expressamente o art. 339 que "ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade".

Complementando a regra do art. 339, o art. 340 impõe à parte, além dos deveres da *verdade* e da *lealdade*, especificados no art. 14, mais os seguintes, em matéria de instrução do processo:

I – o de comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

II – o de submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; e

III – o de praticar o ato que lhe for determinado.

Em relação aos terceiros, isto é, àqueles que não são partes do processo, o art. 341 impõe o dever de:

I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;

II – exibir coisa ou documento, que esteja em seu poder.

As informações do item I são tomadas através de depoimentos testemunhais e ainda através de correspondência, quando o juiz requisita dados, como nos casos de salários do devedor em ação de alimentos, e outras situações análogas. As próprias repartições públicas não se excluem desse dever de informar, o mesmo ocorrendo com as pessoas jurídicas de direito privado, como os estabelecimentos bancários, companhias de seguro etc.

Sobre a exibição de documento ou coisa, há um incidente apropriado, que se regula pelos arts. 360 a 363 (*vide, infra*, nº 439 e segs.).

§ 65. DEPOIMENTO PESSOAL

Sumário: 428. Conceito. 429. Sanção decorrente do ônus de prestar depoimento pessoal. 430. Legitimação para o depoimento. 431. Objeto do depoimento pessoal. 432. Procedimento.

428. Conceito

Depoimento pessoal é o meio de prova destinado a realizar o interrogatório da parte, no curso do processo.

Aplica-se tanto ao autor como ao réu, pois ambos se submetem ao ônus de comparecer em juízo e responder ao que lhe for interrogado pelo juiz (art. 340, I).

A iniciativa da diligência processual pode ser da parte contrária (art. 343) ou do próprio juiz (art. 342).

A finalidade desse meio de prova é dupla: provocar a confissão da parte e esclarecer fatos discutidos na causa.

O momento processual da ouvida do depoimento pessoal, quando requerido pela parte contrária, é a audiência de instrução e julgamento (art. 343). Ao juiz, porém, cabe a faculdade de determinar, em qualquer estado do processo, o comparecimento da parte, para interrogá-la sobre os fatos da causa (art. 342).

429. Sanção decorrente do ônus de prestar depoimento pessoal

Incumbe à parte intimada: *a*) comparecer em juízo; *b*) prestar o depoimento pessoal, respondendo, sem evasivas, ao que lhe for perguntado pelo juiz.

Se a parte não comparecer, ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão (art. 343, § 2º). Essa pena consiste em admitir o juiz como verdadeiros os fatos contrários ao interesse da parte faltosa e favoráveis ao adversário. Sua imposição, todavia, dependerá de ter sido o depoente intimado com a advertência prevista no § 1º do art. 343 (*vide, infra*, nº 432).

Diante dessa situação, se tais fatos forem suficientes para o acolhimento do pedido do autor, o juiz poderá dispensar as demais provas e passar ao julgamento

da causa, observado, porém, o debate oral, se a falta de depoimento pessoal ocorrer em audiência.

O ônus da parte não é apenas o de depor, mas o de responder a todas as perguntas formuladas pelo juiz, com clareza e lealdade. Dessa forma, quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, que houve recusa de depor (art. 345).

Isto quer dizer que o juiz pode, conforme as circunstâncias, considerar como *recusa de depoimento pessoal* o depoimento prestado com omissões ou evasivas. E a consequência será a mesma do art. 343, § 2º, isto é, a aplicação da *pena de confesso*.

Há casos, porém, em que se considera liberta a parte do ônus de depor. Sua recusa, então, será feita com "motivo justificado", como diz a ressalva do art. 345, e não terá aplicação a pena de confesso.

Essas exceções estão previstas no art. 347, que dispõe não estar a parte obrigada a depor sobre:

I – fatos criminosos ou torpes, que lhe forem imputados; e

II – fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

O direito de escusa, todavia, não se aplica à ações de filiação, de separação de cônjuges e de anulação de casamento (art. 347, parágrafo único).

430. Legitimação para o depoimento

A parte deve comparecer em juízo e prestar *pessoalmente* o depoimento, como se vê, de forma clara, dos arts. 342 e 343.

Trata-se de ato personalíssimo, de modo que nem procurador com poderes expressos pode prestá-lo em nome da parte.[57]

Os terceiros intervenientes – como o opoente, o nomeado à autoria, o denunciado à lide, o chamado ao processo – também se sujeitam a prestar depoimento pessoal.

431. Objeto do depoimento pessoal

O depoimento pessoal deve limitar-se aos fatos controvertidos no processo.

Seu objeto específico são os fatos alegados pela parte contrária, como fundamento de seu direito. Pode, no entanto, para aclarar a situação da lide, haver depoimento pessoal, também, sobre fatos alegados pelo próprio

depoente.[58]

Uma coisa, porém, é certa: o depoimento pessoal, quando útil, destina-se a criar prova para o adversário do depoente, nunca para a própria parte que o presta. A razão é óbvia: ninguém produz, com suas próprias palavras, prova para si mesmo.

432. Procedimento

A forma de interrogação das partes é a mesma prevista para a inquirição de testemunhas (art. 344). Prestará, portanto, seu depoimento pessoal, fora da audiência normal e nos locais mencionados no art. 411, a parte que for uma das autoridades elencadas no referido dispositivo.[59]

O interessado deverá requerer o depoimento pessoal da parte contrária pelo menos no prazo de cinco dias antes da audiência (arts. 407 e 185).

Se o depoente residir fora da comarca onde corre o feito, poderá ser ouvido através de carta precatória ou rogatória.[60]

A intimação da parte para prestar o depoimento deverá ser feita *pessoalmente*, e no mandado constará a advertência de que "se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça, ou, comparecendo, se recuse a depor" (art. 343, § 1º).

Na audiência, o depoimento das partes será tomado antes da ouvida das testemunhas, primeiro o do autor e depois o do réu (art. 452, II).

Poderá, naquele ato, ou em petição anterior, a parte pedir dispensa do ônus de depor, alegando motivo justo. O juiz decidirá de plano e aplicará a pena de confesso, caso haja indeferimento do pedido e recusa de depor (art. 343, § 2º).

O interrogatório será feito pelo juiz diretamente à parte, que, em princípio, não poderá se representar por procurador (art. 346).[61] Ao advogado da parte contrária, após as perguntas do juiz, também será franqueado o direito de interrogar o depoente. Suas perguntas, no entanto, serão dirigidas ao juiz, que, julgando-as pertinentes, as repetirá à parte.

Ao litigante que ainda não prestou depoimento é vedado assistir ao interrogatório da outra parte (art. 344, parágrafo único).

As respostas ao interrogatório devem ser orais, não podendo a parte "servir-se de escritos adrede preparados".

O Código, todavia, autoriza o juiz a permitir que a parte consulte notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos (art. 346, *in fine*).

Ao advogado da própria parte que está prestando depoimento não é

permitido formular perguntas. Isto não impede, contudo, sua intervenção para pedir ao juiz que esclareça dubiedades ou pontos obscuros no relato do depoente, o que poderá ser requerido ao final do interrogatório, antes de seu encerramento.

O depoimento pessoal, como o das testemunhas, deve ser reduzido a termo, assinado pelo juiz, pelo interrogado e pelos advogados.

Pode haver antecipação de depoimento pessoal, em casos de urgência, nos termos do art. 847, o que poderá ser feito mesmo antes do ajuizamento da causa, ou incidentalmente, no curso desta, antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 66. CONFISSÃO

Sumário: 433. Conceito. 434. Requisitos da confissão. 435. Classificações. 436. Efeitos da confissão. 437. Indivisibilidade da confissão. 438. Valor da confissão extrajudicial.

433. Conceito

Há *confissão* quando, segundo o art. 348, "a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário". Pode ser feita em juízo ou fora dele (art. 348, *in fine*).

Para bem se alcançar o conceito desse meio de prova, deve-se recorrer à definição extraída dos clássicos ensinamentos de João Monteiro e Lessona, aproximadamente, nos seguintes termos: *confissão* é a declaração, judicial ou extrajudicial, provocada ou espontânea, em que um dos litigantes, capaz e com ânimo de se obrigar, faz da verdade, integral ou parcial, dos fatos alegados pela parte contrária, como fundamentais da ação ou da defesa.[62]

Não se trata de reconhecer a justiça ou injustiça da pretensão da parte contrária, mas apenas de reconhecer a veracidade do fato por ela arrolado. Dessa forma, a confissão não pode ser confundida com a figura do reconhecimento da *procedência do pedido*, que, segundo o art. 269, II, é causa de extinção do processo, com resolução de mérito.

É a confissão apenas um meio de prova, que, como os demais, se presta a formar a convicção do julgador em torno dos fatos controvertidos na causa. Pode muito bem ocorrer confissão e a ação ser julgada, mesmo assim, em favor do confitente. Basta que o fato confessado não seja causa suficiente, por si só, para justificar o acolhimento do pedido.

Em regra, a confissão deve conter:

I – o reconhecimento de um fato alegado pela outra parte;

II – a voluntariedade desse reconhecimento;

III – um prejuízo para o confitente, em decorrência do reconhecimento.[63]

Há, pois, um elemento *subjetivo* na confissão, que é o ânimo de confessar, ou seja, a intenção de reconhecer voluntariamente um fato alegado pela outra parte.

E há, também, um elemento *objetivo*, que é o próprio *fato litigioso* reconhecido em detrimento do confitente.

Ninguém está obrigado a confessar e a fazer prova em favor do adversário. Mas todo litigante tem o dever de veracidade e lealdade no comportamento processual (art. 14, incs. I e II). Daí que, sendo a parte intimada a depor, não pode se recusar a fazê-lo, nem a responder às indagações que o juiz lhe formular. A sanção para a recusa, na espécie, é uma quebra no mecanismo do ônus da prova. Aquele que requereu o depoimento ficará exonerado de provar o fato do qual deriva sua pretensão material, visto que, diante da injusta recusa, a lei presume verdadeira a versão fática apresentada pelo adversário daquele que tinha o dever de depor (art. 343, § 2º). Ter-se-á, por força da lei, uma confissão ficta ou presumida.

434. Requisitos da confissão

Como ensina Frederico Marques, a confissão tem valor de *prova legal* que obriga o juiz a submeter-se a seus termos para o julgamento da causa. Seus efeitos são análogos aos da revelia e do ônus da impugnação especificada dos fatos, isto é, as alegações da parte contrária passam a ser havidas, em razão dela, como *verídicas*.[64]

Diante da confissão plena do fato básico da pretensão do autor, assim como na hipótese de confissão ficta (recusa de depoimento pessoal), o juiz pode dispensar as demais provas e enfrentar logo o mérito da causa, proferindo a sentença definitiva.

Como a confissão pode importar, reflexamente, verdadeira renúncia de direitos (os possíveis direitos envolvidos na relação litigiosa), só as pessoas maiores e capazes têm legitimidade para confessar. E, assim mesmo, apenas quando a causa versar sobre direitos disponíveis (art. 35l) ou quando o ato não for daqueles cuja eficácia jurídica reclama forma solene.

De tal sorte, podem-se arrolar os seguintes requisitos para eficácia da confissão:

I – *capacidade plena* do confitente; os representantes legais de incapazes nunca podem confessar por eles;

II – inexigibilidade de *forma especial* para a validade do ato jurídico confessado (não se pode confessar um casamento sem demonstrar que ele se realizou com as solenidades legais; ou a aquisição da propriedade imobiliária sem a transcrição no Registro de Imóveis);

III – *disponibilidade* do direito relacionado com o fato confessado.[65]

435. Classificações

A confissão, conforme o art. 348, pode ser *judicial* ou *extrajudicial*.

Judicial é a confissão feita nos autos, onde é tomada por termo.

Extrajudicial é a que o confitente faz, fora do processo, de forma escrita ou oral, perante a parte contrária ou terceiros, ou ainda através de testamento (art. 353).

A confissão pode ser feita pessoalmente ou por procurador, mas este necessita de poderes especiais (art. 349, parágrafo único).

A confissão judicial é subdividida pelo Código (art. 349) em:

I – *espontânea*: a que resulta de iniciativa do próprio confitente, que dirige petição nesse sentido ao juiz, manifestado seu propósito de confessar. Deve, em seguida, ser reduzida a termo nos autos (art. 349);

II – *provocada*: a que resulta de depoimento pessoal, requerido pela parte contrária, ou determinado, *ex officio*, pelo juiz. Esta não pode ser prestada por mandatário.

A confissão, judicial ou extrajudicial, pode, ainda ser *total* ou *parcial*, conforme admita o confitente a veracidade de todo o fato arrolado pela parte contrária, ou apenas de uma parcela dele.

436. Efeitos da confissão

A confissão costuma ser chamada de rainha das provas, pela maior força de convicção que gera no espírito do juiz.

Seus principais efeitos, segundo clássica doutrina, são:

a) fazer prova plena contra o confitente; e

b) suprir, em regra, eventuais defeitos formais do processo.[66]

Quanto à confissão judicial, há expressa disposição do Código de que ela "faz prova contra o confitente" (art. 350). No que toca à *extrajudicial*, o art. 353 lhe reconhece a mesma eficácia probatória da judicial, desde que "feita por escrito à parte ou a quem a represente".

Há, em tais casos, *prova legal*, da qual não pode fugir nem a parte que confessou, nem o juiz.[67]

Corolário dessa plena eficácia da confissão é a sua irretratabilidade, que decorre de uma verdadeira preclusão processual: uma vez proferida, a confissão

não mais se retrata.[68]

Somente quando provar vício de consentimento (erro, dolo ou coação) poderá a parte pleitear revogação de confissão (art. 352, *caput*).[69] Há no texto da lei processual uma impropriedade de linguagem quando fala em "revogar" a confissão. O caso é de *anulação* e não de *revogação*, já que se trata de desconstituir ato contaminado por vício de consentimento. O Código Civil, ao tratar do mesmo tema, corrigiu o equívoco terminológico. Seu art. 214 dispõe, com mais precisão que, quando decorre de erro de fato ou de coação, a confissão "pode ser anulada".[70]

Para furtar-se aos efeitos da confissão assim viciada, o confitente terá, segundo o art. 352, de recorrer a:

I – *ação anulatória*, se o processo em que confessou ainda estiver pendente;

II – *ação rescisória*, se já houver sentença passada em julgado e a confissão constituir seu único fundamento.

A legitimidade para propor estas ações é apenas do próprio confitente. Mas se, depois de iniciada a causa, vier a falecer o autor, seus herdeiros poderão dar-lhe prosseguimento (art. 352, parágrafo único).

437. Indivisibilidade da confissão

"A confissão é, de regra, indivisível, não podendo a parte, que a quiser como prova, aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável" (art. 354).

A questão de indivisibilidade da confissão, no entanto, não pode ser examinada sem se atentar para as regras do ônus da prova.

Assim, se o réu, ao confessar, tem o ônus de provar fato extintivo ou modificativo do direito do autor, sua confissão pode perfeitamente ser cindida. Isto porque, ao proferir tese de defesa indireta, o réu admite a veracidade do fato constitutivo do direito do autor e assume ônus processual de provar o outro fato impeditivo, extintivo ou modificativo (art. 333, II).

Por isso, dispõe a segunda parte do art. 354 que a confissão será cindida "quando o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção".

É que esses fatos novos só poderiam ser levados em conta pelo julgador, se o confitente os provasse, segundo a regra legal do *onus probandi*.

Há, pois, de distinguir entre a *confissão pura* (a que se relaciona apenas com os fatos arrolados pelo autor) e a *confissão qualificada* (a que reconhece alguns

fatos do autor mas aduz outros que lhe cessam ou restringem a eficácia).

Finalmente, convém observar que a regra da indivisibilidade da confissão só é absoluta quando seja este o único meio de prova para basear a sentença.

Quando o juiz dispõe de outros elementos para fundar seu convencimento, a regra que prevalece é a da livre convicção, racionalmente formada à luz da instrução do processo (art. 131). Em tais circunstâncias pode o juiz livremente cotejar trechos da confissão com outras provas, para aproveitar apenas aquilo que estiver em harmonia com o conjunto dos elementos de convencimento. Não há hierarquia de valor probante da confissão que impeça a aplicação da regra fundamental do art. 131.

Destarte, prevalece, ainda hoje, o ensinamento de João Monteiro, firmado ao abrigo do art. 156 do Regulamento nº 737, de 1850, no sentido de que "a confissão é indivisível para não ser aceita em parte, e rejeitada em parte, *se outra prova não houver*".[71]

438. Valor da confissão extrajudicial

A confissão extrajudicial pode ser feita por escrito ou verbalmente.

A confissão verbal fora dos autos só se prova com testemunhas e só é admissível para prova de atos jurídicos não solenes. Seu valor será apreciado segundo o merecimento que tiver, no caso, a prova testemunhal.[72]

A confissão extrajudicial por escrito compreende a feita: *a*) diretamente à parte ou a seu representante; *b*) a terceiro; *c*) em testamento. A primeira "tem a mesma eficácia probatória da judicial" (art. 353). Isto quer dizer, faz prova plena contra o confitente (art. 350), com "valor vinculante do juiz, por se tratar de prova legal".[73]

As demais serão livremente apreciadas pelo juiz, como as provas comuns, dentro dos critérios que regulam as provas documentais.

§ 67. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA

Sumário: 439. Conceito. 440. Oportunidade da medida. 441. Legitimação. 442. Procedimento e efeitos da exibição requerida contra parte. 443. Procedimento e consequências da exibição requerida contra terceiro.

439. Conceito

Do dever que incumbe às partes e aos terceiros de colaborar com o Poder Judiciário "para o descobrimento da verdade" (arts. 339 a 341), decorre para o juiz o *poder* de determinar a exibição de *documento* ou *coisa* que se ache na posse das referidas pessoas, sempre que o exame desses bens for útil ou necessário para a instrução do processo.[74]

A exibição pode ser feita como prova *direta* do fato litigioso (ex.: o recibo de um pagamento controvertido; uma cópia do contrato em poder do litigante etc.), ou como instrumento de prova *indireta* ou circunstancial (a exibição de um veículo acidentado para submeter-se à perícia; ou de certa escrita contábil do litigante quando se queria demonstrar que entre as partes houve outros negócios além do litigioso e que as quitações dos autos estariam ligadas àqueles e não ao objeto da lide).

O documento ou coisa a ser exibida terá, obviamente, que manter algum nexo com a causa, para justificar o ônus imposto à parte ou ao terceiro possuidor. Caso contrário, a exibição deverá ser denegada por falta de interesse da parte em postulá-la.

Promovida entre partes do processo, a exibição funciona, de certa maneira, como quebra do sistema normal de distinção do ônus da prova (art. 333). Estando em situação em que a lei a considera obrigatória, o litigante não tem a liberdade de se recusar ao fornecimento do meio de prova reclamado pelo adversário (art. 358). Se resistir ao comando do juiz, suportará a sanção legal de ter presumido como verdadeiro o fato que o adversário pretendia comprovar por meio da exibição. Com isto, aquele que tinha, normalmente, o ônus da prova ficará dele desonerado (art. 359, II), graças a uma presunção legal.

Não se trata de impor o dever de fazer prova para a parte contrária, mas de

exigir cumprimento do dever de veracidade e lealdade que cabe a todo litigante (art. 14, I e II). Aliás, a exibição, quando consumada, nem sempre fará a prova que o promovente pretendia, pois o documento exibido pode, perfeitamente, não confirmar a versão a ele atribuída. O que não se admite é que o requerido, tendo condições de esclarecer o fato litigioso, deixe injustamente de fazê-lo.

440. Oportunidade da medida

A exibição pode dar-se no curso do processo, como incidente da fase probatória (arts. 355-363), ou antes do ajuizamento da causa, a título de medida preparatória (arts. 844 e 845). Nesta última hipótese, torna-se objeto de ação cautelar, a cujos requisitos ficará subordinada a pretensão do promovente.[75]

441. Legitimação

Ao processo de conhecimento pertence a exibição apenas como incidente da fase probatória.

Pode provocá-lo o juiz, de ofício[76] ou a requerimento de uma das partes, ou de interveniente no processo.

A medida não é arbitrária, de modo que o requerente há de demonstrar interesse jurídico na exibição, e o juiz só poderá denegá-la se concluir que o documento ou coisa visada pelo requerente não guarda conexão com objeto da lide ou não terá nenhuma influência no julgamento da causa.

O legitimado passivo pode ser uma das partes ou o terceiro detentor da coisa ou documento.

A questão incidente em torno da exibição gera uma verdadeira ação entre os interessados, com resultados processuais próprios, paralelos ao do processo principal.

442. Procedimento e efeitos da exibição requerida contra parte

O pedido de exibição poderá ser formulado na inicial, na contestação ou em petição posterior.

Não há autuação em separado. O incidente corre dentro dos próprios autos do processo, como parte da fase instrutória.

São requisitos do pedido, segundo o art. 356:

I – a individuação, tão completa quanto possível do documento ou da coisa;

II – a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou a coisa;

III – as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

Deferido o pedido exibitório, a parte contrária será intimada na pessoa de seu advogado, pois a lei não exige que o demandado o seja pessoalmente, e terá cinco dias para responder.

Se a exibição é feita, encerra-se o incidente. Pode, porém, o demandado permanecer inerte ou contestar o pedido, afirmando a inexistência do documento ou coisa, ou negando o dever de exibi-los.

Se a exibição não se fizer, sem qualquer justificativa, o juiz proferirá decisão interlocutória, em que admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar (art. 359, I). Daí a necessidade de que esses fatos venham convenientemente enunciados na petição que provoca o incidente (art. 356, II).

Quando o promovido nega a existência do documento ou da coisa, caberá ao promovente o ônus de provar a sua existência, e a solução do incidente ficará na dependência dessa prova (art. 357, *in fine*).

Se houve alegação de inexistência da obrigação de exibir, o juiz examinará a procedência ou não dos argumentos e, se julgá-los injustos, aplicará à parte que se escusou a sanção do art. 359, II, isto é, admitirá a veracidade dos fatos a cuja prova se destinava o documento ou coisa.

Prevê o art. 358 os casos em que o juiz, obrigatoriamente, não deverá admitir a recusa do promovido, e que são:

I – quando o requerido tiver *obrigação legal* de exibir, ou seja, quando existir texto expresso de lei instituindo o dever de exibir, como se dá no Código Comercial, com relação a certos casos de exibição de livros mercantis;

II – quando o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova. Dessa alegação resulta o caráter de *prova comum* às partes, que não mais poderá ser recusada pelo litigante, que afirmou a respectiva existência;

III – quando o documento, por seu conteúdo, for comum às partes. O que interessa nesse caso não é a propriedade do documento, mas a declaração nele contida, que deve se relacionar com as duas partes. Assim, o recibo ou a cópia do contrato pertencem apenas a um dos contraentes, mas seu conteúdo é comum a ambos os participantes do negócio jurídico documentado.

Segundo o art. 363, o juiz considerará justo o motivo invocado pelo

requerido e o dispensará da exibição, quando ficar comprovado que:

I – a coisa ou documento for concernente a negócios da própria vida da família;

II – a apresentação poderá violar dever de honra;

III – a publicidade do documento redundará em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau; ou lhes representará perigo de ação penal;

IV – a exibição acarretará a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;

V – subsistem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição.

A propósito do sigilo profissional, convém ressaltar que essa escusação não pode ser vista como obstáculo absoluto à investigação judicial. Assim, *v. g*., o código de Ética Médica prevê o impedimento do médico de "*revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão*, salvo *por* justa causa, dever legal *ou* autorização do paciente" (art. 102). Isto quer dizer que, por interesse público, o juiz pode ordenar a quebra do sigilo, e o médico, ou outro profissional acobertado por igual dever de sigilo, terá de exibir o conteúdo de seus assentos. Caberá ao juiz, diante da natureza do processo e da relevância do direito em litígio, definir a presença, ou não, do interesse de ordem pública, para concluir, pela ocorrência, ou não, da *justa causa* para a ruptura do sigilo profissional. A jurisprudência da Suprema Corte registra importante precedente sobre o tema assim ementado: "*A obrigatoriedade do sigilo profissional do médico não tem caráter absoluto. A matéria, pela sua delicadeza, reclama diversidade de tratamento diante das particularidades de cada caso*" (STF, 2ª T., RE 91.218/SP, Rel. Min. Djaci Falcão, ac. 10.11.1981, RTJ, 101/676).

O julgamento do incidente de exibição contra parte, seja de procedência ou improcedência, é sempre conteúdo de decisão interlocutória, que desafia agravo, por não implicar extinção da relação processual principal, nem implicar resolução de seu objeto (mérito da causa).

443. Procedimento e consequências da exibição requerida contra terceiro

O pedido de exibição, quando formulado contra quem não é parte no processo principal, provoca a instauração de um novo processo, em que são partes o pretendente à exibição e o possuidor do documento ou coisa.

Estabelece-se, pois, uma relação processual paralela, com partes diferentes,

tendo também por objeto uma lide diferente, girando em torno da existência do documento ou coisa procurada e do dever de exibir.

Esse feito incidental deverá ser processado em autos próprios, em apenso ao processo principal, e será julgado por *sentença*, como dispõe o art. 361, *in fine*. O recurso interponível será o de *apelação*, nos termos do art. 513.

O rito a observar é dos arts. 360 a 362.

A petição inicial conterá os requisitos do art. 356. Se deferida, o juiz mandará que o *terceiro* seja citado para responder em 10 dias (art. 360).

Tal como a *parte*, também o terceiro pode assumir três atitudes diferentes: *a*) exibir o documento ou coisa; *b*) silenciar-se; ou *c*) contestar o pedido.

A exibição exaure a *actio ad exhibendum* e põe fim ao processo incidental. A revelia importa confissão presumida da veracidade dos fatos alegados pelo promovente (art. 319) e enseja julgamento antecipado da lide (art. 330, II), com a condenação do réu (terceiro) a depositar em juízo, em cinco dias, a coisa ou documento reclamado pela *parte* (art. 362).

Se, porém, houver contestação, em que o promovido negue a obrigação de exibir ou a posse do objeto reclamado, seguir-se-á a fase de instrução que poderá constar de depoimentos das partes e de testemunhas e de outras provas.

Quando houver provas orais, o juiz promoverá audiência de instrução e julgamento (art. 361). Caso contrário, proferirá a sentença de plano.

As defesas acolhíveis para justificar a recusa são a inexistência do objeto em poder do demandado ou a ocorrência dos fatos escusativos previstos no art. 363. O ônus de provar a posse do documento ou coisa pelo terceiro é da parte promovente (art. 357, por analogia).

Já se decidiu que, em matéria de exibição de livros mercantis, não deve ser deferido o pedido formulado contra quem não é parte no feito.[77]

Pontes de Miranda, a meu ver, com razão, considera essa orientação jurisprudencial injusta e contrária ao espírito da lei. O que não se deve permitir é a exibição ou devassa de toda a escrita do terceiro. Isto só é possível nos casos do art. 381 (*vide* nº 450). Mas a pesquisa de um documento determinado ou de um lançamento especificado, que tenha pertinência com a causa pendente, não deve ser obstada pelo Judiciário. "Se os pressupostos do art. 18 do Código Comercial ou do art. 360 do Código de Processo Civil estão satisfeitos, nada obsta a que se invoque aquele, ou esse", mesmo em se tratando de livros comerciais de terceiro.[78]

A sentença que julgar a *actio ad exhibendum* poderá ser declaratória negativa, quando reconhecer a improcedência do pedido e acolher a defesa do

terceiro. Mas será condenatória quando não acolher a escusa do promovido, pois, então, o juiz o condenará a depositar o documento ou a coisa em cartório ou noutro lugar, no prazo de cinco dias, atribuindo-lhe, ainda, o ônus das despesas do depósito (art. 362).

Trata-se, na verdade, de sentença preponderantemente executiva (ou mandamental, como quer Pontes de Miranda),[79] visto que prescinde do processo de execução forçada para atuar sobre o vencido. Assim, transcorrido o prazo de cinco dias, da intimação da sentença, e não sendo cumprida a ordem, o juiz expedirá mandado de busca e apreensão, requisitando, se necessário, força policial, para efetivar, compulsoriamente, o depósito do objeto da execução (art. 362).

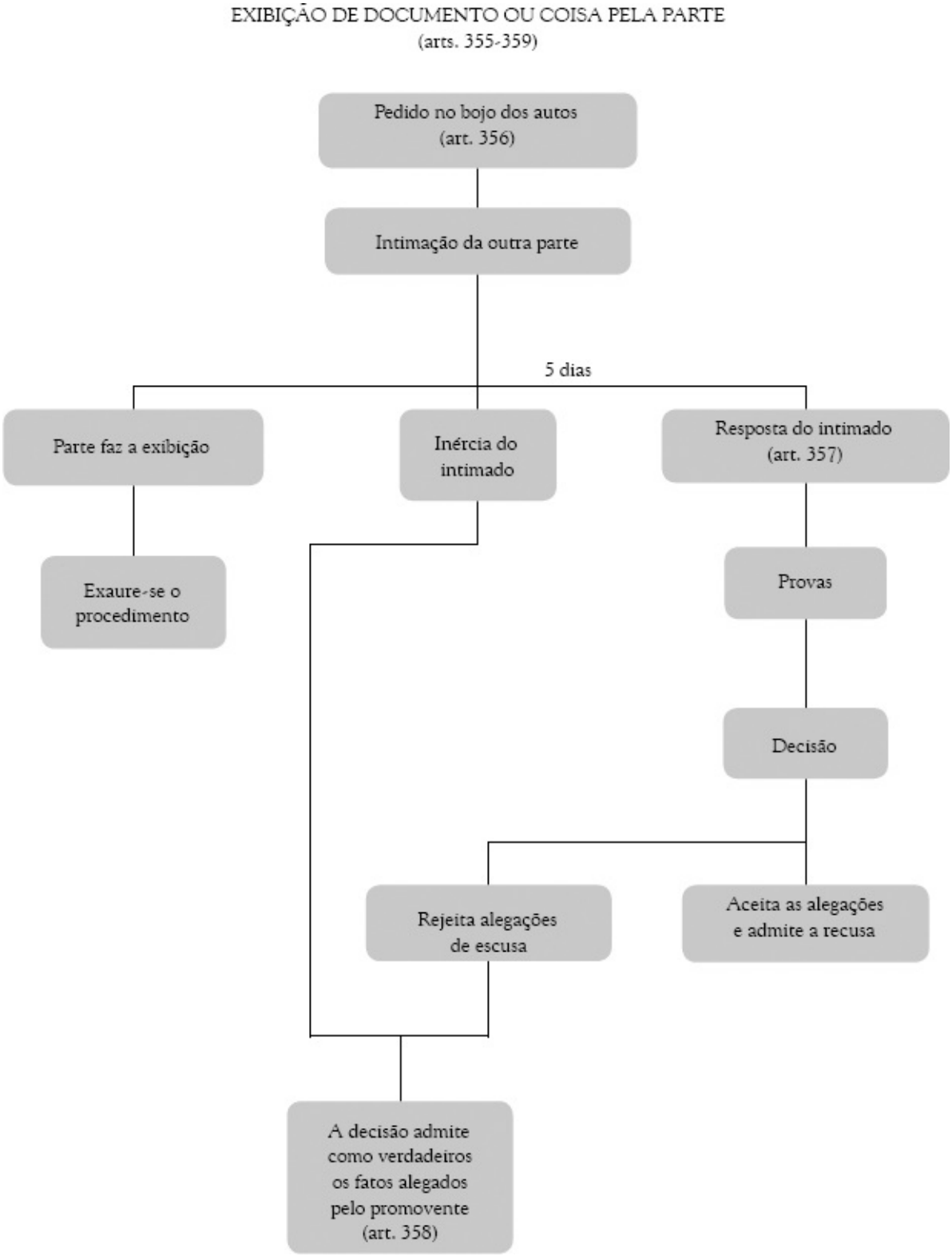
São diversas, portanto, as consequências da não exibição, conforme seja a ação incidental movida contra parte da causa pendente ou contra terceiro.

Para a parte, a ação tem efeito cominatório, e o inatendimento da ordem de exibição importa declaração de veracidade dos fatos a cuja prova se destinava o objeto da exibição (art. 359).

Para o *terceiro* a consequência é a execução coativa por meio da apreensão judicial do referido objeto, "sem prejuízo" – ainda – "da responsabilidade por crime de desobediência" (art. 362).

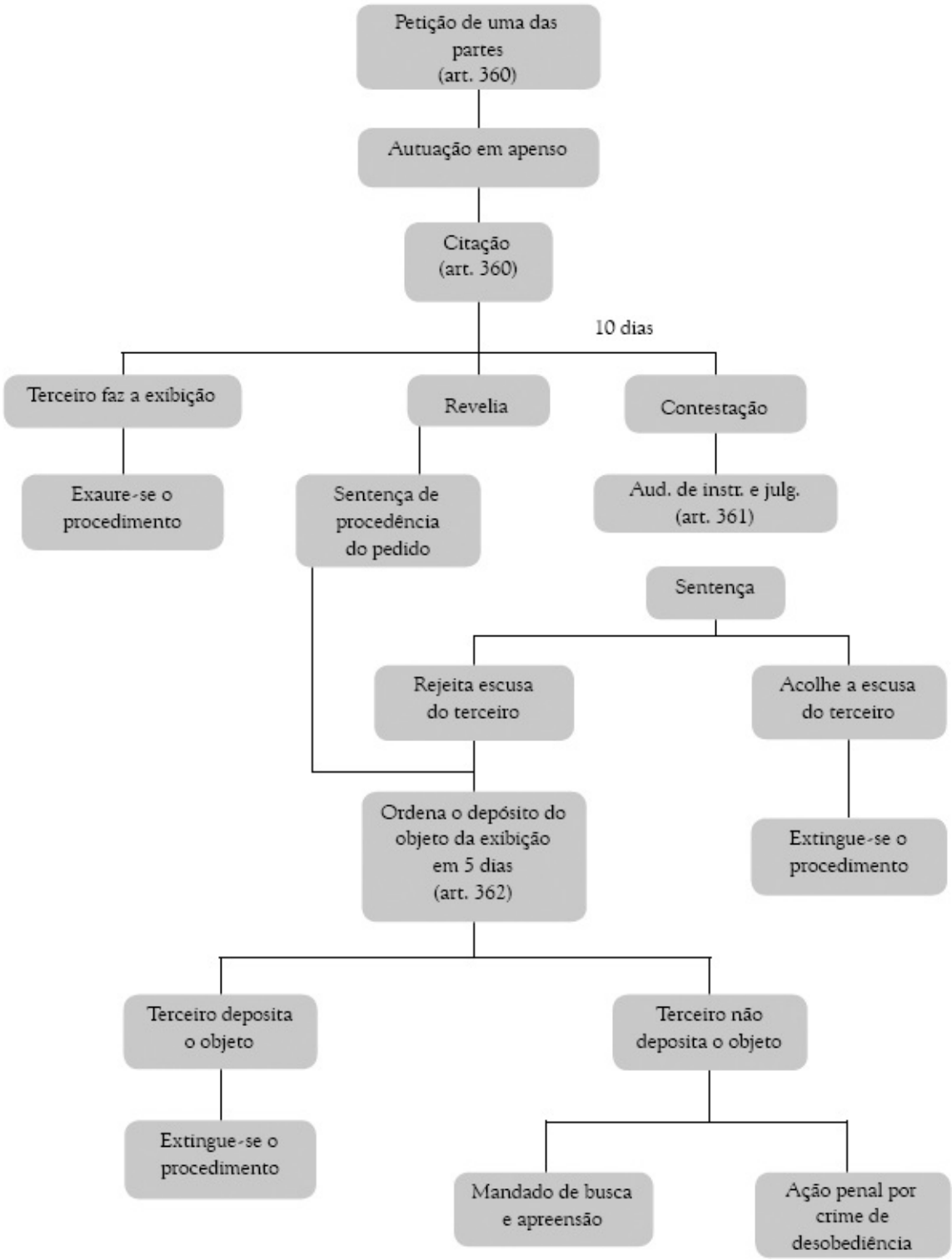
Se, finalmente, o promovido destruir a coisa ou documento que deveria exibir, ficará, além disso, responsável civilmente pelas perdas e danos que acarretar ao promovente, as quais poderão ser demandadas em ação ordinária de indenização.[80]

Fluxograma nº 13



Fluxograma nº 14

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA POR TERCEIRO
(arts. 360-363)



§ 68. PROVA DOCUMENTAL

Sumário: 444. Conceito. 445. Força probante dos documentos. 446. Documentos públicos. 447. Documentos particulares. 448. Valor probante do documento particular. 449. Telegramas, cartas, registros domésticos. 450. Livros comerciais. 450-a. Documentos arquivados em meio eletromagnético. 451. Reprodução de documentos particulares. 452. Reproduções mecânicas de coisas ou fatos. 453. Documentos viciados em sua forma. 454. Falsidade documental. 455. Espécies de falsidade. 456. Ônus da prova. 457. O incidente de falsidade. 458. Procedimento do incidente de falsidade. 458-a. Facultatividade do incidente de falsidade. 459. Produção da prova documental. 460. Desentranhamento de documentos.

444. Conceito

Na definição de Carnelutti, *documento* é "uma coisa capaz de representar um fato".[81]

É o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento.

Contrapõe-se ao testemunho, que é o registro de fatos gravados apenas na memória do homem.

Em sentido lato, documento compreende não apenas os escritos, mas toda e qualquer *coisa* que transmita diretamente um registro físico a respeito de algum fato, como os desenhos, as fotografias, as gravações sonoras, filmes cinematográficos etc.

Mas, em sentido estrito, quando se fala da prova documental, cuida-se especificamente dos documentos escritos, que são aqueles em que o fato vem registrado através da palavra escrita, em papel ou outro material adequado.

Podem esses documentos ser classificados em públicos e particulares, conforme provenham de repartições públicas ou sejam elaborados pelas próprias partes.

Costuma-se distinguir entre documento e instrumento. Documento é gênero a que pertencem todos os registros materiais de fatos jurídicos. Instrumento é, apenas, aquela espécie de documento adrede preparado pelas partes, no momento mesmo em que o ato jurídico é praticado, com a finalidade específica de produzir prova futura do acontecimento. Assim, a escritura pública é

instrumento do contrato de compra e venda de imóveis e o recibo de pagamento dos aluguéis é instrumento da quitação respectiva. Mas uma carta, que um contraente dirigisse ao outro, tratando de questões pertinentes ao cumprimento de um contrato anteriormente firmado entre eles, seria um *documento*, mas nunca um *instrumento*.

Pode, outrossim, o documento ser utilizado como prova, em *original* ou através de *cópias*.

São reproduções eficazes dos documentos públicos ou particulares:

a) o traslado;

b) o traslado do traslado;

c) a pública-forma;

d) o registro público;

e) a certidão de inteiro teor, de tudo que constar de livro público ou de autos;

f) a certidão por extrato parcial de documento, ou a certidão em forma de relatório sobre o processo;

g) a fotocópia ou a xerocópia autenticada.[82]

445. Força probante dos documentos

O documento, quando autêntico, é prova que goza de enorme prestígio, pela grande força de convencimento que encerra.

Mas no sistema processual brasileiro não há propriamente hierarquia de provas, de modo que o juiz examina livremente o conjunto dos elementos instrutórios do processo, formando seu convencimento com ampla liberdade (art. 131). Podem, assim, a confissão, a prova pericial e até mesmo a testemunhal sobrepujar, num caso concreto, a prova documental.

Entrevê-se no documento duplo aspecto: o fato representativo, que é o próprio documento em seu aspecto material; e o fato representado, que é o acontecimento nele reproduzido.

Para que o documento seja eficaz como meio de prova, é indispensável que seja subscrito por seu autor e que seja autêntico. Autor, no entanto, não é, no dizer de Carnelutti, “quem o faz por si” (como o tabelião), “mas quem o faz para si” (como as partes contraentes, que firmam a escritura pública).[83]

Só é documento o escrito assinado, ou de outra forma, inegavelmente reconhecido por seu autor, como se dá, por exemplo, com os lançamentos da contabilidade mercantil, que prescindem da subscrição do comerciante que os faz ou manda fazer em seus livros. E só ocorre autenticidade quando se tem

certeza acerca da veracidade da assinatura nele contida, ou da origem do documento.[84]

Não obstante a adoção pelo Código do princípio do livre convencimento nos atos solenes, isto é, naqueles em que a forma é substancial, o documento público exigido por lei para sua validade assume supremacia sobre qualquer outra prova, e não pode mesmo ser substituído por nenhum outro meio de convicção (art. 366).

Se o documento estiver redigido em língua estrangeira, só poderá ser juntado ao processo "quando acompanhado de versão em vernáculo firmado por tradutor juramentado" (art. 157). A Lei nº 6.015/1973 prevê, também, o registro do documento estrangeiro, em sua versão portuguesa, no Cartório de Títulos e Documentos (arts. 129, § 6º, e 148). Trata-se, porém, de medida que condiciona o documento, notadamente em face de terceiros (STJ, 3ª T., REsp. nº 924.992/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 19.05.2011, *DJe* 26.05.2011).

446. Documentos públicos

"O documento público faz prova não só da sua formação, mas, também, dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença" (art. 364).

Há, pois, presunção legal de autenticidade do documento público, entre as partes e perante terceiros, fato que decorre da atribuição de *fé pública* conferida aos órgãos estatais.

Esses documentos contêm afirmações que se referem: *a)* às circunstâncias de formação do ato, como data, local, nome e qualificação das partes etc; e *b)* às declarações de vontade, que o oficial ouvir das partes.

A presunção da veracidade acobertada pela fé pública do oficial só atinge os elementos de formação do ato e a autoria das declarações das partes, e não o conteúdo destas mesmas declarações. Pela verdade das afirmações feitas perante o oficial, só mesmo os autores delas são os responsáveis.

Há, destarte, que se distinguir, como faz Chiovenda, entre a verdade extrínseca e a verdade intrínseca, em matéria de documento público.[85]

Os documentos públicos, segundo as fontes enunciadas pelo art. 364, podem ser:

a) judiciais, quando elaborados por escrivão, com base em atos processuais ou peças dos autos;

b) notariais, quando provenientes de tabeliães ou oficiais de Registros Públicos, e extraídos de seus livros e assentamentos;

c) administrativos, quando oriundos de outras repartições públicas.

Todos gozam da mesma presunção de veracidade, quando legitimamente elaborados, dentro da competência do órgão expedidor.

A presunção é, no entanto, apenas *iuris tantum*, porque pode ser desconstituída por declaração judicial de falsidade do documento (art. 387), que pode ser obtida em ação principal ou em incidente, nos termos dos arts. 390 a 395.

Nem sempre é possível a exibição dos documentos públicos em original, presos que se acham aos livros, registros ou arquivos das repartições onde se praticou o ato. Daí a necessidade de usar cópias ou reproduções para juntada aos autos.

A propósito, dispõe o art. 365 que fazem a mesma prova que os originais:

I – as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas;

II – os traslados e as certidões extraídas por oficial público de instrumentos ou documentos lançados e suas notas;[86]

III – as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais;

IV – as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade (inciso acrescido o art. 365, pela Lei nº 11.382, de 06.12.2006). Questionada a fidelidade da cópia, o incidente resolve-se pela conferência com o original existente nos autos.

V – os extratos digitais de bancos de dados, públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem (acrescido pela Lei nº 11.419/2006);

VI – as reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular, quando juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização (acrescentado pela Lei nº 11.419/2006).[87]

O instrumento público, quando for exigido pela lei, como da substância do ato, como nos atos de transmissão *inter vivos* de bens imóveis (art. 134, II, do

Código Civil de 1916; CC de 2002, art. 108), é insuprível por qualquer outro meio de prova, por mais especial que seja (art. 366).

O mesmo não ocorre com o documento particular, pois, ainda quando a lei exija a prova escrita, o depoimento pessoal, confessando o contrato, suprirá a falta do instrumento, qualquer que seja o valor da obrigação.[88]

O instrumento público, outrossim, para ser hábil a produzir os efeitos de direito, deve ser feito por tabelião ou oficial público com competência para o ato, no local de sua lavratura, e com observância das formalidades prescritas em lei.[89]

Mas o documento público, quando elaborado por oficial incompetente, ou sem as formalidades legais, embora perca a força própria dos instrumentos oficiais, gozará, ainda assim, da mesma eficácia probatória do documento particular, se estiver subscrito pelas partes (art. 367).

447. Documentos particulares

Os documentos particulares, isto é, aqueles em que não ocorre interferência de oficial público em sua elaboração, podem assumir as feições de declaração:

1) escrita e assinada pelo declarante;

2) escrita por outrem e assinada pelo declarante;

3) escrita pela parte, mas não assinada (papéis domésticos e anotações posteriores em documentos assinados);

4) nem escrita nem assinada pela parte (livros comerciais).

É indiferente que a redação do texto tenha sido manuscrita, datilografada ou impressa.

A autenticidade e a força probante variam conforme o tipo do documento particular, como a seguir veremos.

Com relação aos documentos particulares assinados, considera-se o autor quem os firmou, mesmo que redigidos por outrem (art. 371, I e II).

Daqueles escritos que, conforme a experiência comum, não se costumam assinar, como os livros comerciais e os assentos domésticos, reputa-se autor quem os mandou compor (art. 371, III).

Se o escrito foi assinado em presença de tabelião e este reconheceu a firma declarando a circunstância em que se deu a assinatura, o documento gozará de presunção legal de autenticidade (art. 369).

A presunção é *iuris tantum*, de sorte que prevalecerá até prova em contrário.

A mesma presunção ocorre quando, embora não reconhecida a firma, ou

reconhecida sem a solenidade do art. 369, a parte contrária não arguir dúvida sobre a autenticidade do documento, após sua juntada aos autos.

Com efeito, diz o art. 372, que "compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar, no prazo estabelecido no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro".

O prazo em questão é o da contestação, para os documentos que acompanharam a inicial, e de 10 dias a partir da intimação, nos casos de juntada posterior (art. 390).

Ultrapassado esse prazo, sem impugnação, não poderá mais a parte alegar a falta de autenticidade ou a inveracidade do seu contexto. Cessa, todavia, a eficácia da presunção, se a parte prejudicada, mais tarde, vier a provar que o documento foi obtido por erro, dolo ou coação (art. 372, parágrafo único).

Fora dos casos de assinatura perante tabelião (art. 369), a presunção de autenticidade do documento particular é muito menor que a do documento público, pois decorre de aceitação dele, expressa ou tácita, pela parte contrária (art. 372).

Basta, pois, a simples impugnação da parte, para que se imponha o dever de provar em juízo a autenticidade, sob pena de tornar-se inócuo o documento (art. 388, I, e 389, II).

448. Valor probante do documento particular

Cumpre distinguir entre *instrumentos particulares* e *simples documentos particulares. Instrumentos* são os escritos redigidos com o fito específico de documentar a prática de um ato jurídico e, assim, formar uma prova pré-constituída para uso futuro (ex.: o instrumento do mandato ou do contrato de locação, o recibo de um pagamento feito etc.).

Simples documentos particulares são quaisquer outros escritos que casualmente sirvam para provar algum acontecimento ligado ao ato jurídico.

Nos instrumentos predominam as *declarações de vontade* e, nos simples documentos, as *declarações de conhecimento* acerca de fatos. A força probante varia conforme o conteúdo do documento particular.

Quando a vontade é enunciada expressamente no instrumento, incide a regra do art. 368, *caput*, segundo a qual "as declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário".[90]

Trata-se de enérgica força probante, que se exerce, no entanto, apenas contra o signatário e não perante terceiros. Isto quer dizer que “o documento particular, de cuja autenticidade se não duvida, prova que o seu autor fez declaração que lhe é atribuída” (art. 373). Quando, porém, em vez de uma declaração de vontade, contiver “declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato” (art. 368, parágrafo único).

Assim, se o vendedor declara no contrato que o prédio transmitido foi construído há dez anos, haverá presunção legal de veracidade da autoria e do contexto da declaração, mas não do fato em si, isto é, de que a construção se deu na época mencionada.

Pode, outrossim, surgir controvérsia não sobre o teor das declarações de vontade contida no documento particular, mas apenas quanto à época em que foram manifestadas.

Resolve-se a questão por meio da norma do art. 370, onde se dispõe que “a data do documento particular, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direitos”. Assim, há presunção de que a data lançada no documento é verdadeira, mas mediante as provas ordinárias pode-se demonstrar o contrário.

Perante terceiros, a data lançada no documento particular é inoperante, pois, em tais casos, a eficácia é limitada às partes. Para aqueles que não participaram do negócio jurídico documentado, a eficácia do instrumento particular só se inicia a partir de sua transcrição no Registro Público (art. 135 do Código Civil de 1916; CC de 2002, art. 221).

O art. 370 do Código de Processo Civil, todavia, apresenta cinco exceções em que a data do instrumento particular operará contra terceiros, mesmo antes da transcrição no Registro Público.

Assim, “em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular:

I – no dia em que foi registrado;

II – desde a morte de algum dos signatários;

III – a partir da impossibilidade física, que sobreveio a qualquer dos signatários;

IV – da sua apresentação em repartição pública ou em juízo;

V – do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a autenticidade da formação do documento”.

As presunções dos nos II a V, entre os quais se pode incluir no último inciso a que provém do reconhecimento da firma por tabelião, referem-se à *prova da data apenas*, mas não à eficácia do negócio jurídico, pois essa, em matéria de instrumento particular, depende sempre da transcrição no Registro Público, segundo a sistemática de nosso direito material (art. 135 do Código Civil de 1916; CC de 2002, art. 221).

449. Telegramas, cartas, registros domésticos

A *autenticidade* das declarações de vontade manifesta através de telegramas, radiogramas ou qualquer outro meio similar de transmissão é dada pela assinatura do remetente no original constante da estação expedidora (art. 374, *caput*), a qual poderá ser reconhecida por tabelião (art. 374, parágrafo único). "O telegrama ou radiograma presume-se conforme com o original, provando a data de sua expedição e do recebimento pelo destinatário" (art. 375). A presunção, obviamente, é *iuris tantum*.

A evolução dos meios magnéticos de comunicação tem criado substitutivos para o tradicional telegrama, como o "telex" e o "tele-fax", que se intercambiam diretamente entre o expedidor e o destinatário, sem necessidade da intermediação do serviço telegráfico. Havendo controle e registro dos aparelhos de origem e destino, devem ser havidas como autênticas as mensagens, independentemente de comprovação das assinaturas dos originais, mesmo porque ditos originais serão inacessíveis ao destinatário, por pertencerem ao próprio expedidor.

Segundo o art. 376, "as cartas, bem como os registros domésticos, provam contra quem os escreveu quando:

I – enunciam o recebimento de um crédito;

II – contêm anotação, visam a suprir a falta de título em favor de quem é apontado como credor;

III – expressam conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova".

As cartas compreendem todas as correspondências entre duas pessoas, tanto quando se refiram diretamente à formação de contrato (caso em que se transformam em instrumento do ajuste), como quando apenas registram fatos relevantes para a causa. Quando assinadas, as cartas se enquadram na categoria geral de documentos particulares (art. 368). A hipótese do art. 376 refere-se, porém, às cartas domésticas, sem assinatura, ou com firma incompleta. São os

bilhetes ou pequenas correspondências em que o remetente apenas coloca o prenome ou um cognome qualquer, ou mesmo deixa de se identificar expressamente.[91]

Também os *registros domésticos* são apontamentos *escritos* pela parte, mas não assinados. Referem-se às anotações, memórias, diários, relacionados com a vida profissional ou privada do autor. Podem referir-se também à escrituração rudimentar de débitos e créditos da vida econômica da parte.

Fazem prova, as cartas e registros domésticos, apenas *contra quem os escreveu*, e desde que a lei não exija determinada prova para o ato (art. 376).

Embora não assinados, esses documentos devem ter sido escritos pela própria pessoa contra quem se pretende opô-los.

Vale, também, em benefício do devedor, independentemente de assinatura, a nota escrita pelo credor, em qualquer parte do documento representativo de obrigação (art. 377). Apenas as anotações favoráveis ao devedor é que têm esse efeito, como as quitações parciais, prorrogação de vencimento etc.

450. Livros comerciais

Os livros comerciais, conforme o art. 378, fazem prova contra o seu autor. Mas, se o litígio se estabeleceu entre dois comerciantes, "os livros comerciais, que preencham os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor" (art. 379).[92]

Em ambos os casos, porém, é lícito à parte "demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos" (art. 378).

Na apreciação dos livros mercantis prevalece a regra da indivisibilidade da escrituração. "Se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto como unidade" (art. 380).

Isto não impede, porém, que a parte contrária use de outros meios de prova para demonstrar a inverdade parcial dos lançamentos. A regra do art. 380 aplica-se apenas quando a escrituração é única prova existente.

Sobre a exibição dos livros comerciais em juízo, cumpre distinguir entre a exibição integral da contabilidade e a exibição parcial de lançamentos ou documentos de comerciante.

A exibição integral dos livros comerciais e dos documentos do arquivo, a requerimento de parte interessada, o juiz só pode ordenar nas hipóteses previstas

pelo art. 381,[93] ou seja:

I – na liquidação da sociedade;

II – na sucessão por morte de sócio;

III – quando e como determinar a lei, como, por exemplo, nas falências e concordatas.

Já a exibição parcial dos livros e documentos do comerciante pode ser ordenada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, para que se extraia deles a suma que interessar ao litígio.[94]

Pode, outrossim, a suma ser substituída por reproduções fotográficas ou mecânicas autenticadas (art. 382).

Ao ordenar a exibição parcial da contabilidade do comerciante, o juiz deve ter sempre presente o caráter excepcional da medida em face do direito ao sigilo dos negócios da empresa. Apenas será pesquisado o que for estritamente necessário para a apuração do fato em jogo no processo.

A recusa à ordem legal de exibição dos livros contábeis acarreta a sua apreensão judicial e autoriza, conforme o caso, a presunção de veracidade do fato que a parte contrária desejava provar pelos assentos contábeis (Código Civil, art. 1.192, *caput*). Trata-se, porém, de presunção *juris tantum*, já que se permite elidi-la por prova documental em contrário (parágrafo único do mesmo artigo).

450-a. Documentos arquivados em meio eletromagnético

O valor probante da digitalização, armazenamento em meio eletrônico, óptico ou equivalente, assim como a reprodução de documentos públicos e privados, arquivados em meios eletromagnéticos, acha-se regulado pela Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, que determina as seguintes cautelas:

a) Deve-se entender por digitalização a conversão da fiel imagem de um documento para código digital (art. 1º, parágrafo único);

b) O processo de digitalização deverá ser realizado de forma a manter a integridade, a autenticidade e, se necessário, a confidencialidade do documento digital, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP – Brasil (art. 3º);

c) Os meios de armazenamento dos documentos digitais deverão protegê-los de acesso, uso, alteração, reprodução e destruição não autorizados (art. 3º, parágrafo único);

d) As empresas privadas ou os órgãos da Administração Pública direta ou

indireta que utilizarem procedimentos de armazenamento de documentos em meio eletrônico, óptico ou equivalente deverão adotar sistema de indexação que possibilite a sua precisa localização, permitindo a posterior conferência da regularidade das etapas do processo adotado (art. 4º);

e) Os registros públicos originais, ainda que digitalizados, deverão ser preservados de acordo com o disposto na legislação pertinente (art. 6º).

451. Reprodução de documentos particulares

Os documentos particulares podem ser reproduzidos de duas formas:

a) por meios mecânicos, como a fotografia, a xerox etc; *b*) por simples traslado.

As reproduções fotográficas ou obtidas por outros processos de repetição valem como *certidões*, sempre que o escrivão portar por fé a sua conformidade com o original. É o que na vida forense recebe a denominação de autenticação da fotocópia, ato que pode ser praticado pelo escrivão do feito ou por qualquer tabelião ou oficial público.

Se o documento constar do processo, sua cópia poderá ser autenticada pelo advogado que a utiliza (por exemplo: para instruir recurso ou embargo). Enquanto não impugnada, a reprodução fará a mesma prova que o original (art. 365, IV, com a redação da Lei nº 11.382, de 06.12.2006).

As outras cópias, aquelas que não são reprodução mecânica do documento, mas simples traslados feitos sem intervenção de oficial público, para produzir o mesmo efeito probante do original, deverão ser submetidas à conferência pelo escrivão do processo, depois de intimadas as partes (art. 385).

Também as cópias fotográficas, quando não previamente autenticadas, deverão ser conferidas pelo escrivão. As fotografias de coisas ou pessoas serão acompanhadas do respectivo negativo (§ 1º do art. 385). E se a prova for uma fotografia publicada em jornal deverão ser ainda exibidos o original da foto e seu negativo (§ 2º do art. 385).

Tem prevalecido nos tribunais o entendimento de que a autenticação da cópia de documento nem sempre é requisito de sua acolhida como prova no processo. Se a cópia não é impugnada, "há de ter-se como conforme ao original"[95] e desse modo gozar do "mesmo valor probante do original".[96] Em suma, a conferência ou autenticação da cópia "somente é imprescindível se a parte contra quem produzida impugná-la".[97]

Esta, aliás, foi a orientação adotada no plano de direito material, pelo art. 225

do Código Civil de 2002, *in verbis*: "As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão." A regra foi editada diretamente para as reproduções mecânicas de coisas, mas não há como recusar-lhe aplicação também à reprodução de documentos, como, aliás, já vinha fazendo a jurisprudência, antes do novo Código Civil.

Não se admite, todavia, a substituição do título de crédito por cópia no processo de sua execução ou naquele que o credor dispute reconhecimento de sua existência ou validade (Código Civil, art. 223, parágrafo único). É que, em relação aos títulos da espécie, a titularidade do direito incide diretamente sobre a coisa e só mediante sua posse se prova o crédito respectivo. Pela sistemática do direito cambiário, a propriedade circula com o documento, de sorte que apenas o original do título tem o poder jurídico de revelar sua atual titularidade.

452. Reproduções mecânicas de coisas ou fatos

A prova documental, como já se afirmou, não compreende apenas os escritos, mas abrange toda reprodução material de fatos.

Daí admitir o art. 383 que "qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade" (art. 383, *caput*).[98]

A admissão de conformidade *in casu* pode ser expressa, ou apenas tácita (falta de impugnação). Mas, "impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial" (art. 383, parágrafo único), regra que não se aplica às cópias de documentos, porque, para essas, bastará ao escrivão conferir o original com a reprodução (art. 384).

Quando a reprodução for fotográfica, o verdadeiro original do documento será o *negativo*, já que as fotografias são simples cópias dele. Se a parte pretender fazer prova com tais reproduções, terá de exibir tanto a fotografia como o filme (negativo), para a devida conferência pelo escrivão, nos termos do art. 385, § 1º. Se a fotografia invocada tiver sido publicada em jornal, deverá ser conferida com o original que serviu para o clichê e com o negativo dela (art. 385, § 2º).

Essas providências, necessárias nos casos em que a parte contrária não admite a veracidade da fotografia, justificam-se pela facilidade com que as

reproduções dessa natureza se prestam a fraudes realizadas por meio de *montagens*, superposição de negativos, retoques, revelações às avessas etc.

O negativo, como documento original, é, assim, elemento indispensável para a perícia a que alude o parágrafo único do art. 383. Sem ele, não se poderá concluir, com segurança, quanto à legitimidade ou veracidade do documento fotográfico.

É de se lembrar a evolução da técnica digital de fotografia, que permite a tomada de fotos sem o concurso de negativo. Apresentada fotografia dessa modalidade (que não poderá ser acompanhada por negativo, como quer a lei), caberá ao juiz ouvir a parte contrária. Se não houver impugnação, será acolhida como prova. Ocorrendo, porém, rejeição, somente por meio de perícia será possível aquilatar a fidelidade do registro fotográfico. Se a prova técnica não for conclusiva, terá de ser desclassificada como meio legítimo de prova, principalmente porque é notória a facilidade com que se manipulam as imagens colhidas sob as técnicas digitais.

453. Documentos viciados em sua forma

Quando o documento contiver, em ponto substancial e sem ressalva, *entrelinha, emenda, borrão* ou *cancelamento*, o juiz apreciará livremente a fé que deva merecer como meio de prova (art. 386).

Não há, portanto, uma condenação apriorística de toda validade do documento, mas também perde ele a presunção legal de veracidade da declaração nele contida, contra seu autor.

O documento passa à condição de uma prova comum que o juiz examinará livremente e no cotejo com os demais elementos de convicção dar-lhe-á a fé que seu merecimento justificar.

Cumpre, em tais casos, averiguar se a emenda, borrão, entrelinha ou rasura foi anterior ou posterior à assinatura do autor do documento, o que, na prática, nem sempre é fácil, mesmo para as perícias mais sofisticadas.

Se ficar provado que a alteração se deu antes de ser firmado o documento particular, seu valor probante em nada ficará prejudicado. O ônus dessa prova compete a quem produz o documento nos autos.

Mas, se persistir a dúvida, porque as demais provas nada esclareceram, a presunção normal é de que o documento foi adulterado posteriormente à sua assinatura, pois cabia aos interessados o ônus de ressalvar a emenda, o borrão, a entrelinha ou a rasura antes de firmá-lo, para que se aperfeiçoasse como

instrumento idôneo a provar a declaração de vontade.

Observe-se que apenas o defeito "em ponto substancial" é que vicia o documento, não aquele que apenas atinge cláusula ou palavra de significado secundário e não relevante para a solução do litígio.

Também não terá consequências o vício documental em questão, quando, ainda referente a ponto substancial, não tiver sido objeto de impugnação pela parte contrária.

Note-se, finalmente, que a ressalva colocada antes do fecho e da assinatura do documento elimina inteiramente o defeito do documento naquilo que se refere à emenda, borrão, entrelinha ou rasura discriminada.

Esses vícios podem ser arguidos em contestação ou impugnação e também no incidente de falsidade do art. 390.

Podem referir-se a documentos públicos ou particulares. Quando for o caso de certidões ou traslados, a solução será fácil, pois bastará efetuar-se o cotejo do documento produzido defeituosamente com o original das notas ou arquivos da repartição pública, de onde proveio.

454. Falsidade documental

O documento escrito compõe-se do contexto, que enuncia a declaração de vontade ou de conhecimento do fato, e da assinatura que lhe dá autenticidade.

O documento é idôneo quando a declaração é verdadeira e a assinatura é autêntica. Em regra, estabelecida a autenticidade do documento, presume-se verdadeira a declaração nele contida.

Por isso, a não ser os casos de vícios materiais evidentes (rasuras, borrões, entrelinhas e emendas), não basta à parte impugnar simplesmente o documento contra si produzido.

Pois, no sistema do Código, só cessa a fé do documento, público ou particular, "sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade" (art. 387).

Há dois caminhos para obter esse reconhecimento judicial: *a*) a ação declaratória autônoma prevista pelo art. 4º, II; e *b*) o incidente de falsidade a que alude o art. 390.

455. Espécies de falsidade

Cumpre, inicialmente, distinguir entre falsidade da assinatura e falsidade do documento.

A primeira não reclama, necessariamente, o incidente de falsidade para seu reconhecimento. Pois a fé do documento particular cessa a partir do momento em que "lhe for contestada a assinatura", e, por isso, a sua eficácia probatória não se manifestará "enquanto não se lhe comprovar a veracidade" (art. 388, I).

Produzido o documento por uma parte, portanto, e negada a assinatura pela outra, incumbirá à primeira o ônus de provar a veracidade da firma, o que será feito na própria instrução da causa, sem a necessidade de incidente especial.

Deixando de lado a questão da assinatura (autenticidade), o documento pode ser falso em dois sentidos:

a) quando a declaração *intrinsecamente* se refere a um fato não verdadeiro; e

b) quando há vício na forma e nos aspectos exteriores da formação do documento.

Quando a declaração, consciente ou inconscientemente, revela um fato inverídico, ocorre o que se chama *falsidade ideológica*, que corresponde ao fruto da simulação ou dos vícios de consentimento (erro, dolo e coação).

Nas hipóteses em que o vício se manifestou na elaboração física do documento, e não na vontade declarada, o defeito chama-se *falsidade material*.

A falsidade ideológica enseja anulação do ato jurídico, mas isto só pode ser pretendido em ação própria (principal ou reconvencional) em que se busque uma *sentença constitutiva*. Para tanto, não se presta a simples impugnação em contestação, nem tampouco o incidente de falsidade, pois a primeira é simples resistência passiva do réu e o segundo é apenas o de função declaratória. Nem um nem outro tem a força *desconstitutiva* capaz de desfazer o ato jurídico viciado ideologicamente.[99]

Daí a opinião majoritária da doutrina brasileira de que apenas os vícios instrumentais (falsidade material) são objeto de incidente de falsidade.[100] Há, porém, alguns casos em que o documento ideologicamente falso também pode ser objeto desse incidente. É o que ocorre quando o documento não espelha declaração negocial de vontade, mas apenas registra objetivamente fato relevante para prova pertinente ao litígio. É que, então, a falsidade poderá ser declarada independentemente de desconstituição de qualquer ato jurídico.[101]

Com efeito, dispõe o art. 387 que a falsidade que faz cessar a fé do documento público ou particular, e que pode ser arguida no incidente do art. 390, consiste:

I – em formar documento não verdadeiro;

II – em alterar documento verdadeiro.

Forma-se, materialmente, um documento falso quando, por exemplo, se

utiliza papel assinado em branco e nele se lança uma declaração nunca formulada, nem desejada pelo signatário; ou quando se utiliza apenas a parte final de um texto, de onde se extrai a assinatura da parte para incluí-la num outro texto totalmente diverso do primitivo.

Nesse caso, não se pode falar em falsidade ideológica, porque o autor nunca quis declarar o fato não verdadeiro, pois a declaração falsa foi lançada por outrem.

Por outro lado, *altera-se* um instrumento quando não se cria um documento novo, mas apenas se modificam palavras, cláusulas ou termos de escrito preexistente.

Em suma: formar documento não verdadeiro é criar um documento por inteiro, e alterar documento verdadeiro é apenas inserir novidade no documento para modificar o sentido da declaração nele contida.

Completa a ideia de falsidade material do documento particular o disposto no art. 388, onde se dispõe que cessa a fé de tais documentos, quando:

I – lhe for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a verdade;

II – assinado em branco, for abusivamente preenchido.

No primeiro caso, como já se afirmou, basta a impugnação do signatário para afastar a presunção de autenticidade do documento particular, o que dispensa o incidente de falsidade e carreia para a parte que produziu o documento o ônus de provar a veracidade da firma (art. 389, II).

No segundo caso, estamos diante de um documento falso na sua elaboração em vista de má-fé do portador a quem foi confiado documento assinado com texto não escrito, no todo ou em parte.

O abuso ocorrerá quando o portador formar ou completar o documento acima, por si ou por meio de outrem, "violando o pacto feito com o signatário" (art. 388, parágrafo único).

456. Ônus da prova

Pondo fim à controvérsia que existia em torno do ônus da prova em questões pertinentes à falsidade documental, dispõe o art. 389 que "incumbe o ônus da prova quando:

I – se tratar de falsidade de documento, à parte que a arguir;

II – se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento".[102]

Essas regras são de observar-se tanto no incidente de falsidade como nas ações declaratórias principais, bem como quando a assinatura é apenas impugnada em alegação de defesa no curso do processo.

Observe-se, outrossim, que a impugnação à assinatura, a que alude o art. 389, nº II, é apenas a que se relaciona com os documentos particulares, pois os documentos públicos gozam de presunção legal de autenticidade, a qual só pode ser destruída por sentença judicial, cabendo, então, a regra de que o ônus da prova toca à parte que arguir a falsidade (art. 389, I).

Também não incide a regra do nº II, e sim a do nº I do art. 389, quando o documento particular tiver sido firmado nas condições do art. 369.

Quando o caso for de impugnação da validade de documento assinado em branco, competirá ao impugnante "o ônus da prova, não só de que ele foi assinado em branco, mas, também, de que foi ele abusivamente preenchido".[103]

457. O incidente de falsidade

Consiste o incidente de falsidade numa verdadeira ação declaratória incidental, com que se amplia o *thema decidendum*: o juiz, além de solucionar a lide pendente, terá de declarar a falsidade ou não do documento produzido nos autos. E o efeito da *res iudicata* atingirá não só a resposta ao pedido como também a questão incidental da falsidade.

Há, assim, uma cumulação sucessiva de pedidos, por via incidental. Nesse sentido, é a lição de José Frederico Marques,[104] Pontes de Miranda,[105] Pestana de Aguiar[106] e Ada Pellegrini Grinover.[107]

A arguição é admissível em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 390) e pode referir-se tanto aos documentos públicos como aos particulares.

O prazo hábil para provocar o incidente, no entanto, conta-se da juntada do documento aos autos.

Se foi produzido com a inicial, o réu deverá suscitar o incidente na contestação. Se em qualquer outro momento processual, a parte interessada terá dez dias, a contar da intimação da juntada, para propor o incidente.

O prazo é preclusivo, de maneira que, não interposta a arguição de falsidade em tempo útil, nem impugnada de qualquer forma a autenticidade, presume-se que a parte aceitou o documento como verdadeiro (art. 372, *in fine*).

Não há preclusão, todavia, nos casos de documento obtido por erro, dolo ou coação, hipóteses em que a parte prejudicada poderá, mesmo além do prazo do art. 390, propor a ação comum de anulação do ato viciado (art. 372, parágrafo

único).

458. Procedimento do incidente de falsidade

O incidente de falsidade corre nos próprios autos, quando proposto na contestação, ou em qualquer outro momento anterior ao encerramento da instrução (art. 391).

Depois de encerrada a instrução, correrá em apenso aos autos principais. Se o processo já estiver no tribunal, caberá ao relator o processamento do incidente (art. 393).

Diz o art. 394 que "logo que for suscitado o incidente de falsidade o juiz suspenderá o curso do processo principal". A regra, no entanto, deve ser entendida em termos. Se o incidente foi suscitado no curso da instrução, a questão da falsidade passa a ser apenas um capítulo a mais na apuração da verdade dos fatos que interessam à solução do litígio. A suspensão do processo, *in casu*, seria apenas para ensejar à parte contrária oportunidade para responder, em dez dias, o pedido incidental (art. 392).

Obtida a resposta, não haverá uma instrução separada só para o incidente. Ao contrário, em se tratando de causas conexas, tal como se dá com a reconvenção e a declaratória incidental, o incidente de falsidade e o pedido principal serão objetos de instrução e julgamento comuns.

Mas, se a instrução processual já estiver encerrada, aí, sim, o processo deverá ficar suspenso, para aguardar a tramitação do incidente de falsidade, que virá solucionar uma questão prejudicial.

Feita a instrução do incidente, que, nessa hipótese, terá curso em autos próprios, o juiz reabrirá o processo principal e proferirá sentença única para julgar a questão prejudicial e a causa principal. A decisão do incidente será um tópico da sentença global, apenas, e não uma sentença à parte, em prejuízo da marcha do processo principal.

Em suma: antes do encerramento da instrução, "a alegação de falsidade documental constitui-se em mero incidente do processo principal, que se realiza nos próprios autos".[108] Mas, qualquer que seja a fase do processo, desde que não tenha sido ainda proferida a sentença de primeiro grau de jurisdição, entendemos que deve prevalecer a lição de Pontes de Miranda, no sentido de que "sempre que o documento se produziu como base e se argui contra a sua força probatória formal, a questão do falso pode ser prejudicial, mas está intimamente ligada ao pedido, podendo ser julgada simultaneamente com a ação principal". Isto,

evidentemente, não retira do incidente o seu caráter de ação declaratória incidental.[109]

Pretender que a sentença do incidente (art. 395) tenha de ser proferida em separado e com suspensão do processo principal seria subverter a sistemática do Código em matéria de cumulação de pedidos e conexão de causas, que sempre conduzem a julgamento único, por questão de ordem lógica e, principalmente, por economia processual.

Daí o inegável acerto da conclusão de Pontes de Miranda de que "o incidente de falsidade de documento suspende o processo, *porém somente quanto à decisão*".[110] Vale dizer, o processo principal não pode ser julgado enquanto o incidente não puder também ser solucionado, em face da questão prejudicial que nele se contém.

Com essa orientação, elimina-se, também, a controvérsia em torno da qual o recurso que se pode interpor do julgamento do incidente. Se a decisão é proferida na sentença, só pode ser a apelação.

Por último, ninguém contesta a possibilidade de cumular o autor, na inicial, o pedido de declaração de falsidade com outros pedidos condenatórios consequentes, como o de perdas e danos, por exemplo. Ora, se o juiz, *in casu*, terá de processar e julgar simultaneamente os vários pedidos principais, por que na hipótese de cumulação sucessiva através do incidente de falsidade, teria de cindir o processamento para suspender a causa principal e decidir primeiro apenas a questão da falsidade?

Basta isto, para concluir-se pela improcedência dos argumentos daqueles que preconizam a orientação contrária ao julgamento unitário do processo e do incidente.

Diante desses termos, podemos esquematizar o procedimento do incidente de falsidade da seguinte forma:

1) deve ser provocado por petição da parte endereçada ao juiz ou relator, expondo os motivos em que se funda a sua pretensão e indicando os meios com que provará o alegado (art. 391). Quando o réu suscitar o incidente na contestação (art. 390), não haverá necessidade de elaborar petição separada;[111]

2) admitido o incidente, o juiz mandará intimar a parte que produziu o documento a responder no prazo de 10 dias (art. 392);

3) pode o intimado responder ou silenciar, caso em que se presume que está insistindo na validade do documento. Pode, também, requerer a retirada do documento do processo, mas o juiz só autorizará o desentranhamento se o suscitante concordar, posto que pode ter interesse em prosseguir na ação

incidental para obter a sentença de falsidade (art. 392, parágrafo único);

4) se a parte não responder ou se afirmar a improcedência da arguição, o juiz mandará realizar prova pericial (art. 392), que é necessária, mas não exclui a admissibilidade de outros meios de convencimento pertinentes a cada caso;

5) o incidente será encerrado por sentença, que será proferida em conjunto com a da causa principal, e que "declarará a falsidade ou autenticidade do documento" (art. 395).

458-a. Facultatividade do incidente de falsidade

O incidente de falsidade, como já se afirmou, é uma espécie de ação declaratória incidental, com que uma parte amplia o objeto da lide, de maneira que o mérito a decidir passe a ser não só o pedido inicial, como também a questão incidente. Com isso, obtém-se a eficácia da *res iudicata* não apenas sobre a solução do pedido inicial, mas igualmente sobre a questão superveniente da falsidade.

Isto, porém, não quer dizer que, demonstrada a falsidade de uma prova deduzida nos autos, seja o juiz forçado a não reconhecê-la apenas porque a parte interessada omitiu-se na instauração da ação incidental dos arts. 390 a 395. O compromisso do processo é com a *verdade real* apenas, e o juiz tem de decidir de acordo com seu livre convencimento a respeito dessa verdade, formado à luz dos elementos probatórios dos autos.

As provas tarifadas, consagradoras de uma verdade puramente formal, desde muito foram banidas definitivamente do processo judicial civilizado.

Por isso, a ação incidental de falsidade é mera *faculdade da parte*, e jamais um limite ao poder amplo de investigação do juiz em torno da força probante de qualquer documento ou qualquer elemento de convicção.[112]

A parte interessada pode, pois, optar entre arguir simplesmente a falsidade ou promover a instauração da ação incidental. Se escolhe a primeira via, a consequência será que o reconhecimento eventual do *falsum* figurará tão somente entre os "motivos" da sentença, que, segundo o art. 469, I, não fazem coisa julgada. Por isso, em futuros processos, a mesma questão poderá ser reaberta, já que inexistirá o empecilho da *res iudicata*.

Se, porém, o interessado eleger a via da ação incidental de falsidade, o que ocorrerá será o deslocamento da matéria do *falsum* da área dos simples *motivos* para o campo do *mérito*, de tal modo que o pronunciamento jurisdicional a respeito da falsidade documental se revestirá da indiscutibilidade e imutabilidade

que caracterizam a coisa julgada material (art. 470).

459. Produção da prova documental

Produzir prova documental é fazer com que o documento penetre nos autos do processo e passe a integrá-lo como peça de instrução.

O Código especifica, no art. 396, os momentos adequados para a produção dessa prova, dispondo que os documentos destinados à prova dos fatos alegados devem ser apresentados em juízo com a petição inicial (art. 283), ou com a resposta (art. 297).

Como o art. 396 faz expressa remissão ao art. 283 e este, por seu turno, exige que a inicial seja instruída "com os documentos indispensáveis à propositura da ação", boa parte da doutrina e jurisprudência tem entendido que, quanto aos documentos "não indispensáveis", não estariam as partes impedidas de produzi-los em outras fases posteriores àquelas aludidas pelo art. 396.[113]

Mesmo para os que são mais rigorosos na interpretação do dispositivo em mira, o que se deve evitar é a malícia processual da parte que oculta desnecessariamente documento que poderia ser produzido no momento próprio. Assim, quando já ultrapassado o ajuizamento da inicial ou a produção da resposta do réu, desde que "inexistente o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo, verificada a necessidade, ou a conveniência, da juntada do documento, ao magistrado cumpre admiti-la".[114]

A solução é justa e harmoniza-se com os poderes de instrução que o art. 130 confere ao juiz, aos quais não sofrem efeitos da preclusão e podem ser manejados em qualquer momento, enquanto não proferida a sentença.

Em síntese, o entendimento dominante é o de que "a rigor somente os documentos havidos como pressupostos da ação é que, obrigatoriamente, deverão ser produzidos com a petição inaugural e com a resposta. Tratando-se de documentos não reputados indispensáveis à propositura da ação, conquanto a lei deseje o seu oferecimento com a inicial ou a resposta, não há inconveniente em que sejam exibidos em outra fase do processo".[115]

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, admitindo a produção de prova documental, "inclusive em razões ou contrarrazões de recurso, com a única exigência de ser ouvida a parte contrária".[116]

Há, outrossim, dois casos em que o Código permite, de forma expressa, a juntada de documentos novos em qualquer tempo. São aqueles previstos pelo art. 397, isto é:

a) quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados; ou

b) quando produzidos como contraprova a outros documentos juntados pela parte contrária.

Para assegurar a observância do princípio do contraditório, determina o art. 398 que, "sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de cinco dias".

Com relação aos documentos pertencentes à administração pública, prevê o art. 399, I, o poder conferido ao juiz de requisitar, em qualquer tempo ou grau de jurisdição "as certidões necessárias à prova das alegações das partes".

Requerida a certidão pelas partes, não cabe ao juiz, segundo o teor do art. 399, apenas a *faculdade* de requisitá-la, pois o Código determina imperativamente que o juiz *terá* de assim o fazer.

Mas não é lícito à parte transformar o juiz num mero preposto para obtenção de quaisquer certidões. Dessa forma, o dever do juiz de requisitar tais documentos ficará na dependência do exame do requisito de sua necessidade e da *dificuldade ponderável* de ser a certidão obtida diretamente pela parte.[117] É importante destacar, porém, que o inc. XXXIII do art. 5º da Constituição declara ser "direito fundamental" de todos o de "receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

A Lei nº 12.527/2011, editada para regulamentar o dispositivo constitucional referido, evidencia que a publicidade das informações devida pelos Órgãos Públicos é a regra e o sigilo, a exceção (art. 3º, I). Na esteira da disciplina constitucional, a Lei regulamentadora reitera o dever de informação da Administração Pública, como "direito fundamental, acentuando a obrigatoriedade de oferta das informações de modo objetivo, ágil, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão (art. 5º da Lei 12.527/2011)".[118]

Instituiu a Lei nº 11.419/2006 uma nova modalidade de fornecimento de documentos pelas repartições públicas: todos os documentos que devam fornecer poderão ser transmitidos em meio eletrônico conforme disposto em lei, certificando, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou do documento digitalizado (art. 399, § 2º).

Naquelas causas em que forem interessadas a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta, o juiz poderá, além das certidões necessárias, requisitar os *procedimentos administrativos* relacionados

com o feito (art. 399, II).

Essa requisição é de efeito apenas temporário: recebidos os autos, o juiz ouvirá as partes e determinará que sejam extraídas, no prazo máximo de 30 dias, certidões ou reproduções fotográficas das peças indicadas pelos litigantes ou de ofício; findo o prazo, os autos serão devolvidos à repartição de origem (art. 399, § 1º).

Também, aqui, a requisição do procedimento administrativo não é faculdade, mas dever do juiz.

460. Desentranhamento de documentos

Há dois casos em que, na vida forense, comumente se pede o desentranhamento de documentos existentes no bojo dos autos:

I – quando a parte contrária entende intempestiva ou impertinente a prova documental produzida;

II – quando o processo já se findou e a própria parte que produziu o documento pretende obtê-lo de volta.

Sobre a intempestividade da juntada, a regra a observar é da livre apreciação da conveniência de permanecer ou não o documento nos autos, segundo os critérios expostos acima no nº 459.

Quanto ao desentranhamento de documento impertinente, isto é, desnecessário à solução da lide, é medida perfeitamente cabível, pois não deve o juiz permitir que o processo seja tumultuado com medidas ou diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130). Essa deliberação, todavia, deve ser tomada com certa cautela pelo magistrado, "pois o que apresenta ser impertinente à primeira vista pode, face outras circunstâncias e ao conjunto das provas, revelar-se absolutamente pertinente".[119]

Já, após findo o processo, o pedido da parte, a respeito de desentranhamento de documento, deverá ser analisado à luz da conveniência e do interesse da Justiça em conservar a prova nos autos.

Em regra, "finda a causa, poderá o juiz deferir pedido de desentranhamento de documento sem audiência da parte contrária, ou, apesar da impugnação desta, se não houver interesse evidente na conservação do original".[120]

Dentro desta ordem de ideias, não deverá o juiz autorizar desentranhamento, em favor do credor, de título cambial que serviu de base à execução forçada em que houve alienação forçada e pagamento, ainda que apenas parcial. Mas nada impedirá que se faça o desentranhamento, quando a execução for frustrada pela

inexistência de bens penhoráveis do devedor, desde que o credor tenha desistido da execução.

Da mesma forma, o instrumento do contrato, que foi judicialmente rescindido pela sentença, não pode ser retirado dos autos, nem tampouco os títulos cambiários a ele vinculados.[121]

Em conclusão: “Embora extinto o litígio, os atos praticados pelo juiz no processo e relacionados à sua conservação serão atos de tutela a interesse das partes e, consequentemente, atos de jurisdição desafiantes do recurso processual que a natureza indicar. Uma vez requerido o desentranhamento ou devolução de documento anexado ao processo, pela parte que o produziu, o que deve o juiz fazer é verificar se há necessidade ou real conveniência de conservá-lo nos autos para indeferir ou deferir a pretensão, segundo o apurado.”[122]

Tratando-se de questão incidental, o recurso cabível, *in casu*, é o agravo.

Uma providência de ordem prática e que deve ser sempre observada, quando o juiz autoriza o desentranhamento de autos findos, é a substituição do documento original por cópia fotográfica ou xerográfica. Com isso, preserva-se a imagem completa do feito para memória futura e eventual preservação de interesses outros dos litigantes que possam surgir quanto à exata individuação do processo e de seu objeto.

§ 69. PROVA TESTEMUNHAL

Sumário: 461. Conceito. 462. Valor probante das testemunhas. 463. Direitos e deveres da testemunha. 464. A produção da prova testemunhal. 464-a. Inovação do procedimento da prova testemunhal (Lei nº 10.358, de 27.12.2001).

461. Conceito

Prova testemunhal é a que se obtém por meio do relato prestado, em juízo, por pessoas que conhecem o fato litigioso.

Testemunhas, pois, são – no dizer de Paula Batista – "as pessoas que vêm a juízo depor sobre o fato controvertido".[123]

Não podem ter interesse na causa e devem satisfazer a requisitos legais de capacidade para o ato que vão praticar.

Assim, é completa a definição de João Monteiro que conceitua a testemunha como "a pessoa, capaz e estranha ao feito, chamada a juízo para depor o que sabe sobre o fato litigioso".[124]

Não se confunde com o perito, porquanto este informa sobre dados atuais extraídos do exame do objeto litigioso, feito após a ocorrência do fato que serviu de base à pretensão da parte. Já a testemunha reproduz apenas os acontecimentos passados que ficaram retidos em sua memória, desde o momento em que presenciou o fato litigioso ou dele tomou conhecimento.

Só é prova testemunhal a colhida com as garantias que cercam o depoimento oral, que obrigatoriamente se faz em audiência, em presença do juiz e das partes, sob compromisso legal previamente assumido pelo depoente e sujeição à contradita e reperguntas daquele contra quem o meio de convencimento foi produzido. Não se pode atribuir valor de prova testemunhal, portanto, às declarações ou cartas obtidas, particular e graciosamente, pela parte.[125]

Há testemunhas presenciais, de referência e referidas. As presenciais são as que, pessoalmente, assistiram ao fato litigioso; as de referência, as que souberam dele através de terceiras pessoas; e referidas, aquelas cuja existência foi apurada por meio do depoimento de outra testemunha.

Costuma-se, também, classificar as testemunhas em *judiciárias* e

instrumentárias. Aquelas são as que relatam em juízo o seu conhecimento a respeito do litígio e estas as que presenciaram a assinatura do instrumento do ato jurídico e, juntamente com as partes, o firmaram.

462. Valor probante das testemunhas

Segundo o prisma histórico, a prova testemunhal é o mais antigo dos meios de convencimento utilizados pela Justiça.

Deplorada por muitos, dada à notória falibilidade humana, e pelo mau uso que não poucos inescrupulosos fazem do testemunho, a verdade é que o processo não pode prescindir do concurso das testemunhas para solucionar a grande maioria dos litígios que são deduzidos em juízo.

Daí ver Bentham nas testemunhas "os olhos e os ouvidos da Justiça".[126]

Por isso mesmo, para o nosso Código, "a prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso" (art. 400).

A inquirição de testemunhas, assim, só não terá cabimento naqueles casos que o próprio Código veda esse tipo de prova (arts. 400 a 406).

Dentro do sistema do livre convencimento motivado (art. 131), a prova testemunhal não é mais nem menos importante do que os outros meios probatórios, a não ser naqueles casos em que a lei exija a forma solene para reconhecer eficácia ao ato jurídico.

Nas hipóteses comuns, o valor probante das testemunhas será aferido livremente por meio do cotejo com as alegações das partes e com os documentos, perícias e mais elementos do processo.

Já vigorou, no direito antigo, a regra de que o testemunho de uma só pessoa seria ineficaz para demonstrar veracidade de um fato (*testis unus testis nullus*). Hoje, no sistema do livre convencimento do julgador, não é o número de testemunhas, mas a credibilidade delas que importa.

Há, no dizer de Paula Batista, uma multidão de motivos que influenciam na grande força probante dos depoimentos testemunhais e que não pode ser submetida a regras, mas que são para o juiz elementos de apreciação livre e moral. "Assim, umas vezes o mérito interno do depoimento, outras vezes as qualidades e reputação das testemunhas, outras o seu número, outras as coincidências que venham em socorro de algumas, tais são as circunstâncias, que o juiz deverá examinar com religiosa atenção, escrupulosa imparcialidade."[127]

A verossimilhança e a improbabilidade do relato, a honorabilidade ou má fama da testemunha, a coerência entre os vários depoimentos são, sem dúvida,

elementos valiosos a serem computados pelo juiz na aferição do valor de convencimento da prova testemunhal.

São, outrossim, quase inevitáveis as contradições e abusos nessa prova.

Mas, à luz do bom senso e do critério do juiz, poderão ser superados os conflitos que ordinariamente ocorrem entre os depoimentos das várias testemunhas ouvidas no mesmo processo.

Embora a regra seja a admissibilidade da ouvida de testemunhas em todos os processos, o Código permite ao juiz dispensar essa prova oral, quando a prova documental for suficiente para fornecer os dados esclarecedores do litígio, ou quando inexistirem fatos controvertidos a apurar, casos em que o julgamento da lide poderá ser antecipado e proferido até mesmo sem audiência, se configuradas as hipóteses do art. 330.

Haverá, por isso mesmo, indeferimento da inquirição de testemunhas, segundo o art. 400, quando a prova versar sobre fatos:

I – já provados por documento ou confissão da parte;

II – que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

Incide o nº I, *supra*, se o documento é autêntico e não houve impugnação à sua veracidade, pois em tais casos há presunção legal da verdade da declaração nele contida, contra o autor do documento. Quando, porém, houver discussão em torno da autenticidade ou veracidade do próprio documento, não ocorrerá restrição à produção de testemunhas.

Também, quando o documento é incompleto ou insuficiente para solucionar o litígio, pode a prova testemunhal ser deferida como complementar (art. 402, I).

Mesmo para os contratos de forma livre, a prova *exclusivamente testemunhal* só se admite quando o respectivo valor não exceder o décuplo do maior salário mínimo vigente no País, ao tempo em que foram celebradas (art. 401).

Mas a jurisprudência tem entendido em termos a restrição decorrente do valor do contrato, de modo a limitá-la apenas àqueles casos em que a lide restritamente se refira à questão da existência ou não de um contrato. Quando, todavia, o contrato, mesmo sem ser reduzido a escrito, gerou efeitos de fato entre as partes, esses efeitos podem perfeitamente ser provados por testemunhas.

Com essa orientação, tem-se decidido que, em se tratando de contratos de locação de serviços ou avenças dessa mesma natureza, sem embargo da taxa legal, “é admissível a prova exclusivamente testemunhal para comprovação dos serviços prestados, porque, caso contrário, estar-se-ia infringindo o salutar princípio de direito, segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se com a jactura alheia”.[128]

Admite-se, também, que o depoimento pessoal da parte, que contenha confissão do contrato, possa suprir a falta de instrumentação exigida pelo valor superior à taxa legal.[129]

À vedação feita no art. 401, o próprio Código abre a exceção do art. 402, dispondo que, "qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal", quando:

I – houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova;

II – o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter prova escrita da obrigação, em casos como o do parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel.

Note-se, por outro lado, que as restrições em matéria de valor da obrigação se aplicam não apenas ao contrato, mas também ao pagamento e à remissão de dívida (art. 403).

Em consonância com o entendimento de que a restrição do art. 401 é apenas quanto ao contrato em si, vê-se do art. 404 que "é lícito à parte inocente provar com testemunhas", independentemente do valor da obrigação:

"I – nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada;

II – nos contratos em geral, os vícios de consentimento."

Em conclusão, a prova testemunhal, que é regra geral, só não será admitida:

I – se o fato já estiver provado por documento, ou confissão, expressa ou presumida;

II – se o fato só puder ser demonstrado por documento ou perícia;

III – se o contrato ultrapassar a taxa legal e as testemunhas forem as únicas provas requeridas.

463. Direitos e deveres da testemunha

É dever de todo cidadão colaborar com o Poder Judiciário na apuração da verdade a fim de que os litígios sejam legitimamente compostos.[130]

O depoimento testemunhal, assim, não é uma faculdade, mas um dever, imposto expressamente pelo art. 341, nº I.

Qualquer pessoa, desde que não seja considerada, pela lei, incapaz, impedida ou suspeita, pode ser chamada a depor como testemunha (art. 405).

Até as impedidas ou suspeitas, porém, poderão ser ouvidas pelo juiz, "sendo estritamente necessário". Mas seus depoimentos serão prestados

independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer (art. 405, § 4º).

O juiz da causa, também, poderá ser arrolado como testemunha, o que lhe acarretará o seguinte procedimento (art. 409):

I – se realmente tiver conhecimento de fatos que possam influir na decisão da causa, o juiz se declarará *impedido*[131] de continuar funcionando no processo e determinará a remessa dos autos a seu substituto legal. Nesse caso, "será defeso à parte, que o incluiu no rol, desistir de seu depoimento" (art. 409, I);

II – se o juiz nada souber, simplesmente mandará excluir seu nome do rol de testemunhas (art. 409, II).

Os incapazes de prestar depoimento são (art. 405, §

I – o interdito por demência;

II – o que, acometido por enfermidade ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir percepções;

III – o menor de 16 anos;

IV – o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

São impedidos de depor (art. 405, § 2º):

I – o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o 3º grau, de alguma das partes, por consanguinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;[132]

II – o que é parte na causa;[133]

III – o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido às partes.

São *suspeitas* as testemunhas que se enquadrarem numa das seguintes situações (art. 405, § 3º):

I – o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença;

II – o que, por seus costumes, não for digno de fé;

III – o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo;

IV – o que tiver interesse no litígio.[134]

A doutrina reconhece como os principais deveres das testemunhas:

a) o de comparecer em juízo (art. 412);

b) o de prestar depoimento (art. 414);

c) o de dizer a verdade (art. 415).

Se a testemunha deixar de comparecer à audiência, sem motivo justificado, será conduzida coercitivamente para a nova audiência que o juiz designar e responderá pelas despesas da diligência decorrente do adiamento do ato judicial (art. 412).

Quanto ao dever de depor, o Código prevê, no art. 406, hipóteses em que a testemunha pode se recusar a prestar depoimento. Essas exceções ocorrem quando tiver que depor sobre fatos:

"I – que lhe acarretam grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau;

II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo."

A violação do segredo profissional é crime (Código Penal, art. 154).[135]

E ninguém deve ser obrigado a depor sobre fatos que importem desonra própria ou dos que lhe são próximos.[136]

Acobertam-se, porém, pelo sigilo profissional, apenas os fatos que foram confiados pela parte à testemunha, no estrito exercício de sua profissão. "Sobre os fatos que, por outros meios, tenham chegado ao seu conhecimento, não prevalece o sigilo" (TJSP – RT, 127/212), ainda que haja relação com a atividade profissional do depoente.

A desobediência ao dever da verdade, sobre o qual a testemunha é advertida expressamente antes de depor (art. 415), acarreta-lhe pena criminal de um a três anos de reclusão (art. 342 do Código Penal). O crime de falso testemunho ocorre tanto quando se faz afirmação falsa, como quando se nega ou oculta a verdade (art. 415, parágrafo único).

Os direitos reconhecidos às testemunhas são:

a) o de recusar a depor. Quando ocorrerem as hipóteses do art. 406 a testemunha requererá ao juiz a dispensa e este, ouvidas as partes, decidirá de plano (art. 414, § 2º);

b) o de ser tratado pelas partes com urbanidade, às quais não é lícito formular perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias (art. 416, § 1º);

c) o de ser reembolsada pela despesa que efetuou para comparecer à audiência, "devendo a parte pagá-la logo que arbitrada, ou depositá-la em cartório dentro de três dias" (art. 419);

d) o depoimento prestado em juízo é considerado serviço público. E a testemunha, quando sujeita ao regime da legislação trabalhista, não pode sofrer,

por comparecer à audiência, perda de salário nem desconto no tempo de serviço (art. 419, parágrafo único).

464. A produção da prova testemunhal

O momento adequado para requerer a prova testemunhal é a petição inicial (art. 282, VI), para o autor, ou a contestação, para o réu (art. 300), ou então na fase de especificação de prova, durante as providências preliminares (art. 324).

É no saneador que o juiz admitirá, ou não, essa espécie de prova (art. 331, II). Entende-se, porém, implicitamente deferida a prova testemunhal previamente requerida quando o juiz simplesmente designa a audiência de instrução e julgamento.

A parte que desejar produzir essa prova deverá, antes da audiência, no prazo que o juiz designar, depositar, em Cartório, o respectivo rol, onde figurarão nomes, profissões, residências e locais de trabalho das testemunhas a ouvir (art. 407).[137]

Omitindo-se o juiz na estipulação do referido prazo, o rol terá de ser apresentado até dez dias antes da audiência (art. 407, com a redação da Lei nº 10.358, de 27.12.2001).

Esse prazo é estabelecido pelo Código em benefício da parte contrária, a fim de que possa conhecer com a necessária antecedência a idoneidade da prova que contra si vai ser produzida. Há, por isso, de ser observado tanto nos casos de testemunhas a serem intimadas como daquelas que comparecerão independentemente de intimação.

A contagem do prazo é regressiva, iniciando-se a partir da data da audiência, com exclusão dela (*dies a quo*). O término desse retrocesso não pode cair em dia não útil, pois assim ficaria prejudicada a parte contrária. Quando isto ocorrer, o rol deverá ser depositado com maior antecedência para que o adversário disponha pelo menos do número de dias estipulados no art. 407.[138]

Cada parte poderá arrolar no máximo 10 testemunhas; mas ao juiz é permitido dispensar, na audiência, as excedentes de três, quando destinadas à prova do mesmo fato (art. 407, parágrafo único).

Às vezes, a audiência não se realiza na data marcada no processo, seja por motivo de força maior, seja por causas oriundas do juízo ou das próprias partes. Quando, assim, ocorrer adiamento e este não se dever a embaraço judicial, o prazo de oferecimento do rol de testemunhas contar-se-á com relação apenas à primeira data designada para a audiência.

Assim, “se a parte não apresentou rol de testemunhas para a audiência que foi adiada, não lhe é lícito fazê-lo para a segunda”.[139]

Tem, outrossim, entendido a jurisprudência que a falta de requerimento ou especificação da prova testemunhal pela parte, antes do saneador, não a impede de arrolar testemunhas quando o juiz designa audiência de instrução e julgamento, desde, é claro, que não tenha havido expresso indeferimento desse tipo de prova.[140]

Mesmo ao revel, isto é, ao que não contestou a ação, é assegurado o direito de produzir testemunhas, quando os efeitos da revelia não ocorreram, nos termos do art. 320.[141]

Depois de apresentado o rol de que fala o art. 407, “a parte só pode substituir a testemunha:

I – que falecer;

II – que, por enfermidade, não estiver em condições de depor;

III – que, tendo mudado de residência, não for encontrada pelo oficial de justiça”.[142]

Ao requerer a prova oral, a parte pode requerer a intimação das testemunhas (art. 412, *caput*) ou comprometer-se a levá-las, independentemente de intimação (art. 412, § 1º).

No primeiro caso, o oficial de justiça, em cumprimento do mandado, intimará a testemunha a comparecer em juízo, no dia, hora e local que forem designados para a audiência. E haverá condução coercitiva, caso a testemunha deixe de atender à intimação (art. 412, *caput*). Quando se tratar de testemunha que seja funcionário público ou militar, o juiz, por ofício, a requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir (art. 412, § 2º).

No segundo caso, ou seja, quando se dispensou a intimação, o não comparecimento importará presunção de que a parte desistiu da ouvida da testemunha (art. 412, § 1º).[143]

As testemunhas são ouvidas pelo juiz na audiência de instrução e julgamento, depois dos esclarecimentos dos peritos e dos depoimentos pessoais das partes (arts. 410 e 452, III).

Fora da audiência, mas em juízo, são inquiridas as testemunhas que “prestam depoimento antecipadamente” (art. 336, parágrafo único) e as que “são inquiridas por carta” (art. 200).

Fora do juízo, serão ouvidas as testemunhas mencionadas nos incisos III e IV do art. 410, ou seja:

a) no local onde estiverem, “as que, por doença ou outro motivo relevante,

estão impossibilitadas de comparecer em juízo" (art. 336, parágrafo único);

b) em sua *residência*, ou *onde exercem a sua função* (art. 411):

I – o Presidente e o Vice-Presidente da República;

II – o Presidente do Senado e o da Câmara dos Deputados;

III – os Ministros de Estado;

IV – os Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União;

V – o Procurador-Geral da República;

VI – os Senadores e Deputados Federais;

VII – os Governadores dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal;

VIII – os Deputados Estaduais;

IX – os Desembargadores dos Tribunais de Justiça, os Juízes dos Tribunais de Alçada, os Juízes dos Tribunais Regionais Eleitorais e os Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal;

X – o Embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil.

Nesses casos, o juiz oficiará à autoridade que deve depor, solicitando que designe dia, hora e local, a fim de ser inquirida. Remeterá, com ofício, cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte, que a arrolou como testemunha (art. 411, parágrafo único).

Na audiência de instrução e julgamento, o juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente; primeiro as do autor e depois as do réu, providenciando de modo que uma não ouça o depoimento das outras (art. 413). A ordem em questão não deve ser vista como absoluta, podendo ser alterada segundo conveniências do caso concreto, desde que não acarrete prejuízo para nenhuma das partes.[144] É a hipótese, *v.g.*, das testemunhas ouvidas em audiências diferentes ou em juízos diversos.

Antes de depor, a testemunha será qualificada, isto é, declarará o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo (art. 414, *caput*).

Nessa fase, é lícito à parte contrária contraditar a testemunha por meio de arguição de incapacidade, impedimento ou suspeição, de acordo com o art. 405. Sobre a contradita, o juiz ouvirá a testemunha e a parte que a arrolou. Se reconhecida a procedência da arguição, o depoimento não será tomado, salvo se configurada a exceção do art. 405, § 2º, nº I, e § 4º.

Se, todavia, a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte

poderá provar a contradita com documentos ou com testemunha até três, apresentadas no ato e inquiridas em separado. Sendo provados os fatos, o juiz dispensará a testemunha, ou tomará o depoimento sem o compromisso legal, se for o caso do art. 405, § 4º.

Após a qualificação, e antes do início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado e será advertida pelo juiz que se sujeita à sanção penal quem faz afirmação falsa, cala ou oculta a verdade (art. 415 e seu parágrafo).

O interrogatório é feito pelo juiz e versará sobre os fatos articulados no processo. Após o juiz, caberá também aos advogados das partes formular perguntas tendentes a esclarecer ou completar o depoimento. Primeiro, perguntará a parte que arrolou a testemunha, depois a parte contrária (art. 416, *caput*).

As perguntas não são formuladas diretamente à testemunha, mas sim submetidas à consideração do juiz, que é o único que interroga o depoente.

Caberá ao juiz indeferir as perguntas inúteis (art. 130) e as que forem julgadas impertinentes, capciosas ou vexatórias (art. 416, § 1º). As perguntas indeferidas serão transcritas no termo, se a parte o requerer (§ 2º).

O depoimento é sempre oral, de modo que não é lícito à parte substituí-lo por declaração escrita adrede preparada.[145]

Isto não impede que se permita à testemunha consultar breves anotações ou documentos em seu poder.

Findo o depoimento, lavrará o escrivão o competente termo, que deve ser datilografado, e assinado pelo juiz, pela testemunha e pelos advogados das partes. Destina-se o termo a documentar, para os autos, as declarações do depoente.

A Lei nº 8.952, de 13.12.1994, alterou a redação do art. 417 do CPC para permitir que o depoimento testemunhal seja "datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro meio idôneo de documentação". Criou, outrossim, o parágrafo único do citado artigo, onde não mais se obriga a traduzir o registro codificado do depoimento, que poderá permanecer nos autos em sua forma original com a assinatura do juiz, do depoente e dos procuradores. Haverá a tradução datilográfica obrigatória somente quando houver recurso da sentença ou, em outros casos, quando o juiz o determinar, de ofício ou a requerimento da parte.

Por sua vez, a Lei nº 11.419, de 19.12.2006, renumerou o parágrafo único do art. 417 para § 1º e acrescentou o § 2º, para prever a hipótese de processo

eletrônico, quando, então, os depoimentos poderão ficar produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, devendo observar-se as demais cautelas dos atuais §§ 2º e 3º do art. 169.[146]

Dois incidentes podem se seguir à tomada de depoimento da testemunha:

a) a acareação; e

b) a ouvida de testemunhas referidas.

Testemunha referida é a pessoa estranha ao processo, que foi mencionada no depoimento de outra testemunha, ou da parte. A audiência daquela pode se destinar a confirmar ou esclarecer o depoimento já tomado.

A *acareação* consiste em promover o confronto pessoal numa só audiência, das pessoas que prestaram depoimentos contraditórios. É cabível também entre testemunhas e parte, mas não entre as duas partes.[147]

Essas duas diligências podem ser determinadas pelo juiz, a requerimento da parte ou de ofício (art. 418). Sua efetivação pode ocorrer na própria audiência de instrução e julgamento, se estiverem presentes os interessados; ou em outra data, designada pelo juiz, caso em que a conclusão dos trabalhos da audiência ficará suspensa.[148]

464-a. Inovação do procedimento da prova testemunhal (Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Com a redação dada ao art. 407, pela Lei nº 10.358, o procedimento da prova testemunhal sofreu as seguintes inovações:

a) prazo para depósito do rol das testemunhas será aquele que o juiz fixar, por ocasião da designação da audiência de instrução e julgamento;

b) se o juiz deixar de assiná-lo, observar-se-á o prazo legal de dez dias antes da audiência;

c) a identificação das testemunhas arroladas deverá conter dados precisos que compreendam o nome, a profissão, a residência e o local de trabalho.

§ 70. PROVA PERICIAL

Sumário: 465. Conceito. 466. Admissibilidade da perícia. 467. O perito. 468. O procedimento da prova pericial. 469. Valor probante da perícia. 470. Nova perícia.

465. Conceito

Os fatos litigiosos nem sempre são simples de forma a permitir sua integral revelação ao juiz, ou sua inteira compreensão por ele, através apenas dos meios usuais de prova, que são as testemunhas e documentos.

Nem é admissível exigir que o juiz disponha de conhecimentos universais a ponto de examinar cientificamente tudo sobre a veracidade e as consequências de todos os fenômenos possíveis de figurar nos pleitos judiciais.

Não raras vezes, portanto, terá o juiz de se socorrer de auxílio de pessoas especializadas, como engenheiros, agrimensores, médicos, contadores, químicos etc., para examinar as pessoas, coisas ou documentos envolvidos no litígio e formar sua convicção para julgar a causa, com a indispensável segurança.

Aparece, então, a prova pericial como o meio de suprir a carência de conhecimentos técnicos de que se ressente o juiz para apuração dos fatos litigiosos.

Como ensina Amaral Santos, a perícia pode consistir "numa declaração de ciência ou na afirmação de um juízo, ou, mais comumente, naquilo e nisto". *É declaração de ciência* "quando relata as percepções colhidas, quando se apresenta como prova representativa de fatos verificados ou constatados", como, *v.g*., no caso em que são descritos os danos sofridos pelo veículo acidentado, bem como os sinais materiais encontrados na via pública onde se deu a colisão. *É afirmação de um juízo* "quando constitui parecer que auxilie o juiz na interpretação ou apreciação dos fatos da causa", como, *v.g*., ao dar sua explicação de como ocorreu o choque dos veículos e qual foi a causa dele.[149]

É a perícia, destarte, meio probatório que, de certa forma, se aproxima da prova testemunhal, e no direito antigo os peritos foram, mesmo, considerados como testemunhas. Mas, na verdade, há uma profunda diferença entre esses

instrumentos de convencimento judicial. O fim da prova testemunhal é apenas reconstituir o fato tal qual existiu no passado; a perícia, ao contrário, descreve o estado atual dos fatos; das testemunhas, no dizer de Lessona, invoca-se a *memória*, dos peritos, a *ciência*.[150]

Segundo o art. 420 do atual Código de Processo Civil, "a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação".

Consiste o *exame* na inspeção sobre coisas, pessoas ou documentos, para verificação de qualquer fato ou circunstância que tenha interesse para a solução do litígio. *Vistoria* é a mesma inspeção, quando realizada sobre bens *imóveis. E avaliação* ou *arbitramento* é a apuração de valor, em dinheiro, de coisas, direitos ou obrigações em litígio.[151]

A perícia regulada pelo Código é sempre *judicial*, isto é, realizada em juízo, por perito nomeado pelo juiz. Mas existem também perícias *extrajudiciais* promovidas por iniciativa das partes, através de técnicos particulares ou agentes administrativos. Sua força de convencimento não pode, naturalmente, ser a mesma da perícia judicial, e o juiz examinará tais laudos como simples *pareceres*, dando-lhes a credibilidade que merecem.

A jurisprudência, no entanto, tem entendido que "o laudo do exame pericial administrativo realizado, logo após a colisão dos veículos, por agente do DNER, órgão incumbido da fiscalização do trânsito nas rodovias federais, tem a presunção de verdade dos atos administrativos em geral". De sorte que não se pode admitir que suas conclusões sejam elididas por "depoimentos de testemunhas que, nada podendo relatar, por não haverem presenciado o fato, permitiram-se emitir apreciações opinativas".[152]

Milita em favor dos laudos oficiais expedidos pela administração pública uma presunção *iuris tantum* de veracidade, que, segundo a jurisprudência dominante, não pode ser infirmada por "simples suscitação de dúvidas".[153] Suas conclusões, por isso, devem prevalecer até prova em contrário.[154]

Mas, se o laudo administrativo foi elaborado tardiamente, ou se entra em conflito com as testemunhas que presenciaram o evento, deve prevalecer a prova oral e não a do documento elaborado pelos agentes públicos.[155]

Ainda, dentro do conceito de perícia judicial, os tribunais têm admitido, em casos de acidentes automobilísticos, que "as custosas e demoradas vistorias" sejam substituídas "por orçamentos de oficinas idôneas" a respeito do custo dos reparos do veículo.[156]

Com o novo texto do art. 427 do CPC, dado pela Lei nº 8.455, de 24.08.1992, abriu-se grande área para utilização das perícias extrajudiciais, visto

que o juiz ficou autorizado a dispensar a perícia judicial “quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes” (v., adiante, o nº 468).

466. Admissibilidade da perícia

Por se tratar de prova especial, subordinada a requisitos específicos, a perícia só pode ser admitida, pelo juiz, quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Somente haverá perícia, portanto, quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova, ainda, tiver utilidade, diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, dispõe o art. 420, parágrafo único, que “o juiz indeferirá a perícia quando”:

I – *a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico*: bastará, para apuração da verdade, em tal hipótese, que sejam ouvidas as testemunhas e compulsados os documentos acaso existentes;

II – *for a prova técnica desnecessária em vista de outras provas produzidas*: o juiz deve sempre impedir a realização de provas ou diligências inúteis (art. 130). Se o fato foi confessado, se não é controvertido, ou se já está, de outro modo, provado nos autos, não tem cabimento realizar sobre ele a perícia;[157]

III – *a verificação pretendida for impraticável*: é o caso dos eventos transitórios que não deixam vestígios materiais a examinar.

A perícia, *in casu*, seria completamente inócua por falta de objeto.

No entanto, mesmo quando não exista mais o objeto a ser periciado, ainda será admissível, em alguns casos, a perícia indireta. Se existem, por exemplo, registros oficiais acerca de dados do acidente, é possível ao perito, muitas vezes, um juízo lógico acerca de suas causas, conforme o teor de tais dados e sua idoneidade para uma análise técnica. O mesmo pode ocorrer, com a aferição, numa determinada época, da capacidade da pessoa já falecida. Se existem dados convincentes a respeito de enfermidade de que padecia, internamentos psiquiátricos, medicamentos de que fazia uso, prontuários e outros elementos similares, o perito psiquiátrico pode emitir laudo para concluir se, em determinado momento, a pessoa estava ou não incapacitada de gerir sua pessoa e seus bens.[158]

Situação interessante surge quando a perícia deve recair sobre a pessoa do

litigante, o que frequentemente ocorre nos exames hematológicos nas ações de paternidade. Prevalece o entendimento de que ninguém deve ser coagido fisicamente a submeter-se a exame ou inspeção corporal.[159] Todavia, a recusa *in casu* será interpretada como indício autorizador da presunção de veracidade do fato que se desejaria provar por meio da perícia (Código Civil, art. 232). Trata-se, no entanto, de presunção relativa que pode ser derrubada por outras provas nos autos e que não pode ser formulada apenas com base na recusa; haverá de ser apreciada sempre no cotejo com o conjunto probatório disponível, com o qual deverá harmonizar-se.[160]

Enfim, cabe ao juiz, na direção da instrução da causa, deliberar sobre o cabimento, ou não, da prova pericial (art. 130). Mas, quando, pela natureza dos fatos, sua verificação e avaliação somente forem possíveis por meio de técnicos, não cabe ao magistrado denegar a prova técnica, sob pena de cometer cerceamento de defesa ao litigante que a requereu[161].

467. O perito

O técnico que deve servir no processo como perito é escolhido pelo juiz (art. 421). Uma vez nomeado, passa a exercer a função pública de órgão auxiliar da Justiça (art. 139), com o encargo de assistir o juiz na prova do fato que depender de seu conhecimento técnico ou científico (art. 145). Tratando-se de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito (art. 431-b, com a redação da Lei nº 10.358, de 27.12.2001). É o caso, por exemplo, do julgamento de uma demanda indenizatória por falha de equipamentos industriais, cuja solução reclamará trabalho técnico de engenheiro e de economista, ou de técnico em contabilidade; ou a hipótese de avaliação de sequelas de lesões pessoais que tenham afetado as funções motora e psíquica da vítima, reclamando laudos de ortopedista e de psiquiatra etc.

A nomeação do perito é feita pelo juiz no despacho saneador (audiência preliminar), quando houver por bem deferir a prova técnica (art. 331, § 2º). Os honorários periciais devem ser depositados pela parte por eles responsável antes do início da prova técnica, nos termos do art. 33 (sobre o processo promovido sob os benefícios da assistência judiciária gratuita, v., *retro*, o item nº 199).

Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados (art.

434). Nos demais casos, a escolha dos peritos recairá sobre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, salvo se na localidade inexistir quem detenha a necessária qualificação técnica, hipótese em que a indicação do experto será da livre escolha do juiz (art. 145, §§ 1º e 3º, com as inovações introduzidas pela Lei nº 7.270, de 10.12.1984).

Permite o sistema do Código que os litigantes participem da perícia através da escolha de assistentes técnicos e formulação de quesitos (art. 421, § 1º), cuja qualificação profissional deve respeitar as mesmas exigências impostas ao perito do juízo. Se o juiz nomear mais de um perito, com conhecimentos técnicos diferenciados, também as partes poderão, cada uma, designar assistentes técnicos diferentes para cada experto do juiz (art. 431-b).[162]

Sobre a escusa do perito (art. 146) ou sua recusa pelas partes (art. 138, nº III), bem como sobre a responsabilidade civil por dolo ou culpa (art. 147), consulte-se o nº 199, *retro*.

Admite o Código que o perito ou o assistente possa ser substituído, no curso da prova, quando:

I – carecer de conhecimento técnico ou científico;

II – sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado (art. 424). Nessa hipótese, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo, ainda, impor multa ao perito, fixada em função do valor da causa e do possível prejuízo decorrente do atraso no processo (art. 424, parágrafo único).

468. O procedimento da prova pericial

O pedido de perícia pode ser formulado na inicial, na contestação ou na reconvenção, bem como na réplica do autor à resposta do réu.

O juiz o apreciará no despacho saneador, oportunidade em que, se deferir a perícia, nomeará, desde logo, o perito e determinará a intimação das partes para que, em cinco dias, indiquem seus assistentes técnicos e apresentem os quesitos a serem respondidos pelos louvados (art. 421, § 1º, nºs I e II).

Quando a perícia for complexa e abranger mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz é autorizado a nomear mais de um perito oficial. Igual faculdade toca também às partes, na indicação de mais de um assistente técnico para as perícias complexas (novo art. 431-B). A medida corresponde a uma necessidade lógica e intuitiva, e, por isso mesmo, já vinha sendo observada na prática forense, independentemente da previsão expressa da

lei.

No caso de litisconsórcio, ativo ou passivo, o Código previa um único assistente técnico para cada grupo, submetido a sorteio se não houvesse acordo entre os interessados. A Lei nº 8.455, de 24.08.92, no entanto, cancelou a restrição outrora contida no § 2º do art. 421, de maneira que, agora, cada litisconsorte pode indicar seu próprio assistente.

A mesma Lei nº 8.455 alterou o texto do art. 422 do CPC para dispensar a formalidade do compromisso do perito impondo-lhe, porém, a obrigação de cumprir escrupulosamente o encargo judicial que lhe foi cometido. Como agente auxiliar do juízo, está o perito sujeito a impedimento e suspeição (art. 138, nº II). O mesmo não ocorre com o assistente técnico que é considerado apenas elemento de confiança da parte (art. 422, com a redação da Lei nº 8.455).

Assinando o prazo para a diligência (art. 433), e examinando os quesitos apresentados pelas partes, o juiz indeferirá os impertinentes e formulará, de ofício, os que entender necessários ao esclarecimento da causa (art. 426).

Havendo escusa do perito, ou recusa dele pela parte, o juiz, se acolher a alegação, nomeará outro técnico (art. 423).

Para desempenho de sua função, poderão os peritos e os assistentes utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas (art. 429).

Antes de proceder aos trabalhos técnicos, as partes serão intimadas da data e local designados para início da perícia, seja tal designação de iniciativa do juiz ou do perito (art. 431-A). Se a deliberação for do juiz constará dos autos e será intimada como todas as deliberações processuais. Se for do perito, deverá informar ao escrivão para que este tome as providências intimatórias. A intimação far-se-á na pessoa dos advogados, salvo se a perícia tiver de recair sobre o próprio litigante (exames médicos, psiquiátricos etc.).[163]

Quando o exame tiver por objeto a autenticidade da letra e firma, o perito poderá fazer a verificação de duas maneiras: *a*) por confronto com documentos requisitados de repartições públicas, como cartões de firmas ou escrituras existentes em poder de tabeliães; ou *b*) com originais colhidos em juízo, em papel que o sindicado preencherá por cópia ou sob ditado, com dizeres diferentes do documento periciado (art. 434, parágrafo único).

O trabalho do perito é reduzido a laudo, que será depositado em cartório, pelo menos vinte dias antes da audiência de instrução e julgamento (art. 433). Os assistentes não estão obrigados a subscrever o laudo o perito. Seu encargo é o de

apresentar parecer, seja para apoiar o laudo, seja para dele discordar. Terão o prazo comum de dez dias, que corre da intimação das partes sobre a juntada do laudo (art. 433, parágrafo único, com redação da Lei nº 10.358/2001). Não há intimação pessoal dos assistentes. Cumpre à parte interessada diligenciar para que o trabalho de seus assistentes seja produzido no referido prazo.

A entrega do laudo, em regra, ocorrerá dentro do prazo fixado, mas, havendo motivo legítimo, o juiz poderá conceder ampliação daquele prazo (art. 432). Mesmo além do termo assinalado, poder-se-á aceitar o laudo, desde que se respeite a antecedência mínima de vinte dias da audiência. As regras dos arts. 433, 427 e 432 não devem ser entendidas como inflexíveis, cumprindo evitar inteligência que as considere como geradoras de prazos fatais e irremediáveis.

O prazo que o juiz inicialmente marca para a prova técnica (art. 421) é o que se julga razoável para a conclusão da perícia, em face de suas peculiaridades. É um ponto de referência, a partir do qual o juiz se sentirá habilitado a escolher a data da audiência, sem risco de cercear a prova. Os próprios peritos, todavia, podem demonstrar que ele não foi suficiente para concluir a diligência. Daí a permissão legal para sua prorrogação (art. 432).

O prazo para os assistentes técnicos, como já se viu, não é o mesmo do perito. Se tiverem acompanhado a perícia e concordado com as conclusões do perito, poderão, naturalmente, subscrever o seu laudo. Se não o fizerem, terão todos os assistentes o prazo comum de dez dias para a apresentação de seus pareceres, contados na forma do art. 433, parágrafo único.[164]

Com ou sem o laudo e os pareceres, o juiz pode marcar a audiência de instrução e julgamento. Eventual atraso na produção do laudo não pode ser tratado como causa de preclusão a respeito da prova técnica, mesmo porque não se trata, na espécie, de prazo destinado à prática de ato da parte, mas de prazo endereçado a ato de agente auxiliar de juízo, e a preclusão, na melhor técnica, é fenômeno que diz respeito às faculdades atribuídas aos litigantes, durante a marcha processual.

A não apresentação do parecer do assistente técnico não é empecilho à realização da audiência. Mas se a falta for do laudo do perito do juízo, a audiência terá que ser suspensa, caso em que o juiz nomeará substituto para o técnico, podendo impor ao remisso a penalidade prevista no art. 424, parágrafo único.

Mesmo no curso da prova pericial, é lícito às partes apresentar quesitos suplementares que, aprovados pelo juiz, serão submetidos ao perito e assistentes, com prévia ciência ao outro litigante (art. 425).

Quando o objeto da perícia estiver fora da comarca por onde corre o processo, a diligência será realizada por meio de carta precatória. Nesse caso, a nomeação de perito e indicação de assistentes técnicos tanto poderão se dar no juízo deprecante como no deprecado, conforme for da conveniência do juiz ou das partes (art. 428) (*vide, retro*, nº 246).

Depois de juntado o laudo aos autos, a parte que desejar esclarecimento do perito e do assistente técnico deverá requerer ao juiz que mande intimá-lo a comparecer à audiência.[165] Mas, para que seu pedido seja atendido, terá de ser acompanhado das perguntas de esclarecimento, formuladas sob forma de quesitos (art. 435); e a petição deverá ser apresentada com antecedência suficiente para que os técnicos sejam intimados, pelo menos cinco dias antes da audiência. Ultrapassado esse prazo, não estarão mais obrigados a prestar os esclarecimentos (art. 435, parágrafo único).

A Lei nº 8.455 introduziu duas outras providências com o objetivo de simplificar e dinamizar a prova pericial. A primeira delas consiste na chamada perícia oral, que tem cabimento em causas que envolvem questões mais singelas, quando ao juiz é permitido dispensar o laudo e convocar o perito e os assistentes para se pronunciarem na audiência a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado (art. 421, § 2º). A segunda medida de economia probatória se dá quando as partes, na inicial ou na contestação, apresentarem sobre as questões da causa (de fato apenas) pareceres técnicos ou documentos elucidativos que o magistrado considerar suficientes para a solução da lide. Nessa situação, permite-se ao juiz dispensar a realização da perícia judicial (art. 427). A providência, como é natural, será aplicada com prudente arbítrio, para não se cercear o direito de defesa da parte contrária. Havendo qualquer dúvida a respeito do laudo ou do documento, necessária se fará a produção da prova técnica em juízo, pois só assim se cumprirá a garantia maior do contraditório e ampla defesa (Constituição, art. 5º, nº LV).

Em hipótese alguma, é de admitir-se que o juiz proceda ao julgamento da causa imediatamente após a juntada do laudo pericial, sem ouvir as partes a seu respeito. Semelhante proceder representaria grave violação ao contraditório, acarretando nulidade da sentença por cerceamento de defesa.[166]

469. Valor probante da perícia

O laudo pericial é o relato das impressões captadas pelo técnico, em torno do fato litigioso, por meio dos conhecimentos especiais de quem o examinou.

Vale pelas informações que contenha, não pela autoridade de quem o subscreveu, razão pela qual deve o perito indicar as razões em que se fundou para chegar às conclusões enunciadas em seu laudo (art. 433).

O perito é apenas um auxiliar da Justiça e não um substituto do juiz na apreciação do evento probando. "Deve apenas apurar a existência de fatos cuja certificação dependa de conhecimento técnico."[167] Seu parecer não é uma sentença, mas apenas fonte de informação para o juiz, que não fica adstrito ao laudo e pode formar sua convicção de modo contrário a base de outros elementos ou fatos provados no processo (art. 436).

E, realmente, deve ser assim, pois, do contrário, o laudo pericial deixaria de ser simples meio de prova para assumir o feitio de decisão arbitral[168] e o perito se colocaria numa posição superior à do próprio juiz, tornando dispensável até mesmo o pronunciamento jurisdicional.

Assim, "o parecer do perito é meramente opinativo e vale pela força dos argumentos em que repousa".[169]

Deles, em consequência, o juiz pode divergir, em duas hipóteses:

a) quando carecer de fundamentação lógica. "Se o perito subtrair ao conhecimento do juiz e dos interessados os motivos em que se baseou para emitir a sua opinião, nenhum valor se poderá atribuir ao seu laudo: é como se não existisse laudo pericial";[170]

b) quando outros elementos de prova do processo o conduzirem à formação de convicção diversa daquela apontada pelo perito, posto que a perícia não é prova hierarquicamente superior às demais provas; e, na técnica do Código, o juiz não se vincula à opinião do perito, mas apenas à própria convicção.

O juiz, enfim, não está adstrito ao laudo (art. 436), mas, ao recusar o trabalho técnico, deve motivar fundamentadamente a formação de seu convencimento em rumo diverso.[171]

O que de forma alguma se tolera é desprezar o juiz o laudo técnico para substituí-lo por seus próprios conhecimentos científicos em torno do fato periciado. Eventualmente, o magistrado pode deter cultura técnica além da jurídica, mas não poderá utilizá-la nos autos, porque isto equivaleria a uma inaceitável cumulação de funções inconciliáveis. Assim como o juiz não pode ser testemunha no processo submetido a seu julgamento, também não pode ser, no mesmo feito, juiz e perito. A razão é muito simples: se ao julgar, ele invoca dados que só seu conhecimento científico lhe permite alcançar, na verdade estará formando sua convicção a partir de elementos que previamente não passaram pelo crivo do contraditório e que, efetivamente, nem sequer existem no bojo dos

autos. Todo meio de convencimento, para ser útil ao processo, tem de obedecer ao respectivo procedimento legal de produção dentro dos autos, sempre com inteira submissão ao princípio do contraditório. *Quod non est in actis non est in mundo*. Informes técnicos, estranhos ao campo jurídico, portanto, somente podem penetrar no processo por intermédio de laudo pericial produzido na forma da lei, por perito regularmente nomeado para a diligência probatória.[172]

Ao juiz não cabe, no sistema processual brasileiro, representar, reproduzir ou fixar os fatos, isto é, "não cabem funções próprias de testemunhas ou peritos".[173] Mesmo quando procede à inspeção judicial, deve fazê-lo acompanhado de peritos e dos representantes das partes, a fim de que o caráter técnico e o contraditório prevaleçam na diligência (arts. 441 e 442).

470. Nova perícia

Quando o juiz entender que, não obstante o laudo, a matéria controvertida não restou "suficientemente esclarecida", poderá determinar "a realização de nova perícia" (art. 437).

Essa deliberação poderá ser tomada, de ofício ou a requerimento da parte, logo após a juntada do laudo ao processo, ou em diligência após os esclarecimentos dos peritos em audiência e coleta dos demais meios de prova, desde que persista a dúvida em torno do *thema probandum*.

A nova perícia é uma exceção e não uma faculdade da parte, de sorte que o juiz só a determinará quando julgá-la realmente imprescindível diante de uma situação obscura refletida nos elementos de prova dos autos.

Conforme o sábio conselho de Batista Martins, "o juiz deverá usar desse arbítrio com moderação e prudência, para evitar a perda de tempo e o aumento das despesas, mas semelhantes preocupações não lhe deverão embaraçar a ação, desde que o laudo pericial e a crítica não lhe hajam subministrado os conhecimentos de que precisa".[174]

Sua finalidade, portanto, é apenas eliminar a perplexidade do julgador, gerada pela prova existente nos autos. Mas se o laudo é, de fato, inconclusivo, incoerente ou inconvincente, a prova técnica não terá cumprido o papel que lhe cabe na pesquisa da verdade em torno das alegações fáticas das partes. Se este for o quadro dos autos, não se pode considerar a renovação da perícia como simples faculdade do juiz. O que estará em jogo será o direito à ampla defesa, que é inerente à garantia constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV). A parte prejudicada pela inépcia da prova técnica, então, não poderá

ser privada de uma segunda perícia, sob pena de cerceamento de defesa.

Determinada a segunda perícia, seu objeto serão os mesmos fatos sobre que recaiu a primeira e sua finalidade corrigir as omissões ou inexatidões dos resultados a que esta conduziu (art. 438).

O procedimento da nova perícia é o comum das provas da espécie (art. 439), e, logicamente, o perito e assistentes não poderão ser os mesmos que serviram na anterior.

O segundo laudo não anula ou invalida o primeiro. Ambos permanecerão nos autos e o juiz fará o cotejo entre eles, apreciando livremente o valor de um e outro (art. 439, parágrafo único), a fim de formar seu convencimento, segundo a regra geral do art. 131.

Poderão, destarte, ser extraídos dados ou elementos de convicção de ambos os trabalhos periciais, não obstante as imperfeições do primeiro laudo.

§ 71. INSPEÇÃO JUDICIAL

Sumário: 471. Conceito. 472. Procedimento.

471. Conceito

Inspeção judicial é o meio de prova que consiste na percepção sensorial direta do juiz sobre qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas relacionadas com litígio.[175]

Como regulamentação legal é novidade instituída pelo art. 440 do Código de Processo Civil de 1973, que confere, expressamente, ao juiz o poder de *ex officio* ou a requerimento da parte, "em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa".

Mas a praxe forense e a opinião doutrinária já, mesmo antes do Estatuto atual, acolhiam esse meio de prova.

O objeto da inspeção pode ser:

a) *pessoas*: podem ser partes ou não do processo, desde que haja necessidade de verificar seu estado de saúde, suas condições de vida etc.;

b) *coisas*: móveis ou imóveis e mesmo documentos de arquivos, de onde não possam ser retirados;

c) *lugares*: quando, por exemplo, houver conveniência de se conhecer detalhes de uma via pública onde se deu um acidente ou outro acontecimento relevante para a solução da causa.

Não se reconhece à parte o direito de exigir a inspeção judicial. Cabe apenas ao juiz deliberar sobre a conveniência, ou não, de realizá-la, de sorte que seu indeferimento não configura cerceamento de defesa.[176]

472. Procedimento

A exibição da coisa ou pessoa a ser inspecionada, normalmente, deve ser feita em juízo, em audiência, para isso determinada, com prévia ciência das partes.

O juiz, no entanto, pode também deslocar-se e realizar a diligência no próprio local onde se encontre a pessoa ou coisa. Isto ocorrerá quando (art. 442):

I – julgar necessário para melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;

II – a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis dificuldades;

III – determinar a reconstituição dos fatos.

Durante a inspeção, o juiz poderá ser assistido de um ou mais peritos, se julgar conveniente (art. 441), os quais serão de sua exclusiva escolha, por se tratar, a inspeção, de ato pessoal do magistrado. Pode, naturalmente, ser o perito já nomeado no processo, ou outro escolhido para o ato.

Às partes é assegurado o direito de assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que reputem de interesse para a causa (art. 442, parágrafo único). Nada impede, outrossim, que sejam assessoradas por técnicos de sua confiança,[177] os quais, porém, lhes prestarão esclarecimentos particulares, sem assumir a posição processual de *assistentes técnicos*, como ocorre na prova pericial.

Concluída a diligência, mandará o juiz que seja, logo em seguida, lavrado auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa (art. 443, *caput*).

O mais interessante é iniciar a lavratura do auto já no curso da inspeção, de modo que cada fato, circunstância ou esclarecimento apurado pelo juiz vá ficando logo registrado, para evitar controvérsias ou impugnações que são comuns diante de documentos redigidos *a posteriori*. Para tanto, o juiz se fará acompanhar do escrivão do feito, que redigirá o auto no próprio local da inspeção, colhendo, ao final, a assinatura do juiz, das partes e demais pessoas que tenham tido participação na diligência.

Para melhor documentação da prova, o juiz poderá determinar que o auto seja instruído com desenho, gráfico ou fotografia (art. 443, parágrafo único). A iniciativa dessa medida pode, também, partir das partes presentes.

Observe-se, finalmente, que o auto não é local adequado para o juiz proferir julgamento de valor quanto ao fato inspecionado, apreciação que deverá ficar reservada para a sentença. O auto deve ser objetivo, limitando-se à enunciação ou notícia dos fatos apurados.[178]

§ 72. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Sumário: 473. Audiência. 474. Características da audiência. 475. Atos preparatórios. 476. Adiamento da audiência. 477. Antecipação de audiência. 478. Conciliação. 479. Procedimento da conciliação. 480. Instrução e julgamento. 481. Documentação da audiência.

473. Audiência

Audiência é o ato processual solene realizado na sede do juízo que se presta para o juiz colher a prova oral e ouvir pessoalmente as partes e seus procuradores.

Em várias oportunidades, o juiz promove audiências, como as de justificação liminar nas ações possessórias (art. 928), nas medidas cautelares (art. 804), nas de conciliação prévia nas ações de separação (Lei nº 968, de 10.12.49) e, ainda, nas de conciliação incidental (art. 331, com a redação das Leis nºs 8.952, de 13.12.94, e 10.444, de 07.05.2002).

Mas a principal audiência regulada pelo Código de Processo Civil é a de instrução e julgamento (arts. 450-457), que é momento integrante do procedimento ordinário e também se aplica a todos os demais procedimentos, desde que haja prova oral ou esclarecimento de peritos a ser colhido antes da decisão do feito.

No procedimento oral, é ela o ponto alto, pois concentra os atos culminantes da disputa judicial. Nela, o juiz entra em contato direto com as provas, ouve o debate final das partes e profere a sentença que põe termo ao litígio. Por meio dela, põem-se em prática os princípios da oralidade e concentração do processo moderno.

Em regra, "a designação da audiência de instrução e julgamento não é faculdade conferida ao juiz e sim imposição da lei adjetiva, aplicável sempre que haja prova a ser produzida".[179]

É, pois, ato solene, revestido de publicidade, substancial ao processo, que se realiza sob a presidência do juiz e que se presta à instrução, discussão e decisão

da causa.[180]

Pela sistemática do Código, a audiência só é, entretanto, indispensável quando haja necessidade de prova oral ou esclarecimentos de perito e assistentes técnicos. Fora desses casos, o julgamento da lide é antecipado e prescinde da solenidade de audiência (art. 330).

Quando, no entanto, se fizer necessária a audiência de instrução e julgamento, o momento adequado à sua designação pelo juiz é o despacho saneador, oportunidade em que deferirá as provas que nela hão de produzir-se (art. 331, § 2º).

474. Características da audiência

A audiência é *pública* (art. 444). Aliás, em regra, todos os atos processuais são públicos para o nosso Código (art. 155).

Consiste a publicidade da audiência em franquear-se a presença, a seus trabalhos, a qualquer pessoa que quiser assisti-los. Deve, por isso, a sessão realizar-se de portas abertas.

Há casos, porém, em que o decoro ou o interesse público recomenda a não divulgação dos atos judiciais. Praticar-se-ão, por isso, em *segredo de justiça*. São eles, segundo o art. 155:

I – os recomendados pelo interesse público; e

II – os que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Quando isto se dá, a audiência realiza-se a portas fechadas, mas com presença assegurada às partes e seus advogados.

Na presidência dos trabalhos da audiência, o juiz exerce o poder de polícia, de modo que lhe compete (art. 445):

I – manter a ordem e o decoro na sessão;

II – ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente;

III – requisitar, quando necessário, a força policial.

O juiz exerce um dos poderes constitucionais inerentes à soberania estatal; daí dispor do poder de polícia para assegurar o bom desempenho da função jurisdicional que lhe foi atribuída.

Cabe, outrossim, ao juiz a *direção formal do processo*, como dispõe o art. 125. Esse poder, nas audiências, revela-se através das atribuições que o art. 446, expressamente, lhe confere e que consistem em:

I – dirigir os trabalhos da audiência;

II – proceder direta e pessoalmente à colheita das provas;

III – exortar os advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade.

Porque somente ao juiz compete a direção dos trabalhos e a colheita das provas, durante os depoimentos de partes, peritos e testemunhas, não podem os advogados intervir ou apartear sem licença do magistrado (art. 446, parágrafo único).

A audiência realizar-se-á em dia e hora designados pelo juiz, com prévia intimação das partes (art. 450). É sempre considerada "una e contínua" e, se não for possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, "o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo" (art. 455).

Una, na expressão do Código, quer dizer que, embora fracionada em mais de uma sessão, a audiência é tratada como uma *unidade*, um *todo*. Há, assim, uma *continuidade* entre os atos fracionados, e não uma multiplicidade de audiências, quando não é possível iniciar e encerrar os trabalhos numa só sessão.

Corolário desta regra é que, se houver motivo para nulidade da primeira sessão, todas as demais posteriormente realizadas estarão afetadas, pois o vício atingirá a audiência como um todo.

Além da exigência de publicidade, traça o Código várias normas de solenidade para que a audiência cumpra a sua finalidade processual, a partir do pregão das partes e advogados e que têm seguimento através das regras a serem observadas no curso dos trabalhos, todas voltadas para o objetivo de assegurar ampla defesa dos interesses das partes e propiciar ao juiz condições de proferir bom julgamento.

Como todo formalismo exigido pela atividade judiciária, a solenidade da audiência de instrução e julgamento visa, precisamente, a garantir a observância de princípios indispensáveis à própria eficiência e eficácia do ato processual.[181]

Em síntese, as características da audiência de instrução e julgamento são: *a*) a publicidade; *b*) a solenidade; *c*) a essencialidade; *d*) a presidência do juiz; *e*) a finalidade, complexa e concentrada de instrução, discussão e decisão da causa; *f*) a unidade e continuidade.[182]

Compreende a audiência, na sistemática do Código, atos de quatro espécies:

a) *atos preparatórios*: a designação de data e horário para a audiência, a intimação das partes e outras pessoas que devem participar; depósito do rol de testemunhas em cartório; o pregão das partes e advogados na sua abertura;

b) *atos de tentativa da conciliação das partes*: quando a lide versar sobre

direitos patrimoniais privados;

c) *atos de instrução*: esclarecimento do perito e assistentes técnicos; depoimentos pessoais; inquirição de testemunhas; acareação de partes e testemunhas;

d) *ato de julgamento*: debate oral e sentença.

475. Atos preparatórios

Designada a audiência, no saneador, o juiz deferirá as provas a produzir e determinará a intimação dos advogados (art. 331, § 2º). Se for possível a tentativa de conciliação, mandará intimar as partes, também, o que, entretanto, não reclama intimação pessoal, bastando aquela ordinariamente feita através do advogado (art. 447).[183]

Para produção de prova testemunhal, em se omitindo o juiz, a parte terá de apresentar o rol em cartório, até dez dias antes da audiência (art. 407, com a redação da Lei nº 10.358, de 27.12.2001) (v., *retro*, nº 464).

O depoimento pessoal da parte será precedido de intimação para prestá-lo, sob pena de confesso (art. 343, § 1º). E a parte que desejar esclarecimentos do perito e assistentes técnicos terá de formular quesitos e promover a intimação dos expertos, pelo menos cinco dias antes da audiência (art. 435, parágrafo único).

A abertura da audiência observará o disposto no art. 450. Isto é, "no dia e hora designados, o juiz declarará aberta a audiência, mandando apregoar-se as partes e os seus respectivos advogados".

Consiste o *pregão* no anúncio feito, de viva voz, pelo oficial de justiça ou outro serventuário encarregado do ofício de porteiro do auditório forense, convocando aqueles que devam participar da audiência.

476. Adiamento da audiência

Na fase de abertura, poderá o juiz determinar a suspensão dos trabalhos e adiamento da audiência, em virtude de:

I – convenção das partes;

II – ausência, por motivo justificado, do perito, das partes, testemunhas ou advogados (art. 453).

O adiamento por convenção das partes só é possível uma vez (art. 453, I) e pode, também, ser deferido antes mesmo da abertura, em despacho de petição

dos interessados.

A ausência do juiz impede a abertura da audiência, porque, sem ele, não é possível promovê-la.

A ausência injustificada de outras pessoas que deveriam participar da audiência, via de regra, não é motivo de adiamento, mas de realização sem a sua participação.

Assim, se o ausente é o advogado, o juiz realizará a audiência e poderá dispensar a produção das provas requeridas em nome da parte que lhe tocava representar (art. 453, § 2º).

Faltando ambos os advogados, poderá o juiz dispensar toda a instrução e proferir logo o julgamento conforme o estado do processo, ou, então, promover a colheita da prova, sem a presença dos interessados.[184]

Se o não comparecimento injustificado for de parte que deveria prestar depoimento pessoal, o juiz lhe aplicará a pena de confesso (art. 343, § 2º), caso em que, diante da confissão ficta, poderá dispensar as demais provas, se a causa não versar sobre direitos indisponíveis (art. 334, nº II).

Faltando sem justificativas, a testemunha sujeitar-se-á a condução forçada à presença do juiz (art. 412). Só haverá adiamento se não for possível a condução durante a própria audiência. E, assim mesmo, não estará impedido o juiz de ouvir as demais testemunhas da parte.

Embora omisso o Código, entende-se que o perito e os assistentes técnicos também se sujeitam à condução forçada.[185]

A ausência do órgão do Ministério Público, com ou sem justificativa, não impede a realização da audiência, diante dos termos dos arts. 84 e 246, visto que a lei exige, para a validade do processo, apenas a intimação do *custos legis* e não a sua presença obrigatória.

Por outro lado, mesmo as hipóteses de ausência justificada de outras pessoas que deveriam participar da audiência, o adiamento de que fala o art. 453, nº II, nem sempre abrange toda a audiência, mas apenas os atos que deveriam se seguir ao que tocava praticar o ausente.

Dessa forma, somente se o advogado justificar sua impossibilidade de comparecer – o que deverá ser provado até a abertura da audiência (art. 453, § 1º) – é que se torna claro que os trabalhos não poderão sequer iniciar-se.[186]

Se a falta for de parte que deveria prestar depoimento pessoal, não estará impedido o juiz de ouvir os esclarecimentos do perito; se a ausência for do perito, poderá tomar os depoimentos das partes e tentar a conciliação; e, em ambos os casos, havendo concordância dos advogados, também poderão ser

ouvidas as testemunhas presentes.

Quando a falta justificada for de uma ou algumas testemunhas do autor, o juiz ouvirá as demais arroladas por ele e adiará apenas a parte referente às testemunhas da outra parte. Se a falta for de testemunha do réu, todas as demais, de ambas as partes, serão ouvidas antes do adiamento. No primeiro caso, se concordar o réu, também suas testemunhas serão ouvidas antes do adiamento.[187]

A parte que der causa ao adiamento, quer por falta de comparecimento pessoal ou do respectivo advogado, quer por ter requerido o depoimento ou esclarecimento do perito ou testemunha que deixou de comparecer, ficará responsável pelas despesas acrescidas com a realização da nova audiência.[188]

477. Antecipação de audiência

Por motivos de conveniência da Justiça, ou a requerimento de uma das partes, pode o juiz antecipar a data inicialmente designada para a audiência de instrução e julgamento.

Mas, em tais casos, o juiz mandará que a *intimação* seja feita *pessoalmente* aos advogados, através de mandado, ou pelo escrivão, e não será tolerada a intimação por publicação na imprensa (art. 242, § 2º). A razão da norma é evitar desconhecimento, de fato, da alteração, pela parte, pois, após a intimação da primeira designação de data, é natural que o advogado se descuide de novas publicações e fique apenas aguardando a realização da audiência.[189]

478. Conciliação

A composição do litígio é o objetivo perseguido pelas partes e pelo juiz. O fim do processo é alcançar esse objetivo. E isto pode ser feito através de ato do juiz (sentença de mérito) ou das próprias partes (autocomposição).

Muitas vezes é mais prático, mais rápido e conveniente que as próprias partes solucionem seu conflito de interesses. Ninguém mais indicado do que o próprio litigante para definir seu direito, quando está de boa-fé e age com o reto propósito de encontrar uma solução justa para a controvérsia que se estabeleceu entre ele e a outra parte.

Por isso, e porque cumpre ao juiz velar pela rápida solução do litígio (art. 125, nº II), determina o Código que, na audiência de instrução, antes de iniciar a instrução, o magistrado "tentará conciliar as partes" (art. 448).

Somente nas causas sujeitas à audiência é que tem cabimento a tentativa de

conciliação. Por isso, quando houver julgamento antecipado da lide, ou extinção do processo sem apreciação do mérito, não caberá a medida. Havendo, porém, audiência, a conciliação será tentada, em todos os processos de natureza patrimonial privada, até nos de rito especial, e nos incidentais ou cautelares.

A conciliação é, em nosso processo civil, um acordo entre as partes para solucionar o litígio deduzido em juízo. Assemelha-se à transação, mas dela se distingue, porque esta é ato particular das partes e a conciliação é ato processual realizado por provocação e sob mediação do juiz.

Por participar da natureza da transação e assim envolver potencialmente renúncia de direitos eventuais, só se admite a conciliação nas causas que versem sobre "direitos patrimoniais de caráter privado" (art. 447) e em algumas causas relativas à família, em que a lei permite às partes transigir (art. 447, parágrafo único).

As ações de família que se submetem à conciliação são as de separação (Lei nº 968, de 10.12.49) e as de alimentos (Lei nº 5.478, de 25.07.68).

Nos casos em que tem cabimento, a conciliação é parte essencial da audiência. Cumpre ao juiz promovê-la, de ofício, independentemente da provocação das partes.

Por isso, ao designar a audiência, cumpre ao juiz determinar o comparecimento dos litigantes para a tentativa de encontrar uma solução conciliatória para a lide, antes de iniciar a instrução oral do processo (art. 447).

Não manda a lei que a intimação, *in casu*, seja pessoal, de modo que será válida a feita, normalmente, na pessoa do advogado da parte.[190]

Como regra, o juiz tentará conciliar as próprias partes, mas é válida, também, a tentativa de conciliação realizada perante advogado com poderes especiais para transigir, desistir e acordar.[191] Não é, pois, indispensável a presença das partes em pessoa para o ato.[192]

Embora seja obrigatória a intimação das partes, não estão elas sujeitas ao dever de comparecer à audiência só para a tentativa de conciliação. O não comparecimento deverá ser interpretado simplesmente como "recusa a qualquer acordo".[193]

Por outro lado, não obstante tenha o juiz o dever de tentar a conciliação das partes, não há cominação de nulidade para a omissão da providência. Isto porque o objeto dela é apenas abreviar a solução do litígio, de sorte que, se houve a instrução completa e o julgamento de mérito, não haverá prejuízo algum que a parte possa invocar para justificar a anulação do processo.[194]

Se a lide restou solucionada, o processo atingiu seu objetivo, pouco

importando se através da conciliação ou da sentença de mérito. Incide, pois, o art. 244.[195]

Mormente se as partes nada alegaram na oportunidade, não tem cabimento que, posteriormente, venham pleitear anulação do processo, em grau de recurso, a pretexto de não ter o juiz tentado a solução conciliatória do litígio.[196]

Com a Lei nº 8.952, de 13.12.94, instituiu-se em todos os processos em que não seja cabível o julgamento antecipado da lide uma audiência especial, antes de passar à instrução probatória, destinada especialmente à tentativa de conciliação dos litigantes (ver, *retro*, nº 408-a). Desta maneira, o procedimento ordinário passou a contar, em regra, com duas audiências: uma de conciliação e outra de instrução e julgamento, sendo que, nesta última, também haverá uma fase destinada à conciliação.

479. Procedimento da conciliação

Não há maiores solenidades para a tentativa de conciliação.

Ao abrir a audiência, o juiz, verbalmente, e sem prejulgar a causa, concitará os litigantes a procurarem uma composição amigável para suas divergências.

Nas ações de separação, haverá duas tentativas de conciliação: uma prévia, em audiência especial, antes mesmo da contestação (Lei nº 968, de 10.12.49), e outra na abertura da audiência de instrução e julgamento, pois admite o Código, expressamente, que, em qualquer fase da separação litigiosa, possam as partes promover sua conversão em amigável (art. 1.123).

Há, como se vê, conveniência em que o juiz renove a proposta conciliatória na audiência final do processo.

Assim, também, entendeu o Simpósio Brasileiro de Direito Processual Civil, realizado em Curitiba, no ano de 1975.[197]

Feita a proposta de acordo, e sem êxito, o juiz passará à instrução da causa. Se, porém, as partes entrarem em composição, o juiz mandará tomar por termo o acordo e o homologará por sentença (art. 448), ainda na mesma audiência, que, com isso, ficará encerrada, sendo dispensadas as provas e o debate oral.

"O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá o valor de sentença", diz o art. 449.

O processo, então, se extinguirá, com decisão definitiva de mérito (art. 269, nº III), gerando coisa julgada material.[198]

480. Instrução e julgamento

Passada a fase da conciliação, sem que o juiz consiga êxito na tentativa de obter a autocomposição do litígio, ou quando não couber a medida, terão início os atos instrutórios da audiência.

Fixará o juiz, inicialmente, os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova a ser colhida (art. 451). Essa providência é feita com ouvida das partes e tem o objetivo de evitar perda de tempo com provas inúteis ou irrelevantes para o processo. Decorre do poder geral conferido ao juiz pelo art. 130.

A colheita da prova oral na audiência observará a seguinte ordem, conforme o art. 452:

I – em primeiro lugar, o perito e os assistentes técnicos responderão aos quesitos de esclarecimentos, requeridos no prazo e na forma do art. 435. Poderão fazê-lo oralmente ou por escrito. As partes e o juiz poderão pedir maiores esclarecimentos em torno das respostas dos expertos, mas não lhes cabe transformá-los em testemunhas, formulando perguntas estranhas aos quesitos esclarecedores;

II – em segundo lugar, o juiz tomará os depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu;

III – finalmente, completará a instrução, tomando, sucessivamente, os depoimentos das testemunhas do autor e do réu.

Os empecilhos à observância da ordem de produção da prova não devem ser razão para a obrigatória suspensão ou adiamento da audiência. Dentro do poder que toca ao juiz de velar pela rápida solução do litígio (art. 125, II) e de indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130), poderá o magistrado, em determinadas hipóteses, inverter a sequência de provas recomendada pelo art. 452.[199] Nada impedirá essa providência, principalmente quando as partes derem o seu acordo.

Assim, o juiz colherá as provas possíveis e, não havendo objeção, adiará a audiência apenas para a produção daquelas que deveriam ser prestadas por pessoas que justificadamente não puderem comparecer à audiência (ver, *retro*, nº 476).

Finda a instrução, terão lugar os debates orais. O juiz, então, dará a palavra, sucessivamente, ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público se funcionar no processo, pelo prazo de 20 minutos, para cada um deles. Se houver necessidade, a critério do juiz, esse prazo poderá ser ampliado por mais dez minutos (art. 454, *caput*).

Se houver litisconsorte ou terceiro interveniente, o prazo de sustentação oral será de 30 minutos para cada grupo e dividir-se-á entre os diversos interessados,

em parcelas iguais, salvo se convencionarem de modo diverso (art. 454, § 1º).

No caso de oposição (art. 56), antes das partes, falará o advogado do opoente, pelo prazo de 20 minutos (art. 454, § 2º).

Em causas que versem sobre questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído pela posterior apresentação de *memoriais*.

O juiz, então, suspenderá a audiência ao encerrar a instrução e marcará dia e hora para o oferecimento das alegações escritas (art. 454, § 3º).

Encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, na mesma audiência o juiz proferirá a sentença, ditando-a ao escrivão. Se se não julgar em condições de sentenciar imediatamente, poderá fazê-lo no prazo de 10 dias (art. 456).

No segundo caso, a sentença será elaborada por escrito e depositada em mãos do escrivão. Poderá o juiz designar nova audiência para leitura e publicação da sentença ou determinar que o escrivão tome essas providências em cartório.

Hoje, o sistema da oralidade acha-se abrandado e não mais há, como era ao tempo do Código de 1939, a obrigatoriedade de publicação da sentença em audiência.[200]

Isto quer dizer que, embora a sentença faça parte integrante da audiência (art. 455), pode muito bem ser proferida e intimada depois da própria audiência e independentemente da reabertura de seus trabalhos.[201]

481. Documentação da audiência

Os atos praticados na audiência deverão ser documentados em livro próprio e nos autos do processo. No livro de audiências, lavrar-se-á o *termo* respectivo, que será redigido pelo escrivão, sob ditado do juiz, e conterá, em resumo, o relato de tudo o que ocorreu durante os trabalhos da audiência (art. 457, *caput*). Obrigatoriamente, ficarão consignados: *a*) as presenças registradas na abertura da audiência; *b*) todos os requerimentos formulados durante os trabalhos; *c*) as decisões do juiz a respeito dos requerimentos; *d*) o debate oral; *e*) a sentença.[202]

Admite-se o uso de folhas soltas para que o termo possa ser datilografado, caso em que o juiz as rubricará e mandará que sejam encadernadas em volume próprio (art. 457, § 1º).

O termo de audiência, em livro ou em folhas soltas, será subscrito pelo juiz, advogados, órgãos do Ministério Público e escrivão (art. 457, § 2º).

Se o advogado retirar-se, sem justificativa, antes do encerramento dos trabalhos, não será nulo o termo lavrado sem sua assinatura.[203]

A sentença, desde que proferida oralmente, será transcrita integralmente no termo da audiência.

Os depoimentos das partes e testemunhas, bem como os esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos, ficarão constando de termo em separado, que acompanharão, nos autos, o termo geral da audiência.

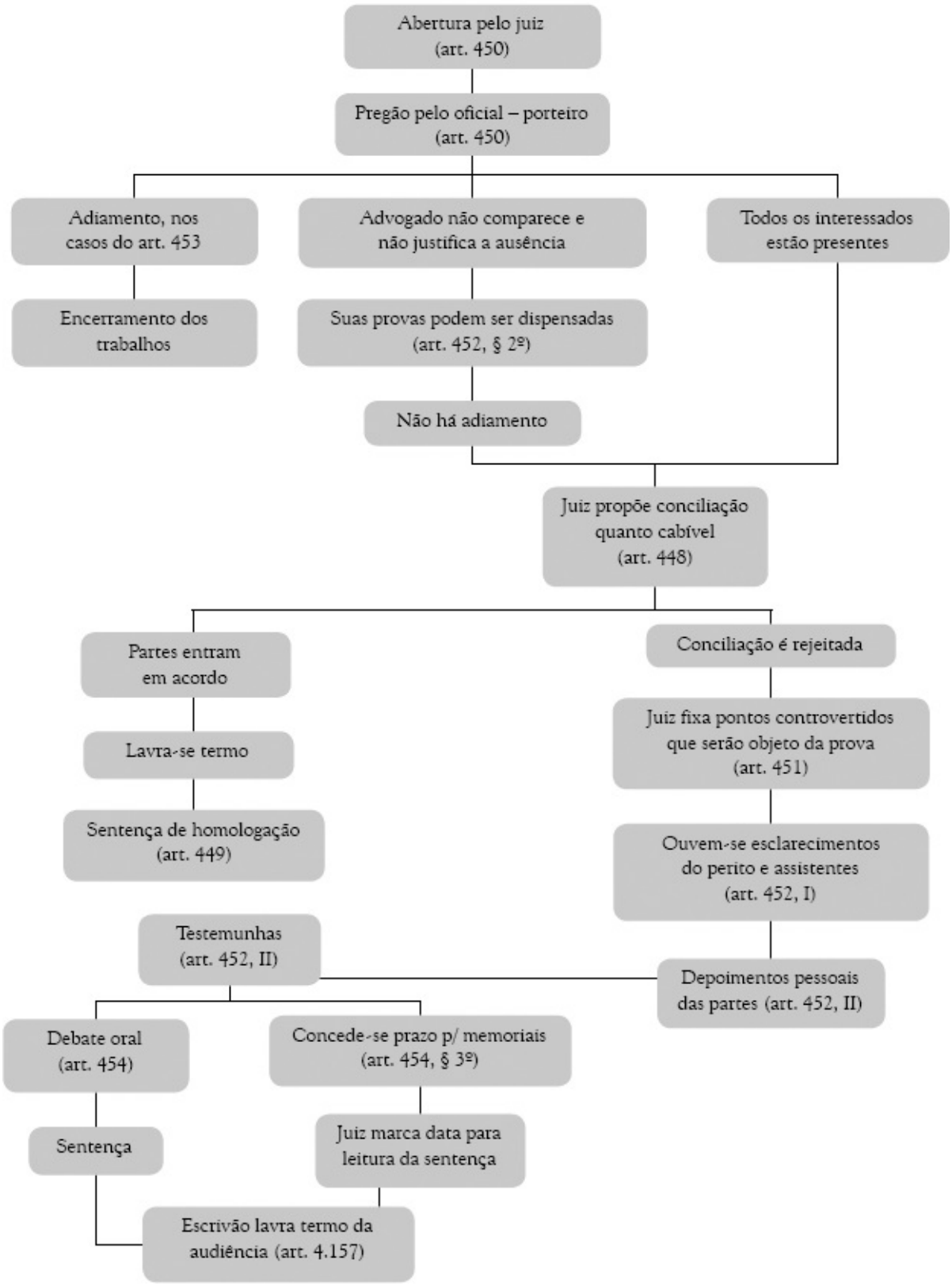
Quando se der a conciliação, não haverá necessidade de um termo separado só para o acordo das partes. Poderá ser incluído no texto do termo da audiência, que conterá, também, a sentença homologatória do juiz.

Redigido e assinado o termo, o escrivão providenciará traslado, mediante cópia autêntica, que será juntada aos autos (art. 457, § 3º). Essa cópia pode ser obtida por traslado manuscrito ou datilografado, ou por reprodução mecânica, mas deverá conter a autenticação do escrivão, com remissão ao número e página do livro em que se encontra o original do termo.

Antecipando a implantação do procedimento eletrônico, que dependerá de providências administrativas e regulamentares dos Tribunais, a Lei nº 11.419/2006 acrescentou ao art. 457 o § 4º, cujos ditames irão simplificar bastante a documentação da audiência, quando praticamente for abolido o processo escrito. Quando isto se der, os atos acontecidos durante a audiência de instrução e julgamento, praticados na presença do juiz, serão produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável do juízo, mediante registro em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão, bem como pelos advogados das partes (art. 169, § 2º).

Fluxograma nº 15

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO
(arts. 444-457)



1 MONTEIRO, João. *Curso de Processo Civil*. 3. ed., v. II, § 122, nota 2, p. 93.

2 *Op. cit.*, II, p. 96.

3 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, nº 135, p. 215. "*Probar es establecer la existencia de la verdad; y las pruebas son los diversos medios por los cuales la inteligencia llega al descubrimiento de la verdad*" (MARTINEZ SILVA, Carlos. *Tratado de Pruebas Judiciales*, Buenos Aires: Atalaya, 1947, p. 21, *apud Revista de Direito Administrativo*, 111/38).

4 *Apud* MONTEIRO, João. *Op. cit.*,§ 122, p. 90.

5 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. 5. ed., Bogotá: Temis, 2002, t. I, n. 63, p. 258.

6 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971, v. II, n. 510, pp. 281-282.

7 "*Los hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a ellos*" (SANTIS MELENDO, Santiago. *La prueba*: los grandes temas del derecho probatori, Buenos Aires: EJEA, 1978; Naturaleza de la prueba, *Revista dos Tribunais*, v. 462, p. 13, abril 1974). O entendimento encontra respaldo em Carnelutti (*Sistema di diritto processuale civile*, v. I, Padova: Cedam, 1938, p. 674), e entre nós foi sufragado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para quem "se o fato obviamente existe independentemente do processo, esse apenas pode servir para declarar a verdade acerca de uma afirmação de fato. A sentença de cognição exauriente, fundada no convencimento do juiz, declara somente a verdade ou a falsidade de uma afirmação" (*Comentários ao Código Processo Civil*; 2. ed., São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 1, p. 142).

8 Observa Araújo Cintra que, "se as provas giram em torno de afirmações de fato, elas recaem diretamente sobre os próprios fatos afirmados" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. IV, nº 4, p. 5). Nesse sentido, lembra Devis Echandía que os elementos de convicção coletados no processo, como testemunhos, laudos periciais, documentos, nem sempre se restringem às afirmações das partes, e deles o juiz extrai, muitas vezes, conhecimento acerca dos fatos "*no precedidos de afirmación o alegación de nadie*", e que, não obstante, serão úteis para o julgamento da causa (Cf. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed., Bogotá: Temis, 2002, t. I, nº 36, p. 148).

9 Há dois momentos na instrução probatória: (i) o da alegação dos fatos em que se fundam o pedido e a defesa; e (ii) o de sua comprovação segundo os meios probatórios utilizáveis no processo. Cabe às partes, antes de tudo, definir o suporte fático de suas posições processuais, de maneira que não são quaisquer fatos que constituirão objeto da prova judiciária, mas apenas os invocados na fundamentação das alegações dos litigantes. "O fato principal com que trabalha o órgão judicial é sempre e só fornecido pelas partes" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*.2. ed., São Paulo: Saraiva: 2003, p. 146).

10 Segundo a regra do art. 131 do CPC, o juiz pode apreciar livremente a prova, levando em conta até mesmo fatos não alegados pelas partes. Isto, porém, não o autoriza a considerar fatos constitutivos ou extintivos da pretensão que não tenham figurado no fundamento das situações jurídicas defendidas pelos litigantes. A prova de fatos estranhos àqueles sobre que se apoiam as partes somente será cabível na instrução e no julgamento da causa quando *direta* ou *indiretamente* refletirem sobre os fatos *principais* arrolados pelos litigantes, servindo, pois, de prova indireta do fato jurídico constitutivo da *causa petendi*. O art. 131, portanto, refere-se à liberdade de apreciação dos fatos *secundários*, por meio dos quais se pode chegar, direta ou indiretamente, a alguma convicção em torno dos fatos jurídicos objeto do processo (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit.*, p. 154, nota 56).

11 A circunstância de ser notório determinado fato dispensa sua prova, mas não dispensa a parte de alegá-lo, se pretende nele fundamentar alguma pretensão; ou seja, o juiz somente o levará em conta, no julgamento da lide, se tiver sido arrolado no fundamento do pedido ou da defesa (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código Processo Civil*. 2. ed., São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 1, p. 395).

12 COUTURE, Eduardo J. *Op. cit*., n. 150, p. 235.

13 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1971, v. I, n. 244, p. 347.

14 PESTANA DE AGUIAR. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., São Paulo: RT, 1974, v. IV, p. 245.

15 As regras ou máximas de experiência criam, na maioria das vezes, *tipos* jurídicos extraídos da prática da convivência social, ou dos costumes, que são muito úteis para não só preencher lacunas do ordenamento jurídico como para concretizar regras éticas jurisdicizadas por meio de cláusulas gerais ou normas abertas ou imprecisas, fenômeno muito comum na política legislativa contemporânea. Assim, regras como as da boa-fé e lealdade nos contratos e na repressão à fraude, acabam sendo aplicadas pelos juízes segundo análise dos fatos controvertidos em que a experiência da vida exerce papel decisivo. Por exemplo: farta e uniforme é a jurisprudência que presume a má-fé, na ação pauliana, quando o negócio praticado em detrimento dos credores se travou entre parentes, sócios, amigos íntimos, já que entre eles não se poderia aceitar, segundo o que comumente acontece, o não conhecimento da situação de dificuldades financeiras do alienante. Da mesma maneira, fácil foi para a jurisprudência fixar, por presunção, o entendimento de que a convenção de um foro de eleição em contrato de consumo, que dificulta a defesa do consumidor em juízo, seja fruto de abuso de poder exercido pelo fornecedor, parte reconhecidamente mais forte, na estipulação das cláusulas do contrato. E assim por diante.

16 AMARAL SANTOS, Moacyr. O*p. cit*., n. 556, p. 337-339.

17 ROSITO, Francisco. *Direito Probatório*: As máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Liv. do Advogado Editora, 2007, nº 1.7.2, p. 52. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1971, v. 5, p. 458.

18 ROSITO, Francisco. O*p. cit*., p. 149.

19 MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*, Buenos Aires: Ediar, 1945, p. 69.

20 Há na confissão "*prova legal* a que o juiz se acha vinculado, tanto como nos casos do art. 319" (MARQUES, Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. II, n. 467, p. 206).

21 COUTURE. *Op. cit*., nºs 136 e 138, pp. 217 e 219. O poder do juiz, nessa matéria, no entendimento de Amaral Santos, não é o de suprir a inatividade da parte interessada, se a matéria não é de ordem pública. "Se tivesse esse poder, se colocaria mais como parte do que como juiz. Deverá agir apenas para sair do estado de perplexidade em que o deixaram as provas oferecidas pelos litigantes; apenas para formar convencimento seguro diante da incerteza em que se encontrar, dadas as provas oferecidas, havendo sinais de que poderão ser completadas; para um lado ou para outro; nunca para completar a prova no sentido de fazer pesar a balança para um lado ou para outro; nunca para fazer prova que poderia ser e não foi proposta pela parte a quem cumpria o ônus de provar. Não é porque a prova seja deficiente que o juiz tomará a iniciativa de completá-la, mas sim porque a prova colhida o tenha deixado perplexo, em estado de não poder decidir com justiça" (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, v. I, n. 235, p. 336).

22 LIEBMAN. Fondamento del principio dispositivo. *Problemi del processo civile*. Napoli, 1962, pp. 12-13.

23 Adotam tal pensamento, entre outros, Montero Aroca, na Espanha, e Franco Cipriani, na Itália. Para o

primeiro, por exemplo, o processo é visto como simples *técnica de compor litígios*, de modo que o juiz, no seu exercício, deve "renunciar à verdade no âmbito do processo", e há de proceder apenas como árbitro em relação ao duelo travado entre as partes (Cf. *Los princípios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 109; *La prueba en el proceso civil*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2002, pp. 244 e 248). Nessa mesma linha, Damaška entende que "o processo de resolução dos conflitos é indiferente a como se sucederam as coisas" (*I volti della giustizia e del poder. Analise comparatistica del processo*. Trad. Italiana. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 213). Michele Taruffo, rebatendo esse estranho posicionamento, invoca as críticas de Owen Fiss, para quem "a teoria do processo como [pura] resolução de conflitos [tal como a imaginam Montero Aroca e Damaška] se funda sobre um individualismo radical e inaceitável na sociedade moderna, e sobre a 'privatização' dos valores em jogo na administração da justiça, com total desprezo a outros valores caros ao direito contemporâneo como a igualdade real (TARUFFO, Michele. Poderes instrutorios de las partes e del juez en Europa, *in Revista Iberoamericana de derecho procesal*, Buenos Aires, n. 10, p. 329, nota 85, 2007).

24 Cf. TARUFFO, Michele. Poderes instrutorios…, cit., p. 339.

25 TARUFFO, Michele. Poderes instrutorios…, cit., p. 340.

26 BAUR, Fritz. Transformações do Processo Civil em nosso Tempo, *Revista Brasileira de Direito Processual*. v. VII, pp. 58-59.

27 Sobre o tema, ver nosso Estudo "Prova – Princípio da Verdade Real – Poderes do Juiz – Ônus da Prova e sua Eventual Inversão – Provas Ilícitas – Provas e Coisa Julgada nas Ações Relativas à Paternidade (DNA)", publicado na *Revista Brasileira de Direito de Família*, Ed. Síntese, pp. 5-23, out., nov., dez./1999.

28 Absolutamente diversa da função *ativa* seria a função *inquisidora* e *autoritária* do juiz que, a pretexto de deter a iniciativa da prova, limitasse a pesquisa dos fatos apenas aos meios e objetos que ele mesmo definisse, expropriando às partes direitos e garantias que lhes cabem no âmbito do processo. Não é isso, entretanto, o que se passa nos modernos ordenamentos. A liberdade de iniciativa probatória é tanto das partes como do juiz, e o exercício dela por qualquer de seus agentes não deve restringir ou inibir a dos outros (Cf. TARUFFO. Michele. O*p. cit*., p. 325).

29 *Apud* MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, v. II, n. 457, p. 187.

30 COUTURE, Eduardo J. O*p. cit*., n. 153, pp. 241-243.

31 ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial*. t. I, p. 424. "O juiz somente utilizará as normas de distribuição dos ônus da prova, quando o produto da atividade de instrução se revela insuficiente para formar no espírito do julgador uma convicção razoavelmente sólida a respeito dos fatos" (TJRS, 13ª CC., Ap. Civ., 70003044039, Rel. Des. Sérgio Luiz Grassi Beck, ac. 20.12.2005, *DJ* 04.01.2006). Nesse sentido: STJ, 2ª T., REsp. nº 840.690/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 19.08.2010, *DJe* 28.09.2010.

32 STJ, 3ª T., REsp. nº 696.816/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 06.10.2009, *DJe* 29.10.2009.

33 "No entrechoque de provas, quando a prova testemunhal de ambas as partes for de igual força, prevalece a produzida pelo réu" (TJSC, Apel. 13.171, ac. 30.03.78, *in RT*, 515/204). "Havendo equivalência das provas apresentadas pelos contendores, que se entrechocam e se excluem, não se pode ter como provada a pretensão deduzida em juízo" (TAMG, Apel. 22.741, ac. 06.05.1983, *in DJMG* de 15.11.1983). "Falta de prova e prova incompleta equivalem-se na sistemática do ônus probatório" (TAMG, Ap. 28.537, ac. 11.06.1985, *in Rev. Amagis*, 8/178). TJMG, 7ª C.C., Ap. Civ. 2.0000.00.382960-9/000(1), Rel. Des. Unias Silva, ac. 13.03.2003, pub. 26.03.2003.

34 A inversão do ônus da prova foi expressamente prevista em favor do consumidor nas causas regidas pelo CDC (art. 6º, VIII). Mas, advoga-se a extensão desse mecanismo a outras demandas onde também se tornaria necessário flexibilizar o sistema rígido do art. 333 do CPC (MARINONI, Luiz Guilherme.

Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo a Peculiaridade do Caso Concreto. *Revista dos Tribunais*, v. 862, pp. 11-21, ago./2007). Na legislação civil, há um caso de adoção expressa do mecanismo de inversão do ônus da prova. Trata-se dos negócios por meio dos quais se pratica a agiotagem: "Havendo indícios suficientes da prática de agiotagem, nos termos da MedProv 2.172-32, é possível a inversão do ônus da prova, imputando-se, assim, ao credor, a responsabilidade pela comprovação da regularidade jurídica da cobrança" (STJ – 3ª T., REsp 1.132.741/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 06.09.2011, *Rev. de Processo*, v. 201, p. 443-444). Não basta, porém, ao devedor acusar o credor da prática de negócio usurário; é preciso demonstrar a existência de indícios de que o credor é um agiota e de que o negócio discutido em juízo se liga a essa modalidade ilícita de mútuo, para, em consequência, obter-se a respectiva invalidação.

35 MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo a Peculiaridade do Caso Concreto. *Revista dos Tribunais*, v. 862, p. 21, ago./2007.

36 VALE, Juliana Leite Ribeiro do. *A funcionalidade do ônus da prova no processo civil brasileiro* (Dissertação de mestrado). Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p. 134; AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro* (Dissertação de mestrado). Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006, p. 180; KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação de senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*, *In* FUX, Luiz *et al* (org.). *Processo e Constituição*: Estudos em homenagem ao prof. José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo: RT, 2006, pp. 942-952.

37 STJ, 3ª T., REsp. 316.316/PR, Rel. Min. Ruy Rosado, ac. 18.09.2001, *DJU* 12.11.2001, p. 156. No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 327.257/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 22.06.2004, *DJ* 16.11.2004, p. 272).

38 VALLEJOS, Juan Carlos. Las cargas probatorias dinámicas en el Derecho de Daños, *in* PEYRANO, Jorge. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 474; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. Cargas Probatórias Dinâmicas no Processo Civil Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 69, p. 26.

39 CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 342.

40 Mesmo quando caracterizada a relação de consumo, continuam os ônus da prova submetidos, em regra, ao art. 333 do CPC. A inversão só pode ocorrer, durante a marcha do processo, quando o juiz verificar a dificuldade em que se encontra o consumidor para provar o fato constitutivo de seu direito. Esse fato, todavia, tem de revestir-se de verossimilhança diante dos elementos disponíveis no processo e ao consumidor deve faltar condições técnicas para prová-lo adequadamente. Se o juiz não se basear na verossimilhança nem na hipossuficiência para fundamentar o decreto de inversão, esta não subsistirá, e o que haverá de prevalecer será a regra geral do art. 333 do Código de Processo Civil (STJ, 4ª T., REsp. 437.425/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 15.08.2002, *DJU* 24.03.2003, p. 232). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., AgRg no Ag 1.360.186/RS, Rel. Min. Raul Araújo, ac. 26.04.2011, *DJe* 10.5.2011; STJ, 3ª T., REsp 1.178.105/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, ac. 07.04.2011, *DJe* 25.04.2011. "A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido da possibilidade de inversão do ônus da prova em hipóteses que versem acerca de saques indevidos em conta bancária, diante do reconhecimento da hipossuficiência técnica do consumidor, ainda que não reconhecida a verossimilhança das alegações apresentadas. Precedentes." (STJ, 3ª T., AgRg no REsp 906.708/RO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 19.05.2011, *DJe* 30.05.2011).

41 Imagine-se a ação de indenização proposta por um consumidor do norte do país que afirmasse ter se intoxicado, há vários meses, ou anos, com produto fabricado pelo réu em Santa Catarina, e o pedido de inversão do ônus da prova tivesse sido feito na petição inicial, a que não se juntou prova alguma, fosse da aquisição, do consumo e do mal à saúde do demandante. Que tipo de prova seria possível ao

fabricante produzir, caso a inversão fosse deferida, em tais circunstâncias?

42 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*: Princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 109; TJRGS, 6ª CC., Ag nº 70005616644, Rel. Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, dec. monocr. de ac. 27.12.2002. STJ, 3ª T., REsp 1.021.261/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 20.04.2010, *DJe* 06.05.2010.

43 STJ – 4ª T., REsp 1.256.703/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 06.09.2011, *DJe* 27.09.2011.

44 A Constituição Federal, todavia, adverte que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (art. 5º, inc. LVI).

45 "O valor probante dos indícios e presunções, no sistema do livre convencimento que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas" (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, 2. ed. Campinas: Millenium, 2000, v. II, p. 378).

46 "É admissível a prova emprestada quando tenha sido colhida mediante garantia do contraditório, com a participação da parte contra quem deva operar" (*in RT*, 300/229, através de citação no ac. do STF, publicado na *RTJ*, 56/285). Nesse sentido: STJ, REsp. 135.777/GO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 21.10.97, *in RSTJ* 104/304; STJ, 5ª T., REsp. nº 925.223/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 11.12.2008, *DJe* 02.02.2009.

47 CARVALHO SANTOS. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. III, p. 180.

48 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Civil e no Comercial*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1971, v. I, n. 57, p. 82.

49 As presunções legais se subdividem em *absolutas* (*iuris et de iure*) e *relativas* (*iuris tantum*). As absolutas são instituídas pela lei em caráter definitivo, de modo que não cabe no processo cogitar-se de prova contrária. É o caso da presunção de que a lei é conhecida de todas as pessoas (Lei de Introdução, art. 3º). Já as relativas se firmam a partir de fatos considerados relevantes pela lei, mas que podem ser desmentidos por prova em contrário. A presunção *iuris tantum*, portanto, não é definitiva e perdura apenas enquanto não surgir prova em sentido contrário. É, por exemplo, a que se estabelece em favor do pagamento quando o credor entrega o título ao devedor (Cód. Civ., art. 324), uma vez que a quitação assim presumida pode ser desfeita mediante prova de que, na realidade, o pagamento não ocorreu (Cód. Civ., art. 324, parágrafo único).

50 O recurso à presunção *hominis* (presunção que não é definida pela lei) encontra apoio na regra do art. 335 do CPC, em que o legislador autoriza o juiz a utilizar, na falta de norma legal, "as regras de experiência comum" para conhecer o fato relevante para o julgamento da causa.

51 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959, v. I, p. 332; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária*, cit., v. I, n. 57, p. 84. O novo Código Civil de 2002 dispõe textualmente no mesmo sentido (art. 230).

52 "A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético-DNA gerará a presunção de paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório" (Lei nº 8.560, de 29.12.1992, art. 2-A, parágrafo único, com a redação da Lei 12.004, de 29.07.2009). "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade" (STJ, Súmula 301).

53 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. III, t. II, n. 516, p. 646-647.

54 TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 38. ed., Padova: CEDAM, 1998, n. 94, p. 228.

55 COUTURE, Eduardo J. O*p. cit*., n. 162, p. 253.

56 STJ – 3ª T., REsp 1.132.818/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 03.05.2012, *DJe* 10.05.2012.

57 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, v. II,

n. 463, p. 195. No mesmo sentido: *RT* 640/137; 651/116; *RJTJESP* 89/94, 101/198 e 107/304. Admitindo depoimento pessoal por procurador, desde que disponha de poderes específicos: *RT* 481/165, 679/147, *RJ* 175/74; *RP* 1/199, 6/307; *RBDP* 40/134; *RF* 256/258.

58 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: RT, 1974, v. IV, n. 58, pp. 79-80.

59 TJPR, 1ª CC., Ag. 14.653, Rel. Des. Sydney Zappa, ac. 23.03.98, *Juis – Jurisprudência Informatizada Saraiva*, nº 23. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, t. IV, p. 311; Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, vol. I, p. 230.

60 PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. IV, p. 271; LOPES, João Batista. *Manual das Provas no Processo Civil*. Campinas: Kennedy, 1974, p. 48.

61 "O depoimento pessoal é ato personalíssimo em que a parte revela ciência própria sobre determinado fato. Assim, nem o mandatário com poderes especiais pode prestar depoimento pessoal no lugar da parte" (STJ, 3ª T., REsp. 623.575/RO, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 18.11.2004, *RSTJ* 191/321; STJ, 4ª T., REsp. 54.809/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 08.05.1996, *DJU* 10.06.1996, p. 20.335). Há, porém, precedentes que permitem o depoimento por procurador com poderes especiais, ora sem restrições (STF, 2ª T., RE 85.655/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, ac. 05.10.1976, *RePro* 6/307), ora em circunstâncias excepcionais (TJSP, 10ª Câm. Dir. Privado, Ap. 9.411-4, Rel. Des. Quaglia Barbosa, ac. 15.10.1996, *JTJ* 186/144). A pessoa jurídica prestará depoimento pessoal por seu representante legal ou por preposto especialmente credenciado (STJ, 3ª T., REsp. 191.078/MA, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 15.09.2000, *DJU* 09.10.2000, p. 142).

62 MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*. 3. ed., São Paulo: Duprat, 1912, v. II, § 144, p. 190.

63 LOPES, João Batista. *Manual das Provas no Processo Civil*. Campinas: Kennedy, 1974, p. 45.

64 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. II, n. 469.

65 LOPES, João Batista. O*p. cit*., p. 45. O Código Civil, ao tratar do mesmo tema, dispõe que "não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados" (art. 213). Barbosa Moreira considera melhor o texto do Código Civil que o do Código de Processo Civil (art. 351: "Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis"). É que a hipótese "é realmente de eficácia, não de validade" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Anotações sobre o título 'Da prova' do Novo Código Civil". *Revista jurídica*, v. 370, p. 27, ago./2008).

66 MONTEIRO, João. O*p. cit*., II, § 153, p. 210.

67 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil. Op. cit*., v. II, n. 467, p. 200.

68 MONTEIRO, João. O*p. cit*., v. II, § 152, p. 209.

69 O novo Código Civil (de 2002) admite a anulação da confissão com base apenas no erro de fato e na coação (art. 214). É que, mesmo sendo o confitente induzido por dolo do adversário a respeito da conveniência de depor, o fato confessado, sendo verdadeiro, não há de ser ignorado pelo juiz. No entanto, se o dolo for utilizado para induzir o depoente a supor verdadeiro fato que não o é, subsistirá a possibilidade de anular a confissão, não por dolo, mas por erro (conferir: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. III, t. II, n. 431, p. 431-433; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. II, pp. 147-149).

70 Barbosa Moreira aplaude o aprimoramento redacional feito pelo atual Código Civil (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Anotações sobre o título 'Da prova' do Novo Código Civil". *Revista jurídica*, v. 370, p. 27, ago./2008).

71 MONTEIRO, João. *Op. cit*., II, § 151, p. 204.

72 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1976, v. IV, n. 100, p. 133.

73 STF, RE 82.001, ac. 20.06.75, *in RTJ*, 75/326.

74 BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile*. 2. ed., Roma: Società editrice del "Foro Romano", 1936, p. 355.

75 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 2. ed., § 33, pp. 283-296. A vedação, todavia, refere-se à exibição total e indiscriminada. No entanto, "é perfeitamente viável a determinação judicial de exibição de documentos de firma comercial estranha à demanda principal, nos termos do artigo 360 e seguintes do CPC, ainda que se trate de informações comerciais, desde que estas não infrinjam os princípios da livre-concorrência e do sigilo, guardando tais documentos pertinência com a causa pendente" (TJMG, Ap. Civ. nº 2.0000.00.432323-3/000(1), Rel. Des. Heloisa Combat, ac. 21.10.2004, pub. 10.11.2004).

76 Amaral Santos entende que o juiz não tem poderes para determinar a exibição *ex officio* (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1977, v. IV, n. 107, p. 141). *Concessa venia*, aceitamos como válida a restrição do renomado mestre apenas para as medidas preparatórias que assumem a feição de *ação cautelar*, não para as *incidentais*, porque para estas há de prevalecer o poder de iniciativa, assegurado pelo art. 130 ao juiz, no tocante à completa instrução da causa.

77 1º TACiv. SP, M. Seg. 197.442, ac. 21.11.73, Rel. Juiz Machado Alvim, *in Revista Forense*, 247/169; TJSP, MS 226.098-1/8, Rel. Des. Villa da Costa, ac. 21.10.94, *in RT* 712/151.

78 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1974, v. IV, p. 329.

79 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit*., IV, p. 332.

80 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit*., IV, p. 333.

81 CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Ed. Arayú, 1955, nº 34-35, pp. 154-156, *apud* PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. IV, p. 158.

82 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1974, v. II, n. 472, p. 206.

83 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936, I, p. 691.

84 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, v. IV, nºs 131 e 132, p. 164 e 165. "A certeza da proveniência do documento do autor indicado chama-se *autenticidade*" (CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit*., v. I, p. 701, *apud* BARBI, Celso Agrícola. *Ação Declaratória*. 3. ed., p. 108).

85 *Apud* LOPES, João Batista. *Manual das Provas no Processo Civil*. Campinas, Kennedy, 1974, p. 40.

86 O art. 216 do Código Civil de 2002 acrescenta uma solenidade ao traslado: a necessidade de ser a reprodução conferida, também, por outro escrivão. Trata-se de um retrocesso em relação ao Código de Processo Civil, que se contenta com a fé pública daquele que formou o traslado. De qualquer forma a exigência é inócua, porque a certidão tem a mesma força do traslado e se este não valer como tal valerá como certidão, independentemente do conserto aludido na lei material. Em suma, não foi abalado o sistema do art. 365 do Código de Processo Civil que colhe o traslado e a certidão como provas equivalentes, sem o requisito da dupla conferência com o original, sendo suficiente a fé pública do escrivão ou notário que subscreve a reprodução.

87 Os originais dos documentos digitalizados, a que alude o inciso VI do art. 365, deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para interposição de ação rescisória (art. 365, § 1º, acrescentado pela Lei nº 11.419/2006). Essa regra não se aplica ao título executivo extrajudicial, ou outro documento

relevante à instrução do processo, casos em que o juiz poderá determinar o depósito do original em cartório ou secretaria (art. 365, § 2º, acrescentado pela Lei nº 11.419/2006).

88 TJMG, Apel. 28.232, Rel. Des. Hélio Costa, ac. 11.09.67, *in Minas Forense*, 52/163; e Apel. 28.260, Rel. Des. Sylvio Cerqueira, ac. 14.11.67, *in Minas Forense*, 53/25; TJSP, 29ª Câmara de Direito Privado, Apel. nº 992090533193/SP, Rel. Des. Reinaldo Caldas, ac. 17.03.2010, pub. 31.03.2010.

89 MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*. 3. ed., São Paulo: Duprat, 1912, v. II, § 134, p. 138. Os requisitos formais de escritura pública constam do art. 215 do Código Civil de 2002.

90 Dispõe o art. 221 do Código Civil de 2002: "O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor." Aboliu a nova lei civil, portanto, a velha exigência de testemunhas para condicionar o valor probante dos instrumentos negociais por documento particular.

91 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., n. 157, p. 198; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1974, v. IV, p. 352.

92 Sobre o tema dispõe o Código Civil de 2002: "Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios. Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos."

93 Dispõe o art. 1.191, *caput*, do Código Civil de 2002: "O juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas à sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência."

94 Dispõem os parágrafos do art. 1.191 do Código Civil de 2002: "§ 1º O juiz ou tribunal que conhecer de medida cautelar ou de ação pode, a requerimento ou de ofício, ordenar que os livros de qualquer das partes, ou de ambas, sejam examinados na presença do empresário ou da sociedade empresária a que pertencerem, ou de pessoas por estes nomeadas, para deles se extrair o que interessar à questão. § 2º Achando-se os livros em outra jurisdição, nela se fará o exame, perante o respectivo juiz."

95 STJ, 3ª T., REsp. 11.725, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 18.02.92, *DJU* de 16.03.92, p. 3.098; STJ, 1ª T., AgRg no Ag nº 535.018/RJ, Rel. Min. José Delgado, ac. 16.03.2004, *DJU* 10.05.2004, p. 178.

96 STJ, 1ª T., Mand. Seg. 919-PE, Rel. Min. Garcia Vieira, ac. 22.05.91, *DJU* de 01.07.91, p. 9.161; STJ, 2ª T., REsp. nº 622.804/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 21.09.2004, *DJU* 29.11.2004, p. 296.

97 2º TACIV.SP, Ap. 206.355-2, Rel. Juiz Boris Kauffmann, ac. 21.10.1987, *in RT*, 624/146; STJ, REsp. 162.807/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 11.05.98, *in DJU* de 26.06.98, p. 70; STJ, Emb. Div. em REsp. 101.814/SP, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 18.02.98, *in DJU* de 27.04.98, p. 58; STJ, 5ª T., REsp. nº 803.113/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, ac. 16.06.2009, *DJe* 03.08.2009. Com relação às pessoas jurídicas de direito público, as cópias reprográficas podem ser autenticadas por servidor da própria repartição interessada (STJ, Emb. Div. em REsp. 125.196/SP, Corte Especial, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 01.04.98, *in RSTJ* 109/15; STJ, Corte Especial, EREsp. nº 135.107/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 07.10.1998, *DJU* 14.12.1998, p. 80).

98 Há interessante artigo de Hermano Duval sobre a prova à base de fitas magnéticas, *in Revista Forense*, 251/384. Sobre o mesmo tema consultar nossos estudos "A gravação telefônica como meio de prova no processo civil", *in Boletim Técnico da* OAB, vol. 1º, EAOAB, Belo Horizonte, 1994, pp. 11-22; "Aspectos relevantes da prova no processo civil", *in Rev. Jurídica*, vol. 195, Porto Alegre, jan./1994, pp. 5-27 e *Rev. Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais*, vol. 51, Belo Horizonte, abr./jun. 1993, pp. 15-38.

99 PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. IV, p. 213.

100 MARQUES, José Frederico Marques. *Op. cit*., v. III, n. 568, p. 79; BUZAID, Alfredo. *Apud* BARBI,

Celso Agrícola. *Ação Declaratória*. 3. ed., p. 109; PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *Op. cit.*, p. 213-214; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Declaratória Incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, n. 56, p. 85-86.

101 Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação Declaratória e Incidente de Falsidade: Falso Ideológico e Intervenção de Terceiros. *Rev. de Processo*, São Paulo, 51/32. No sentido do texto: REsp. 19.920-0/PR, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 15.06.93, *in DJU* de 25.10.93, p. 2.298; e *LEX – JSTJ* 54/187.

102 "Contestada a assinatura aposta em documento particular não autenticado, cabe à parte que o apresentou em Juízo o ônus de provar, na instrução da causa, sua veracidade, dispensando-se o incidente de falsidade" (TAMG, Ap. 145.655-9, Rel. Juiz Herondes de Andrade, ac. 24.11.92, *in RJTAMG* 49/245). Nesse sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 15.706/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 24.03.1992, *DJU* 13.04.1992, p. 4.998.

103 TJMG, Apel. 44.294, Rel. Des. Régulo Peixoto, *in D. Jud. MG*, de 17.09.76; STJ, REsp. 69.895/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 26.05.97, *in DJU* de 04.08.97, p. 34.739; TJSP, 24ª Câmara de Direito Privado, Apel. nº 7240587500/SP, Rel. Des. José Luiz Germano, ac. 22.08.2008, pub. 16.09.2008.

104 MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.*, v. III, n. 568, p. 80.

105 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, v. IV, p. 364.

106 PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *Op. cit.*, v. IV, p. 219.

107 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, n. 56, p. 85.

108 NORONHA, Carlos Silveira *Do Agravo de Instrumento*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 212.

109 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, v. IV, p. 365.

110 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 373.

111 PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *Op. cit.*, p. 223.

112 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Declaratória Incidental*. São Paulo: RT, 1972, n. 56, p. 85.

113 MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, II, n. 396, p. 219-220.

114 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária*. São Paulo: Max Limonad, 1966, v. IV, n. 200, p. 396.

115 TJMG, Ag. Inst. 14.014, Rel. Des. Horta Pereira, ac. 18.12.75, *in D. Jud. MG*, de 26.02.76; STJ, REsp. 114.052/PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 15.10.98, *in DJU* de 14.12.98, p. 243; STJ, REsp. 83.751/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 19.06.97, *in DJU* de 25.08.97, p. 39.376; STJ, 4ª T., REsp. nº 826.660/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 19.05.2011, *DJe* 26.05.2011. Assim também entendeu o Simpósio Brasileiro de Direito Processual Civil realizado em Curitiba, em 1975 (artigo de Édson Prata, *in Revista Forense*, 252/26).

116 Apel. 243.627, Rel. Des. Moretzohn de Castro, ac. 03.07.75, *in RT*, 484/93. De igual sentido: TJMG, Apel. 44.217, ac. 20.05.76, Rel. Des. Helvécio Rosenburg, *in D. Jud. MG*, de 15.09.76, STF, RE 65.256, Rel. Min. Amaral Santos, ac. 30.09.69, *in RTJ*, 54/552; STJ, REsp. 181.627/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 18.03.99, *in DJU* de 21.06.99, p. 164; STJ, REsp. 165.572/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. 06.10.98, *in DJU* de 18.12.98, p. 364; STJ, 4ª T., REsp. nº 431.716/PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 22.10.2002, *DJU* 19.12.2002, p. 370; STJ, 4ª T., AgRg no REsp 785.422/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 05.04.2011, *DJe* 12.04.2011.

117 PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *Op. cit.*, v. IV, p. 245.

118 SILVEIRA, Marco Antonio Karam. Lei de acesso à informação pública (Lei nº 12.527/2011). Democracia, República e Transparência no Estado Constitucional. *Revista dos Tribunais*, v. 927, p. 140, jan. 2013.

119 TJMG, Apel. 33.871, Rel. Des. Ribeiro do Valle, ac. *in D. Jud. MG*, de 13.03.71; TJSP, AI 128.271-1, Rel. Des. Jorge Almeida, ac. 27.12.1989, *in RJTJSP* 125/349. "Ausentes os elementos ensejadores da conexão, é de rigor o desentranhamento e a remessa à origem de documentação que não guarda

pertinência" (STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 968.458/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 20.11.2008, *DJe* 15.12.2008). Sobre a necessidade de cautela no desentranhamento: TJMG, 8ª Câmara Cível, AI nº 1.0090.07.017757-2/002(1), Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, ac. 26.03.2009, pub. 20.05.2009; TJSP, 16ª Câmara de Direito Público, AI nº 0246582-65.2009.8.26.000, Rel. Des. Amaral Vieira, ac. 27.07.2010, pub. 26.08.2010.

120 2º TACiv.SP, Apel. 34.631, Rel. Juiz Sabino Neto, ac. 21.10.75, *in RT*, 481/157; TRF 3ª Região, 4ª T., MC nº 2000.03.00.053738-8/SP, Rel. Batista Gonçalves, ac. 14.10.2010, *DJe* 22.10.2010.

121 2º TACiv.SP, Apel. 34.430, Rel. Juiz Rebouças de Carvalho, ac. 16.10.75, *in RT*, 484/155; TJSP, 13ª Câmara de Direito Privado, AI nº 0364729-50.2009.8.26.000, Rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves, ac. 07.04.2010, pub. 19.04.2010.

122 TJMG, Ag. Inst. 14.271, Rel. Des. Hélio Costa, ac. 05.08.76, *in D. Jud. MG*, de 05.11.76. Nesse sentido: TJSP, 16ª Câmara de Direito Público, AI nº 9018215-56.2009.8.26.0000, Rel. Des. Amaral Vieira, ac. 09.03.2010, pub. 29.03.2010.

123 PAULA BATISTA, Francisco de. *Compêndio de Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Garnier, 1901, § 149, p. 194.

124 MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*. 3. ed., São Paulo: Duprat, 1912, v. II, § 162, p. 240.

125 "A carta-missiva de pessoa não impedida de depor em juízo é documento gracioso que não merece fé, porque o signatário fica livre de contradita, de responder a perguntas e, sobretudo, da pena do delito de perjúrio, por não haver prestado a promessa legal de dizer a verdade" (TJPR, Apel. 423/72, ac. 25.09.73, *in RT*, 461/177. No mesmo sentido: TJMT, ac. 27.08.73, *in RT*, 458/187; TJMG, 1º Grupo de Câmaras Criminais, Revisão Criminal, 1.0000.06.447293-9/000(1), Rel. Des. Márcia Milanez, ac. 12.11.2007, pub. 17.01.2008).

126 *Apud* PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *Op. cit.*, v. IV, p. 250.

127 PAULA BATISTA, Francisco de. *Op. cit.*, § 159, p. 207.

128 TJMG, Apel. 32.769, Rel. Des. Jacomino Inacarato, *in DJMG*, de 06.06.70; no mesmo sentido: STF, RE 68.704, Rel. Min. Barros Monteiro, *in RTJ*, 54/63; TJSP, ac. 10.08.72, *in RT*, 449/100; TJMG, Apel. 34.112, Rel. Des. Ribeiro do Valle, *in Jurisprudência Mineira*, 48/262; STJ, REsp. 13.508-0/SP, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. 14.12.92, *in DJU* de 08.03.93, p. 3113;STJ, 3ª T., REsp. nº 895.792/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 07.04.2011, *DJe* 25.04.2011.

129 TJMG, Apel. 28.232, ac. 11.09.67, Rel. Des. Hélio Costa, *in Minas Forense*, 52/163; TJPR, 18ª Câmara Cível, AC nº 6646119 PR 0664611-9, Rel. Des. Luis Espíndola, ac. 06.04.2011, *DJ* 621.

130 "Não pode o terceiro, injustificadamente, recusar sua colaboração para esclarecer fatos necessários ao julgamento da causa" (STJ, RO em HC 8.448/PR, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 11.05.99, *in DJU* de 21.06.99, p. 148). Nesse sentido: STJ, 2ª T., AgRg no REsp. nº 1.265.174/PR, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 13.09.2011, *DJe* 21.09.2011.

131 Sobre o impedimento do juiz-testemunha, mesmo quando não arrolado pelas partes, v. o item 194-a, *retro*.

132 Decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que "o que tanto a lei substantiva, como a adjetiva falam, expressamente, no tocante ao impedimento para testemunhar em juízo, é apenas o parentesco com *uma das partes* litigantes". Por isso, se a testemunha for parente de ambas as partes, "não há falar-se em impedimento em tal caso, porque a interpretação diversa implicaria distinguir onde a lei não distingue" (Ag. Inst. 13.777, ac. 07.10.74, Rel. Des. Régulo Peixoto, *in Rev. Lemi*, 86/257). No mesmo sentido: TAMG, 3ª Câmara Cível, Ap. Civ. 2.0000.00.377497-8/000(1), Rel. Maurício Barros, ac. 18.12.2002, pub. 08.02.2003. Por outro lado, "a jurisprudência é pacífica, no entendimento de que, a exemplo do Direito Canônico, os descendentes prestem depoimento em causas matrimoniais" (TJSP, Apel. 224.760, ac. 01.11.73, Rel. Des. Barbosa Pereira, *in Revista Forense*, 248/201; TJSP, 3ª Câmara

de Direito Privado, Apel. 0001072-55.2009.8.26.0471, Rel. João Pazine Neto, ac. 26.4.2011, pub. 28.04.2011).

133 Satta equipara o sócio à própria parte, nos casos de sociedade de pessoas, para efeito de impedimento de testemunhar (SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Borsoi, v. I, n. 51, p. 134).

134 O TAMG decidiu que não são suspeitos os depoimentos de empregados da parte (Apel. 141, ac. 22.10.65, Rel. Juiz Paula Ricardo, *in Jurisprudência Mineira*, 43/482). Nesse sentido: TAMG, Ap. 53.060-3/01, Rel. Juiz João Quintino, ac. 27.02.91, *in RJTAMG* 43/222; TARS, Ap. 190.042.507, Rel. Juiz Moacir Adiers, ac. 23.08.90, *in Julgs. TARS* 79/304; TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Apel. nº 921449539.2005.8.26.0000, Rel. Des. Adilson de Andrade, ac. 26.04.2011, pub. 28.04.2011. O STF, porém, considerou suspeitos os depoimentos prestados em execução fiscal de dívida ativa, por funcionários que tenham participação na arrecadação do imposto em litígio (*RTJ*, 51/778).

135 "Não é de deferir-se requerimento para audiência da parte contrária, a fim de desobrigar a testemunha, que se escusa a revelar segredo profissional" (PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: RT, 1976, v. II, p. 286, ac. do TJBA).

136 "A pessoa apontada como cúmplice do cônjuge adúltero não é obrigada a depor sobre fatos que importam em desonra própria. Mas, desde que consinta em depor, deve ser tomado o seu depoimento" (TJSP, ac. 08.11.74, na Apel. 226.065, Rel. Des. Weiss de Andrade, *in* Alexandre de Paula, *op. cit*., II, nº 286). "A testemunha pode escusar-se a prestar depoimento se este colidir com o dever de guardar sigilo" (STF, HC 71.039-5, Rel. Min. Paulo Brossard, ac. 07.04.94, *in RF* 333/329). O advogado tem direito de recusar-se a depor sobre fatos de "que teve conhecimento no exercício profissional" (TJMG, AI 14.248/9, Rel. Des. Lúcio Urbano, ac. 09.09.93, *in Jurisp. Min*. 124/66). Nesse sentido: STJ, 6ª T., MS nº 48.843, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 30.10.2007, *DJU* 11.02.2008, p. 1.

137 "Se o rol foi junto aos autos fora do quinquídio legal e sem depósito da importância necessária para fazer face às despesas com a intimação das testemunhas, a falta de realização dessa não impõe o adiamento da audiência" (TAMG, Apel. 4.500, ac. 19.10.73, Rel. Juiz Vilhena Valadão, *in Jurisprudência Mineira*, 60/216). "Não pode ser tomado o depoimento de testemunhas cujo rol haja sido depositado sem observância do prazo legal" (STJ, REsp. 67.007-1/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 06.08.96, *in DJU* de 29.10.96, p. 41.642). Nesse sentido: STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 954.677/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 06.12.2007, *DJU* 18.12.2007, p. 277.

138 "O prazo para depósito do rol de testemunhas a serem ouvidas na audiência em que os dois dias anteriores (*hoje* a lei fala em *dez dias*) venham a recair em sábado e domingo, deve ser contado com exclusão desses dois dias, nos quais, notoriamente, inexiste expediente forense" (TJMG, Apel. 38.168, ac. 18.06.73, Rel. Des. Horta Pereira, *in DJMG*, de 14.11.73). Nesse sentido: TJSP, Ag. 23.572-4, Rel. Des. Leite Cintra, ac. 25.09.96, *in JTJSP* 188/237; 1º TACiv.SP, Ap. 543.078-2, Rel. Juiz Paulo Eduardo Razuk, ac. 30.03.95, *in JTACiv.SP* 153/127. Com a nova sistemática introduzida pela Lei nº 10.358/2001, o STJ entende que "não se aplica ao prazo de oferecimento de rol de testemunhas a regra genérica do art. 185 do Cód. de Proc. Civil, ante a especificidade do disposto no art. 407 do mesmo Código" (STJ, 3ª T., REsp. nº 1.109.979/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 20.10.2009, *DJe* 03.11.2009).

139 TJSP, Apel. 223.165, ac. 03.06.73, Rel. Des. Sales Júnior, *in RT*, 463/83. No mesmo sentido: TJMG, Apel. 34.197, ac. 26.10.71, Rel. Des. Sylvio Coimbra, *in Jurisprudência Mineira*, 50/111. "Se o adiantamento da audiência de instrução o foi por culpa do recorrente, a este não cabe alegar o direito de depositar o rol de testemunhas, quando não o fez em tempo hábil" (STJ, REsp. 3.243/BA, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 29.06.90, *in DJU* de 27.08.90, p. 8.323). Se o adiamento se deu sem culpa da parte e antes de iniciada a instrução, já se decidiu que, mesmo não tendo sido anteriormente oferecido o rol de testemunhas, "não se afigura correto, haver como preclusa a faculdade, como entendeu o Tribunal *a quo*" (STJ, 4ª T., REsp. nº 209.456/MG, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, ac. 14.08.2007, *DJU* 27.08.2007, p. 254).

140 STF, RE 75.743, ac. 23.03.73, Rel. Oswaldo Trigueiro, *in RT*, 453/272: "A falta anterior de

especificação de provas não prejudica o direito da parte de oferecer suas testemunhas, a qualquer tempo, observado o disposto no art. 239, § 1º, do Cód. de Processo Civil" (hoje: art. 407, *caput*). No mesmo sentido: TAMG, Ag. 197.340-6, Rel. Juiz Páris Pena, ac. 05.09.95, *in* Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil Anotado*, São Paulo, RT, 1998, 7ª ed., vol. II, p. 1.745. Em sentido contrário: "O silêncio da parte, em responder ao despacho de especificação de provas, faz precluir o direito à produção probatória, implicando desistência do pedido genérico formulado na inicial" (STJ, 3ª T., REsp. nº 329.034/MG Rel. Min. Gomes de Barros, ac. 14.02.2006, *DJU* 20.03.2006, p. 263). No entanto, quando o requerimento de prova testemunhal constar expressamente da petição inicial, haverá cerceamento de defesa se o juiz deixar de colher aquela prova, mesmo que não especificada no prazo assinado no saneador (STJ, 3ª T., AI nº 388.759/MG AgRg, Rel. Min. Gomes de Barros, ac. 25.09.2006, *DJU* 16.10.2006, p. 362).

141 TAMG, Apel. 2.443, ac. 22.10.69, Rel. Juiz Agostinho de Oliveira, *in Revista Forense*, 230/189; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.198.159/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 02.09.2010, *DJe* 04.10.2010.

142 Fora dos permissivos legais, "não é admissível a substituição de testemunha no correr da audiência" (TJMG, Apel. 16.601, ac. 06.11.59, Rel. Des. Lahyre Santos, *in Minas Forense*, 33/119); TJRJ, Ap. 651/97, Rel. Des. Marlan Moraes Marinho, *in Adcoas* 22.08.97, nº 8.155.359.

143 "A parte que arrola testemunha para comparecer independentemente de intimação corre o risco de perder o seu depoimento, se ela não comparece" (TARS, ac. 17.08.73, *in RT*, 458/234). Nesse sentido: STJ, REsp. 57.144-8, Rel. Min. Garcia Vieira, ac. 06.02.95 *in RT* 715/297; STJ, 5ª T., HC nº 117.952/PB, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, ac. 27.05.2010, *DJe* 28.06.2010.

144 TJRGS, 18ª C. Civ., Ag. Inst. 70007613417, Rel. Des. Planella Villarinho, ac. 24.6.2004, *RJTJRGS*, 237/170; STJ, 5ª T., HC nº 160.794/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, ac. 12.04.2011, *DJe* 04.05.2011.

145 "Ensina Costa Manso que os escritos particulares provam apenas contra quem os fez; o testemunho de um terceiro, salvo o caso de fé-pública, deve ser produzido sempre sob a forma de depoimento. Do contrário, ficariam anuladas as prescrições legais relativas à prova testemunhal, bem como as garantias outorgadas à parte contrária, consistentes nas contraditas, reperguntas e contestações." Por isso, "não é possível reconhecer-se numa simples declaração o efeito de prova testemunhal..." (TJMG, Apel. 33.302, ac. 31.08.71, Rel. Des. Ribeiro do Valle, *in D. Jud. MG*, de 30.09.71). Nesse sentido: TJSP, Ap. 133.590-1, Rel. Des. Ernâni de Paiva, ac. 20.12.90, *in RF* 317/235; STJ, 3ª Seção, AR nº 2.043/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 14.12.2009, *DJe* 01.02.2010.

146 § 2º (do art. 417 do CPC): "Tratando-se de processo eletrônico, observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 169 desta Lei". § 2º (do art. 169 do CPC): "Quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes."

147 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil. Op. cit.*, v. II, n. 498, p. 241.

148 "Ao líbito do juiz será ou não ouvido terceiro a quem as partes ou testemunhas hajam feito referência, como sabedor de fatos ou circunstâncias em discussão no processo" (TJMG, Apel. 22.948, ac. 16.03.64, Rel. Des. Correia de Almeida, *in Jurisprudência Mineira*, 41/48). Da mesma forma se dá com a acareação de testemunhas: TAMG, Ag. Inst. 8.918-9, Rel. Juiz Ney Paolinelli, ac. 28.11.90, *in RJ* 178/80. "Indeferimento motivado do pedido de acareação de testemunhas (...) não importa em cerceamento de defesa quando o conjunto probatório dos autos tornar desnecessária a produção de tais provas" (STJ, 5ª T., RMS nº 13.144/BA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 21.03.2006, *DJU* 10.04.2006, p. 229).

149 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, v. IV, n. 245, p. 334.

150 MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*. 3. ed., São Paulo: Duprat, 1912, v. II, § 178,

nota 1, p. 318.

151 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., n. 247, p. 336.

152 STF, RE 77.458, ac. 25.03.74, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *in RTJ*, 69/865.

153 TJMT, Apel. 8.679, ac. 19.01.76, Rel. Des. Athaíde Monteiro da Silva, *in RT*, 486/168; TJGO, Ap. 36.412-2/188, Rel. Des. Fenelon Teodoro Reis, *in Adcoas* 30.08.95, nº 1000486.

154 TAPR, Apel. 413, ac. 25.10.77, Rel. Juiz Jorge Andriguetto, *in Rev. Lemi*, 69/221.

155 TJSP, Apel. 245/666, ac. 09.10.75, Rel. Des. Carlos Ortiz, *in RT*, 484/88; no mesmo sentido: TJPR, Apel. 437/72, *in RT*, 456/195; TAMG, Ap. 197.839-8, Rel. Juiz Antônio Carlos Cruvinel, ac. 23.11.95, *in DJMG* 28.05.96, p. 17.

156 TJSP, Apel. 239.585, ac. 13.12.75, Rel. Des. Penido Burnier, *in RT* 479/75. "Inadmissível nova prova pericial, em juízo, decorridos vários meses do sinistro, para comprovar despesas necessárias. Outrossim, basta um orçamento idôneo, condizente com a realidade do sinistro, para comprovar as despesas necessárias" (TAPR, Apel. 315/73, Rel. Juiz Jorge Andriguetto, ac. 19.09.73, *in RT*, 470/241). "O orçamento de oficina especializada, não impugnado, deve prevalecer sobre a previsão dos peritos, pois estes vistoriaram o veículo apenas exteriormente, enquanto aquela o examinou minuciosamente" (TAMG, Apel. 4.437, Rel. Juiz Vilhena Valadão, ac. 08.06.73, *in Jurisprudência Mineira*, 55/244). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp. nº 260.742/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 10.04.2001, *DJU* 13.08.2001, p. 164.

157 "Indefere-se perícia protelatória e desnecessária ao desfecho da causa" (TAMG, Apel. 3.142, Rel. Juiz Sylvio Lemos, ac. 24.09.71, *in Jurisprudência Mineira*, 50/454). Nesse sentido: STJ, REsp. 41.127-0/MG, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 27.06.94, *in RSTJ* 69/415; STJ, 5ª T., RHC nº 26.890/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, ac. 16.06.2011, *DJe* 29.06.2011. Mas "constitui cerceamento de defesa, a ensejar nulidade do processo, o indeferimento de prova pericial imprescindível ao desate da lide, sob pena de infringir o preceito constitucional do devido processo legal" (TAMG, Emb. Infr. na Ap. 120.472-4/01, Rel. Juiz Enéas Allevato, ac. 14.10.92, *in DJMG* 29.04.93, p. 08). No mesmo sentido: STJ, REsp. 186.854/PE, Rel. Min. Garcia Vieira, ac. 14.12.98, *in DJU* de 05.04.99, p. 86; STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 997.612/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. 15.12.2009, *DJe* 08.02.2010.

158 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1971, vol. V, p. 181. "Despacho que deferiu a perícia indireta. Prova indispensável ao deslinde da causa. Recurso conhecido e improvido. Ao juiz processante cabe decidir da utilidade e admissibilidade da prova requerida, dizendo melhor que ninguém, a necessidade da prova à cabal cognição. É direito e até dever do juiz, de ofício ou a requerimento de parte, determinar a realização de perícia, quando entender de sua necessidade" (TAPR, Ag. 146007700, Rel. Juiz Anny Mary Kuss, 6ª CC, j. em 07.02.00, *JUIS-Saraiva* nº 24). No mesmo sentido: TJSP, Ap. 9.411-4, Rel. Des. Quaglia Barbosa, ac. 15.10.96, *JUIS-Saraiva* nº 24; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 01.12.2009, *DJe* 14.12.2009.

159 STF, Pleno, HC 71.373/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 10.11.1994, *DJU* de 18.11.1994, p. 31.390; STF, 1ª T., HC nº 76.060-4/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 31.03.1998, *DJU* 15.05.1998, p. 44.

160 STJ, 4ª T., REsp. 409.285/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., ac. 07.05.2002, *DJU* de 26.08.2002, p. 241; STJ, 3ª T., REsp. nº 1.046.105/SE, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 01.09.2009, *DJe* 16.10.2009. STJ, Súmula nº 301.

161 É o que ocorre, por exemplo, com o caso de "análise dos balanços contábeis da empresa", medida que "depende de conhecimentos técnicos específicos, sendo matéria que escapa às regras da experiência comum ao magistrado". Se, pois, a matéria em discussão no processo envolve fato e demanda análise técnica, terá de ser instruída "com a realização da perícia por profissional habilitado". Para que tal se cumprisse, o STJ proveu o recurso especial manejado pela parte prejudicada na instância local (STJ, 3ª T., REsp. nº 1.324.681/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 09.04.2013, *DJe* 15.04.2013).

162 "Não veda o sistema processual vigente que pessoa jurídica possa servir como assistente técnico,

sobretudo após a edição da Lei nº 8.455/92" (STJ, 4ª T., REsp. 36.578/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 24.08.1993, *Revista Forense* 325/155). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 38.839/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 07.02.1995, *DJU* 20.03.1995, p. 6.121.

163 As partes devem ser cientificadas da *data e local do início da perícia*, quer a designação seja feita pelo juiz, quer por deliberação do perito. A preocupação da norma contida no art. 431-A, criado pela Lei nº 10.358, é a de evitar perícias levadas a efeito em segredo e sem condições de acompanhamento pelas partes e seus assistentes. Portanto, antes de dar início a suas tarefas técnicas, o perito tem de certificar-se da prévia intimação dos litigantes.

164 Com a alteração do texto do parágrafo único do art. 433, a sistemática da produção do parecer do assistente técnico passou a ser a seguinte: *a*) o perito do juízo deposita seu laudo em cartório, e após juntado aos autos as partes são *intimadas*; *b*) *dessa intimação corre o prazo comum de dez dias* para que os assistentes técnicos de ambas as partes ofereçam seus pareceres. O prazo dos assistentes *não é mais comum ao perito*, é posterior à conclusão da tarefa deste. É comum, todavia, o prazo para todos os assistentes.

165 "Apresentado o laudo pericial, é defeso ao juiz proferir desde logo a sentença, devendo abrir vista às partes para que se manifestem sobre o mesmo pena de violação do princípio do contraditório" (STJ, REsp. 92.313/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 14.04.98, *in RSTJ* 109/192). No mesmo sentido: STJ, 6ª T., HC nº 88.765/SP, Rel. Min. Og Fernandes, ac. 19.11.2009, *DJe* 14.12.2009.

166 É nula a sentença se o juiz a profere sem dar oportunidade às partes de falarem sobre o laudo apresentado (STF, 2ª T., RE 69.661/PA, Rel. Min. Aldir Passarinho, ac. 19.04.1983, *in RTJ* 107/76). "Apresentado o laudo, não pode o juiz proferir sentença sem antes propiciar às partes que se pronunciem sobre o mesmo. Não atendida essa exigência do contraditório, anula-se aquele ato decisório" (STJ, 3ª T., REsp. 6.102/AM, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 11.03.91, *in DJU* de 22.04.91, p. 4.784). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 275.686/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 23.10.2000, *DJU* 04.12.2000, p. 65.

167 TJMG, Apel. 24.249, Rel. Des. Hélio Costa, ac. 31.08.64, *in Jurisprudência Mineira*, 41/79; TJMG, Ap. 10.025/5, Rel. Des. José Loyola, ac. 30.06.94, *in Jurisp. Min*. 128/103; STJ, REsp. 30.380-5/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 22.11.94, *in RT* 718/253.

168 MONTEIRO, João. *Op. cit*., v. II, § 180, p. 322.

169 BATISTA MARTINS, Pedro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. III, t. 2, n. 77, p. 99.

170 BATISTA MARTINS, Pedro. *Op. cit., loc. cit*.

171 STJ, 3ª T., REsp. 30.380-5/RJ, ac. 22.11.94, *RT* 718/253; *RSTJ*, 77/145; STJ, 1ª T., AgRg no REsp. nº 1.156.222/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 02.12.2010, *DJe* 02.02.2011; STJ, 5ª T., HC nº 161.158/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, ac. 16.08.2011, *DJe* 31.08.2011.

172 "Manifesta a incompatibilidade entre a função do juiz e a de perito. Se o próprio juiz da causa pudesse servir de perito, o seu parecer, proferido nessa qualidade, constituiria muitas vezes legítimo prejulgamento. Aliás, os juízes não podem ser senão juízes" (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1971, v. V, n. 38, p. 97). Na jurisprudência já se decidiu que é ilegal a alteração técnica do laudo pericial por parte do juiz: "I – Não pode o juiz interferir na confecção do laudo pericial determinando, no caso da desapropriação, a inclusão ou exclusão da área. II – Havendo discordância do laudo, poderá o juiz desconsiderar a referida prova" (TRF 1ª Região, AI 207.01.00.018886-8/MT, Rel. Des. Cândido Ribeiro, ac. 24.09.2007, *DJU* 09.11.2007).

173 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., v. V, n. 75, p. 171.

174 BATISTA MARTINS, Pedro. *Op. cit*., n. 83, p. 106.

175 ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. 1955, v. II, § 177; LIEBMAN, Enrico Tullio.

Manuale di Diritto Processuale Civile. 1959, v. II, n. 238; FRAGA, Afonso. *Instituições do Processo Civil do Brasil*. 1940, v. II, p. 568; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1974, v. II, n. 493; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, v. IV, n. 284, p. 386.

176 TJSC, Ap. nº 28.044, ac. 15.03.1988, RT, 629/206; 2º TACiv.-SP, Ap. nº 220.383-5, ac. 19.07.1988, RT, 633/134; STJ, 3ª T., REsp. nº 480.697/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 07.12.2004, *DJU* 04.04.2005, p. 300.

177 PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. IV, p. 390.

178 PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: RT, 1976, v. II, p. 345.

179 TAMG, Ag. 1.649, Rel. Juiz Vaz de Melo, ac. 14.05.76, *in Rev. Lemi*, 106/205; STJ, REsp. 7.267/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 20.03.91, *in DJU* de 08.04.91, p. 3.887. Ocorre cerceamento de defesa quando se julga a causa sem a realização da audiência de instrução e julgamento necessária (STJ, 4ª T., REsp. nº 330.036/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 21.05.2009, *DJe* 01.06.2009).

180 ROSA, Eliezer. *Dicionário de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1973, pp. 83-86.

181 LIMA, Cláudio Vianna de. *Procedimento Ordinário*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 72.

182 LIMA, Cláudio Vianna de. *Op. cit*., p. 70.

183 STJ, 4ª T., REsp. nº 75.061/PB, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 07.04.1998, *DJU* 29.06.1998, p. 189. Decidiu o TJMG que a falta de intimação regular do advogado da parte, que provocou seu não comparecimento à audiência, é caso de nulidade do processo (Apel. 30.700, ac. 24.03.69, Rel. Des. Hélio Costa, *in D. Jud. MG*, de 10.05.69). "É nula a intimação, quando feita com inobservância das prescrições legais" (STJ, REsp. 46.495-1/BA, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, ac. 25.05.94, *in RSTJ* 79/130).

184 "A sistemática atual do processo civil não autoriza a extinção do processo por falta de comparecimento das partes à audiência de instrução e julgamento. Apregoadas as partes, não comparecendo elas, poderá o juiz adiar a audiência, mas, de regra, dispensando ou não a prova requerida pelos faltosos, deverá o magistrado levar a audiência a seu termo, eis que as razões das partes já constam do processo, no libelo ou na defesa" (TAMG, Apel. 7.021, ac. 22.04.75, Rel. Juiz Oliveira Leite, *in Rev. Julgs. TAMG*, v. 2, p. 215). Nesse sentido: TRF da 2ª R., Ap. 50.249/RJ, Rel. Juiz Paulo Freitas Barata, ac. 03.10.95, *in RT* 724/441. Nesse sentido: STJ, 2ª T., EDcl no REsp. nº 688.762/AL, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 06.08.2009, *DJe* 19.08.2009.

185 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, v. III, n. 518, p. 19.

186 Há caso em que será humanamente impossível a justificativa da ausência do advogado antes da abertura da audiência: quando, por exemplo, o motivo surgir inesperadamente e pouco antes da audiência (desastre, morte etc.). O Código não abre exceções, mas a jurisprudência, conforme a lição de Moacyr Amaral Santos, tem suavizado a lei, dando-lhe "inteligência consentânea com os fatos" (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, v. IV, n. 306, p. 412). É lógico que o juiz terá de aceitar a justificativa *a posteriori*, nessas hipóteses excepcionais, e, em consequência, terá de anular a audiência, se ainda não proferiu sentença. Nesse sentido, "tem o STF admitido a justificação de força maior após a audiência, quando impossível a justificação prévia (por exemplo, mal súbito, acidente de automóvel quando o advogado viaja para a cidade em que se realizará a audiência etc.)" (STF, RE 73.316, ac. 02.05.72, Rel. Min. Luiz Gallotti, *in Rev. Lemi*, 56/1.781). No mesmo sentido: TJSP, Cor. parc. nº 196.149, ac. 02.03.71, Rel. Des. Cardoso Rolim, *in RT*, 431/119; TJSP, Ag. 238.422-1/0, Rel. Des. Benini Cabral, ac. 30.11.94, *in RT* 715/141; TJSP, Ap. 253.728-1, Rel. Des. Gildo dos Santos, ac. 21.05.96, *in LEX* 192/19; STJ, 3ª T., REsp. nº 54.710/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 10.10.1996, *DJU* 03.02.1997, p. 713.

187 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., III, n. 517, p. 19.

188 AMARAL SANTOS. *Op. cit*., n. 306, p. 413.

189 A inobservância da intimação pessoal dos advogados, no caso de antecipação da audiência, configura cerceamento de defesa, que acarreta nulidade processual (TJSC, Apel. 11.769, *in* Alexandre de Paula, *O Proc. Civ. à Luz da Jur*., Ed. Forense, v. II, 1982, nº 4.600, p. 453). Já decidiu o TJMG que, em se tratando "de norma cogente ligada aos princípios do contraditório e do devido processo legal, sua inobservância, quando prejudica uma das partes, vicia a audiência e inutiliza a sentença que se lhe segue" (Apel. nº 64.060, Rel. Des. Humberto Theodoro). É nula, na espécie, a "intimação feita por publicação pela imprensa" (STJ, REsp. 32.830-9/MG, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. 14.06.93, *in DJU* de 02.08.93, p. 14.255).

190 CARNEIRO, Athos Gusmão, "A Conciliação no Novo Código de Processo Civil", *in Revista Forense*, 251/70, e *RT*, 471/20. No mesmo sentido entendeu o Simpósio Nacional de Direito Processual Civil realizado em Curitiba, em 1975 (cf. relato de Édson Prata, *in Revista Forense*, 252/26); *idem*, o TJPR, na Apel. 721/74, ac. 01.10.74, *in RT*, 471/191; 2º TACiv.SP, Ap. 416.386-3/00, Rel. Juiz Lagrasta Neto, ac. 25.10.94, *in JTACiv. SP* 154/257; TACiv.RJ, Ag. 1.160/93, Rel. Juiz Asclepiades Rodrigues, *in ADV* de 09.04.95, nº 68.936; STJ, REsp. nº 4.857/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 02.04.1991, *DJU* 06.05.1991, p. 5.669.

191 TARS Apel. 8.689, ac. 21.11.74, Rel. Juiz José Barison, *in RT*, 479/212; TAMG, Ap. 216.218-3, Rel. Juiz Caetano Levi Lopes, ac. 30.04.96, *RJTAMG* 63/243; STJ, 4ª T., REsp. nº 705.269/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 22.04.2008, *DJe* 05.05.2008.

192 TARS, Apel. 8.976, ac. 27.08.74, Rel. Juiz Cristiano Graeff Jr., *in Revista Forense*, 249/258; TJSP, Apel. 245.904, ac. 10.10.75, Rel. Des. Dantas de Freitas, *in RT*, 487/81; STJ, REsp. nº 705.269/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª T., j. 22.04.2008, *DJe* 05.05.2008.

193 1º TACiv.SP, Apel. 202.862, ac. 07.05.74, *in RT*, 467/129; *idem*, Apel. 204.660, ac. 30.07.74, *in RT*, 471/128; TJSP, Apel. 202.862, ac. 07.05.74, *in Revista Forense*, 251/219; STJ, REsp. 29.738-6/BA, Rel. Min. Torreão Braz, ac. 24.05.94, *in DJU* de 15.08.94, p. 20.337; TJPR, Ag. 40.447-5, Rel. Des. Troiano Netto, ac. 23.08.95, *in Paraná Judiciário* 49/64. Cf., também, Athos Gusmão Carneiro, artigo citado.

194 2º TACiv.SP, ac. 12.11.75, Rel. Juiz Sales Abreu, *in RT*, 484/152; *idem*, Apel. 30.666, ac. 26.08.75, Rel. Juiz Vallim Bellocchi, *in RT*, 482/164; STJ, REsp. 35.234-8/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. 28.06.93, *in DJU* de 25.10.93, p. 22.499; STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 1.071.426/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 16.12.2010, *DJe* 01.02.2011.

195 TJSP, Apel. 244.009, Rel. Des. Moretzsohn de Castro, *in RT*, 482/87; STJ, REsp. 7.184/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 08.10.91, *in RT* 683/183; STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 240.934/ES, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 21.10.2010, *DJe* 19.11.2010.

196 Athos Gusmão Carneiro, artigo citado; TJMG, Apel. 40.174, Rel. Des. Régulo Peixoto, ac. 17.06.74, *in D. Jud. MG*, de 24.09.74; TRF da 5ª R., Ap. 21.929/AL, Rel. Juiz José Delgado, ac. 23.08.94, *in* Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil Anotado*, São Paulo, RT, 1998, 7ª ed., vol. I, p. 1205; STJ, 4ª T., REsp. nº 611.920/PE, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 05.08.2010, *DJe* 19.08.2010.

197 PRATA, Edson. artigo *in Revista Forense*, 252/28.

198 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., n. 302, p. 407.

199 "A ordem estabelecida no art. 452 do CPC não é peremptória, reclamando da parte prova de prejuízo alegado" (TJRGS, Ag. Inst. 70007613417, Rel. Des. Planella Villarinho, ac. 24.06.2004, *RJTJRGS*, 237/170). STJ, 5ª T., HC nº 160.794/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, ac. 12.04.2011, *DJe* 04.05.2011.

200 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., n. 311, p. 419. Decidiu o TAMG que "válida é a publicação de sentença em cartório, com a intimação dos interessados, uma vez que a vigente lei adjetiva, ao dispensar a audiência de leitura e publicação da decisão, admitiu essa possibilidade" (Apel. 8.363, ac. 26.03.76, Rel. Juiz Xavier Lopes, *in Rev. Julgs. TAMG*, v. 4, p. 182). No mesmo sentido: STJ, 4ª T.,

REsp. nº 575.618/MT, Rel. Min. Jorge Scartezzini, ac. 11.10.2005, *DJU* 07.11.2005, p. 291.

201 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, v. III, n. 519, p. 20.

202 BORGES, Marcos Afonso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Leud, 1975, v. II, p. 135.

203 PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: RT, 1976, v. II, p. 376.

Capítulo XIX
FASE DECISÓRIA

§ 73. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Sumário: 482. Conceito de processo. 483. Conteúdo e finalidade do processo.

482. Conceito de processo

Antes de penetrarmos no estudo da *sentença*, convém recapitular as noções básicas do direito processual.

A convivência do homem em sociedade é possível graças ao Direito, que traça e impõe aos indivíduos as normas de conduta indispensáveis à manutenção da justiça e da segurança de cada um e da comunidade.

As normas do Direito são traçadas abstratamente como previsão a ser observada nas relações intersubjetivas. São normas de conduta (*norma agendi*) ditadas para a generalidade dos membros da coletividade. Em situações concretas, geram, para determinadas pessoas, a faculdade de exigir de outras uma certa conduta, positiva ou negativa (*facultas agendi*).

Quando a pessoa pretende satisfazer uma necessidade, ela procura o objeto adequado: o bem apto. Pode, no entanto, ocorrer que outra pessoa também avoque a si a faculdade de satisfazer-se à custa do mesmo bem.

Surge, então, o conflito de interesses, que ocorre justamente quando "a situação favorável à satisfação de uma necessidade, se verificada em relação a um sujeito, exclui a possibilidade de constituir-se a mesma situação relativamente a outro sujeito".[1]

Esse conflito pode ser resolvido particularmente pelos próprios interessados, quer através do reconhecimento do direito subjetivo da outra parte, quer por meio de renúncia à própria *facultas agendi*.

Se o conflito persiste, pela impossibilidade de composição voluntária e pela resistência oposta por uma parte à pretensão da outra, temos a *lide*.

Para solucioná-la, a ordem jurídica instituiu o remédio denominado processo,

que, segundo Chiovenda, é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela) por parte dos órgãos jurisdicionais.[2]

483. Conteúdo e finalidade do processo

Consiste o processo, praticamente, no fenômeno que ocorre quando alguém, com ou sem razão, propõe ao juiz uma demanda. Este, atendidas as exigências formais, apreciará o pedido e seus fundamentos, convocará a parte contrária, ouvirá sua defesa (se houver), e depois de uma série mais ou menos complexa de atividade intermediária concluirá por acolher ou rejeitar a demanda. Eis aí, no dizer de Redenti, o que vem a ser *o processo*.[3]

Uma vez que o Estado moderno não tolera a justiça privada, "*o fim* do processo é a entrega da *prestação jurisdicional*, que satisfaz a *pretensão à tutela jurídica*".[4]

Por meio dele, desenvolve-se "uma atividade de órgãos públicos destinada ao exercício de uma função estatal".[5] É o processo "um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes (sujeitos da *lide*), a fim de administrar justiça".[6]

Não se limita, porém, à simples definição dos direitos dos litigantes. Através dos interesses em conflito, o processo atinge um interesse maior, que é o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. "A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão: a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda a sociedade".[7]

Eis por que se pode afirmar que o processo civil é pré-ordenado a assegurar a observância da lei,[8] atuando como método para a aplicação do direito e realização da paz, que seja justa e certa.[9]

A pendência do processo dá lugar, entre os seus participantes, a uma relação jurídica, que é "a relação jurídica processual", gerando uma série de direitos e deveres que a doutrina denomina direitos e deveres processuais, que vinculam as partes e o próprio Estado, através do juiz: *judicium est actus trium personarum*.[10]

Para realizar o objetivo do processo, que é a aplicação do direito à situação concreta exposta pelas partes, o Órgão Judicial exerce, ordinariamente, dupla atividade:

1ª, examina os *fatos* demonstrados pelas partes; e

2ª, examina o *direito* como vontade abstrata da lei.

Conjugando as duas premissas, extrai a conclusão através da *sentença*, que é

a manifestação *concreta* da vontade da lei.[11]

Uma vez, porém, que, para compor o litígio e realizar a prestação jurisdicional, a lei exige que a relação processual se estabeleça de modo a atender a determinados requisitos e certas condições, o juiz, antes de enfrentar o mérito da causa, terá de exercer juízo de admissibilidade do processo. Há ou pode haver em cada processo julgamento, portanto, sobre a demanda e sobre as preliminares processuais que autorizam ou impedem a apreciação do mérito da causa.

§ 74. SENTENÇA

Sumário: 484. Definição legal e classificação doutrinária. 485. Natureza da sentença definitiva. 486. Função da sentença definitiva. 486-a. Função da sentença terminativa.

484. Definição legal e classificação doutrinária

O sujeito da lide (parte) tem o direito subjetivo à prestação jurisdicional (ação), a que corresponde o dever do Estado de declarar a vontade concreta da lei, para solucionar o litígio.

No processo de conhecimento, é através da sentença que o Estado cumpre esse dever.

A sentença, portanto, "é emitida como prestação do Estado, em virtude da obrigação assumida na relação jurídico-processual (processo), quando a parte ou as partes vierem a juízo, isto é, exercerem a pretensão à tutela jurídica".[12]

Nem sempre, porém, a parte satisfaz os requisitos legais para obter do Estado a solução de mérito, de modo que, muitas vezes, o juiz tem de encerrar o processo sem penetrar no âmago da controvérsia que causou o ajuizamento da ação.

Para o Código, após a reforma da Lei nº 11.232, de 22.12.2005, *sentença* é o ato do juiz que implica tanto as situações previstas no art. 267 como no art. 269 (art. 162, § 1º), ou seja, é tanto o ato que extingue o processo sem resolução de mérito como o que resolve o mérito da causa. Mas, teórica e praticamente, há que se distinguir, dada a completa diversidade de efeitos, entre os provimentos que solucionam a lide e os que não a alcançam.

Assim, as sentenças são tradicionalmente classificadas em:

a) *sentenças terminativas*; e

b) *sentenças definitivas*.

Terminativas são as que "põem fim ao processo, sem lhe resolverem, entretanto, o mérito". São as que correspondem aos casos de extinção previstos no art. 267. Importam reconhecimento de inadmissibilidade da tutela jurisdicional nas circunstâncias em que foi invocada pela parte. O direito de ação

permanece latente, mesmo depois de proferida a sentença.

Definitivas são as sentenças "que decidem o mérito da causa, no todo ou em parte". Apresentam à parte a prestação jurisdicional postulada e, de tal sorte, extinguem o direito de ação,[13] no pertinente ao acertamento pretendido pela parte. Como a resolução do mérito da causa pode ser fracionada, não se deve considerar sentença senão o julgamento que completa o acertamento em torno do objeto do processo. As soluções incidentais de fragmentos do mérito são decisões interlocutórias (art. 162, § 2º), ainda quando versem sobre questões de direito material. Sentença, realmente, só ocorre quando, no primeiro grau de jurisdição, o juiz conclui a fase cognitiva do processo.

Embora o Código, no art. 162, § 1º, tenha definido a sentença sem dar realce ao objeto decidido, pouco importando ao legislador o conteúdo da declaração jurídica nela contida, o certo é que, em outras passagens do mesmo diploma legal, há nítida diversidade de tratamento para as sentenças definitivas e as meramente terminativas.

Sem falar na mais profunda diferença de eficácia, que é a da coisa julgada material, que só existe perante as sentenças de mérito, até mesmo nos requisitos formais o Código distingue, no art. 459, entre as hipóteses de sentença definitiva e sentença terminativa (*vide*, adiante, nºs 487 e 507 *et seq*.).

Procedeu o legislador, porém, a uma salutar unificação em matéria recursal, de maneira que, de toda sentença (seja definitiva ou terminativa), o recurso será sempre de apelação, pela sistemática do novo Código (art. 513). Aboliu-se o agravo de petição (sentenças terminativas), bem como as chamadas causas de alçada (embargos infringentes).

Embora o Código considere a força de extinguir o processo como um dos traços distintivos da sentença, na verdade, a relação processual nunca se encerra com a simples prolação de uma sentença. Isto só ocorre quando se dá a coisa julgada formal, ou seja, quando o pronunciamento judicial se torna irrecorrível.[14] Com a sentença, na verdade, o que finda é a função do órgão jurisdicional, perante o qual fluía o processo, já que o fim com que profere o ato decisório, naquele momento, é encerrar o seu encargo diante da pretensão de acertamento que lhe foi submetido pela parte. Publicada a sentença, já não mais poderá alterar seu julgamento (art. 463).

485. Natureza da sentença definitiva

Sentença definitiva, ou sentença em sentido estrito, é a que exaure a instância

ou o primeiro grau de jurisdição através da definição do juízo, isto é, a que dá solução ao litígio posto *sub iudice*, fazendo-o mediante acolhimento ou rejeição (total ou parcial) do pedido formulado pelo autor (art. 459).[15]

O Código procurou esclarecer bem as dúvidas existentes, consignando, de forma casuística, que há sentença de mérito nas hipóteses do art. 269,[16] ou seja, quando:

I – o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor;

II – o réu reconhece a procedência do pedido;

III – as partes transigem;

IV – o juiz acolhe a alegação de decadência ou de prescrição do direito;

V – o autor renuncia ao direito sobre que se funda a ação.

Em todo esse casuísmo legal, o que se dá é a *composição definitiva da lide*, que corresponde ao mérito da causa, muito embora, em algumas das hipóteses arroladas, o juiz apenas chancele a solução encontrada pelos próprios litigantes (autocomposição). Mas o que é evidente é que em todas elas desaparece definitivamente o conflito que havia provocado o surgimento do processo.[17]

Discute-se sobre se seria a sentença de mérito apenas um ato de *inteligência* do juiz (ato lógico), ou um ato de *inteligência e de vontade*.

Mas, como adverte Amaral Santos, "a considerar-se um simples ato de inteligência a sentença não conteria senão um parecer idêntico ao que qualquer jurisconsulto emitisse, valendo-se dos mesmos elementos utilizados pelo juiz".[18]

Daí inclinar-se a doutrina dominante para o entendimento de que a sentença contém um ato de inteligência, um ato lógico (um silogismo: premissa maior – a lei; premissa menor – os fatos; conclusão – acolhimento ou rejeição do pedido); mas nela também se encontra, e muito especialmente, um ato de vontade. Isto porque a sentença sempre conclui com uma ordem, uma decisão, um "comando".

"Sem o elemento vontade a sentença não teria força obrigatória. Sem o elemento razão, fora ato de puro arbítrio", o que importaria em negação do próprio direito.[19]

O caráter de ato de vontade contido na sentença, de par com o ato de inteligência ou razão, decorre da premissa maior utilizada pelo julgador para chegar à decisão. Se aquela é a lei ou a regra jurídica, a decisão (sentença) "nada mais é do que a sua concretização, aplicação à espécie".[20]

Como toda regra legal contém um imperativo, este mesmo comando não pode faltar à sentença, já que, segundo Chiovenda, esta não é outra senão "a afirmação da vontade da lei aplicada ao caso concreto".

Na verdade, “não é a vontade do juiz que obriga o devedor a pagar ou envia o delinquente à prisão: é a da lei. O juiz nada mais faz que preencher a ordem em branco que o legislador assinou”.[21]

Funciona, em outras palavras, o juiz como o porta-voz da vontade concreta da lei frente ao conflito de interesses retratado no processo. Proferindo a sentença, o Estado-juiz emite uma ordem, que Carnelutti chama de “comando”, e impregna a decisão do caráter de ato de vontade, vontade manifestada pelo julgador como órgão do Estado, diante daquilo que a lei exprime.

486. Função da sentença definitiva

Diante da natureza da sentença já exposta, sua função inegável é a de “declarar o direito aplicável à espécie”.[22]

O “comando” da sentença, ao compor a lide, “traduz a vontade da lei, o imperativo da lei, na sua aplicação à espécie decidida. Por ele se declara a vontade da lei reguladora do caso concreto. O direito preexistente se manifesta, se concretiza com a declaração jurisdicional”.[23]

Fala-se em “função criadora do direito” quando a sentença encontra lacunas na lei ou mesmo ausência de norma legal para solução de determinado litígio (Bülow, Geny e outros).

Mas, ainda aqui, a função da sentença continua sendo declaratória do direito. Normas de direito são sempre genéricas e destinadas a todo o conjunto social juridicamente organizado, o que não ocorre com a sentença, que sempre fica limitada ao caso concreto dos autos.[24]

Nos casos de imperfeição da lei, o juiz nada mais faz do que interpretá-la conforme os princípios jurídicos da hermenêutica. Se a hipótese é de lacuna da lei, a decisão orienta-se pela analogia e pelos princípios gerais do direito. Não haverá criação de norma conflitante com o direito positivo existente, não haverá criação de novo direito. O juiz simplesmente “declarará” a forma de uma “norma jurídica existente, embora em estado potencial ou inorgânico no sistema jurídico de um povo”, para aplicá-lo ao caso concreto.[25]

Mesmo quando se admite o julgamento por equidade, o juiz não estipula norma geral e nem foge dos princípios cardeais do sistema jurídico em vigor. De maneira que, sempre, a função da sentença será “declaratória de direito preexistente”, para o efeito de compor a lide com a manifestação de vontade concreta da lei.

486-a. Função da sentença terminativa

O objetivo do processo de conhecimento é a sentença de mérito, de sorte que, ordinariamente, a relação processual só se extingue quando o juiz profere uma decisão de acolhimento ou rejeição do pedido, ou que a tanto equivalha (art. 269).

Às vezes, porém, por faltar pressuposto processual (nulidade do processo) ou condição da ação (carência de ação), o juiz se vê compelido a extinguir o processo, sem decidir a lide, por ser impossível, nas circunstâncias, apreciar o pedido.

Ocorrerá, então, a sentença dita *terminativa*, cuja função é exclusivamente pôr fim à relação processual, em virtude de sua imprestabilidade para o objetivo normal do processo.

Quando tal ocorre, a deliberação permanece puramente no plano formal, e o juiz não pode antecipar, nem mesmo a título ilustrativo, qualquer comentário ou apreciação em torno da lide, porquanto a função jurisdicional, ou seja, a função de compor litígios (mérito) só é legítima e só é autorizada, pela lei, quando reunidos em processo se encontrem todos os pressupostos e condições reclamados para validade e plena eficácia da relação processual (arts. 262 a 266). Não cabe, por isso mesmo, ao magistrado emitir juízos opinativos, como se fora um parecerista, a pretexto de extinguir processo nulo ou ineficaz.

Pode-se dizer, então, que o processo se presta à dupla função: a) a de ensejar a composição do conflito jurídico (lide), que se concretiza por meio da sentença definitiva ou de mérito; e b) a de verificar e definir as condições necessárias para desenvolver a relação processual até a prestação jurisdicional, e cuja ausência levará à recusa do julgamento do mérito e à prolação da sentença terminativa.

§ 75. ESTRUTURA E FORMALIDADES DA SENTENÇA

Sumário: 487. Conteúdo da sentença. 488. Relatório. 489. Motivação. 490. Dispositivo da sentença. 491. Condições formais da sentença. 492. Clareza. 493. Precisão. 493-a. A precisão da sentença que tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer. 493-a-1. Regras especiais de tutela às obrigações de entrega de coisa. 493-a-2. Regras especiais de tutela das obrigações de quantia certa. 493-a-3. Sentença condenatória ilíquida. 493-b. Princípio da demanda e princípio da congruência. 494. Publicação e intimação da sentença. 495. Efeitos da publicação. 496. Correção e integração da sentença. 496-a. Nulidade da sentença *ultra petita, citra petita* e *extra petita*. 496-b. Interpretação da sentença.

487. Conteúdo da sentença

A eficácia da sentença depende da reunião de condições intrínsecas e formais.

Como ato de inteligência, a sentença contém um silogismo; daí a necessidade de ela resumir todo o processo, a partir da pretensão do autor, a defesa do réu, os fatos alegados e provados, o direito aplicável e a solução final dada à controvérsia.

De acordo com o art. 458 do novo Código de Processo Civil, os requisitos essenciais (condições intrínsecas) da sentença são:

I – o relatório;

II – os fundamentos de fato e de direito (motivação);

III – o dispositivo (conclusão).

Nos casos de sentença terminativa, embora não esteja o juiz dispensado de observar a estrutura essencial preconizada pelo art. 458,[26] recomenda o Código que o juiz decida de forma concisa (art. 459, *in fine*).

Registre-se, outrossim, que as formalidades prescritas pelo Código são substanciais, de modo que sua inobservância leva à nulidade da sentença.[27]

A sentença que apresentar nulidade por inobservância dos requisitos em apreciação pode ser rescindida em grau de apelação. E se passar em julgado, por não ter havido recurso em tempo hábil, poderá ser objeto de ação rescisória,[28] por violação de literal disposição da lei – *error in procedendo* (Código de

Processo Civil, arts. 458 e 485, nº V).

488. Relatório

O relatório é o introito da sentença no qual se faz o histórico de toda a relação processual. Deve conter "os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo" (art. 458, nº I).

"O relatório é peça de grande valia e fundamental importância. Através dele o juiz delimita o campo do *petitum* e a área das controvérsias e questões que necessitará resolver."[29]

A propósito, convém lembrar que a decisão do juiz não pode ser de natureza diversa da pretensão do autor, mesmo quando lhe seja favorável. Não pode haver condenação do réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado (Código de Processo Civil, art. 460).

A função do juiz é compor a lide, tal qual foi posta em juízo. Deve proclamar a vontade concreta da lei apenas diante dos termos da *litis contestatio,* isto é, nos limites do pedido do autor e da resposta do réu.

São defesos, assim, os julgamentos *extra petita* (matéria estranha à *litis contestatio); ultra petita* (mais do que pedido) e *citra petita* (julgamento sem apreciar todo o pedido).

Como lembra Jorge Americano, "é a litiscontestação que determina o objeto da sentença".[30] O seu tema terá que ser apreciado integralmente, sem ampliações nem restrições.

A ofensa aos princípios acima leva à nulidade da sentença[31] e dá ensejo à ação rescisória (Código de Processo Civil, art. 485, nº V).

A proibição de mudar o pedido e aquela que impede o juiz de julgar *ultra* ou *extra petita* não excluem a possibilidade de levar em conta, o juiz, fato superveniente à propositura da ação. A tanto autoriza o art. 462 desde que o fato novo tenha influência no julgamento da lide e se refira, obviamente, ao mesmo fato jurídico que já constitui o objeto da demanda, e possa ser tido, em frente a ele, como fato constitutivo, modificativo ou extintivo. Não se pode, contudo, em hipótese alguma, admitir fato novo que importe mudança de *causa petendi*.

Voltando-se à apreciação do relatório da sentença, deve-se ter em conta que o juiz ao elaborá-lo observará o critério da clareza, precisão e síntese, sem deixar de ser minucioso na descrição do objeto da decisão e da controvérsia.[32]

O relatório, segundo Pontes de Miranda, "é condição de validade da

sentença". Sua falta torna nula a decisão.[33]

489. Motivação

O relatório prepara o processo para o julgamento. Mas, antes de declarar a vontade concreta da lei frente ao caso dos autos, cumpre ao juiz motivar sua decisão.

Daí a necessidade de expor os fundamentos de fato e de direito que geraram sua convicção (Código de Processo Civil, art. 131).

Na segunda etapa da sentença, portanto, "o magistrado, examinando as questões de fato e de direito, constrói as bases lógicas da parte decisória da sentença. Trata-se de operação delicada e complexa em que o juiz fixa as premissas da decisão após laborioso exame das alegações relevantes que as partes formularam, bem como do enquadramento do litígio nas normas legais aplicáveis".[34]

Cumpre lembrar que, em matéria do direito aplicável, o juiz não fica adstrito aos fundamentos das pretensões das partes. *Jura novit curia*.

Não há uma sequência obrigatória entre o exame do fato e do direito. Dadas a complexidade e a interpenetração de temas que comumente se notam nas questões judiciais, muitas vezes, "de par com a elucidação dos fatos, opera-se a resolução dos pontos controversos sobre a norma aplicável e seu devido entendimento".[35] Por isso, "em alguns casos, o juiz faz preceder a *quaestio juris à quaestio facti*, enquanto em outros é o inverso que se dá. Hipóteses ainda surgem em que se opera concomitantemente a resolução das questões de fato e de direito, tal o entrelaçamento íntimo que apresentam".[36]

A falta de motivação da sentença dá lugar à nulidade do ato decisório.[37] Tão relevante é a necessidade de fundamentar a sentença que a previsão de nulidade por sua inobservância consta de regra constitucional (CF, art. 93, IX).

490. Dispositivo da sentença

Dispositivo ou conclusão é o fecho da sentença. Nele se contém a decisão da causa. Trata-se do "elemento substancial do julgado", no dizer de Afonso Fraga.[38] Sua falta acarreta mais do que a nulidade da decisão. Pois "sentença sem dispositivo é ato inexistente – deixou de haver sentença".[39]

No dispositivo, o juiz poderá, conforme o caso: anular o processo, declarar sua extinção, julgar o autor carecedor da ação (ilegitimidade *ad causam*), ou

julgar o pedido procedente ou improcedente.

O dispositivo, finalmente, pode ser: *a) direto*, quando específica a prestação imposta ao vencido; ex.: pagar o réu a importância X ao autor; *b) indireto*, quando o juiz apenas se reporta ao pedido do autor para julgá-lo procedente ou improcedente.[40]

491. Condições formais da sentença

Dispunha o Código revogado que a sentença deve ser "clara e precisa" (art. 280).

É óbvio que a sentença tenha que ser clara, para evitar ambiguidades e incertezas, e cumprir a sua função de instrumento pacificador na composição de litígios. Dela não podem resultar incertezas.

Tão lógica é essa exigência que o novo Código nem sequer a mencionou diretamente.

No entanto, os requisitos da clareza e precisão continuam a ser básicos para a sentença, tanto que "cabem embargos de declaração quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição" (art. 535, nº I).

Nota-se, assim, que a falta de clareza ou precisão não conduz à nulidade, mas apenas enseja o recurso de embargos declaratórios.[41]

Somente quando não se utilizar do recurso e a sentença apresentar-se totalmente ininteligível, por absoluta falta de clareza, é que se pode falar em decisão ineficaz e rescindível.[42]

492. Clareza

Diz-se *clara* a sentença que se apresenta "inteligível e insuscetível de interpretações ambíguas ou equívocas", o que requer emprego de linguagem simples, em bom vernáculo, aproveitando, quando for o caso, a palavra técnica do vocabulário jurídico.[43]

493. Precisão

Refere-se à *certeza* da decisão, como ato de inteligência e vontade, dirimindo-se as controvérsias trazidas a juízo. A sentença é incompatível com a dúvida. De premissas certas, chega-se à conclusão certa. "Decisão incerta torna a sentença inexequível."[44] Por isso, "a sentença deve ser certa, ainda quando

decida relação jurídica condicional" (Código de Processo Civil, art. 460, parágrafo único).[45]

Para ser precisa, a sentença deve conter-se nos limites do pedido. Não pode dar o que não foi pedido, nem mais do que se pediu, nem tampouco deixar de decidir sobre parte do pedido (art. 460).

Dispõe, outrossim, o art. 459, parágrafo único, que, "quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida".

Nesses casos, Wellington Moreira Pimentel entende que o pedido do autor só pode ser acolhido ou rejeitado no todo ou em parte. E, "se o autor não logrou provar o *quantum* reclamado com quantia certa na inicial, o caso é de improcedência da ação e não de se apurar em execução o exato montante".[46]

Pontes de Miranda, todavia, é mais razoável e ensina que "somente se pode indeferir o pedido líquido se líquido não podia ser. Mas, se o juiz entender que se tem de abster de condenar a dívida liquidável, de modo nenhum pode indeferir o pedido líquido, pois seria absurdo transformar o pedido líquido em pedido sem fundamento".[47]

Se o pedido foi *líquido*, mas a prova trazida para os autos não propiciou um julgamento igualmente líquido (embora tenha restado *certo* o direito do autor), o juiz, diante dos termos do art. 459, parágrafo único, terá de abster-se de sentenciar. Converterá o julgamento em diligência, determinando ao autor que produza a prova que entender necessária para a apuração exata do *quantum debeatur* (art. 130).

Inatendida a determinação, mesmo assim não será o caso de julgar improcedente o pedido, já que o direito material do autor ficou provado em juízo, mas sim de decretar a *extinção do processo*, por ausência de uma *condição legal*, de prosseguimento do feito até a decisão do mérito. Haverá, então, verdadeira *impossibilidade jurídica* de dar solução à lide (art. 267, VI).

Ainda que o juiz de primeiro grau desobedeça à regra legal e profira sentença ilíquida, o caso não será de nulidade absoluta decretável de ofício pela instância recursal. A norma do art. 459, parágrafo único, é destinada a beneficiar o autor e não pode, por interpretação literal, ser subvertida em prejuízo dele. A nulidade, *in casu*, é relativa e só pode ser arguida pelo próprio destinatário ou beneficiário do preceito (RT, 499/219). Esta é a orientação traçada pela jurisprudência do STJ, conforme consta da sua Súmula nº 318: "Formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em arguir o vício da sentença ilíquida."

493-a. A precisão da sentença que tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer

A Lei nº 8.952/94 criou uma disciplina nova, no texto do art. 461, para as sentenças que julgarem ações relativas ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer. O objetivo do legislador prende-se à preocupação de efetividade da tutela jurisdicional na espécie, de modo a vedar a saída fácil para as condenações a perdas e danos e simples multas contratuais, quando possível e desejável for a execução específica.[48]

Há no *caput* do novo art. 461 e em seus cinco parágrafos regras importantes em defesa da efetividade do processo, a saber:

a) em regra o juiz está obrigado a conceder a tutela específica da obrigação (*caput*);

b) deverá, ainda, ao condenar o réu ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, determinar providências concretas que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (*caput*);

c) a conversão em perdas e danos somente se dará: 1) se for requerida pelo autor; ou 2) se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente (§ 1º);

d) sempre que se impuser a condenação em perdas e danos, tal providência será dada sem prejuízo da multa (§ 2º);

e) admite-se, *in casu*, a antecipação de tutela, sob a forma de liminar, desde que ocorram os seguintes pressupostos: 1) seja relevante o fundamento da demanda (*fumus boni iuris*); 2) haja justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in* mora); 3) exista prova documental suficiente acompanhando a inicial; ou 4) promova o autor justificação prévia, citado o réu (§ 3º);

f) a medida liminar será sempre provisória e admitirá revogação ou modificação, a qualquer tempo, em decisão fundamentada (§ 3º). É bom lembrar que a motivação da decisão é requisito indispensável tanto no momento da concessão da liminar como no de sua revogação ou modificação (CF, art. 93, IX);

g) a medida liminar e a sentença final podem ser reforçadas com a imposição de multa diária ao réu (*astreintes*), providência que o juiz é autorizado a tomar independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação. O texto legal fala em multa "*suficiente ou compatível*". Na verdade não há alternatividade. A multa, diante da obrigação discutida em juízo, tem de

ser “suficiente e compatível”.[49] Deve ser suficiente para coagir o devedor a adimplir e não pode ser exagerada em face da expressão econômica e jurídica da prestação. Caberá ainda ao magistrado fixar prazo razoável para o cumprimento do preceito (§ 4º);

h) entre as providências cabíveis para efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, que o juiz está autorizado a tomar, a lei cita, a título exemplificativo: 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. Tais medidas serão determináveis pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte (§ 5º).

i) a multa estabelecida para atraso no cumprimento do provimento antecipatório ou definitivo admite revisão a qualquer tempo e, até mesmo de ofício, o juiz estará autorizado a aumentá-la ou reduzi-la e a alterar a sua periodicidade, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva (§ 6º, acrescentado pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002).

Os novos poderes conferidos ao juiz pelo art. 461 deverão manifestar-se em face de qualquer obrigação de fazer ou não fazer, mas seu campo de atuação prática mais intensa será, sem dúvida, o do compromisso de compra e venda e demais contratos preliminares tão difundidos no comércio jurídico atual, tanto em torno de bens imóveis como de bens e valores mobiliários de todo tipo. Uma das consequências imediatas da postura inovadora da lei será a definitiva superação da antiga jurisprudência que supervalorizava a perfeição formal dos compromissos, não admitindo a adjudicação compulsória quando o pré-contrato não estivesse previamente inscrito no Registro de Imóveis ou quando não contivesse todos os dados necessários ao atendimento das exigências de acesso àquele registro público. Agora, o juiz está armado de poderes processuais para, antes da sentença, apurar e completar tudo o que for necessário à expedição de um título judicial que seja perfeito para cumprir o anseio de efetividade da tutela jurisdicional, num terreno de enorme repercussão social, como é o dos compromissos de compra e venda, mormente em relação às camadas mais humildes da população. Dados faltosos no contrato, como os pertinentes ao registro anterior, confrontações, área e demais características do prédio negociado, poderão ser objeto de ampla pesquisa durante a instrução da causa e o juiz deve empenhar-se para tudo esclarecer e suprir de tal modo a proferir uma sentença de adjudicação compulsória que contenha declaração sobre tudo aquilo que seja útil e necessário ao acesso ao registro de imóveis. Assim é que estará

cumprindo a missão ora a ele confiada de determinar na sentença de procedência do pedido de cumprimento da obrigação de fazer as "providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento" (art. 461, *caput*).

A nova orientação da lei diante das obrigações de contratar superou até mesmo a postura doutrinária e jurisprudencial que tentava salvar o compromisso de compra e venda incompleto, conferindo-lhe a ação de outorga de escritura em lugar da sentença de adjudicação compulsória. Não há mais razão para distinções desse tipo. A sentença deverá sempre ser dotada da carga máxima de eficácia prática. O juiz, portanto, terá de suprir as lacunas do contrato, apurando e declarando os dados omissos, de tal modo que a sentença de adjudicação compulsória, sempre que possível, seja completa, ainda que o compromisso não o fosse.

Outro caso de grande repercussão prática da atual sistemática do art. 461 dá-se nas vendas de bens de consumo duráveis, em que figura a obrigação de assistência técnica pelo vendedor, durante o prazo convencional de garantia. Se, por exemplo, a sucessão de defeitos graves evidenciar a impotência da assistência para removê-los, a obrigação de repará-los (obrigação de fazer) pode ser convertida na de substituí-los por bem novo e sem defeito (obrigação de dar). Obtém-se, assim, providência capaz de assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação de fazer contraída pelo vendedor (art. 461, *caput*, e § 5º).

Diante da sistemática do art. 461, e especialmente da determinação de que o juiz, ao decretar a procedência do pedido, "determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento", pode-se concluir que a eficiência da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer está assegurada da maneira mais ampla possível; e que o sistema pode adequar-se à tutela tanto ressarcitória como inibitória: pode servir tanto para impedir a consumação de dano ao direito da parte, mediante coibição de mal apenas ameaçado (obrigação de não fazer), como para fazer cessar o dano decorrente do inadimplemento já consumado (obrigação de fazer). Em todo e qualquer caso, a lei está preocupada em prestigiar a execução específica da obrigação, deixando em segundo plano a saída para sua substituição por perdas e danos.[50]

As providências lembradas pelo § 5º e outras que se revelarem úteis e convenientes à realização da efetividade da prestação jurisdicional terão seu campo natural de atuação na fase de cumprimento ou execução da sentença. Poderão, no entanto, conforme o título de que dispuser o autor e as

circunstâncias do caso concreto, ser objeto também da medida liminar autorizada pelo § 3º. A propósito, é bom lembrar que *in casu*, como aliás já se previra em caráter geral no novo texto do art. 273, a medida liminar não se confunde com simples medida cautelar (preventiva), pois assume a função específica de antecipação da tutela visada a alcançar com a sentença de mérito (medida, portanto, satisfativa). Como tal, a liminar comporta, em caráter provisório, as mesmas providências que, em caráter definitivo, se intenta obter com o julgamento final da causa.

Pode-se concluir que, em face do atual texto do art. 461, ao autor de uma ação de cumprimento de compromisso de compra e venda quitado é lícito, por exemplo:

a) cumular, na inicial, pedido de adjudicação compulsória com pedido de imissão de posse ou de busca e apreensão;

b) pleitear, desde logo, liminar que lhe assegure a posse provisória do bem compromissado.

Sobre o procedimento executivo para cumprir a sentença relativa às obrigações de fazer e não fazer, consultar o volume II deste *Curso*.

493-a-1. Regras especiais de tutela às obrigações de entrega de coisa

Para apreciação e julgamento das ações reipersecutórias, o § 3º do art. 461-a estendeu às obrigações de entrega de coisa as regras tutelares anteriormente traçadas para as obrigações de fazer e não fazer (§§ 1º a 6º do art. 461), e que são as seguintes:

a) o credor das obrigações de dar coisa certa tem direito à tutela específica, devendo o juiz fixar na sentença o prazo para sua entrega (*caput*);

b) a conversão da obrigação em perdas e danos só acontecerá se o credor a requerer ou se a execução específica mostrar-se impossível (perecimento ou desvio da coisa), de modo a torná-la inalcançável pela parte (art. 461, § 1º). Não há para o credor de coisa certa a possibilidade prevista para as prestações de fato de substituir a prestação devida por providência capaz de "produzir resultado prático equivalente ao adimplemento" (*caput* do art. 461). O objeto vinculado à obrigação de dar não se submete a outra substituição que não seja seu equivalente econômico. Não há vantagem relevante em a sentença substituí-lo por coisa diversa. Isto não seria, de forma alguma, uma execução específica, nem conduziria a um resultado que se pudesse pretender equivalente. O prestígio da obrigação, *in casu*, está justamente na fiel perseguição da exata *coisa devida*,

que fica mais ao alcance do órgão judicial que o *facere* ou o *non facere*;

c) a cominação de multa pelo atraso no cumprimento da sentença tornou-se aplicável às sentenças que ordenam a entrega de coisa, de sorte que as *astreintes* não são mais exclusivas das obrigações de fazer e não fazer (art. 287);

d) ocorrendo a inviabilização da entrega da coisa, apurada depois da condenação específica, sua conversão em indenização pelas perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa prevista no art. 287; não tem cabimento, no entanto, impor multa da espécie se a entrega da coisa se inviabilizou antes de condenação, ou se o credor já optou de antemão pelo equivalente econômico (art. 461, § 2º);

e) é possível a antecipação de tutela, dentro do regime do art. 273, com base em prova documental pré-constituída, ou mediante justificação prévia, com citação do réu. A medida liminar terá feitio provisório, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo, mas tanto a concessão como a revogação (ou modificação) terão de ocorrer por meio de decisão fundamentada (art. 461, § 3º);

f) a cominação da multa por atraso na entrega da coisa poderá ser utilizada tanto na sentença como na concessão de tutela antecipada, e será sempre vinculada a um prazo razoável para cumprimento do preceito (art. 461, § 4º);

g) para efetivação da ordem de entrega da coisa, o juiz, de ofício, ou a requerimento, poderá empregar medidas de pressão ou de apoio, como multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, inclusive com auxílio de força policial (art. 461, § 5º);

h) a multa cominada poderá ser alterada de ofício pelo juiz, em seu valor ou em sua periodicidade, quando se tornar insuficiente ou excessiva (art. 461, § 6º). Poderá, também, ser revogada, quando se descobrir que ao devedor se tornou impossível realizar a pretensão *in natura*.

493-a-2. Regras especiais de tutela das obrigações de quantia certa

A exemplo do que antes fora feito em relação às obrigações de fazer ou não fazer (art. 461) e de entrega de coisa (art. 461-A), a reforma operada pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, introduz no Código de Processo Civil regras importantes destinadas a valorizar a tutela judicial das obrigações de quantia certa:

a) em lugar da *actio iudicati* (ação autônoma posterior à sentença), o cumprimento da condenação passa a ser ato de ofício do juízo, realizável na própria relação processual onde o julgado foi proferido. Tal como era no direito

europeu medieval, o comando sentencial se cumpre de imediato, como simples ato complementar do julgamento da causa (*executio per officium iudicis*). Não há nova citação. O devedor tem de efetuar o pagamento ordenado pela sentença no prazo de 15 dias, e, se não o fizer, será expedido o mandado de penhora e avaliação (novo art. 475-J);

b) os atos de expropriação dos bens penhorados e de satisfação do direito do credor realizar-se-ão de acordo com as normas comuns do processo de execução e com as regras específicas traçadas pelos novos arts. 475-J a 475-Q;

c) para reforçar a efetividade da sentença, o art. 475-J, *caput*, impõe ao devedor a multa de 10% sobre o valor da condenação, caso essa não seja cumprida no prazo legal de 15 dias.

O detalhamento do procedimento de cumprimento da sentença, na modalidade de execução por ofício do juízo, consta do vol. II deste *Curso*.

493-a-3. Sentença condenatória ilíquida

A conclusão, na sistemática do Código, pode ser de valor determinado ou de valor a ser posteriormente apurado. Há, pois, sentenças líquidas e sentenças ilíquidas.

Como a execução forçada reclama sempre título de obrigação certa, líquida e exigível (art. 586), não se pode cogitar do cumprimento da sentença de condenação genérica senão depois de liquidado o respectivo *quantum debeatur*.

Se a sentença – diz o art. 475-A (introduzido pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005) – "não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação", cuja promoção independe de trânsito em julgado, podendo ser requerida na pendência de recurso (art. 475-A, § 2º). É da liquidação que, nos casos de iliquidez da sentença, se contará o prazo de 15 dias para cumprimento da condenação (art. 475-J, *caput*).

No regime primitivo do Código, a liquidação se dava em novo processo de acertamento, instaurado mediante citação, e que culminava com nova sentença de mérito, impugnável por apelação. Dentro da política legislativa de simplificar o acesso à execução forçada e de acelerar a efetiva satisfação dos direitos reconhecidos em juízo, a reforma, produzida pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, transformou a liquidação em simples incidente complementar do processo em que se profere condenação genérica. Após a sentença, portanto, não ocorre encerramento do processo. Na mesma ação processual serão, em seguida, providenciados os expedientes necessários à

definição do valor da condenação. Como se trata de mero incidente processual, seu julgamento configura decisão interlocutória, e o recurso manejável será o agravo de instrumento, e não mais a apelação (475-H).

O estudo mais pormenorizado do procedimento de liquidação da sentença genérica consta do volume II deste *Curso*.

493-b. Princípio da demanda e princípio da congruência

Como o juiz não pode prestar a tutela jurisdicional senão quando requerida pela parte (art. 2º), conclui-se que o pedido formulado pelo autor na petição inicial é a condição sem a qual o exercício da jurisdição não se legitima. *Ne procedat iudex ex officio*.

Como, ainda, a sentença não pode versar senão sobre o que pleiteia o demandante, forçoso é admitir que o pedido é também o limite da jurisdição (arts. 128 e 460). *Iudex secundum allegata partium iudicare debet.*

O primeiro enunciado corresponde ao *princípio da demanda*, que se inspira na exigência de imparcialidade do juiz, que restaria comprometida caso pudesse a autoridade judiciária agir por iniciativa própria na abertura do processo e na determinação daquilo que constituiria o objeto da prestação jurisdicional.[51]

A segunda afirmativa traduz o *princípio da congruência entre o pedido e a sentença*, que é uma decorrência necessária da garantia do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV). É preciso que o objeto do processo fique bem claro e preciso para que sobre ele possa manifestar-se a defesa do réu. Daí por que, sendo o objeto da causa o pedido do autor, não pode o juiz decidir fora dele, sob pena de surpreender o demandado e cercear-lhe a defesa, impedindo-lhe o exercício do pleno contraditório. O princípio da congruência, que impede o julgamento fora ou além do pedido, insere-se, destarte, no âmbito maior da garantia do devido processo legal. O mesmo se diz do princípio da demanda, porque sua inobservância comprometeria a imparcialidade, atributo inafastável da figura do juiz natural.

Note-se, ainda, que o princípio da demanda vincula o juiz não apenas ao pedido, mas igualmente aos seus fundamentos (causa de pedir), de modo que não lhe é permitido solucionar o litígio por meio de razões ou motivos diferentes daqueles regularmente formulados pelos litigantes.[52]

Chiovenda, numa visão ampla do princípio da congruência entre a demanda e a sentença, chega aos seguintes enunciados: (a) ao juiz é impossível decidir a respeito de pessoas que não sejam sujeitos do processo; (b) é-lhe vedado conferir

ou denegar coisa distinta da solicitada; (c) não lhe é permitido alterar a causa de pedir eleita pela parte.[53]

Em síntese, o pedido é a condição e o limite da prestação jurisdicional, de maneira que a sentença, como resposta ao pedido, não pode ficar aquém das questões por ele suscitadas (decisão *citra petita*) nem se situar fora delas (decisão *extra petita*), nem tampouco ir além delas (decisão *ultra petita*). E esse limite – repita-se – alcança tanto os aspectos *objetivos* (pedido e causa de pedir) como os *subjetivos* (partes do processo). Nem aqueles, nem estes, podem ser ultrapassados no julgamento da demanda.

494. Publicação e intimação da sentença

Pode a sentença ser proferida em circunstâncias diferentes, isto é:

a) *na audiência de instrução e julgamento,* quando o juiz a dita oralmente ao escrivão, que a lança no respectivo termo (art. 457, *caput*);

b) *nos 10 dias após a audiência,* em documento escrito pelo próprio juiz, quando não se sentir habilitado a proferi-la na mesma audiência (art. 456). Nesse caso, é conveniente designar-se nova audiência para leitura e publicação da sentença,[54] embora não haja, expressamente, essa exigência na lei;

c) *nos 10 dias seguintes à conclusão,* também em documento redigido pelo juiz, quando o julgamento se dá independentemente de audiência (arts. 329 e 330, c/c arts. 189, nº II, e 456).

Esta última hipótese é possível quando:

I – ocorrerem os casos de reconhecimento do pedido, transação, reconhecimento judicial da decadência ou prescrição e renúncia do autor ao direito postulado (arts. 269, nºs II e V, e 329);

II – a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir provas em audiência (art. 330, nº I);

III – ocorrer a revelia (art. 330, II).[55]

A sentença, como ato processual que é, é ato público (Código de Processo Civil, art. 155). "Enquanto não publicada, não será ato processual e, pois, não produzirá qualquer efeito."[56]

É só com a publicação da sentença de mérito que o juiz realmente cumpre o ofício jurisdicional relativo ao acertamento que lhe foi pleiteado. Desde então, já não pode mais alterar o seu decisório (art. 463). Esse cumprimento do ofício do juiz é completo no tocante aos provimentos declaratórios e constitutivos, que via de regra trazem em seu próprio teor toda a prestação jurisdicional pretendida

pela parte. Nos provimentos condenatórios (ou de força equivalente à condenação), embora seja vedado ao juiz alterar a sentença publicada, deve continuar prestando tutela jurisdicional à parte vencedora até que se alcance o efetivo cumprimento do comando sentencial.

Quando proferida em audiência, a publicação consiste na "leitura da sentença" (art. 456). Estando presentes os representantes das partes, ou mesmo ausentes, mas tendo sido previamente intimados da audiência, reputar-se-ão todos intimados da sentença no mesmo ato (art. 242, § 1º).

Se a sentença não for proferida na própria audiência de instrução e julgamento, por inexistência desse ato, ou porque o juiz não se achou habilitado a prolatá-la de pronto, a intimação ficará subordinada à regra do art. 242, § 2º, do Código de Processo Civil, se não designar-se nova audiência para esse fim.[57]

Inexistindo audiência, a publicação será feita em cartório, pelo escrivão, por meio de termo nos autos, seguindo-se a intimação na forma usual (art. 242, § 2º). Também quando as partes, por seus representantes processuais, não forem intimadas da audiência de publicação da sentença, sua intimação ficará dependendo das providências normais do escrivão para comunicação da ocorrência (art. 242, § 2º).

É preciso, portanto, não confundir publicação com intimação da sentença, embora em alguns casos os dois atos se deem simultaneamente (publicação e intimação em audiência). De ordinário, contudo, são atos distintos e praticados separadamente: o escrivão publica a decisão, fazendo-a integrar o processo por meio de termo de juntada lavrado nos autos; em seguida, a intimação ocorre pela ciência dada às partes, segundo os diversos meios de comunicação autorizados em lei (intimação pelo escrivão, pelo correio, pelo oficial de justiça, pela imprensa etc.). É bom ressaltar, por fim, que a divulgação da sentença pela imprensa oficial não é ato de publicação, em sentido técnico, mas ato de intimação, que pressupõe anterior publicação praticada nos autos. Quando, pois, se realiza a intimação pela imprensa, a sentença já estava adrede publicada e já era imodificável pelo juiz que a prolatou. A intimação na imprensa cumpre outra função: faz apenas iniciar a contagem do prazo para recurso, ou para aperfeiçoamento da coisa julgada, caso o vencido não maneje o recurso cabível em tempo hábil.

495. Efeitos da publicação

"Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício

jurisdicional", como dispunha o art. 463, em sua redação primitiva. Não mais havendo a ação separada para a execução de sentença, essa nem sempre porá fim à função jurisdicional, já que terá de prosseguir, no mesmo processo, até que seja realmente satisfeita a prestação a que tem direito a parte vencedora.

O certo, porém, é que, enquanto não publicada, a sentença não adquire a qualidade de ato processual. E uma vez ocorrida a publicação, nos termos da lei, dois efeitos importantes se manifestam:

1º) torna-se pública a prestação jurisdicional;

2º) fixa-se o teor da sentença, tornando-se irretratável para seu prolator.

Assim, "o juiz, ou órgão jurisdicional, que a proferiu, não mais poderá revogá-la ou modificá-la na sua substância".[58]

Isto não quer dizer que o juiz não possa praticar nenhum outro ato no processo, pois os recursos que se seguem à sentença são processados perante o próprio julgador de primeiro grau de jurisdição, a quem compete receber ou não a apelação (art. 518), decretar ou relevar a pena de deserção (art. 519 e parágrafo único) e mandar subir os autos ao tribunal (art. 519, *caput*). Cabe-lhe, ainda, nos casos de sentença condenatória promover os atos executivos tendentes ao cumprimento forçado da prestação imposta à parte vencida.

"A nenhum desses atos, como é óbvio, se aplica a regra que proíbe o juiz de inovar no processo quando recebida a apelação em ambos os efeitos, devolutivo e suspensivo (art. 521, primeira parte)."[59] O que finda com a sentença é apenas o ofício de julgar, não podendo, a partir de então, o juiz reapreciar aquilo que já decidira.

496. Correção e integração da sentença

Ao princípio de irretratabilidade da sentença de mérito, pelo mesmo julgador que a proferiu, a lei abre duas exceções, admitindo sua alteração nas seguintes hipóteses:

I – A primeira se refere às "inexatidões materiais" e "erros de cálculo", vícios que se percebam à primeira vista e sem necessidade de maior exame, tornando evidente que o texto da decisão não traduziu "o pensamento ou a vontade do prolator da sentença".[60] A correção do erro, *in casu*, poderá ser feita a requerimento da parte, ou, *ex officio*, pelo juiz (Código de Processo Civil, art. 463, nº I).

Exemplos: erro na grafia de palavra que lhe desfigura o sentido e cria contradição no texto; omissão de nome de alguma parte; erro ou modificação

involuntária do nome de alguma parte; resultado de operação aritmética em desacordo com as parcelas indicadas na própria sentença etc.

II – A segunda hipótese é a dos embargos declaratórios, que são uma espécie de recurso endereçado ao próprio prolator da sentença. São cabíveis embargos declaratórios (art. 535):

a) quando há na sentença obscuridade, ou contradição;

b) quando for omitido ponto sobre que devia pronunciar-se a sentença.

Acolhidos os embargos, o juiz profere nova sentença, que complementa a primitiva. Esse remédio, todavia, não se destina a modificar o mérito da decisão, mas apenas a clareá-lo, afastando os vícios da falta de clareza e imprecisão.

Os embargos podem ser propostos em cinco dias após a publicação, devendo o juiz julgá-los em igual prazo. Não estão sujeitos a preparo e interrompem o prazo de interposição de outros recursos cabíveis (arts. 536 e 538, com a redação da Lei nº 8.950, de 13.12.1994).

A regra da imutabilidade da sentença pelo juiz, instituída pelo art. 463, aplica-se tanto às sentenças de mérito como às sentenças terminativas.[61]

Outra exceção que, na prática, ocorre com referência ao encerramento da atividade jurisdicional do juiz de primeiro grau no processo já sentenciado é aquela provocada pelo acolhimento do recurso pelo tribunal, quando se cassa a sentença terminativa para determinar a apreciação do mérito ou se anula a decisão da lide para que outra sentença seja prolatada no juízo *a quo*.

496-a. Nulidade da sentença *ultra petita, citra petita* e *extra petita*

Já vimos que, em face dos arts. 128 e 460, o limite da sentença válida é o pedido, de sorte que é nula a sentença *extra petita* e a *citra petita* (cf. nºs 488 e 493-b, *retro*).

A sentença *extra petita* incide em nulidade porque soluciona *causa* diversa da que foi proposta através do pedido.[62] E há julgamento fora do pedido tanto quando o juiz defere uma prestação diferente da que lhe foi postulada como quando defere a prestação pedida mas com base em fundamento jurídico não invocado como causa do pedido na propositura da ação. Quer isto dizer que não é lícito ao julgador alterar o *pedido*, nem tampouco a *causa petendi*.[63]

É, ainda, *extra petita*, em face do art. 128, a sentença que acolhe, contra o pedido, *exceção* não constante da defesa do demandado, salvo se a matéria for daquelas cujo conhecimento de ofício pelo juiz seja autorizado por lei (exemplo: art. 267, § 3º). A propósito, é bom ressaltar que o Código de Processo Civil não

faculta ao juiz apreciar, de ofício, as questões pertinentes às condições da ação e aos pressupostos, mas impõe-lhe, na verdade, o dever de assim proceder (art. 267, § 3º). Do mesmo modo, o Código Civil ordena que as nulidades absolutas sejam pronunciadas pelo juiz, independentemente de requerimento da parte, "quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes" (Código Civil de 2002, art. 168, parágrafo único; CC de 1916, art. 146, parágrafo único). Portanto, essas matérias, como todas as demais de ordem pública, quando examinadas de ofício (isto é, sem terem figurado previamente na *causa petendi*), não contaminam o julgamento do vício próprio das sentenças *extra petita*.

O defeito da sentença *ultra petita*, por seu turno, não é totalmente igual ao da *extra petita*. Aqui, o juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado (art. 460).

A nulidade, então, é parcial, não indo além do excesso praticado, de sorte que, ao julgar o recurso da parte prejudicada, o tribunal não anulará todo o decisório, mas apenas decotará aquilo que ultrapassou o pedido.[64]

A sentença, enfim, é *citra petita* quando não examina todas as *questões* propostas pelas partes. O réu, por exemplo, se defendeu do pedido reivindicatório alegando nulidade do título dominial do autor e prescrição aquisitiva em seu favor. Se o juiz acolher o pedido do autor, mediante reconhecimento apenas da eficácia do seu título, sem cogitar do usucapião invocado pelo réu, terá proferido sentença nula, porque *citra petita*, já que apenas foi solucio-nada uma das duas questões propostas.[65]

Mas o exame imperfeito ou incompleto de uma questão não induz nulidade da sentença, porque o tribunal tem o poder de, no julgamento da apelação, completar tal exame, em face do efeito devolutivo assegurado pelo art. 515, § 1º. Assim, se a parte pediu juros da mora a partir de determinado momento e o juiz os deferiu sem especificar o *dies a quo*, pode o tribunal completar o julgamento, determinando o marco inicial da fluência dos juros. O mesmo ocorre quando o pedido é líquido e a condenação apenas genérica, graças à insuficiente apreciação da prova. Aqui, também, o Tribunal pode completar o julgamento da lide, fixando o *quantum debeatur*.

Antes do acréscimo do § 3º ao art. 515 (por força da Lei nº 10.352/2001), entendia-se não poder o Tribunal conhecer originariamente de uma *questão* a respeito da qual não tivesse sequer havido um começo de apreciação, nem mesmo implícito, pelo juiz de primeiro grau. Por exemplo, se se tivesse acolhido

na sentença tão somente a exceção de prescrição oposta a uma ação de vício de consentimento, não era lícito ao Tribunal, ao repelir a prescrição, decidir a *outra questão* em torno do defeito substancial do negócio jurídico, uma vez que sobre ela não se dera, ainda, pronunciamento algum do juiz *a quo*.

A inovação constante do referido § 3º acarretou substancial alteração no tratamento da sentença *citra petita*, já que ao Tribunal se atribuiu competência para, em grau de apelação, completar o julgamento do mérito efetuado pelo juiz de primeiro grau, mesmo quando as questões de fundo não tenham sido enfrentadas na sentença recorrida (v., adiante, o nº 543-a). Vale dizer: após a Lei nº 10.352/2001, o Tribunal, em regra, não anulará a sentença *citra petita*, mas superará a sua deficiência, proferindo, na apreciação do recurso, o julgamento das questões de mérito omitidas no decisório apelado. Para que isto aconteça, todavia, é necessário que o processo esteja maduro para o completo julgamento de todas as questões de fundo. Pode, por exemplo, ocorrer a hipótese de um julgamento antecipado da lide fundado em questão puramente de direito, ou em questão solucionável à luz de prova documental; mas a questão que foi omitida na sentença *citra petita* era daquelas assentadas sobre matéria fática, cujo desate reclamava instrução probatória, ainda não realizada. Em casos como este, o Tribunal forçosamente terá de anular a sentença para ensejar a coleta das provas cabíveis e propiciar novo julgamento da lide no juízo de primeiro grau. Mas, se a instrução já se encontra completa e encerrada, o Tribunal não deverá anular a sentença *citra petita*. Enfrentará, desde logo, as questões sobre que a sentença foi omissa.

A nulidade da sentença *citra petita*, portanto, pressupõe *questão* debatida e não solucionada pelo magistrado, entendida por questão *o ponto de fato ou de direito sobre que dissentem os litigantes*, e que, por seu conteúdo, seria capaz de, fora do contexto do processo, formar, por si só, uma *lide autônoma*, a qual não se acha ainda madura para julgamento pelo Tribunal.

Só se anula, destarte, uma sentença em grau de recurso, pelo vício do julgamento *citra petita*, quando a matéria omitida pelo decisório de origem não esteja compreendida na devolução que o recurso de apelação faz operar para o conhecimento do Tribunal (art. 515, §§ 1º e 3º).

496-b. Interpretação da sentença

A sentença é um ato jurídico *lato sensu*, pois corresponde a ato de vontade e inteligência praticado pelo juiz com o específico objetivo de produzir uma

situação jurídica definitiva em torno da lide.

Como ato de declaração de vontade desafia sempre interpretação para ser cumprida pelos sujeitos da relação processual e, se necessário, executada forçadamente pelo órgão judicial.

Em linhas gerais, as regras de hermenêutica dos atos jurídicos hão de ser observadas na exegese da sentença. Dessa maneira, deve-se partir do princípio básico de que não é pela simples leitura de seu dispositivo e de seu sentido literal que se consegue extrair seu sentido e alcance. Se se trata de ato de vontade e inteligência, interpretá-lo exige ir além das palavras utilizadas, para alcançar efetivamente a vontade e a intenção do subscritor. E, para tanto, não pode ser enfocada como peça isolada, autônoma e completa. Fruto que é da dinâmica processual, seu teor só será bem compreendido se se buscar, antes de tudo, harmonizá-la com o *objeto do processo* e com as *questões* que a seu respeito as partes suscitaram na fase de postulação.

A sentença de mérito, com efeito, não surge como ato originário ou primitivo. Ao contrário, é sempre ato final de um longo e necessário encadeamento de fatos processuais, todos de repercussão maior ou menor sobre o provimento com que se terá de pôr fim ao litígio deduzido em juízo. Com a sentença definitiva, portanto, a Justiça cumpre a prestação jurisdicional, encerrando a instância. Com ela, enfim, o juiz cumpre e acaba, no processo de conhecimento, o "ofício jurisdicional" (CPC, art. 463).

O que a lei processual determina para o juiz é só atuar quando provocado pela parte e limitar sua atuação ao necessário para solucionar o pedido do autor. De tal sorte, o provimento básico a ser lançado na sentença de mérito será a *acolhida* ou a *rejeição* do pedido formulado pelo autor (art. 269, I).

O *pedido* formulado na inicial torna-se o *objeto* da prestação jurisdicional sobre o qual a sentença irá operar. É ele, portanto, o mais seguro critério de interpretação da sentença, visto que esta é justamente a *resposta do juiz ao pedido do autor*, não podendo o provimento, por imposição legal, ficar aquém dele, nem ir além dele, sob pena de nulidade (arts. 128 e 460).

Estando o julgador limitado às barreiras do princípio da *demanda*[66] e do princípio da *congruência*,[67] também o intérprete da sentença encontrará nestes princípios a melhor orientação para desenvolver a operação exegética do provimento judicial.

Toma-se como ponto de partida o *pedido* formulado na petição inicial. Depois de definido o conteúdo, isto é, depois de revelada a *pretensão deduzida pelo autor*, passa-se à análise da *resposta* que lhe deu a sentença.

Assim, as palavras com que o juiz acolheu ou rejeitou o pedido terão seu sentido e alcance clareados pelo que na inicial o autor demandou. Se houver alguma imprecisão ou alguma dubiedade na linguagem do sentenciante, a fixação do real sentido do comando jurisdicional será encontrada por meio de sua sistematização com o pedido.

Não se pode, como é óbvio, resolver a dúvida pela inteligência da sentença que a faça abranger o que não era objeto do processo. Com esse critério adota-se a interpretação conducente a mantê-la dentro da congruência obrigatória entre o pedido e a prestação jurisdicional, e evita-se dar-lhe o impróprio sentido de ter decidido o que não era objeto do processo.

Seria de todo inadmissível escolher-se, entre diversas opções, a interpretação que afastasse a dúvida gerada pela linguagem da sentença, fazendo-a portadora de um sentido ilegal e incompatível com seus obrigatórios limites.[68]

Seja em face da interpretação da lei,[69] seja em face da interpretação do contrato,[70] seja, enfim, em face da interpretação da sentença, o critério é sempre o mesmo: na dúvida, não se pode entender que o sentenciante tenha julgado a causa de maneira a contrariar seus deveres jurisdicionais, proferindo decisório ilegal e nulo; há de prevalecer o outro sentido verossímil e que ponha em sintonia com a lei e os limites determinados pelo objeto da demanda posta em juízo.[71]

Em conclusão: se o texto da sentença permite dois sentidos literais, um conforme os limites do pedido, e outro exorbitante, a leitura correta será a conducente ao respeito ao princípio da congruência obrigatória entre pedido e sentença, e nunca a que a leve ao campo dos julgamentos nulos (*extra* ou *ultra petita*).

Repugna à hermenêutica qualquer interpretação que opte por um significado que torne o ato jurídico ou a sentença contaminados de *ilegalidade*, quando haja a possibilidade de reconhecer-lhe outro sentido, também verossímil, que não padeça nem de nulidade nem muito menos de ilegalidade.

É claro que o esforço interpretativo para evitar o sentido ilegal da sentença só se mostra possível quando o texto, embora impreciso ou dúbio, permita a definição legítima sem violar a declaração de vontade do juiz. Se esta claramente tiver sido manifestada em determinado sentido, não é dado ao intérprete negá-lo, a pretexto de corrigir a ilegalidade contida no ato judicial. A interpretação pode e deve encontrar o melhor sentido para a sentença, mas não é instrumento de reforma ou correção dos erros judiciais cometidos pelo julgador.

Há, ainda, um outro importante critério de interpretação da sentença, que

consiste no cotejo entre o dispositivo e a fundamentação do julgado. Assim como a parte não pode formular pedido sem explicitar a *causa de pedir* (CPC, art. 282, III), o órgão judicial também não pode solucioná-lo sem expor os *fundamentos* da resposta contida no julgamento (CPC, art. 458, II). Embora a coisa julgada incida sobre a *conclusão* ou *dispositivo* da sentença, e não sobre os *motivos* invocados para sustentá-la, o certo é que estes se prestam "para determinar o alcance" da sua "parte dispositiva" (CPC, art. 469, I). Daí a importância dos elementos constantes dos fundamentos ou motivos da sentença para sua interpretação.

§ 76. CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS

Sumário: 497. Classificações. 498. Sentenças declaratórias. 499. Sentenças condenatórias. 500. Sentença constitutiva. 501. Momento de eficácia da sentença. 502. Multiplicidade de efeitos da sentença.

497. Classificações

Sentença, segundo o Código, é a decisão do juiz singular que põe termo ao processo, no primeiro grau de jurisdição (arts. 162, 267 e 269) (sobre conceito legal de sentença, após a inovação trazida pela Lei nº 11.232/2005, ver, retro, os nºs 249 e 484). Se o julgamento é proferido por órgão colegiado (Tribunal), recebe a denominação de *acórdão* (art. 163).[72]

É clássica a distinção entre sentença *terminativa* e sentença *definitiva*. A primeira diz respeito à decisão que põe fim ao processo, sem julgamento do mérito da causa. A segunda é a que encerra o processo, ferindo a substância da lide.

O Código não faz qualquer distinção, rotulando ambas simplesmente de "sentença", quer o processo finde com resolução de mérito ou não (art. 162, § 1º).

Fala-se na doutrina, também, em sentença *interlocutória*,[73] que seria a decisão proferida no curso do processo sobre questão incidente.

O Código, todavia, não considera essa espécie de pronunciamento jurisdicional como sentença. Classifica-o como "decisão interlocutória" (art. 162, § 2º).

A classificação realmente importante das sentenças (considerando tanto a decisão do juiz singular como o acórdão dos tribunais) é a que leva em conta a natureza do bem jurídico visado pelo julgamento, ou seja, a espécie de tutela jurisdicional concedida à parte.

Nessa ordem de ideias, ensina Chiovenda que "se a vontade da lei impõe ao réu uma prestação passível de execução, a sentença que acolhe o pedido é de *condenação* e tem duas funções concomitantes, de declarar o direito e de preparar a execução; se a sentença realiza um dos direitos potestativos que, para

serem atuados, requerem o concurso do juiz, é *constitutiva*; se, enfim, se adscreve a declarar pura e simplesmente a vontade da lei, é de *mera declaração*".[74]

Classificam-se, portanto, as sentenças em:

a) sentenças *condenatórias*;

b) sentenças *constitutivas*;

c) sentenças *declaratórias*.

Há casos, porém, em que a definição do direito subjetivo dos litigantes não parte do juiz; verifica-se a autocomposição da lide e o juiz se limita a comprovar a capacidade das partes para o ato e a regularidade formal do negócio jurídico para opor-lhe a chancela de validade e força de ato judicial (ato processado em juízo).

É o que se passa naqueles "julgamentos de mérito", que o Código afirma ocorrerem nas hipóteses de reconhecimento do pedido, transação e renúncia ao direito subjetivo em que se funda a ação (art. 269, II, III e V); isto porque o ato judicial no caso não penetra no mérito do negócio jurídico realizado pela parte e restringe-se a homologá-lo, a fim de conferir-lhe eficácia de composição definitiva da lide.

Assim, de par com a tradicional classificação das sentenças em condenatórias, declaratórias e constitutivas, existem também as sentenças homologatórias, que são aquelas de mera verificação de legitimidade de ato das partes para alcançar a autocomposição do litígio.

Na sua essência, no entanto, o negócio jurídico homologado, *ad instar* do que se passa com as autênticas sentenças, pode ter eficácia de constituição, declaração ou condenação, conforme o ajuste estabelecido entre as partes. A sentença, porém, que sobre ele se profere, por nada lhe acrescentar em termos substanciais, exerce um papel assemelhado ao declaratório: torna certo que as próprias partes puseram fim à lide, nos termos do acordo homologado.

498. Sentenças declaratórias

Há sentenças cujo efeito não é senão o de declarar a certeza da existência ou inexistência de relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de documento (art. 4º).

A declaração de certeza esgota a prestação jurisdicional. Se o vencedor quiser fazer valer o seu crédito contra o vencido, exigindo o respectivo pagamento, "terá que propor outra ação contra o devedor, esta de natureza

condenatória".[75]

Na sentença declaratória, o Órgão Judicial, verificando a vontade concreta da lei, apenas "certifica a existência do direito", e o faz "sem o fim de preparar a consecução de qualquer bem, a não ser a certeza jurídica".[76]

Não apenas a sentença proferida na ação declaratória é sentença *declaratória*. Em qualquer ação, toda sentença que dá pela improcedência é sentença declaratória, "declaratória negativa", como ensina Frederico Marques.[77] É que, "julgando improcedente a ação, a sentença nada mais faz do que declarar a inexistência da relação jurídica em que o autor fundamentava a ação".[78]

499. Sentenças condenatórias

Na sentença condenatória, certifica-se a existência do direito da parte vencedora, "como preparação à obtenção de um bem jurídico".[79] Exerce, pois, dupla função: "Aprecia e declara o direito existente e prepara execução. Contém, portanto, um comando diverso do comando da sentença declaratória, pois determina que se realize e torne efetiva determinada sanção, isto é, que o vencido cumpra a prestação de dar, fazer ou não fazer, ou de abster-se de realizar certo fato, ou de desfazer o que realizou."[80]

Em outras palavras, a sentença condenatória, em regra, atribui ao vencedor "um título executivo", possibilitando-lhe recorrer ao processo de execução, caso o vencido não cumpra a prestação a que foi condenado. Uma vez, porém, que existem condenações relacionadas a obrigações não suscetíveis de execução forçada (*v.g*., as relativas às obrigações de declaração de vontade, à obrigação de cumprir compromisso de contratar, às obrigações de fazer infungíveis etc.), melhor é definir a sentença condenatória como aquela que ao acertar (ou certificar) uma situação jurídica, prescreve um certo comportamento para o obrigado, consistente no cumprimento de uma prestação.[81]

Se, em regra, a condenação prepara a execução, não se deve, entretanto, atrelar esse tipo de sentença, necessariamente, à formação de título executivo, pois na própria lei se encontrarão casos em que a eficácia condenatória se dará sem o concurso de ulterior execução forçada. Lembre-se da sentença condenatória genérica, que impõe à parte indenizar o dano cujo montante ainda se desconhece. Enquanto não ocorrer a liquidação através do procedimento adequado (arts. 475-A a 475-H), existirá uma sentença condenatória, mas não existirá um título executivo judicial. Mais significativo, ainda, é o caso da sentença que condena ao cumprimento de um pré-contrato ou de uma obrigação

de declaração de vontade (modalidades de obrigação de fazer): proferida a condenação, a sentença produz, por si mesma, o efeito que corresponde à prestação omitida pelo obrigado inadimplente, sem depender, portanto, do recurso à execução forçada (arts. 466-A e 466-C).

De tal sorte, a sentença condenatória, em termos gerais, é aquela que tem por conteúdo a imposição do cumprimento de uma obrigação já violada ou cuja violação se ameaça. Pode-se, com efeito, recorrer à tutela condenatória, tanto para reparar a lesão já consumada (tutela repressiva) como para impedir o dano temido (tutela inibitória). No primeiro caso, aparelha-se a execução forçada da prestação devida (arts. 475-I), e no segundo, proíbe-se a prática do ato, impondo-se obrigação de não fazer, sob cominação de multa e emprego de outros meios coercitivos (art. 461, *caput*, e §§ 4º e 5º).[82]

Há quem advogue a existência, também, de sentenças *executivas* e *mandamentais*, que seriam diferentes das condenatórias porque não prepariam a execução futura a ser realizada em outra relação processual, mas importariam comandos a serem cumpridos dentro do mesmo processo em que a sentença foi proferida, dispensando, dessa maneira, a *actio iudicati (v.g*. ações possessórias, de despejo, mandado de segurança etc.). Nas mandamentais, outrossim, o desrespeito à ordem judicial, além das medidas executivas usuais, acarretaria responsabilidade penal para a parte que não a cumprisse voluntariamente. Essas peculiaridades, a meu ver, não são suficientes para criar sentenças essencialmente diversas, no plano processual, das três categorias clássicas. Tanto as que se dizem executivas como as mandamentais realizam a essência das condenatórias, isto é, declaram a situação jurídica dos litigantes e ordenam uma prestação de uma parte em favor da outra. A forma de realizar processualmente essa prestação, isto é, de executá-la, é que diverge. A diferença reside, pois, na execução e respectivo procedimento. Sendo assim, não há razão para atribuir uma natureza diferente a tais sentenças. O procedimento em que a sentença se profere é que foge dos padrões comuns. Esse, sim, deve ser arrolado entre os especiais, pelo fato de permitir que numa só relação processual se reúnam os atos do processo de conhecimento e os do processo de execução. O procedimento é que merece a classificação de executivo *lato sensu* ou mandamental.

A diferença que leva a considerar uma sentença como executiva ou mandamental situa-se no plano da *tutela* prestada ao direito da parte, como bem observa Marinoni, e não da função processual da sentença.[83] Há sentenças que, por si sós, exaurem a tutela proporcionada ao litigante, e outras que dependem

de atividade complementar, isto é, dos *meios executivos*. Sem a atividade executiva, a tutela não se realiza ou não se completa.

É a tutela complementar (ou subsequente à sentença) que no plano executivo pode ser *sumária ou imediata* – como as que correspondem à simples expedição de um mandado executivo após a condenação – ou pode reclamar providências de *maior complexidade* – como as que exigem a instauração de uma nova relação processual (*actio iudicati*), ou a realização de atos expropriatórios no domínio do executado – antes de proporcionar o bem devido ao exequente. Tudo, porém, se passa no âmbito da *tutela e não da definição* contida na sentença.

Para chegar-se, outrossim, aos atos executivos, ou seja, à agressão à posse ou ao patrimônio do devedor, nem mesmo se exige que a sentença tenha ordenado a realização compulsória de determinada prestação. Basta que tenha definido ou certificado a existência de uma obrigação, em todos os seus elementos subjetivos e objetivos, de maneira a reconhecer-lhe certeza, liquidez e exigibilidade (art. 586).

Quando o Código, em seus termos atuais, define o título executivo judicial, não mais se refere à sua natureza condenatória. Considera dotada de tal força qualquer sentença proferida, em processo civil, "que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia" (art. 475-N). Podem gerar execução forçada, de tal sorte, tanto as sentenças condenatórias como as constitutivas, e até mesmo as meramente declaratórias.

Não há, nessa ordem de ideias, de distinguir, pelos efeitos executivos, as sentenças declaratórias, as constitutivas e as condenatórias, se todas podem, conforme as circunstâncias, funcionar como título executivo judicial.

Executividade pronta ou diferida, simples ou complexa, e mandamentalidade são características não da sentença civil, mas propriamente das vias executivas previstas no ordenamento jurídico para proporcionar à parte o bem da vida que a sentença lhes reconhece, pouco importando seja ela condenatória, constitutiva ou declaratória.

500. Sentença constitutiva

Sem se limitar à mera declaração do direito da parte e sem estatuir a condenação do vencido ao cumprimento de qualquer prestação, a sentença constitutiva "cria, modifica ou extingue um estado ou relação jurídica".[84]

O seu efeito opera instantaneamente, dentro do próprio processo de

cognição, de modo a não comportar ulterior execução da sentença. A simples existência da sentença constitutiva gera a "modificação do estado jurídico existente".[85]

Enquanto na sentença declaratória o juiz atesta a preexistência de relações jurídicas, na sentença constitutiva sua função é essencialmente "criadora de situações novas".[86]

São exemplos de sentenças constitutivas: a que decreta a separação dos cônjuges; a que anula o ato jurídico por incapacidade relativa do agente, ou por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude; as de rescisão de contrato; as de anulação de casamento etc.

501. Momento de eficácia da sentença

As sentenças declaratórias e as condenatórias produzem efeito *ex tunc*.[87] Nas primeiras, o efeito declaratório retroage à época em que se formou a relação jurídica, ou em que se verificou a situação jurídica declarada.[88] Exemplo: declarado nulo o casamento, o efeito da sentença retroage à data da celebração.

Nas sentenças condenatórias, também o efeito é *ex tunc*, mas a retroação se faz apenas até a data em que o devedor foi constituído em mora; via de regra, à data da citação, conforme o art. 219 do Código de Processo Civil.[89]

Já o efeito das sentenças constitutivas é normalmente *ex nunc*. Produz-se para o futuro, a partir do trânsito em julgado.

São casos especiais de sentença constitutiva:

a) sentença que anula o ato jurídico por incapacidade relativa do agente, ou vício de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, porque sua eficácia é *ex tunc* em decorrência do art. 182 do Código Civil de 2002 (CC de 1916, art. 158), que manda, *in casu*, sejam as partes restituídas ao estado em que se achavam antes do ato anulado;

b) a sentença de interdição, porque seus efeitos *ex nunc* começam a atuar a partir da sentença, antes mesmo do trânsito em julgado (Código de Processo Civil, art. 1.184).

502. Multiplicidade de efeitos da sentença

A classificação da sentença se faz pelo efeito principal do julgado, conforme contenha uma condenação, uma declaração ou uma constituição de relação jurídica. Mas, na prática, as sentenças nunca se limitam a tais provimentos.

Assim, na sentença condenatória, pode haver declaração incidente de questão prejudicial (arts. 5º e 470); na sentença declaratória e na constitutiva sempre haverá condenação do vencido nas custas e honorários advocatícios (art. 20). Assim, a sentença de ação condenatória deve ser considerada sentença declaratória na parte, por exemplo, em que nega a ocorrência de prescrição da ação; e as sentenças de ações declaratórias e constitutivas devem ser havidas como sentenças condenatórias na parte que condenam os vencidos às despesas do processo.

§ 77. EFEITOS DA SENTENÇA

Sumário: 503. Conceito. 504. Entrega da prestação jurisdicional. 504-a. Classificação das sentenças quanto aos efeitos. 505. Hipoteca judiciária. 506. Outros efeitos secundários da sentença.

503. Conceito

Vários são os efeitos da sentença definitiva. Mas o principal é, sem dúvida, o de pôr fim à função do julgador no processo, mediante a apresentação da prestação jurisdicional (art. 463).

Poderíamos apelidar este efeito principal de "efeito formal" da sentença. Tem ela, por outro lado, efeitos "materiais" que criam novas situações jurídicas para os litigantes. Assim, a sentença condenatória gera o título executivo que faculta ao vencedor utilizar-se da execução forçada, caso o vencido não satisfaça a prestação assegurada no julgado. A sentença constitutiva, por sua vez, opera a extinção da relação jurídica litigiosa ou cria nova situação jurídica para as partes. E a sentença declaratória, finalmente, gera a certeza jurídica sobre a relação jurídica deduzida em juízo.

Entre os efeitos secundários da sentença, podem-se citar a hipoteca judicial e outros que, em alguns casos, surgem como consequência ou efeito automático do provimento com que se decidiu o litígio.

Se a sentença é apenas terminativa, isto é, aquela que encerra o processo sem solucionar o mérito, seu efeito é tão somente interno (atua apenas sobre a relação processual), pois, conforme dispõe o art. 268, em tal caso, "a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação". A essa regra, abre o Código, porém, exceção para as extinções motivadas por perempção, litispendência ou coisa julgada.

Em regra, a sentença terminativa, como se vê, não vai além da relação processual, deixando incólume a relação substancial controvertida. Portanto, quando há extinção do processo sem resolução do mérito, a sentença não faz coisa julgada material, mas apenas formal, de maneira que, superados os óbices verificados no processo extinto, é viável a reproposição da mesma ação (art.

268).[90]

504. Entrega da prestação jurisdicional

Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre o ofício jurisdicional pertinente ao acertamento do litígio (prestação típica do processo de conhecimento).

Mas, se ainda há possibilidade de recurso, a sentença não corresponde a uma definitiva "*entrega* da prestação jurisdicional". O juiz, ao proferir a sentença, apenas está apresentando a questionada prestação. "A sua *entrega* só ocorre quando não cabe ou não mais cabe recurso, ou quando já não cabe, ou a lei não o dá, de decisão que a confirmou ou a reformou. A *entrega*, portanto, da prestação jurisdicional ocorre na última decisão."[91]

Por outro lado, enquanto passível de recurso, a sentença na lição de Chiovenda, "não encerra nenhum valor atual", e "simplesmente apresenta o valor de um ato que *pode converter-se em sentença*, se o recurso for renunciado ou perempto. A sentença de primeiro grau, portanto, constitui mera possibilidade de sentença, mera *situação jurídica*".[92]

Em outras palavras, a entrega da prestação jurisdicional "só se efetua quando a sentença passa em julgado".[93]

504-a. Classificação das sentenças quanto aos efeitos

Na sua função pacificadora dos litígios, a sentença produz sua eficácia sobre o relacionamento jurídico material dos litigantes, e o faz no desempenho de três funções básicas: a) o acertamento positivo ou negativo em torno da existência e conteúdo da relação controvertida; b) a alteração da situação jurídica existente entre as partes; e c) a determinação de medidas para impor a realização de prestação devida por uma das partes em favor da outra.

O acertamento ocorre em todas as sentenças; a constituição de situação jurídica nova acontece em face do acertamento do direito potestativo; e a condenação se dá diante do reconhecimento da violação de um direito.

Em todos esses casos, os efeitos da sentença manifestam-se de imediato, mas nem sempre se esgotam somente com sua prolação. Às vezes, tudo o que se espera juridicamente da sentença ocorre no ato do pronunciamento; outras vezes, o efeito prático visado somente se consumará mediante a adoção de providências complementares posteriores ao advento da sentença. Podem, assim, as sentenças

ser classificadas, quanto aos efeitos, em duas espécies:

a) *Sentenças de eficácia imediata ou completa*: quando por si só produzem todos os efeitos para os quais foi pronunciada. É o caso das sentenças constitutivas e declaratórias em geral, bem como a de certas sentenças condenatórias, cuja imposição se consuma independentemente de ato executivo ulterior, como a condenação a prestar declaração de vontade (art. 466-A), a cumprir obrigação de não fazer, a perder o sinal dado em contrato rescindido, a que proíbe preventivamente determinado comportamento etc. A certeza jurídica que se busca com umas e a inovação jurídica que se procura com outras tornam-se realidade por meio do próprio ato sentencial. Ela se apresenta, portanto, como exauriente da prestação jurisdicional postulada e deferida.

b) *Sentenças de eficácia contida ou mediata*: quando a concretização da tutela é diferida para estágio ulterior ao provimento de certificação do direito da parte e somente se completa mediante outras providências judiciais de natureza coercitiva sobre a pessoa do devedor ou seu patrimônio. É o caso das sentenças condenatórias em geral e de outras que a lei a elas equipara no tocante à eficácia executiva. A prestação imposta pela sentença, ou pelo negócio por ela homologado, somente será alcançada depois de praticados outros atos do juízo tendentes a materializar o comando sancionatório.

Quanto ao modo de realizar os atos de cumprimento da sentença condenatória, podem ser de maior ou menor complexidade: a) às vezes, basta um mandado executivo expedido após a sentença (*v.g*., mandado de despejo, de entrega de coisa, de imissão na posse, de demolição etc.); b) algumas vezes, por dificuldade do emprego de meios sub-rogatórios, adotam-se medidas indiretas de coerção para compelir o devedor a realizar pessoalmente a prestação devida (*v.g*., multa, prisão civil, fechamento de estabelecimento, suspensão de direitos etc.); c) outras vezes, mesmo sendo possível a adoção de meios sub-rogatórios, torna-se necessário um procedimento mais complexo, entre a sentença e a realização forçada da prestação a realizar, como na condenação a pagamento de quantia certa, em que se tem de passar pelos atos de constrição e expropriação de bens do devedor para se obter o numerário com que se irá satisfazer executivamente o comando da sentença; d) por fim, há a hipótese de maior complexidade processual, em que, após a sentença condenatória, o credor tem de recorrer a um novo processo, impulsionado por uma nova ação – a ação de execução –, para alcançar a realização compulsória da prestação a que tem direito (*v.g*., execução da sentença arbitral, da sentença estrangeira, da sentença contra a Fazenda Pública etc.).

Em resumo, a execução forçada das sentenças de efeito contido ou mediato acontece por duas vias:

a) pelo caminho sumário da *executio per officium iudicis*, em que na mesma relação processual em que ocorreu o acertamento do direito da parte se realizam os atos de sua execução; ou

b) pela via complexa da *actio iudicati*, que exige o estabelecimento de outra relação processual, de natureza distinta daquela em que ocorreu o acertamento, voltada apenas para a prática dos atos jurissatisfativos.

505. Hipoteca judiciária

Dispõe o art. 466 do atual Código de Processo Civil que a "sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos" (Lei nº 6.015/73, art. 167, I, 2).

Trata-se de um efeito secundário próprio da sentença condenatória a prestação de dar coisas ou quantia de dinheiro.

Incide sobre imóveis do vencido. Decorre imediatamente da sentença condenatória, sendo irrelevante a interposição ou não de recurso contra ela. Nem tampouco importa sua liquidez ou iliquidez;[94] mas, para ser oposto a terceiros, conforme valer, e sem importar preferência, depende de inscrição e especialização.

Diferentemente da hipoteca convencional, a hipoteca judicial contém apenas o elemento "sequela", inexistindo a "preferência".

Como adverte Amílcar de Castro, funciona como "um meio preventivo da fraude, para evitar a alienação em fraude de execução e impedir a constituição de novas garantias, e não com o intuito de conferir preferência ao credor que a inscreva".[95]

Com a cautela da inscrição da hipoteca judicial, o credor evita os percalços de provar os requisitos da fraude de execução.

A inscrição não se faz *ex officio*, dependendo de requerimento do interessado. Decorre a faculdade da simples publicação da sentença. Não se subordina à coisa julgada. E é admissível ainda que:

I – seja genérica a condenação;

II – exista arresto de bens do devedor; e

III – seja possível a execução provisória da sentença (art. 466, parágrafo

único).

Com a reforma do CPC realizada pela Lei nº 11.232/2005, o título executivo judicial não é mais apenas a sentença condenatória. Qualquer modalidade de sentença pode assumir força executiva, bastando que contenha o reconhecimento da existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia (art. 475-N, inc. I). Diante disso, a hipoteca judiciária não mais depende de uma sentença tipicamente condenatória. Poderá ser deferida, também, com base em sentenças declaratórias ou constitutivas, sempre que nelas se der o acertamento da existência de obrigação cuja prestação seja a entrega de coisa ou o pagamento de soma de dinheiro.

Como não se exige a condenação em sentido literal, a hipoteca judiciária poderá ser obtida tanto pelo autor como pelo réu, conforme os termos do reconhecimento da obrigação contido na sentença.

A hipoteca judiciária, como o nome indica, deverá recair sobre bem imóvel. Destinando-se a garantir futura execução por quantia, o gravame há de incidir sobre bem penhorável, como é óbvio. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8.009/1990, art. 1º) impede que sobre ele seja constituída a hipoteca judicial. Mesmo porque "a constituição da hipoteca judicial sobre bem impenhorável não conduz a nenhuma utilidade, pois ela em nada resultaria, já que não é permitida a expropriação desse bem".[96]

506. Outros efeitos secundários da sentença

Para os partidários da doutrina de Liebman, a que se filiou nosso Código, os efeitos principais da sentença são a *condenação*, a *declaração* ou a *constituição*. A coisa julgada é uma *qualidade* desses efeitos.

Várias são, todavia, as consequências de fato da sentença, que, conforme o caso, se apresentam como efeitos acessórios ou secundários, atuando em decorrência da própria lei e independentemente de qualquer pedido das partes no processo.

Os processualistas, comumente, arrolam os seguintes exemplos de efeitos secundários da sentença, no direito pátrio:

a) hipoteca judicial, nos casos de sentença condenatória (CPC, art. 466);

b) dissolução da comunhão de bens, nos casos de sentença de separação judicial (Código Civil de 2002, art. 1.575);

c) perda do direito de usar o sobrenome de outro cônjuge, quando declarado

culpado na ação de separação judicial (Código Civil de 2002, art. 1.578);

d) perempção do direito de demandar, quando o autor der causa a três extinções do processo, por abandono da causa (Código de Processo Civil, art. 268, parágrafo único);

e) havendo condenação do devedor a emitir declaração de vontade, "a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida" (Código de Processo Civil, art. 466-A).

Sobre o efeito do julgado que condene o devedor a emitir a declaração de vontade, caso frequente nas ações relativas aos contratos preliminares (Código Civil, arts. 462 a 466), e, mais especificamente, aos compromissos de compra e venda, a matéria será abordada no vol. II, entre os casos de cumprimento das sentenças de condenação a prestações de fazer (Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005).

§ 78. COISA JULGADA

Sumário: 507. A conceituação de coisa julgada no novo Código. 507-a. Sentença, efeitos e coisa julgada. 507-b. Coisa julgada administrativa. 507-c. Coisa julgada total e parcial. 508. Coisa julgada formal e material. 508-a. Terminologia do julgamento de mérito. 509. Fundamento da autoridade da coisa julgada. 510. Arguição da coisa julgada. 510-a. Dimensões possíveis da exceção de coisa julgada. 510-b. Efeitos positivos e negativos da coisa julgada. 511. Preclusão.

507. A conceituação de coisa julgada no novo Código

Ampla corrente doutrinária ensinava outrora que o principal efeito da sentença era a formação da coisa julgada.[97] Para o Código de 1973, no entanto, o efeito principal da sentença, no plano do processo de conhecimento, é apenas "esgotar o ofício do juiz e acabar a função jurisdicional" (art. 463), como adverte Ada Pellegrini Grinover.[98]

A *res iudicata*, por sua vez, apresenta-se com uma qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença mas a qualidade dela representada pela "imutabilidade" do julgado e de seus efeitos, depois que não seja mais possível impugná-los por meio de recurso.

Assim é que, para o Código, "denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário" (art. 467). Com a publicação, a sentença se torna irretratável para o julgador que a proferiu (art. 463). Mas o vencido pode impugná-la, valendo-se do duplo grau de jurisdição consagrado pelo nosso sistema judiciário e pedindo a outro órgão superior da Justiça que reexamine o julgado. Isso se faz através do recurso.

Para todo recurso a lei estipula prazo certo e preclusivo, de sorte que, vencido o termo legal, sem manifestação do vencido, ou depois de decididos todos os recursos interpostos, sem possibilidade de novas impugnações, a sentença torna-se definitiva e imutável.

Enquanto pende o prazo de recurso, ou enquanto o recurso pende de julgamento, a sentença apresenta-se apenas como um ato judicial, ato do magistrado tendente a traduzir a vontade da lei diante do caso concreto.

A vontade concreta da lei, no entanto, "somente pode ser única". Por isso, "somente pelo esgotamento dos prazos de recursos, excluída a possibilidade de nova formulação, é que a sentença, de simples ato do magistrado, passará a ser reconhecida pela ordem jurídica como a *emanação da vontade da lei*".[99]

Enquanto sujeita a recurso, a sentença não passa de "uma situação jurídica". Os efeitos próprios da sentença só ocorrerão, de forma plena e definitiva, no momento em que não mais seja suscetível de reforma por meio de recursos. Ocorrerá, então, o trânsito em julgado, tornando o decisório imutável e indiscutível (art. 467).

Há, outrossim, diante da possibilidade de ação rescisória da sentença (art. 485), dois graus de coisa julgada, conforme a lição de Frederico Marques: a *coisa julgada* e a coisa *soberanamente julgada*, ocorrendo esta última quando se escoe o prazo decadencial de propositura da rescisória (art. 495), ou quando seja ela julgada improcedente.[100]

Sendo, outrossim, rescindível e não nula a nova sentença que infringiu a coisa julgada, e como não podem coexistir duas coisas julgadas a respeito da mesma lide, força é concluir que, enquanto não rescindida, deverá prevalecer a eficácia do segundo julgamento.[101]

Por último, é de se ter em conta que a coisa julgada é uma decorrência do conteúdo do julgamento de mérito, e não da natureza processual do ato decisório. Quando os arts. 467 e 468 estabelecem o conceito legal e a extensão do fenômeno da coisa julgada, e se referem a ela como uma qualidade da *sentença*, o termo sentença é tomado em sentido genérico, equivalente a qualquer ato decisório, que julgue "total ou parcialmente a lide". Dessa maneira, a coisa julgada leva em conta o objeto da decisão, que haverá de envolver o mérito da causa, no todo ou em parte, seja o ato decisório uma sentença propriamente dita, seja um acórdão, seja uma decisão interlocutória. O importante é que o pronunciamento seja definitivo e tenha sido resultado de um acertamento judicial precedido de contraditório efetivo (Sobre a matéria, ver, adiante, o item 601, relativo à ação rescisória, neste volume; e o item 659-a, a propósito do incidente de impugnação ao cumprimento de sentença, no volume II).

507-a. Sentença, efeitos e coisa julgada

Antigamente, tinha-se a coisa julgada como um dos efeitos da sentença. Posteriormente, além de ser vista como um efeito, a coisa julgada se considerava

como superposta aos demais efeitos, não em toda extensão, mas limitadamente ao *efeito declarativo*. Desse modo, a *indiscutibilidade* e *imutabilidade*, que lhe são próprias, atingiriam a sentença apenas em seu conteúdo declaratório. Os efeitos condenatório e constitutivo estariam fora de seu alcance.

Essa visão que desfrutou do prestígio de ser defendida, no direito alemão, por Hellwig, e, no direito pátrio, por Pontes de Miranda e Celso Neves, foi superada no regime do Código de Processo Civil brasileiro, no qual se esposou, claramente, a doutrina de Liebman. De fato, explica o mestre italiano, não se pode confundir a indiscutibilidade de um julgamento com o efeito produzido por esse mesmo julgamento.

O que a coisa julgada acarreta é uma transformação qualitativa nos efeitos da sentença, efeitos esses que já poderiam estar sendo produzidos antes ou independentemente do trânsito em julgado. Uma sentença exequível provisoriamente produz, por exemplo, efeitos, sem embargo de ainda não se achar acobertada pela coisa julgada. Quando não cabe mais recurso algum, é que o decisório se torna imutável e indiscutível, revestindo-se da autoridade de coisa julgada. Não se acrescentou, portanto, efeito novo à sentença. Deu-se-lhe apenas um qualificativo e reforço, fazendo com que aquilo até então discutível e modificável se tornasse definitivo e irreversível.

Por outro lado, se a coisa julgada não é um efeito da sentença, tampouco se pode afirmar que seja uma qualidade de aplicação limitada ao seu efeito declarativo. Quando uma sentença passa em julgado, a autoridade da *res iudicata* manifesta-se sobre todos os efeitos concretos da sentença, sejam eles declaratórios, condenatórios ou constitutivos. A situação emergente da definição e comando da sentença toda ela adquire a força de lei entre as partes e o juiz, de modo a impedir que novas discussões e novos julgamentos a seu respeito venham a acontecer (CPC, arts. 467, 468 e 471). Não é, portanto, só a declaração que se reveste da autoridade de coisa julgada, mas também o pronunciamento constitutivo e o condenatório.

De modo algum se haverá de pensar que a anulação de um contrato (provimento constitutivo) e a condenação a cumprir uma obrigação (provimento condenatório) sejam passíveis de reexame e rejulgamento depois do trânsito em julgado. Todas as questões decididas na sentença de mérito adquirem, com o trânsito em julgado, a *força de lei*, como claramente dispõe o art. 468 do CPC, elucidando, assim, até onde vai a imutabilidade e indiscutibilidade previstas no art. 467 do mesmo Código.

Há quem vá além da tese de Liebman para não apenas negar à coisa julgada

a qualidade de efeito da sentença, mas também para desvinculá-la completamente do plano da eficácia do julgado. É que não haveria imutabilidade dos efeitos da sentença, sempre que a relação de direito material por ela acertada permanecesse suscetível de sofrer, mesmo após a coisa julgada, mutação ou extinção, por ato do respectivo titular ou pelo decurso do tempo, a exemplo do que pode ocorrer com o pagamento, com a novação, com a remissão, com a prescrição e outras causas extintivas ou modificativas previstas em lei (CPC, art. 475-L, VI). Assim, "o que se torna imutável (ou, se se prefere, indiscutível)" não seriam os efeitos da sentença, mas "é o *próprio conteúdo* da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial".[102]

A meu ver, porém, o efeito da sentença não é, propriamente, o estabelecimento dos direitos e obrigações substanciais a vigorar entre as partes, mas a composição do litígio que motivara a instauração do processo. Esse acertamento ou definição é que, não sendo mais impugnável, se torna imutável ou indiscutível após a coisa julgada. Dessa maneira, a lide que foi composta pela sentença não poderá mais ser submetida a uma nova definição em juízo. Por isso é lícito afirmar que o trânsito em julgado torna imutável e indiscutível aquilo que na sentença se assentou em torno do litígio outrora estabelecido entre demandante e demandado. Se, por exemplo, com autoridade de coisa julgada, se reconheceu a existência de uma relação jurídica, esta relação, entre as mesmas partes, nunca mais poderá ser negada, ou discutida; se se decretou uma nulidade de negócio jurídico, nunca mais se poderá pretender tê-lo como válido; se se dissolveu um contrato, este nunca mais poderá ser havido como vigorante entre os litigantes; se se condenou alguém a cumprir uma obrigação, nunca mais poderá ele pretender negar que estava sujeito, ao tempo da sentença, àquela dívida. O efeito definitivo do julgado, em qualquer dessas situações, foi precisamente o de tornar certa a situação de validade ou invalidade da relação jurídica litigiosa, ou de sua desconstituição, ou de sua violação.

Se o titular do direito subjetivo definitivamente acertado vem posteriormente a exaurilo pelo recebimento da prestação que lhe corresponde, ou dela abre mão, por ato unilateral ou bilateral, gratuito ou oneroso, não se pode afirmar que os efeitos da sentença foram modificados. O que houve terá sido a superveniência de novo ou novos fatos jurídicos, estranhos ao quadro definido pela sentença passada em julgado.

Toda sentença tem como objeto o quadro fático-jurídico deduzido em juízo na propositura da ação, e são estranhos a esse quadro os eventos que depois do

julgamento da causa venham a envolver os litigantes e suas relações jurídicas. Inovações ocorridas nessas relações, após a sentença, por isso mesmo, não alteram os seus efeitos acobertados pela coisa julgada, justamente porque não incidem sobre aquilo que constituiu o objeto do processo sobre o qual a sentença se pronunciou.

De certo modo – observa Liebman – "todas as sentenças [e não apenas as que apreciam relações continuativas] contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*", já que "a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanação da sentença",[103] como é o caso do pagamento da soma devida, o qual uma vez ocorrido elimina a possibilidade de execução da condenação, sem que, entretanto, se altere a vontade concreta do direito definida na sentença revestida da autoridade de coisa julgada.[104]

A relação jurídica acertada pela sentença continua a ter vida própria e, sem prejuízo do provimento judicial, se submete às vicissitudes próprias de todas as relações jurídicas, isto é, continua passível de extinção ou modificação por fenômenos supervenientes ao acertamento judicial.

Toda sentença, seja declaratória, condenatória ou constitutiva, contém um comando, no qual se revela o direito do caso concreto. A coisa julgada se pode definir como "a imutabilidade do *comando* emergente de uma sentença", como observa Liebman. É ela, destarte, "uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, alem do ato em sua existência formal, os *efeitos*, quaisquer que sejam, do próprio ato".[105]

Em resumo:

a) o efeito principal e necessário da sentença de mérito é a composição do litígio; com ele extingue-se o conflito jurídico que levou as partes à justiça;

b) esta composição se dá por meio da definição que confere certeza à existência ou inexistência da relação jurídica litigiosa (provimento *declaratório*), assim como pela constituição de uma nova situação jurídica entre os litigantes (provimento *constitutivo*), ou, ainda, pela imposição de sanção àquele que descumpriu obrigação legal ou negocial (provimento *condenatório*);

c) é esta composição que, em qualquer de suas modalidades, representará a situação jurídica que, em determinado momento (*i.é,* quando não mais caiba recurso contra a sentença), *transitará em julgado,* tornando-se imutável e indiscutível, de maneira a impedir que outros processos, entre as mesmas partes, venham a rediscutir e rejulgar o conflito já então definitivamente solucionado;

d) é nesse sentido que se afirma que a coisa julgada não é um efeito da

sentença, mas uma qualidade que o ato judicial e seus efeitos assumem, quando não mais se possa questioná-los pela via recursal.

507-b. Coisa julgada administrativa

Onde as questões que envolvem o Estado são objeto de composição fora do Poder Judiciário, por meio do contencioso administrativo, as respectivas decisões revestem-se da mesma autoridade assumida pela sentença judicial. Isto é, fazem também *coisa julgada*. No Brasil, porém, não existe o contencioso administrativo. Dessa maneira, os órgãos que julgam os procedimentos instaurados perante Tribunais como, *v.g*., o Tribunal de Contas e o Conselho de Contribuintes, proferem decisões definitivas, para a esfera da Administração. Não adquirem, entretanto, a indiscutibilidade própria da *res iudicata*, de sorte que, instaurado o processo judicial, o Judiciário não estará impedido de reapreciar o conflito e de dar-lhe solução diversa da decretada pelo órgão administrativo. Inexiste, entre nós, a verdadeira coisa julgada administrativa, porque, por força de preceito constitucional, nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). A este cabe o monopólio da jurisdição, perante a qual se alcançará sempre a última palavra em termos de solução dos litígios (inclusive os que envolvam a Administração Pública).[106]

507-c. Coisa julgada total e parcial

Quando o juiz se vê na contingência de proferir a sentença, o objeto de seu pronunciamento nunca se resumirá a uma só questão. Sempre terá, por exemplo, que responder ao pedido do autor (mérito) e que decidir sobre os encargos sucumbenciais (imputação de responsabilidade pelas custas e demais despesas do processo). Muitas vezes terá que enfrentar questões processuais (debate sobre pressupostos processuais e condições da ação), além da demanda propriamente dita. Há, também, as cumulações originárias de pedidos e acumulação sucessiva de ações incidentais (*v.g*., reconvenção declaratória incidental, denunciação da lide etc.). Pode, ainda, o julgador desdobrar a análise do pedido único por meio do enfoque das unidades que o integram (ex.: o autor pretende a entrega de 100 reses, mas a sentença só lhe reconhece o direito a 50).

Em todas essas eventualidades, a sentença apresentar-se-á composta por *capítulos*, cuja autonomia terá grande influência, sobretudo, na sistemática

recursal na formação da coisa julgada, na execução da sentença e no regime da ação rescisória.

Os capítulos de uma sentença, por sua vez, podem ser homogêneos ou heterogêneos, conforme versem, ou não, sobre questões da mesma natureza. Há homogeneidade quando todos eles solucionam questões de mérito, ou todos se refiram a preliminares processuais; dar-se-á a heterogeneidade quando alguns capítulos incidem sobre questões de processo e outras sobre o *meritum causae*.

É apenas na parte dispositiva que se devem identificar os capítulos da sentença, porque é ali que se dá solução às diversas questões que revelam as pretensões solucionadas judicialmente. A motivação da sentença, mesmo quando vários argumentos de fato e de direito são trabalhados pelo juiz, não chega a formar capítulos, porque não correspondem a soluções das questões propostas.[107] Somente quando a sentença enfrenta *questões autônomas*, dentro do debate processual, é que realmente se enseja a formação de capítulos em sentido técnico. O capítulo da sentença, na lição de Dinamarco, afinada com a de Liebman, corresponde a "uma unidade elementar autônoma" dentro das questões enfrentadas pelo julgado.[108]

Da autonomia (e não necessariamente *independência*),[109] decorre a possibilidade de o recurso abordar apenas um ou alguns dos capítulos, o que provocaria o trânsito em julgado dos que não foram alcançados pela impugnação. Mas, para tanto, é preciso que a conservação da parte não discutida no recurso não esteja vinculada por nexo de prejudicialidade àquela que foi nele atacada. Muitas vezes os capítulos da sentença são não só autônomos, mas também independentes, de sorte a corresponder a objetos que poderiam ser tratados em ações separadas. Aí, sim, o trânsito em julgado de cada um deles ocorre com total independência em face dos demais (*v.g.*, a ação em que se cobram duas prestações do mesmo contrato, e o recurso somente discute uma delas). Em outras hipóteses, questões diferentes foram tratadas em capítulos distintos da sentença. O recurso, porém, atacou aquele que envolve matéria sem a qual não podem subsistir os demais capítulos (*v.g.*, a sentença acolheu dois pedidos: o de rescisão do contrato e o de restituição do bem negociado; se o recurso impugnou a rescisão, não há como pensar que transitou em julgado o capítulo que ordenou a restituição do objeto do contrato). Havendo nexo de prejudicialidade, o recurso, mesmo limitado a um capítulo só da sentença, poderá vir a afetar todos os seus demais capítulos. Exemplo nítido do reconhecimento do trânsito em julgado por partes é dado pelo art. 498, parágrafo único, no caso de acórdão que desafia, simultaneamente, embargos infringentes e

recurso especial ou extraordinário.[110]

Esse panorama da sentença dividida em capítulos oferecerá reflexos também no plano da rescisória, que, como dispõe o art. 485, se presta a desconstituir a sentença de mérito transitada em julgado.[111] Logo, se é possível no mesmo processo formar-se, por capítulos, a coisa julgada em momentos diferentes, claro é que se poderá também cogitar de rescisão desses capítulos em ações rescisórias aforadas separadamente e em tempo diverso. Isto, porém, pressupõe a autonomia e independência entre os capítulos, pois só assim se haverá de pensar na possibilidade de sucessivas coisas julgadas em diferentes momentos.

É claro que não se pode intentar rescisória contra a solução dada à cláusula penal (não recorrida) antes que transite em julgado o decisório do recurso manifestado contra o pedido principal de rescisão do contrato. Mas é também óbvio que não tem sentido exigir que se aguarde a solução final do recurso contra o capítulo da reconvenção para dar início à ação rescisória do capítulo, já passado em julgado, da mesma sentença que julgou procedente o pedido da ação principal.

Enfim, o cabimento da rescisória, *in casu*, prende-se à definição de existir, ou não, prejudicialidade entre os capítulos recorridos e os não recorridos.

A regra é a mesma para a execução: se o capítulo irrecorrido for independente da sorte daquele que foi impugnado, livre estará a parte para contrapor-lhe a execução definitiva.[112] Havendo nexo de prejudicialidade, terá de aguardar a solução do recurso pendente, porque não terá ainda se formado a coisa julgada no processo, nem mesmo em relação àquilo que não se está discutindo diretamente no recurso.[113]

O STJ, no entanto, tem adotado a estranha teoria da indivisibilidade da coisa julgada, segundo a qual esse fenômeno só ocorreria uma vez em cada processo, depois do último recurso nele manejável, pouco importando seu objeto e sua extensão. Mesmo quando o mérito tivesse sido objeto de julgamentos parcelados, em momentos diferentes, e por meio de capítulos autônomos da matéria litigiosa[114]. A consequência seria a indivisibilidade, também, da ação rescisória, assim como do prazo para sua propositura[115]. Esse entendimento, porém, contraria a longa tradição de nosso direito processual e atrita com o próprio conceito de coisa julgada (CPC, art. 467) bem como com o sistema de sua formação e rompimento dentro da técnica do Código de Processo Civil (arts. 485 e 495). Muito mais consentânea com a ordem jurídica positiva é a jurisprudência do STF, que sempre considerou divisível a formação da coisa julgada e múltiplas as oportunidades de ação rescisória, tanto no plano subjetivo

como no objetivo, desde que o litígio tenha sido solucionado por capítulos autônomos[116].

508. Coisa julgada formal e material

O Código, no art. 467, limitou-se a definir a coisa julgada material, afirmando que:

"Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário."

Mas existe, também, a coisa julgada *formal*, que se difere daquele fenômeno descrito no Código e que é tradicionalmente tratada pelos processualistas como fato relevante em matéria de eficácia da sentença.

Na verdade a diferença entre a coisa julgada material e a formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença.

A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição.

Imutável a decisão, dentro do processo "esgota-se a função jurisdicional". O Estado, pelo seu órgão judiciário, "faz a entrega da prestação jurisdicional a que estava obrigado".[117]

Mas a imutabilidade, que impede o juiz de proferir novo julgamento no processo, para as partes tem reflexos, também, fora do processo, impedindo-as de virem a renovar a discussão da lide em outros processos. Para os litigantes sujeitos à *res iudicata*, "o comando emergente da sentença se reflete, também, fora do processo em que foi proferida, pela imutabilidade dos seus efeitos".

A partir do trânsito em julgado material "a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lei e das questões decididas" (art. 468).

A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, revelando a lei das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada.

A coisa julgada formal pode existir sozinha em determinado caso, como

ocorre nas sentenças meramente terminativas, que apenas extinguem o processo sem julgar a lide. Mas a coisa julgada material só pode ocorrer de par com a coisa julgada formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, também, passar em julgado formalmente.

Para o Código, lide é sempre o mérito da causa.[118] Filiou-se, assim, abertamente à lição de Carnelutti, que define lide como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. "O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflitos de ambos os litigantes."[119]

No sistema do Código, a coisa julgada material só diz respeito ao julgamento da lide, de maneira que não ocorre quando a sentença é apenas terminativa (não incide sobre o mérito da causa). Assim, não transitam em julgado, materialmente, as sentenças que anulam o processo e as que decretam sua extinção, sem cogitar da procedência ou improcedência da ação. Tais decisórios geram apenas coisa julgada formal. Seu efeito se faz sentir apenas nos limites do processo. Não solucionam o conflito de interesses estabelecidos entre as partes, e, por isso, não impedem que a lide volte a ser posta em juízo em nova relação processual (art. 268).[120]

Por não importarem solução da lide, não produzem, também, coisa julgada: *a*) os despachos de expediente e as decisões interlocutórias; *b*) as sentenças proferidas em procedimentos de jurisdição voluntária; e *c*) as sentenças proferidas em processos cautelares, ainda por que revogáveis ou modificáveis a qualquer momento (art. 807).

Já se decidiu, também, que a sentença que nega a anulação do casamento, ou a decretação do desquite, por falta ou insuficiência de prova, não faz coisa julgada e permite ao cônjuge renovar a ação com base em melhores elementos de convicção.

A melhor tese, todavia, é a que nega qualquer privilégio para tais sentenças, pois o Código não conhece três espécies de julgamento para encerrar o processo, mas apenas duas: a) as sentenças *terminativas* (art. 267); e b) as sentenças *definitivas* (art. 269). Aquelas extinguem o processo sem solução do mérito, e estas com julgamento do mérito.

As terminativas, portanto, não fazem coisa julgada material, mas as definitivas, isto é, as que acolhem ou rejeitam o pedido do autor (art. 269, nº I), produzem, sempre e necessaria-mente, a eficácia material da *res iudicata* (art.

468).

Desconhecendo o Código o *tertium genus* de sentença que apenas declara insuficiente a prova do autor, o que acarreta a não desincumbência do *onus probandi* é o julgamento de mérito (rejeição do pedido) contrário à pretensão que motivou o ajuizamento da causa, posto que, em processo civil, *actore non probante absolvitur reus* (art. 333, I).

Assim, em toda causa, o juiz ou extingue o processo sem julgamento de mérito (por questões preliminares) ou aprecia o mérito, hipótese em que, qualquer que seja a solução, haverá de submeter-se às consequências da *res iudicata*.

Não há, portanto, nenhuma exceção no sistema do Código, que crie um regime diverso para a coisa julgada em matéria de ações matrimoniais. Se o cônjuge interessado não logrou provar o fato em que assentava sua pretensão, e assim viu rejeitado o pedido de separação ou anulação do casamento, inadmissível será a volta ao pretório para abrir novo processo sobre a mesma base fática.

Igual orientação seguiu o STJ no caso de ação de investigação de paternidade, repelindo a pretensão de desprezar a autoridade de coisa julgada em face de realização de exame pericial genético (DNA) posterior à sentença, com resultados técnicos contrários ao que chegara o julgamento definitivo da investigatória, ainda que sua base pudesse ter sido a insuficiência da prova produzida.[121] No entanto, posteriormente, tem-se registrado no STJ a tendência a flexibilizar a coisa julgada nas ações de filiação.[122] Até mesmo no campo da ação rescisória, o STJ tem adotado o exame de DNA posterior à coisa julgada como documento novo para os fins do art. 485, VII (ver, adiante, o item nº 610).

A posição atual do STJ pode ser assim resumida: a) mesmo antes do advento do exame de DNA, a reabertura da investigação de paternidade não será admitida, se a negação se fundou em exame dos grupos sanguíneos do investigante e do investigado que culminou pela negativa da possibilidade da filiação pretendida; em tal caso não se há de cogitar de *flexibilização da coisa julgada*123; b) mediante utilização do exame de DNA, é possível flexibilizar a coisa julgada formada em investigação de paternidade julgada improcedente por falta de prova, visto que, hoje, o recurso ao referido exame é capaz de produzir elementos de convicção quase absolutos em torno do vínculo de parentesco.[124]

508-a. Terminologia do julgamento de mérito

Para se considerar sentença de mérito o julgamento de uma causa não é preciso que o juiz empregue especificamente os termos "procedência" ou "improcedência do pedido". Sempre que houver exame e solução do *pedido do autor* (ou seja, solução da *lide*), favorável ou não à sua pretensão, *de mérito* será a sentença, ainda que o julgador empregue expressão tecnicamente imprópria para o caso.

O processo moderno não é mais formalístico e sacramental como outrora ocorria no antigo direito romano, em que a fórmula prevalecia acima de tudo na solução das pendências judiciais.

Diz nosso Código que há resolução de mérito quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor" (art. 269, nº I).

O que importa, destarte, é verificar se o juiz examinou ou não o pedido, sendo irrelevante a forma verbal com que o acolheu ou rejeitou.

Assim, por falta de técnica, é muito comum na praxe forense sentenças que declaram o autor carecedor da ação justamente porque não conseguiu provar a existência do direito material reclamado na propositura da causa, ou mesmo porque restou demonstrado que o autor não é o titular do mesmo direito.

Ora, reconhecer que o autor não tem o direito que pretende fazer atuar em juízo é a forma mais completa de compor a lide e solucionar definitivamente a controvérsia entre os litigantes pela declaração negativa de certeza sobre a relação jurídica material litigiosa.

Sendo abstrato o direito de ação, não é pela existência ou inexistência do direito material que se reconhece à parte o direito à tutela jurídico-processual, mas pela necessidade de dirimir-se uma controvérsia jurídica instalada entre os litigantes e deduzida em juízo com atendimento dos pressupostos processuais e das condições da ação.

É, por isso mesmo, de somenos o emprego da locução "carência de ação", ou outra equivalente, mas imprópria, já que ação houve e foi acolhida, tanto que se apreciou o mérito e deu-se solução cabal à pretensão do autor contra o réu (pedido).

Num caso como o figurado, para efeito de ação rescisória e de exceção de coisa julgada, a sentença terá de ser examinada e considerada como decisão de mérito, malgrado o emprego de termos e expressões inadequados pelo respectivo prolator.[125]

509. Fundamento da autoridade da coisa julgada

Para Chiovenda, a sentença traduz a lei aplicável ao caso concreto. Vale dizer que "na sentença se acha a lei, embora em sentido concreto. Proferida a sentença, esta substitui a lei".[126]

Filiando-se ao entendimento de Liebman, o novo Código não considera a *res iudicata* como um efeito da sentença. Qualifica-a como uma qualidade especial do julgado, que reforça sua eficácia através da imutabilidade conferida ao conteúdo da sentença como ato processual (coisa julgada formal) e na imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material).

Por que deve revestir-se a sentença passada em julgado da imutabilidade e indiscutibilidade?

Para o grande processualista, as qualidades que cercam os efeitos da sentença, configurando a coisa julgada, revelam a inegável necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica.

É, em última análise, a própria lei que quer que haja um fim à controvérsia da parte. A paz social o exige. Por isso também é a lei que confere à sentença a autoridade de coisa julgada, reconhecendo-lhe, igualmente, a força de lei para as partes do processo.

Tão grande é o apreço da ordem jurídica pela coisa julgada, que sua imutabilidade não é atingível nem sequer pela lei ordinária garantida que se acha a sua intangibilidade por preceito da Constituição Federal (art. 5º, XXXVI).

Há quem defenda o fundamento da coisa julgada com argumento na tese de que a sentença encerra uma presunção de verdade ou de justiça em torno da solução dada ao litígio (res *iudicata pro veritate habetur*).

Na realidade, porém, ao instituir a coisa julgada, o legislador não tem nenhuma preocupação de *valorar* a sentença diante dos fatos (verdade) ou dos direitos (justiça). Impele-o tão somente uma exigência de ordem prática, quase banal, mas imperiosa, de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário. Apenas a preocupação de segurança nas relações jurídicas e de paz na convivência social é que explicam a *res iudicata*.

Nessa ordem de ideias, "o *pro veritate habetur* não implica juízo algum de correspondência com a verdade, mas expressa uma ordem de estabilidade e imutabilidade, à semelhança do estável e imutável que é a verdade".[127]

510. Arguição da coisa julgada

A coisa julgada é instituto processual de ordem pública, de sorte que a parte não pode abrir mão dela.

Cumpre ao réu argui-la nas preliminares da contestação (art. 301, nº VI). Mas de sua omissão não decorre qualquer preclusão, porquanto, em razão de seu aspecto de interesse iminentemente público, pode a exceção de *res iudicata* ser oposta em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição, "devendo ser decretada, até mesmo de ofício", pelo juiz.[128]

Outrossim, para ser acolhida a exceção de *res iudicata*, haverá de concorrer, entre as duas causas, a tríplice identidade de *partes*, *pedido* e *causa de pedir* (art. 301, § 2º).

"Configura-se, destarte, a coisa julgada quando há identidade de fato e de relação jurídica entre as duas demandas. Se, porém, for comum a relação de direito, mas houver diversidade do tempo e da natureza da lesão, não se caracteriza a coisa julgada."[129]

Mesmo após o encerramento do processo por sentença definitiva e depois de esgotadas as possibilidades de recurso, ainda é possível, durante dois anos, a invalidação do decisório ofensivo à coisa julgada, por meio da ação rescisória autorizada pelo art. 485, inciso IV.

510-a. Dimensões possíveis da exceção de coisa julgada

A ocorrência de coisa julgada opera como um pressuposto processual negativo, isto é, o processo somente pode desenvolver-se validamente até o julgamento do mérito da causa, se não houver a seu respeito decisão anterior transitada em julgado.

Contudo, só há realmente possibilidade de arguir-se a exceção de coisa julgada quando se demonstra entre duas causas a repetição das partes, do pedido e da causa de pedir. Isto não implica a conclusão de que, sendo maior ou menor o número de questões propostas, na segunda causa, não se mostre possível o reconhecimento de coisa julgada na parte em que haja identidade entre as questões decididas e as renovadas.

A coisa julgada tem, objetivamente, duas dimensões: uma exterior, a lide, e outra interior, as questões decididas (art. 468). Quando, pois, em outra causa, a parte repete todas as questões solucionadas na anterior, a *res iudicata* inviabiliza totalmente o julgamento de mérito do novo processo. Os limites objetivos da coisa julgada afetam todo o objeto do feito repetido. Quando, porém, o objeto da nova demanda compreende questões velhas e questões novas, a coincidência de

elementos será apenas parcial. Não haverá, por isso, lugar para trancamento do processo pela preliminar de coisa julgada, muito embora continue vedada a reapreciação das questões acobertadas pela intangibilidade própria da *res iudicata*.

No limite das questões iguais, portanto, operará a indiscutibilidade da sentença passada em julgado. O processo não se extingue prematuramente, mas o juiz somente enfrentará no julgamento do mérito as questões situadas fora dos limites da coisa julgada formada no processo anterior. Em tal situação, o decidido naquele processo atuará como premissa para o julgamento da nova demanda. Ou seja, o juiz tomará como ponto de partida a certeza e indiscutibilidade da situação jurídica estabelecida pela coisa julgada, e decidirá as questões novas, oriundas do mesmo conflito entre as mesmas partes, de modo a respeitar o que já se acha definitivamente julgado. Tudo que se acrescentar, no plano de mérito, haverá de ser feito em termos que não afetem as soluções anteriores.

Deve-se, nessa ordem de ideias, admitir que a exceção de coisa julgada pode ser total ou parcial. No limite, porém, de sua incidência, haverá sempre de configurar-se a tríplice identidade de partes, pedido e causa de pedir.

510-b. Efeitos positivos e negativos da coisa julgada

A coisa julgada é fenômeno próprio do processo de conhecimento, cuja sentença tende a fazer extinguir a incerteza provocada pela lide instalada entre as partes. Mas fazer cessar a incerteza jurídica não significa apenas fazer conhecer a solução cabível, mas impô-la, tornando-a obrigatória para todos os sujeitos do processo, inclusive o próprio juiz. Às vezes, o comando sentencial tem de ser executado por meio de realização coativa da prestação devida pelo vencido. Outras vezes, a declaração apenas é suficiente para eliminar o foco da desavença. Nem sempre, portanto, o processo civil está predisposto a providências executivas. Há acertamentos condenatórios, mas há também os não condenatórios, que se desenvolvem em torno de pretensões constitutivas ou apenas declaratórias.

Uma vez, porém, concluído o acertamento da controvérsia, seja por sentença de imposição de sanção, seja por sentença puramente declaratória, a coisa julgada se estabelece com a mesma função, ou seja, a certeza jurídica em torno da relação controvertida se implanta com plenitude, vinculando as partes e o juiz.

Essa situação jurídica cristalizada pela coisa julgada caracteriza-se por dois aspectos fundamentais: de um lado, vincula definitivamente as partes; de outro, impede, partes e juiz, de restabelecer a mesma controvérsia não só no processo encerrado, como em qualquer outro.

Admite-se, dessa maneira, uma *função negativa* e uma *função positiva* para a coisa julgada. Pela função negativa exaure ela a *ação exercida*, excluindo a possibilidade de sua *reproposição*. Pela função positiva, "impõe às partes obediência ao julgado como *norma indiscutível* de disciplina das relações extrajudiciais entre elas e obriga a autoridade judiciária a ajustar-se a ela, nos pronunciamentos que a pressuponham e que a ela se devem coordenar".[130]

A coisa julgada, por sua força vinculativa e impeditiva, não permite que partes e juiz escapem da definitiva sujeição aos efeitos do acertamento consumado no processo de conhecimento. O resultado prático é caber a qualquer dos litigantes "a *exceptio rei iudicatae*, para excluir novo debate sobre a relação jurídica decidida";[131] e ao juiz o poder de, até mesmo de ofício, extinguir o processo sem julgamento do mérito, sempre que encontrar configurada a ofensa à coisa julgada (art. 267, V e § 3º).

Portanto, quando o art. 467 fala em *indiscutibilidade* e *imutabilidade* da sentença transitada em julgado refere-se a duas coisas distintas: a) pela *imutabilidade*, as partes estão proibidas de propor ação idêntica àquela em que se estabeleceu a coisa julgada; b) pela *indiscutibilidade*, o juiz é que em novo processo, no qual se tenha de tomar a situação jurídica definida anteriormente pela coisa julgada como razão de decidir, não poderá reexaminá-la ou rejulgá-la; terá de tomá-la simplesmente como *premissa* indiscutível. No primeiro caso atua a força *proibitiva* (ou negativa) da coisa julgada, e, no segundo, sua força *normativa* (ou positiva).[132]

511. Preclusão

Dispõe o art. 473 que "é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão".

Embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material, ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem consequências semelhantes às da coisa julgada formal.

Dessa forma, as questões incidentemente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores do processo.

Não se conformando a parte com a decisão interlocutória proferida pelo juiz (art. 162, § 2º), cabe-lhe o direito de recurso através do agravo (art. 522). Mas se não interpõe o recurso no prazo legal, ou se é ele rejeitado pelo tribunal, opera-se a preclusão, não sendo mais lícito à parte reabrir discussão, no mesmo processo, sobre a questão.

A essência da preclusão, para Chiovenda, vem a ser a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício.[133]

Decorre a preclusão do fato de ser o processo uma sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez.

Sem uma ordenação temporal desses atos e sem um limite de tempo para que as partes os pratiquem, o processo se transformaria numa rixa infindável.

Justifica-se, pois, a *preclusão* pela aspiração de *certeza* e *segurança* que, em matéria de processo, muitas vezes prevalece sobre o ideal de *justiça* pura ou absoluta.[134]

Trata-se, porém, de um fenômeno interno, que só diz respeito ao processo em curso e às suas partes. Não atinge, obviamente, direitos de terceiros e nem sempre trará repercussões para as próprias partes em outros processos, onde a mesma questão venha a ser incidentalmente tratada, mas a propósito de lide diferente.[135]

A preclusão classifica-se em temporal, lógica e consumativa,[136] a saber:

a) *Preclusão temporal*:

O processo é um caminhar sempre para frente, subordinando-se a prazos contínuos e peremptórios (arts. 178 e 183). “Em processo, a capacidade da parte está sempre condicionada pelo tempo.” Assim, “decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato” (art. 183).

Tem-se, de tal forma, a preclusão temporal, que se apresenta como “um dos efeitos da inércia da parte, acarretando a perda da faculdade de praticar o ato processual”.[137]

b) Preclusão lógica:

É a que “decorre da incompatibilidade entre o ato praticado e outro, que se queria praticar também”.[138] Quem, por exemplo, aceitou uma sentença, expressa ou tacitamente, não mais poderá interpor recurso contra ela (art. 503).

c) Preclusão consumativa:

É a de que fala o art. 473. Origina-se de “já ter sido realizado um ato, não importa se com mau ou bom êxito, não sendo possível tornar a realizá-lo”.[139]

Se, por exemplo, a questão preliminar sobre a pretendida revelia do demandado, ou o requerimento de perícia foi solucionado, na fase de saneamento processual, não será possível à parte reabrir discussão em torno dessa matéria, na apelação, salvo se pendente agravo tempestivamente interposto (pois, então, não terá havido preclusão).

Como os despachos não ferem direitos ou interesses das partes, não ocorre perante estes atos judiciais o fenômeno da preclusão, de modo que podem ser revistos ou revogados livremente pelo juiz.[140]

A preclusão é, pois, fenômeno que se relaciona apenas com as decisões interlocutórias e as faculdades conferidas às partes com prazo certo de exercício.

Mesmo quando o juiz não enfrenta o mérito, e, portanto, sua decisão não pode fazer coisa julgada material, o ato judicial não fica sujeito a ser, livremente, desfeito ou ignorado por seu prolator ou por outros juízes. Há, em relação a todas as decisões processuais, a chamada preclusão *pro iudicato*, segundo a qual, com ou sem solução de mérito, "nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide" (art. 471). Somente pelas vias recursais próprias, e no devido tempo e forma da lei, é que se pode provocar a revisão e a reforma das decisões judiciais.

É certo que a preclusão temporal se destina apenas às partes, mesmo porque os prazos para a prática de atos do juiz são "impróprios", isto é, quando ultrapassados não lhe acarretam perda do poder de realizá-los tardiamente. Assim, em matéria de prova, por exemplo, é tranquilo que o juiz possa, a qualquer tempo, ordenar sua produção, embora as partes já tenham incorrido em preclusão a seu respeito. O mesmo, porém, não se passa com a preclusão consumativa, de sorte que, quando o juiz enfrenta uma questão incidental e soluciona por meio de decisão interlocutória, não se pode deixar de reconhecer que, por força do art. 471, está formada, também para o órgão judicial, a preclusão *pro iudicato*, de modo a impedi-lo, fora das vias recursais, de voltar ao reexame e rejulgamento da mesma questão em novos pronunciamentos no processo.[141] Somente não ocorrerá esse tipo de preclusão quando afastada por regra legal extraordinária, como se dá, *v.g.*, com as condições da ação e os pressupostos processuais (art. 267, § 3º).[142]

A preclusão, sobretudo a temporal, está intrinsecamente relacionada com a disponibilidade do direito ou faculdade processual conferidos à parte pela lei. Há, pois, um consenso em torno de sua não aplicabilidade às questões ou matérias que envolvem a *ordem pública*. É por isso que o legislador processual, quando se depara com temas dessa natureza, afasta-se do sistema geral da

preclusão para conferir ao juiz o poder-dever de conhecer da matéria, sem depender de provocação da parte, isto é, de ofício. É que, em tais situações, mais do que o interesse do litigante, sobressai o interesse público no bom e adequado desempenho da jurisdição. Não se pode esquecer que o processo é o instrumento de atuação de uma das funções soberanas do Estado Democrático de Direito. Não opera a preclusão, portanto, pelo simples motivo de que o litigante não tem disponibilidade da ordem pública. Logo, diante de um ato processual de interesse público, seu exercício, ainda que a destempo, não é atingido pela preclusão, pela óbvia razão de que, em semelhante conjuntura, ao juiz incumbe o dever de atuar de ofício, sem as peias do tempo.[143] É o que se passa, por exemplo, em face das condições da ação e dos pressupostos processuais, que sabidamente se apresentam como requisitos de legitimação da própria função jurisdicional (art. 267, § 3º). Pode-se concluir que, em regra, não se configura a preclusão temporal em face das questões pertinentes à ordem pública.[144]

§ 79. LIMITES DA COISA JULGADA

Sumário: 512. Limites objetivos. 513. Motivos da sentença. 514. Verdade dos fatos. 515. Questões prejudiciais. 516. Questões implicitamente resolvidas. 516-a. A eficácia preclusiva da coisa julgada. 517. Duplo grau de jurisdição (remessa *ex officio* ou reexame necessário). 517-b. Inovações da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, sobre reexame necessário. 518. Limites subjetivos. 518-a. Expansão dos limites subjetivos para além das partes do processo. 518-b. Coisa julgada nas ações coletivas. 519. Causas de estado. 520. Relações jurídicas continuativas e outros casos de rejulgamentos. 520-a. Limites temporais da coisa julgada. 520-b. Extensão da coisa julgada ao terceiro adquirente do bem litigioso. 521. Execução forçada e coisa julgada.

512. Limites objetivos

"A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas" (art. 468).

O processo é o meio utilizado pelo Estado para compor os litígios, dando aplicação ao direito objetivo frente a uma situação contenciosa.[145]

Lide ou litígio é o conflito de interesses a ser solucionado no processo. As partes em dissídio invocam razões para justificar a pretensão e a resistência, criando dúvidas sobre elas, que dão origem às questões. Questões, portanto, são os pontos controvertidos envolvendo os fatos e as regras jurídicas debatidas entre as partes.

Pode haver lide sem questões, e questão sem lide. Como exemplo da primeira cita-se o caso de pura resistência a uma pretensão, sem qualquer justificativa para a atitude. E como hipóteses de questão sem lide têm-se as dúvidas puramente teóricas.

Quando a lide apresenta uma ou mais questões, costuma-se falar em controvérsia que, conforme Carnelutti, é o termo adequado para designar essa espécie de lide.[146]

A lide pode ser posta em juízo por todas ou por apenas algumas de suas questões. Por exemplo: alguém que tem título translatício de domínio e posse *ad usucapionen*, com referência ao mesmo bem, pode defender seu direito demonstrando o primeiro ou a segunda, ou ambos. Se a postulação de prestação jurisdicional referir-se apenas ao título translatício ou apenas ao usucapião, a lide

será a mesma: pretensão de reconhecimento do domínio. Mas as questões, isto é, os pontos de fato e de direito em que controvertem as partes,[147] serão diversas.

Quando o processo abrange todas as questões que integram a lide, diz-se que há processo *integral*; quando se refere tão só a uma ou algumas das questões existentes entre as partes, fala-se em processo parcial.[148] Essa totalidade ou parcialidade refere-se à *lide pré-processual*, ou seja, ao conflito jurídico existente entre as partes anteriormente à instauração do processo. Uma vez, porém, formado o processo, a *lide* é uma só e se confundirá com o seu *objeto* de modo que a *lide processual* é aquela que se deduziu em juízo, pouco importando se compreende, ou não, todas as questões existentes entre os litigantes. O provimento jurisdicional versará sobre as questões trazidas a julgamento *in concreto* e sobre a solução que lhe for dada recairá a coisa julgada material (art.468). Isto não impede que as questões formadoras do objeto do processo sejam decididas e formem a *res iudicata* em momentos processuais diferentes. Nem sempre haverá uma *sentença única*, embora essa seja a regra geral.

Casos de julgamento parcial da lide, lembrados por Frederico Marques, são os da sentença condenatória genérica, em que o *quantum debeatur* será resolvido em outro momento do processo (o de liquidação da sentença), e o da sentença que julga procedente a ação de prestação de contas, ficando os haveres para serem apurados e julgados na segunda fase do processo.[149]

É pela sentença que o Estado dita a solução visada pelo processo, isto é, compõe a lide, resolvendo as questões propostas pelos interessados. "O que individualiza a lide, objetivamente, são o pedido e a *causa petendi*, isto é, o pedido e o fato constitutivo que fundamenta a pretensão."[150] Decidindo a lide, a sentença acolhe ou rejeita o pedido do autor, pois é ela, na feliz expressão de Amaral Santos, nada mais do que "a resposta do juiz ao pedido do autor".[151] Logo, "a sentença faz coisa julgada sobre o pedido"[152] e só se circunscreve aos limites da lide e das questões decididas (art. 468).[153]

Assim, se o herdeiro legítimo também contemplado em testamento reivindica a herança apenas invocando a disposição testamentária (uma questão) e perde a demanda, não estará inibido pela *res iudicata* de propor outra ação baseada na vocação hereditária legítima (outra questão ainda não decidida).

Objetivamente a coisa julgada reclama reprodução, entre as mesmas partes e em outra ação, do pedido e da causa de pedir de ação anteriormente decidida pelo mérito (art. 301, §§ 1º e 2º). A exceção, todavia, para ser acolhida não exige que se verifique total identidade das questões tratadas nas duas causas. Basta que algumas delas coincidam. A *res iudicata* pode ser total ou parcial. Se todas as

questões são idênticas, a segunda ação será inviável e o processo se extinguirá sem apreciação do mérito (art. 267, V). Se a coincidência for parcial e o objeto da nova ação for menor, também ocorrerá a extinção do processo, como no caso anterior. Quando, porém, o objeto da segunda causa contiver questões novas, apenas quanto a estas haverá julgamento de mérito, devendo incidir a barreira da *res iudicata* para impedir a reapreciação da lide em tudo aquilo já definitivamente julgado. De maneira alguma a nova sentença poderá negar ou reduzir o que antes se acobertara da imutabilidade da coisa julgada. O assentado na sentença anterior será o pressuposto ou o ponto de partida para o enfrentamento das questões novas. Enfim, da resposta jurisdicional dada ao pedido, a sentença, após a coisa julgada, cria ou estabiliza uma *situação jurídica substancial* entre as partes, e é essa situação jurídica que se revestirá da indiscutibilidade e imutabilidade de que cogita o art. 467, e que se identifica pelos limites da lide e das questões decididas, como determina o art. 468.

513. Motivos da sentença

Sabe-se que a sentença compõe-se de três partes: o relatório, a motivação e a decisão ou dispositivo.

A *res iudicata* não envolve a sentença como um todo, pois não se inclui na coisa julgada "a atividade desenvolvida pelo julgador para preparar e justificar a decisão".[154] Na verdade, "só o comando concreto pronunciado pelo juiz torna-se imutável" por força da coisa julgada.[155]

Entre nós, há mais de século já ensinava Paula Batista que "a coisa julgada restringir-se-á à parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus objetivos".[156]

O Código vigente não deixa margem a dúvidas, dispondo expressamente que "não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença" (art. 469, nº I).

Assim, a rejeição de uma ação reivindicatória por falta de prova do domínio do autor jamais pode ter autoridade de coisa julgada quanto a ser ou não o réu o verdadeiro proprietário; pelo que "se o antigo autor tornar-se depois possuidor da mesma coisa, e o antigo réu quiser, a seu turno, propor reivindicação, este não poderá valer-se do primeiro julgamento; mas está rigorosamente obrigado a provar o seu direito de propriedade".[157] Da mesma forma, "a sentença que decidir que o devedor é obrigado a pagar juros de certa dívida, cujo montante é simplesmente enunciado, não tem força de coisa julgada quanto ao montante

dessa mesma dívida".[158]

Os motivos, ainda que relevantes para fixação do dispositivo da sentença, limitam-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação mas não se recobrem do manto de intangibilidade que é próprio da *res iudicata*. O julgamento, que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o "porquê" dessa resposta.

O juiz, para julgar, exerce processualmente dois tipos de atividades: *a*) a *cognição* a respeito de tudo que, no plano lógico, for necessário para chegar a uma conclusão a respeito do pedido; e *b*) a *decisão*, que envolve a relação jurídica material controvertida e que redunda na declaração final de acolhimento ou rejeição do pedido formulado em torno da citada relação. É na *decisão* que se situa a autoridade da *res iudicata*, tornando imutável e indiscutível o que aí se declarar.[159]

Convém advertir, contudo, que, se o fundamento é tão precípuo que, abstraindo-se dele, o julgamento será outro, faz ele praticamente parte do dispositivo da sentença. Às vezes, no trato da *causa petendi*, o juiz chega a solucionar verdadeira questão com imediata e inegável influência na resolução da lide. Em tais casos, mesmo fora do espaço físico do dispositivo da sentença, terá sido julgada parte do mérito da causa, e o pronunciamento revestir-se-á da autoridade de coisa julgada.[160]

Uma corrente exegética, formada nos primeiros tempos de vigência do Código de 1973, esboçou uma distinção entre *motivos* e *razões* da decisão.[161] Argumentava-se que, ao fundamentar uma decisão, o juiz recorre à análise dos acontecimentos que provocaram a eclosão da lide (*fatos jurídicos* litigiosos) e a outros que apenas servem como argumentos para convencimento (*fatos simples*, úteis à busca da verdade).

À luz de tal distinção, a invocação do fato jurídico básico pelo juiz seria a *razão de decidir*, que integraria a solução do pedido lançada no dispositivo da sentença e, assim, alcançaria, também, a força de *res iudicata*.[162] Já os fatos simples, aqueles que apenas servem à formação da convicção do julgador, seriam os *motivos* da sentença, que o art. 469, I, exclui da área de incidência da coisa julgada.

Essa engenhosa interpretação não foi, entretanto, a que mereceu a consagração da maioria na doutrina e jurisprudência. Em matéria de motivação da sentença, para os efeitos de exclusão da coisa julgada, a lei realmente não distingue entre fatos jurídicos e fatos simples. Todos, uma vez utilizados na argumentação do juiz, são *motivos* e não *objeto* do *judicium* e, por isso, não são

abrangidos pela autoridade de coisa julgada. As razões (ou fundamentos) da sentença desempenham, de fato, importante papel na compreensão do dispositivo. Principalmente na interpretação dos limites objetivos da coisa julgada sempre se terá de reportar aos fatos jurídicos figurantes nos motivos do decisório. A influência desses motivos, entretanto, não ultrapassa o âmbito da *situação jurídica* identificada no pedido e resolvida pelo dispositivo da sentença. Não pode dela se desprender para assumir uma autonomia no plano próprio da coisa julgada material.

Mesmo, pois, a *causa petendi*, configuradora de questão enfrentada e dirimida pela sentença, só faz coisa julgada em conjunto com o pedido, ou seja, como elemento da situação jurídica definida pelo dispositivo. Não é possível, por isso, isolar o *fundamento*, para, em contexto diverso do que foi objeto da decisão judicial, atribuir-lhe a indiscutibilidade própria da *res iudicata*. Em outros termos: o fato jurídico que serviu de motivo para a sentença só não pode ser novamente discutido em juízo se a nova pretensão conduzir a um resultado que anule, reduza ou modifique a situação jurídica acobertada pela sentença.

Se, todavia, o mesmo fundamento for invocado, em processo superveniente, para sustentar pedido diverso do anteriormente decidido, não se deparará com o embaraço da *res iudicata*, de maneira que o novo julgamento poderá até mesmo interpretar a antiga *causa petendi* de maneira diferente. É nesse sentido que se deve entender o papel importante desempenhado pela causa de pedir e pela motivação da sentença, como instrumento influente na compreensão do alcance da coisa julgada, mas não como objeto mesmo da *res iudicata*.[163]

Uma outra orientação é adotada pelo Supremo Tribunal Federal, quando se trata da coisa julgada formada nas ações de controle concentrado da constitucionalidade. Nesses casos, a jurisprudência daquela Corte é no sentido de que a eficácia do julgado transcende o caso singular decidido, de modo que o efeito vinculante é *erga omnes* e atinge também *a motivação* do julgamento, não ficando restrito ao seu *dispositivo*. Daí o cabimento da reclamação, em defesa da *tese constitucional* reconhecida nas *razões de decidir*, "contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua".[164] Isto é, a coisa julgada será ofendida, ainda que a lei declarada inconstitucional não tenha sido o fundamento do ato impugnado. Prevalecerá a eficácia do julgado mesmo que apenas a tese adotada pelo STF esteja sendo questionada.

514. Verdade dos fatos

Não faz coisa julgada "a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença" (art. 469, nº II).[165]

Trata-se de mais uma decorrência do princípio de que só passa em julgado o dispositivo ou conclusão da sentença, não a sua motivação.

Um fato tido como verdadeiro em um processo pode muito bem ter sua inverdade demonstrada em outro, sem que a tanto obste a coisa julgada estabelecida na primeira relação processual. Naturalmente, o segundo julgamento, embora baseado no mesmo fato, há de referir-se à lide ou questões diversas, porquanto não será lícito reabrir-se processo sobre o que já foi decidido e se acha acobertado pela *res iudicata*.

A regra do art. 469, II, conduz a uma distinção necessária entre as questões normalmente enfrentadas pela sentença que podem ser *questões de fato* e *questões de direito*. Na *quaestio facti* discutem-se os eventos naturais ou as ações humanas de que originaram os direitos e obrigações cuja atuação se pretende alcançar no processo. Indaga-se sobre a verdade, ou não, dos fatos alegados pelas partes. Na *quaestio iuris* trava-se discussão apenas sobre a lei ou a norma jurídica cuja aplicação se reclama para compor o conflito.

Ambas as questões se entrelaçam para formar os fundamentos da demanda (a *causa de pedir*). A apreciação, todavia, da base fática da *causa petendi* é feita apenas no plano lógico da argumentação, de sorte que não chega a integrar a coisa julgada, visto que esta se dá em relação à questão de direito solucionada no dispositivo da sentença. O exame dos fatos, portanto, se apresenta apenas como caminho lógico para se alcançar a definição da *situação jurídica* envolvida no litígio e retratada no *pedido* formulado pelo autor (demanda). Esta situação definida pela conclusão da sentença, e não os eventos que a motivaram, é que transita em julgado, tornando-se imutável e indiscutível em futuros processos (art. 467).

515. Questões prejudiciais

Também não faz coisa julgada "a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo" (art. 469, nº III).

Não se deve confundir "questões preliminares" (que se relacionam com os pressupostos processuais e condições da ação) com "questões prejudiciais" (que se referem a fatos anteriores relacionados à lide).

Prejudicial "é aquela questão relativa à outra relação ou estado que se apresenta como mero antecedente lógico da relação controvertida (à qual não diz diretamente respeito, mas sobre a qual vai influir), mas que poderia, por si só, ser objeto de um processo separado".[166]

São exemplos de questões prejudiciais as que se relacionam com o domínio da coisa numa ação de indenização de danos; à sanidade mental do devedor ao tempo da constituição da dívida numa ação de cobrança; à relação de paternidade numa ação de alimentos etc.

Por não dizerem respeito diretamente à lide, situam-se as questões prejudiciais como antecedentes lógicos da conclusão da sentença. Não se integram, portanto, no seu dispositivo, que é a única parte do julgado que atinge a culminância de *res iudicata*.

No tocante à lide, "exerce o juiz o *iudicium*, poder principal de sua função jurisdicional, enquanto que, em relação à prejudicial, tão só a *cognitio*, poder implícito no de jurisdição. O juiz conhece da prejudicial e a resolve, sem vincular as partes, imutavelmente, a essa decisão, a qual só produz efeitos no processo em que foi proferida".[167]

"A decisão da questão prejudicial, feita *incidenter tantum*, possui eficácia limitada à preclusão, no sentido de se impedir que a mesma questão seja suscitada novamente no mesmo processo. Fora desse processo, pode essa questão ser novamente debatida, porque absolutamente não se lhe estendeu a coisa julgada."[168] A solução da questão prejudicial poderá, excepcionalmente, apresentar a eficácia de coisa julgada quando a parte interessada requerer a declaração incidental a que aludem os arts. 5º e 325 do Código de Processo Civil (art. 470), porque então a lide terá sido ampliada para englobá-la, também, como uma de suas questões internas.

516. Questões implicitamente resolvidas

Embora o art. 468 limite a força da *res iudicata* à lide e às questões decididas, o certo é que, para o Código, "passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido" (Código de Processo Civil, art. 474).

A coisa julgada material abrange o deduzido e o deduzível. Por isso, não se podem levantar, a respeito da mesma pretensão, "questões arguidas ou que o podiam ser, se com isto se consiga diminuir ou atingir o julgado imutável e,

consequentemente, a tutela jurisdicional nele contida".[169]

Trata-se de aplicação do princípio clássico *tantum iudicatum disputatum vel quantum disputari debebat*, que o art. 474 adota para aplicar tanto ao pedido do autor como à defesa do réu. Após a coisa julgada, nem aquele pode renovar o pedido rejeitado como novas alegações; nem este pode, diante do pedido acolhido, pretender reabrir o debate para obter sua rejeição com defesa diversa da anteriormente manifestada.

Interessante é o exemplo dado por Liebman, referente ao réu que não opôs uma série de deduções defensivas que poderia ter oposto e, em consequência, foi condenado. Mesmo que tal defesa fosse apta a lhe dar ganho de causa, "não poderá ele valer-se daquelas deduções para contestar a coisa julgada. A finalidade prática do instituto exige que a coisa julgada permaneça firme, embora a discussão das questões relevantes tenha sido eventualmente incompleta; absorve ela desse modo, necessariamente, tanto as questões que foram discutidas como as que poderiam ser".[170]

O raciocínio aplica-se tanto em relação ao réu como ao autor. Se este, por exemplo, ao cobrar uma indenização omitiu um fato do réu decisivo para configurar sua culpa pelo evento danoso, e teve a ação julgada improcedente, terá perdido, após a coisa julgada, irremediavelmente a possibilidade de argumentar em juízo com base no referido fato para pretender furtar-se às consequências da imutabilidade do julgado. Da mesma maneira, o réu que poderia se defender com o argumento do caso fortuito, mas o fez apenas com a alegação de culpa do próprio autor, e perdeu a causa, não poderá rediscuti-la em outra ocasião, mediante invocação da defesa omitida, ainda que realmente pudesse prová-la.

Não se deve, contudo, confundir questões implicitamente resolvidas com pedidos não formulados pela parte ou não apreciados pelo juiz, no processo já encerrado.

"O princípio, segundo o qual a coisa julgada abarca o deduzido e o deduzível, encontra seu limite no objeto da controvérsia, e, portanto, no relativo à *exceptio rei iudicatae* é necessário estabelecer se concorre a *eadem causa petendi*, isto é, a identidade do fato jurídico de que brota a pretensão."[171] O efeito preclusivo da coisa julgada, por isso, não pode ser invocado quando a parte renova o mesmo pedido do processo anterior, mas o faz com base em outra *causa de pedir*.[172] As alegações omitidas de que fala o art. 474 são apenas os argumentos ou fatos pertinentes à *causa petendi* do processo cuja sentença transitou em julgado, não aquelas capazes de configurar diversa causa de pedir.

Assim, se o pedido de despejo rejeitado tinha fundamento na falta de pagamento dos aluguéis, não estará o locador inibido de repropor o mesmo pedido lastreado, por exemplo, em violação de contrato por destinação do prédio a fim diverso do autorizado pelo contrato, ou por não ter sido renovada a fiança extinta, ou, ainda, por se achar vencido o prazo contratual.

Só prospera a exceção de coisa julgada quando o novo processo reproduz o anterior, isto é, quando nos dois a *lide* é a mesma. E, como ensina Carnelutti, só há identidade de lide quando os seus elementos – *sujeitos, objeto* e *pretensão* – são os mesmos.[173] Assim dispõe textualmente o art. 301, § 2º, de nosso Código.

Para aplicação, portanto, da norma do art. 474, a comparação há de ser feita não entre as diversas pretensões formuladas nos dois processos, mas sim entre as decisões de mérito, porque só transitam em julgado as soluções da lide (art. 468).

Quando o juiz, por exemplo, num caso de cumulação de pedidos (reintegração de posse e perdas e danos, *v.g.*), deixa de apreciar na sentença a questão da indenização e apenas defere o interdito possessório, não é possível falar em julgamento implícito sobre o pedido não examinado.

Cada pedido, na verdade, revela uma lide, de sorte que, quando o autor cumula vários deles numa só ação, o que ocorre é "processo com pluralidade de lides".[174]

Se o juiz, por descuido, não resolveu um dos pedidos, a coisa julgada só se estabelecerá sobre a questão decidida.

Quanto àquele que não foi apreciado na sentença, ficará livre à parte o direito de renoválo em outra ação, posto que nosso direito desconhece julgamentos presumidos ou implícitos. Só as premissas da conclusão do julgado é que se têm por decididas, nos termos do art. 474.[175]

Em conclusão: "Só quando há incompatibilidade entre a sentença passada em julgado e o novo pedido (eventualmente omitido no processo primitivo) é que se pode falar em solução implícita, nos moldes do dispositivo ora examinado, porquanto é "nas soluções das questões" que a coisa julgada "encontra seus limites objetivos".[176]

516-a. A eficácia preclusiva da coisa julgada

Duas dimensões objetivas da coisa julgada já foram definidas: *a*) a dimensão interna, que aponta para a lide e as questões que realmente foram decididas como sendo os temas que a respeito da mesma lide não poderão mais ser objeto de discussão e julgamento em processos futuros, entre as mesmas partes (art.

468); e *b*) a dimensão *externa*, que deixa de fora da indiscutibilidade os motivos que sustentaram a conclusão definida no dispositivo da sentença transitada em julgado (art. 469, I).

O *objeto* da causa (ou da demanda) – direito substancial que a parte fez valer ou atuar em juízo – é que, após o provimento definitivo do processo de conhecimento, atinge a força (*autoridade*) de coisa julgada. O acertamento (*definição*) feito pela sentença a seu respeito sujeitar-se-á à preclusão máxima que vedará sua rediscussão e rejulgamento no mesmo ou em outros processos futuros.

Os fatos constitutivos, modificativos ou extintivos de direito que constituem a *causa petendi* e que são adotados pela sentença para fundamentar seu dispositivo (*conclusão*) não integram a coisa julgada, embora sirvam de importante meio para interpretar seu alcance. Por isso, podem ser objeto de discussão e julgamento em outros processos, sem, pois, contaminar-se da intangibilidade prevista no art. 467. Em outros termos, a preclusão inerente à coisa julgada não atinge os motivos da sentença que, em razão disso, poderão voltar ao debate judicial em novos processos, acerca de outros litígios entre as mesmas partes.

Qualquer novo debate judicial a seu respeito, contudo, só será viável se não afetar a situação jurídica substancial recoberta pela coisa julgada formada no processo anterior. Se a lide for outra, se o pedido a resolver for diverso, novo objeto litigioso terá sido deduzido em juízo, e livre será o reexame dos fatos jurídicos sobre que versou a causa cuja sentença já se acha revestida da anterioridade de *res iudicata*. O que essa autoridade impõe, em sua essência, é a impossibilidade de futuro processo vir a desconhecer ou diminuir o bem ou a situação jurídica material reconhecida à parte no julgamento anterior. O resultado do segundo processo, nessa perspectiva, nunca poderá ser questionar o resultado do anterior. Ou, como diz Proto Pisani, não se podem repropor questões para obter resposta judicial que importe "diminuir ou desconhecer o bem reconhecido no precedente julgado".[177]

Assentadas essas premissas, cumpre ressaltar que da passagem da sentença em julgado decorre uma consequência jurídica imediata, que se manifesta paralelamente à composição da lide posta em juízo e que vem a ser o seu efeito preclusivo. Dois dispositivos do Código tornam evidente tal efeito: a) o art. 471, que proíbe qualquer juiz de voltar a decidir "as questões já decididas *relativas à mesma lide*"; e *b*) o art. 474, que reputa deduzidas e repetidas "todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à

rejeição do pedido" solucionado na sentença de mérito passada em julgado.

Assim, o que o sistema do Código deixa bem evidenciado é que, mesmo não incidindo a coisa julgada sobre os motivos da sentença, não poderão eles ser invocados para, em novas demandas, ou em decisões supervenientes no mesmo processo, provocar a modificação ou frustração daquilo que se acha sob a autoridade da *res iudicata*. Nem mesmo alegações e defesas que, se usadas a seu tempo, modificariam o julgamento da causa podem ulteriormente fundamentar decisões em detrimento daquilo que logrou alcançar o *status* de coisa julgada.

Esse efeito impeditivo de qualquer novo julgamento, no mesmo ou em outro processo, que possa redundar em prejuízo da situação de indiscutibilidade e imutabilidade da sentença adquirida nos termos do art. 467, consubstancia o denominado *efeito preclusivo* da coisa julgada material. Efeito esse que, em torno da mesma lide, abrange tudo o que se arguiu no processo e se decidiu na sentença, como o que não se arguiu nem se decidiu, embora fosse alegável para sustentar ou repelir o pedido solucionado na sentença passada em julgado. Nada mais se pode erguer, em juízo algum, contra a situação jurídica dela emergente. Impede-o o efeito preclusivo inerente à coisa julgada material, sempre, é claro, dentro dos limites da lide e das questões decididas.[178]

A teoria da preclusão foi concebida, é certo, para operar dentro do processo, correspondendo à perda ou exaustão das faculdades processuais, à medida que se ultrapassam as oportunidades adequadas ao seu exercício. Assim, a coisa julgada formal seria a última preclusão, porque com ela se encerraria a relação processual. A coisa julgada material, atuando fora do processo, não se enquadraria na ideia de preclusão. Uma vez, porém, que esta nada mais é do que um grau a mais imposto à coisa julgada formal, não é incorreto reconhecer à coisa julgada material a natureza de uma projeção da coisa julgada formal para além das fronteiras do processo encerrado. Assim, não haverá impropriedade na categorização da coisa julgada material como preclusão máxima, porque sua eficácia nada mais é do que uma ampliação quantitativa da coisa julgada formal, levando seus efeitos inibitórios a prevalecer, também, perante futuros processos.

A preclusão gerada pela coisa julgada é, nessa ordem de ideias, uma preclusão especial por se manifestar tanto interna como externamente ao processo em que a sentença de mérito é proferida.

517. Duplo grau de jurisdição (remessa *ex officio* ou reexame necessário)

O Código revogado continha entre os recursos a chamada apelação *ex officio*

ou necessária, que era interposta pelo próprio juiz por simples declaração na própria sentença (art. 822), em casos de anulação de casamento, separação amigável e decisões contra a União, Estado ou Município (art. 822, parágrafo único).

O atual Código aboliu essa modalidade de recurso substituindo-o pelo chamado "duplo grau de jurisdição", aplicável obrigatoriamente nos casos da antiga apelação necessária, menos o da separação amigável. Na sistemática legal, portanto, o reexame em segundo grau de jurisdição assumiu a natureza de uma condição de eficácia da sentença.

Segundo o art. 475, com a modificação introduzida pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001, só após a confirmação pelo tribunal é que produzem efeito as sentenças:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;[179]

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VII).

Em tais casos, cumpre ao juiz determinar a subida dos autos ao Tribunal, independentemente da interposição de recurso pelas partes. Se não o fizer, o presidente do Tribunal poderá avocá-los (art. 475, § 1º). A falta de recurso voluntário da Fazenda Pública vencida não afeta a remessa necessária. Dessa omissão não decorre preclusão lógica ou aceitação tácita da sentença capazes de impedir o duplo grau necessário de jurisdição. O que se tem na espécie é um privilégio da Fazenda Pública, que consiste na garantia de contar com a apreciação do mérito, em duas instâncias, haja ou não recurso voluntário de sua parte.[180]

Naturalmente, a coisa julgada não ocorre senão a partir da confirmação da sentença pelo tribunal, com esgotamento da possibilidade de recursos voluntários pelas partes.[181]

Nas causas de alçada, reintroduzidas em nosso direito processual civil pelas Leis nºs 6.830 e 6.825, ambas de 22.09.1980, e para as quais aboliu-se o recurso de apelação, não incide também o duplo grau necessário de jurisdição.[182]

Quanto ao conteúdo do julgamento que o Tribunal deve pronunciar, por força do reexame *ex officio*, há de lembrar-se que, quando o duplo grau de jurisdição opera como um remédio processual de tutela dos interesses de uma das partes, como é o caso da Fazenda Pública, não pode a reapreciação da instância superior conduzir a um agravamento da situação do Poder Público, sob pena de cometer-se uma intolerável *reformatio in pejus*. Dessa maneira, a sentença só poderá ser

alterada contra a Fazenda quando, a par da remessa *ex officio*, houver também recurso voluntário da parte contrária.[183]

No que diz respeito às pessoas jurídicas de direito público beneficiadas com o duplo grau de jurisdição, o entendimento do art. 475 vinha sendo o de que a medida só se aplicava às sentenças contrárias à União, aos Estados e aos Municípios. Em relação às autarquias, somente se daria o reexame necessário quando se tratasse de execução de dívida ativa, fora dos limites das causas de alçada.[184]

Com a Lei nº 10.352, de 26.12.2001, o alcance do reexame necessário foi ampliado para compreender também as autarquias e fundações de direito público.

Na segunda instância, o julgamento do duplo grau de jurisdição necessário sujeitar-se-á à regra do art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso de forma singular (STJ, *Súmula* 253).

Na linguagem dos tribunais, utilizam-se, também, para identificar a medida, as expressões "remessa *ex officio*" ou "reexame necessário".

Toda alteração ou supressão de casos de remessa *ex officio* importa modificação ou eliminação de competência absoluta (hierárquica). É de aplicação imediata, provocando a devolução dos processos ao juízo de origem, e tornando definitiva a sentença que até então pendia de confirmação pela instância de segundo grau. Isto somente não ocorrerá se houver, além da remessa oficial, recurso voluntário de parte ou do Ministério Público.[185]

517-a. Inovações da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, sobre reexame necessário

O novo texto do art. 475 e seus parágrafos, em vigor a partir de 27.3.2002, produziu as seguintes inovações no sistema de duplo grau de jurisdição obrigatório (reexame necessário):

a) a sentença de anulação do casamento não mais integra o rol das que se submetem ao reexame necessário;[186]

b) as sentenças contra a Administração Pública abrangem, para efeito do reexame necessário, não apenas os órgãos da administração direta (União, Estado, Distrito Federal e Município), mas também as respectivas autarquias e fundações de direito público. Continuam fora as empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 475, I);[187]

c) no caso de execução fiscal, a sentença a considerar não é a de encerramento do processo executivo (art. 795); o duplo grau necessário refere-se

ao julgamento de procedência, no todo ou em parte, dos embargos opostos à execução (art. 475, II);[188]

d) do texto do § 1º eliminou-se a impropriedade de qualificar-se o recurso como "apelação voluntária da parte vencida", para simplesmente referir-se à "apelação". Com efeito, toda apelação só pode ser mesmo "voluntária", porque o Código de 1973 aboliu a inadequada classificação da remessa *ex officio* entre as modalidades recursais. Além disso, era pleonástica a qualificação do recurso como sendo "da parte vencida". Somente pode interpor apelação, como é óbvio, a parte vencida (art. 499). Muito melhor, por isso, ficou o texto inovado do § 1º do art. 475: "Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los."

e) as causas de menor valor foram excluídas do reexame necessário, ou seja, aquelas em que a condenação ou o direito controvertido (sendo de valor certo) não exceder a sessenta salários mínimos. Não é, pois, o pedido inicial que importa, mas o valor em que a sentença condena o Poder Público, ou lhe nega direito em face do adversário (§ 2º).[189] A dispensa de reexame necessário, todavia, não se aplica a sentenças ilíquidas, qualquer que seja o valor da causa (Súmula 490 do STJ).

f) no caso de embargos à execução fiscal, quando procedentes, o valor de sessenta salários deverá corresponder ao da dívida exequenda, quando a impugnação versar sobre a totalidade da dívida ativa cobrada; e ao valor que lhe for subtraído, quando os embargos se referirem apenas a parte do débito ajuizado (§ 2º, *in fine*);[190]

g) interessante acórdão do STJ delimitou o recurso *ex officio* nas execuções da Fazenda Pública, restringindo-o à execução fiscal e não o aplicando nas demais execuções: "O legislador, ao tratar do reexame necessário, limitou seu cabimento, relativamente ao processo de execução, quando procedentes embargos opostos em execução de dívida ativa, silenciando-se quanto aos outros casos de embargos do devedor. Em interpretação sistemática, tem-se que o inciso II do art. 475 dispõe apenas sobre as sentenças proferidas em processo de conhecimento, enquanto o inciso III limita seu cabimento aos embargos opostos em execução de dívida ativa, até mesmo porque, em tal moldura, compatibilizam-se os interesses (Lei de Introdução, art. 5º) de defesa do erário público e de resguardo aos hipossuficientes, estes não só alvo de especial proteção constitucional mas também de injusta e perversa realidade, a dificultar-lhes, muitas vezes, o acesso à pretensão a que por direito fazem jus. O

entendimento que ora se exterioriza é também o que melhor se adapta à nova sistemática da legislação processual desejada, que objetiva a efetiva e rápida prestação jurisdicional, além de prestigiar a definitividade da execução";[191]

h) não haverá, por fim, remessa de ofício, sempre que a sentença contrária ao Poder Público corresponder à jurisprudência assentada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou constante de Súmula daquela Corte. Também, abster-se-á de tal remessa se o julgamento se der com apoio em Súmula do Tribunal Superior competente (§ 3º).[192]

518. Limites subjetivos

"A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros" (art. 472).

Não quer dizer isto que os estranhos possam ignorar a coisa julgada. "Como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e *vale com respeito a todos*."[193] Não é certo, portanto, dizer que a sentença só prevalece ou somente vale entre as partes. O que ocorre é que apenas a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não podem prejudicar, nem beneficiar, estranhos ao processo em que foi proferida a decisão trânsita em julgado.

Assim, determinado credor, embora estranho à lide, não pode pretender ignorar a sentença em favor de outrem que condenou seu devedor, desfalcando o patrimônio que lhe servia de garantia comum. O prejuízo que não se alcança com a coisa julgada é o *jurídico* (a negação de um direito do terceiro, ou a restrição direta a ele) e não o simplesmente *de fato* (caso de diminuição do patrimônio do devedor comum).[194]

Segundo Liebman, deve ser distinguida a *eficácia natural* da sentença da *autoridade da coisa julgada*. Para o grande processualista, na verdade a coisa julgada não é efeito da sentença, mas sim uma qualidade especial da sentença, que, em determinada circunstância, a torna imutável.

Dentro dessa ordem de ideias, esclarece Liebman:

a) a eficácia natural vale para todos (como ocorre com qualquer ato jurídico); mas

b) a autoridade da coisa julgada atua apenas para as partes.[195]

Assim, um estranho pode rebelar-se contra aquilo que já foi julgado entre as partes e que se acha sob a autoridade de coisa julgada, em outro processo, desde que tenha sofrido prejuízo jurídico. Exemplo: quando o Estado é condenado a

indenizar o dano causado por funcionário, cabe-lhe o direito de exercer a ação regressiva contra o servidor. Este, no entanto, no novo processo poderá impugnar a conclusão da sentença condenatória, para provar que não teve culpa no evento, e assim exonerar-se da obrigação de repor aos cofres públicos o valor da indenização. A sentença era válida para todos. Mas aquele estranho que teve direitos diretamente atingidos pode reabrir discussão em torno da decisão, sem ser tolhido pela eficácia da coisa julgada. Outro exemplo: uma pessoa, exibindo título dominial, move ação reivindicatória que é acolhida, com o reconhecimento de sua qualidade de proprietário do bem litigioso, ocorrendo por isso a condenação do possuidor sem título a entregá-lo ao autor. Isto não impede ao verdadeiro titular do domínio, que não foi parte na reivindicatória, de propor outra ação contra o ganhador daquela causa, para provar, *v.g.*, a falsidade do título que a sustentou, fazendo, já agora, prevalecer a superioridade de sua situação jurídica. Isto se torna possível justamente porque a declaração de ser o autor proprietário do bem disputado na primitiva ação reivindicatória somente adquiriu indiscutibilidade entre as partes do processo em que a sentença se deu. Como o verdadeiro dono do bem não se incluiu dentro dos limites subjetivos da coisa julgada, nada o impede de, em outro processo, instaurar novo debate em torno do direito subjetivo reconhecido *inter alios*.

A impugnação da *res iudicata* pelos terceiros prejudicados pode ser feita “na simples forma de defesa ou réplica à exceção de coisa julgada em todas as oportunidades em que uma das partes pretende utilizar a sentença contra eles”.[196] Cabem, ainda, os embargos de terceiro, quando se tratar de execução de sentença condenatória que atinja bens de estranho.

Não é terceiro, porém, o sucessor, a título singular ou universal da parte. “Consoante a doutrina, o sucessor na coisa litigiosa fica sujeito aos efeitos da coisa julgada, seja na própria relação objetiva a ele transferida pelo litigante, seja na relação jurídica dependente.” Não pode, pois, manejar embargos de terceiro para fugir às consequências do julgado.[197]

518-a. Expansão dos limites subjetivos para além das partes do processo

O sistema geral do Código limita o alcance da coisa julgada às partes entre as quais a sentença foi pronunciada, de modo que os terceiros não podem ser, por ela, beneficiados e tampouco prejudicados (art. 472). Essa limitação, porém, não é absoluta, pois há na lei exceções em que a força da coisa julgada repercute também sobre pessoas que não figuraram como partes na relação processual.

O primeiro e mais significativo exemplo é o da *substituição processual* (art. 6º), que se verifica quando, por previsão legal, alguém é autorizado a demandar em nome próprio a defesa de direito alheio. A substituição, na espécie, provoca uma dissociação entre a parte processual (substituto) e a parte material (substituído). A coisa julgada provocada pela atividade do substituto operará sobre a situação jurídica material do substituído, mesmo que este, processualmente, não tenha figurado como parte. É que foi essa situação jurídica que figurou como objeto do processo[198].

Outros casos de extensão da coisa julgada a terceiros ocorrem na legitimação *ad causam* concorrente e nas ações coletivas. Quando, por exemplo, a lei autoriza diversos acionistas a demandarem, em conjunto ou individualmente, a anulação de uma deliberação assemblear, a coisa julgada alcançará, indistintamente, a todos os legitimados concorrentes, tenham ou não participado da ação anulatória. Os legitimados que não figuraram no processo estarão impedidos de, após a coisa julgada, propor ação igual. Só não prevalecerá o impedimento se a nova ação anulatória se fundar em causa de pedir distinta da que foi apreciada no processo anterior. É que, então, não haverá coisa julgada, porquanto dessa exceção só se pode cogitar se presentes nas duas ações as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir (art. 301, §§ 1º e 2º).

Nos casos de comunhão de direitos e obrigações, em que o direito material legitima qualquer dos comunheiros a defender a situação jurídica litigiosa comum, como ocorre com as obrigações solidárias, com o condomínio, com a composse, com o casamento etc., também é possível ocorrer coisa julgada perante o cointeressado que poderia ter participado do processo como litisconsorte, mas não o fez[199]. Essa matéria, todavia, não é pacífica, havendo quem reconheça ao comunheiro, que não participou do processo petitório ou possessório, a possibilidade de renovar a demanda, sem que se lhe possa opor a exceção de coisa julgada.[200]

518-b. Coisa julgada nas ações coletivas

Com a instituição das ações coletivas (ação popular, ação civil pública, ação coletiva dos consumidores etc.), criou-se, também, um novo regime de eficácia subjetiva da coisa julgada, que, diversamente do que se passa nas ações individuais do CPC, não se limita às partes do processo em que a sentença é dada.[201]

De início, impõe-se observar que diante das infrações aos interesses

coletivos podem ocorrer lesões a dois tipos de interesses, tal como ocorre, aliás, com os delitos sancionados pelo direito penal: há sempre uma lesão ao interesse público e pode haver, no mesmo evento, um dano ao patrimônio ou à pessoa da vítima. Assim também numa ação civil acerca de agressão ao meio ambiente, cogita-se necessariamente da repressão genérica ao atentado contra o direito de toda a coletividade de usufruir condições ambientais saudáveis. Eventualmente, pode acontecer que a ação civil pública impeça a contaminação sem que pessoa alguma tenha sofrido lesão individual. Nesse caso, os efeitos da sentença permanecerão no âmbito próprio da tutela dos interesses difusos ou coletivos. Pode, no entanto, ocorrer que, concretamente, além do dano geral ao meio ambiente (interesse coletivo), um ou alguns membros da comunidade afetada tenham suportado danos pessoais em razão da referida agressão ao meio ambiente (interesse individual). A coisa julgada formada no processo coletivo não respeita os limites subjetivos traçados pelo art. 472 do CPC, tanto entre os legitimados para demandar a tutela dos interesses transindividuais como em face das pessoas individualmente lesadas. Há, nesse tipo de processo, possibilidade de eficácia *erga omnes* (isto é, perante quem não foi parte no processo), embora nem sempre de forma plena.

No campo restrito do interesse transindividual, o sistema observado pela legislação é, em regra, o da coisa julgada *erga omnes*, atingindo não só as partes ativa e passiva do processo como outras entidades que teriam igual legitimidade para a demanda. Se, por exemplo, uma associação de defesa dos consumidores decair da pretensão coletiva, não poderá o Ministério Público reiterar a mesma ação. Existe, porém, uma exceção legal: não prevalecerá a coisa julgada, nem *erga omnes*, nem para a própria entidade autora, se a ação coletiva for julgada improcedente por deficiência de prova (Lei nº 4.717, de 29.06.65, art. 18; Lei nº 7.347, de 24.07.1985, art. 16; Lei nº 7.853, de 24.10.1989, art. 4º). Em ocorrendo esta última hipótese – ação julgada desfavoravelmente ao autor por falta de prova suficiente – qualquer legitimado poderá intentar outra ação coletiva com idêntico fundamento, valendo-se de "nova prova", como ressalvam os dispositivos legais acima apontados. Caso contrário, a improcedência da ação coletiva intentada por um legitimado inibe outros legitimados de propor ação igual, embora não tenham figurado como sujeito do processo extinto.

Tem-se, desta maneira, nas ações coletivas uma extensão subjetiva da coisa julgada *erga omnes*, em regra, mas que nem sempre prevalecerá se o resultado for adverso à pretensão do autor. Dá-se o que se denomina coisa julgada *secundum eventum litis*, ou da coisa julgada cuja eficácia *erga omnes* é, quase

sempre, para beneficiar e não para prejudicar.

Então, de acordo com o art. 103, § 1º, da Lei nº 8.078, de 11.09.90 (Código de Defesa do Consumidor), que se aplica a todas as ações coletivas (arts. 110 e 117), ou seja, a qualquer ação que cuide de "interesses coletivos, difusos, ou individuais homogêneos, coletivamente tratados",[202] deve-se analisar a eficácia da coisa julgada coletiva, separando-se, primeiro, as ações julgadas procedentes das que foram rejeitadas. Depois, entre as últimas, separando-se as em que a pretensão do autor for rejeitada em julgamento exauriente sobre ilegitimidade material da pretensão e aqueles outros em que o julgamento não encontrou elementos probatórios suficientes nem para acolher nem para rejeitar, em definitivo, a pretensão.

Por outro lado, impõe-se verificar o reflexo do julgamento da pretensão coletiva sobre eventuais pretensões de natureza individual envolvidos no evento base da demanda. A sentença de procedência da ação coletiva sempre produzirá coisa julgada *erga omnes*, beneficiando todos os titulares de direitos subjetivos individuais integrantes da comunidade, que poderão apoiar suas pretensões particulares contra a parte vencida, a partir da indiscutibilidade da respectiva *causa debendi* (Lei nº 8.078, arts. 97 e 103).

Se a sentença for de improcedência, a coisa julgada operará plenamente no âmbito da ação coletiva, se não se tratar de insuficiência de prova, mas de inexistência mesma do direito material manejada na ação. Nenhuma outra ação coletiva poderá ser proposta seja pelo autor, seja por outro legitimado. Isto, porém, não prejudicará os direitos subjetivos *individuais* de terceiros, isto é, de quem não figurou no processo coletivo a nenhum título (litisconsorte, assistente etc.). Os efeitos da sentença coletiva operam sempre no terreno da ação coletiva e não necessariamente no dos interesses individuais. Os particulares se beneficiam das vantagens advindas da sentença, mas não se prejudicam por suas desvantagens (Lei nº 8.078, art. 103, § 3º). Também aqui se observa a regra da *res iudicata secundum eventum litis*.

Por exemplo: numa demanda coletiva foi declarado improcedente o pedido de retirada do mercado de um produto medicinal por nocividade à saúde pública, tendo a sentença proclamado que o medicamento não era danoso. Haverá coisa julgada suficiente para impedir que qualquer nova ação coletiva venha a ser aforada contra o fabricante em torno do aludido produto, mesmo que outro seja o legitimado. Isto, todavia, não impedirá que um determinado consumidor, reputando-se lesado pelo medicamento, venha a ajuizar uma ação indenizatória individual.

Como observa Ada Pellegrini Grinover, não há o risco temido por Barbosa Moreira de contradição propriamente entre duas coisas julgadas, ou seja, entre a coletiva e a individual, visto que, na sistemática implantada a partir do Código de Defesa do Consumidor para todas as ações relativas a interesses difusos ou coletivos, a coisa julgada desfavorável está limitada aos entes e pessoas legitimadas às ações coletivas, "deixando a salvo apenas os particulares, em suas relações intersubjetivas pessoais, os quais (em suas ações individuais) alcançarão uma coisa julgada normalmente restrita às partes".[203]

Em se tratando, pois, de ação sobre interesses difusos ou coletivos, "há coisa julgada no plano da ação civil coletiva, exclusivamente"; em outros termos, "essa coisa julgada no plano da ação civil coletiva não interfere no agir individual", se o particular interessado não chegou a figurar no processo, nos termos do art. 94 c/c o art. 103, § 2º, do CDC.[204]

Em resumo, a relação entre a coisa julgada na ação coletiva e os interesses individuais dos membros da coletividade representada na causa pode ser assim sintetizada:

a) se a ação coletiva é *rejeitada*, seja por insuficiência de prova ou não, os particulares não serão alcançados pela coisa julgada que se manifestará apenas entre os legitimados para a ação coletiva; poderão os particulares exercitar suas ações individuais para buscar ressarcimento para os danos pessoalmente suportados (Lei nº 8.078, art. 103, § 3º);

b) se a ação coletiva é julgada *procedente*, os particulares poderão valer-se da *coisa julgada*, ficando dispensados de nova ação individual condenatória; apenas terão de liquidar o montante de seus prejuízos individuais em procedimento de *liquidação de sentença* (Lei nº 8.078, arts. 97 e 100). A exemplo do que se passa com a sentença penal condenatória, também a sentença de procedência da ação civil coletiva representa para as vítimas uma coisa julgada acerca da *causa petendi* da pretensão indenizatória.[205] Dá-se o "transporte, à ação individual, da sentença coletiva favorável", ampliando a lei "o objeto da ação coletiva" para nele incluir a indenização de danos sofridos individualmente.[206]

519. Causas de estado

"Nas causas relativas ao estado das pessoas, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros" (art. 472, segunda parte).

Atendidos os pressupostos da legitimidade *ad causam* entre as partes da ação de estado (anulação de casamento, investigação de paternidade etc.), o estranho não terá direito de discutir a matéria decidida, em outros processos, ainda que possa sofrer prejuízo em decorrência da decisão.

Ao atribuir-se a eficácia *erga omnes* à coisa julgada nas ações de estado, está-se asseverando, em outras palavras, que "ninguém pode ignorar o *status* definido pela sentença".[207]

520. Relações jurídicas continuativas e outros casos de rejulgamentos

"Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença" (art. 471, nº I).

Isto se dá naquelas situações de julgamento *rebus sic stantibus*, como é típico o caso de alimentos. A sentença – nesse caso denominada sentença determinativa –, baseando-se numa situação atual, tem sua eficácia projetada sobre o futuro. Como os fatos que motivaram o comando duradouro da sentença podem se alterar ou mesmo desaparecer, é claro que a eficácia do julgado não deverá perdurar imutável e intangível. Desaparecida a situação jurídica abrangida pela sentença, a própria sentença tem que desaparecer também. Não se trata, como se vê, de alterar a sentença anterior, mas de obter uma nova sentença para uma situação também nova.

A modificação do decisório será objeto de outra ação – a ação revisional – cuja sentença, se for de procedência, terá natureza constitutiva, pois alterará a relação jurídica vigente entre as partes.[208] A inovação, porém, vigorará *ex nunc*, atuando apenas sobre as prestações posteriores ao surgimento do novo quadro fático-jurídico justificador da ação revisional. Os efeitos anteriores à revisão judicial permanecerão intactos, sob o pálio da coisa julgada gerada pela sentença anterior.

Além das sentenças sobre situações jurídicas continuativas, permite o art. 471, nº II, que o juiz decida novamente questões já resolvidas "nos demais casos prescritos em lei".

Entre estes casos, podem ser arrolados a correção de inexatidões materiais ou erros de cálculo (art. 463, I), os embargos declaratórios (art. 463, II) e o agravo (arts. 523, § 2º, e 529).

520-a. Limites temporais da coisa julgada

Costuma-se identificar o fenômeno da coisa julgada sobre relação jurídica continuativa com o chamado *limite temporal da coisa julgada*. Pretende-se, com isso, delimitar, no tempo, a eficácia da sentença dita determinativa, por consequência, também, a duração da coisa julgada. Na verdade, contudo, não é o efeito da sentença que é temporário, nem muito menos é a *res iudicata* que se extingue ao final de determinado momento. É o objeto do julgado que desaparece e, por isso, o comando sentencial deixa de atuar, não por ter extinguido sua força, mas por não ter mais sobre o que incidir. Entretanto, o acertamento feito, em face da situação fático-jurídica apurada no tempo da sentença, continuará imutável e indiscutível, para sempre. Se algum novo julgamento vier a acontecer entre as partes, já não será sobre o mesmo objeto, visto que a relação jurídica litigiosa estará envolvendo elementos novos que não foram apreciados na sentença anterior. Operará para o futuro, e não para o passado, este, sim, vinculado à coisa julgada.

520-b. Extensão da coisa julgada ao terceiro adquirente do bem litigioso

A litigiosidade de um bem ou direito não o torna intransmissível ou inalienável, de maneira que é válido o negócio jurídico, oneroso ou gratuito, com que o litigante transmite a outrem o seu direito subjetivo material ao objeto litigioso. Essa alteração da situação jurídica material, porém, não afetará a legitimidade das partes primitivas do processo (art. 42), nem diminuirá a eficácia da sentença proferida entre elas, já que seus efeitos se estenderão, por força da lei, aos sucessores das partes, entre as quais foi prolatado o julgamento (art. 42, § 3º).

A alienação da coisa litigiosa (como tal considerado não só o bem corpóreo, mas também qualquer direito disputado em juízo) produz uma verdadeira substituição processual. Após o ato de disposição negocial, o alienante continua no processo como parte legítima, mas já então na defesa de direito material de outrem. Em se tratando, assim, de substituto processual, a coisa julgada se formará também perante aquele que foi processualmente substituído pela parte formal.

O fenômeno da coisa julgada material em face do terceiro adquirente é inegável quando tudo se passa de maneira clara: tanto o alienante como o adquirente praticam conscientemente negócio sobre o bem que sabem constituir

objeto de disputa judicial. Há, todavia, casos em que o terceiro efetua a aquisição ignorando por completo a litigiosidade existente. O tratamento jurídico do caso não pode ser sempre o mesmo. Além da tutela do direito processual do litigante a executar *erga omnes* a sentença reipersecutória, há também a proteção da ordem jurídica em caráter geral à boa-fé, da qual decorre a estabilidade assegurada aos negócios consumados sob o clima de sua prevalência.

É para evitar o conflito entre essas duas situações igualmente protegidas pela ordem jurídica que a lei prevê o mecanismo do assentamento das ações reais ou reipersecutórias em registro público. Com isso, dá-se oportunidade ao terceiro que pretenda adquirir determinados bens, mormente aqueles cuja titularidade se constitua por transmissão solene, de contar com uma fonte oficial de informação. Se a litigiosidade estiver consignada no registro público competente, não haverá como o adquirente ignorá-la e, consequentemente, não haverá como invocar boa-fé para fugir aos efeitos do art. 42, § 3º, do CPC. Na espécie, a coisa julgada operará plenamente em face do adquirente, sem possibilidade de arguir desconhecimento do processo em que o alienante litigava acerca da coisa negociada.

Se, porém, o litigante não cuidou de preservar a eficácia *erga omnes* da ação reipersecutória, lançando-a no registro público, restará ao terceiro adquirente defender-se contra a execução da sentença com a invocação de sua boa-fé. E se esta realmente for demonstrada tudo se passará como se a aquisição não tivesse se referido a bem litigioso. Se o adquirente não tinha motivo para conhecer a litigiosidade, nem mesmo de suspeitá-la haverá – conforme as circunstâncias de fato e de direito – possibilidade de fazer seu direito material subjetivo prevalecer sobre o que a sentença reconheceu ao litigante vitorioso.

Releva notar que o problema de incidirem ou não os efeitos da sentença sobre o adquirente do bem litigioso nem sempre se define pelo direito processual. Quando o direito material leva em conta a boa-fé como fator decisivo para dar efeito a determinada forma de aquisição, sua eficácia desvincula-se do direito da parte (titular do direito transmitido). Isto é, se o titular, fora do campo processual, não pode opor seu direito ao adquirente de boa-fé, também não poderá fazê-lo com apoio na sentença a ele pertinente. Na espécie, a eficácia da aquisição, encontrará disciplina no direito material e não no processual. Nem se poderá, em tal conjuntura, cogitar de uma substituição processual, dado que o direito material independe da pretensão discutida no processo.

Para o direito processual a coisa julgada forma-se sempre para o alienante e

o adquirente, em razão do mecanismo da substituição processual. Se, contudo, o negócio jurídico alienatório é daqueles em que o direito material admite a boa-fé, ou a falta de registro público, como capaz de operar eficazmente até contra o verdadeiro titular da situação jurídica substancial, configura-se para o terceiro adquirente um fenômeno do mundo do direito material relevante no qual não deve prevalecer regra de direito processual alguma, nem mesmo a da coisa julgada. É que então a parte que litiga sobre o bem não terá sido um substituto processual.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, com precisão, distingue as seguintes situações a respeito do novo titular da coisa litigiosa:[209]

a) quando a aquisição é feita pelo terceiro, mas o transmitente não foi a parte do processo (como na hipótese de sucessivas alienações), ou se deu de forma originária como no usucapião ou na ocupação e outras situações similares, não há lugar para aplicar o art. 42, § 3º, e, consequentemente, não ocorrerá coisa julgada contra o novo titular da coisa ou direito litigioso;

b) se a aquisição se deu diretamente da parte processual, mas de tal maneira que o direito material permitia ao adquirente defender sua posição a partir da boa-fé, a regra processual do art. 42, § 3º, somente será aplicada quando o terceiro houver efetuado a aquisição da coisa sabendo-a litigiosa;

c) se, finalmente, no plano material não há como o adquirente defender sua posição estribado na boa-fé, o art. 42, § 3º, incidirá, quer o terceiro soubesse quer não soubesse, da litigiosidade do bem que lhe foi transmitido pela parte do processo pendente.[210]

A posição do Superior Tribunal de Justiça, porém, tem sido no sentido de valorizar sobretudo a boa-fé do terceiro adquirente nos negócios onerosos. Dessa maneira, entre a norma que trata os limites subjetivos da coisa julgada (art. 472) e a que singelamente estende os efeitos sentenciais ao terceiro adquirente (art. 42, § 3º), o STJ valoriza a primeira.[211]

521. Execução forçada e coisa julgada

Reconhece-se que a coisa julgada é fenômeno típico do processo de conhecimento,[212] destinado a dar cunho de definitividade e indiscutibilidade ao elemento declaratório da sentença de mérito.

Como a execução forçada não contém nenhum acertamento jurisdicional sobre o direito do credor, seu resultado equipara-se ao simples adimplemento. É mero pagamento forçado.

Somente quando se interpuserem embargos (ação de conhecimento, paralela à execução), é que haverá possibilidade de sentença de mérito e, consequentemente, de coisa julgada sobre o objeto da execução forçada.

Se a execução de título extrajudicial não embargada foi injusta, por inexistência do direito material do exequente, o que houve foi *pagamento indevido* e, por ausência de coisa julgada, ao devedor será lícito o manejo da ação de *repetição do indébito*, na forma do art. 876 do Código Civil.

Aliás o pagamento ao credor, na execução, é ato judicial que se realiza, independentemente de sentença; e, como dispõe o art. 486, "os atos judiciais, que não dependem de sentença, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil".

Basta, pois, uma ação comum de repetição do indébito para reparar a injustiça feita ao devedor, no caso de execução fundada em título extrajudicial não embargada.

Nenhum dispositivo de lei ou princípio de direito abona a tese daqueles que pretendem ver nos resultados da execução não embargada uma estabilidade equivalente à da coisa julgada (na verdade, a estabilidade de uma simples execução de título extrajudicial seria maior do que a da *res iudicata*, porque esta admite ação rescisória, o que seria impossível no primeiro caso, dada a inexistência de sentença de mérito a desconstituir).

O tema do pagamento indevido, que inclui necessariamente o pagamento forçado obtido por meio da execução judicial, "integra-se no assunto mais geral do enriquecimento ilegítimo, no locupletamento injusto, sem causa, de que constitui hipótese particularmente frequente e de especial importância".[213]

Em virtude de um ato injusto como esse, "o *solvens* se empobrece; enriquece o *accipiens*; a conexidade laça o empobrecimento de um ato ao enriquecimento de outro, *e nenhum direito existe permitindo ao* accipiens *a conservação da riqueza obtida*".[214]

Não se trata de anular a execução, já que esta correu segundo os trâmites legais e se apoiou em legítimo título executivo, que por si só é causa bastante para a coação executiva contra o patrimônio do devedor. "*No hay aqui ninguna nulidad a reparar*", como adverte Couture. "*El juicio ordinario será tan solo una acción apoyada en la pretensión legítima de repetición de pago de lo indebido*."[215]

Perfeita, portanto, a lição de Liebman para quem, "concluída a execução com a entrega ao credor daquilo que lhe pertence, exclui-se definitivamente toda possibilidade de oposição (embargos). Tal não exclui, porém, que o devedor

possa ainda alegar contra o credor a inexistência do crédito e, consequentemente, a ilegitimidade da execução realizada, sob condição, é claro, de que não se lhe hajam anteriormente rejeitado as alegações em seguida à oposição (embargos) por ele formulada antes. Semelhante ação, que nenhuma relação tem, mais, com o processo de execução, já encerrado, e não se dirige nem contra um ato executivo nem contra o título, destina-se à restituição das coisas subtraídas com a execução (arts. 2.083 do Código Civil e 571 do Código de Processo Civil), ou, pelo menos, se tal não é mais possível, ao pagamento de uma quantia equivalente a título de indenização".[216]

Finalmente, é de ressaltar-se que a ação de enriquecimento sem causa se restringe às relações do devedor com o credor e, por não anular a execução, que processualmente não apresentou nenhum vício, não pode, naturalmente, prejudicar terceiros que tenham adquirido direitos como os de arrematante ou de remidor, em razão de atos jurídicos perfeitos.

1 CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Estudos de Direito Processual Civil*. Uberaba: Jornal da Manhã, 1974, p. 50.

2 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, n. 11.

3 REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*. v. I, n. 23.

4 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. V, p. 395.

5 CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit., loc. cit.*

6 BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos*, nº 5.

7 BETTI, citado por BUZAID. *Op. cit., loc. cit.*

8 BUZAID, Alfredo. *Op. cit., loc. cit.*

9 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: EJEA, 1973, v. I, n. 1, p. 22.

10 COSTA, Sergio. *Manuale de Diritto Processuale Civile*, 4. ed. Torino: UTET, 1973, n. 15.

11 CHIOVENDA. Giuseppe. *Op. cit*., I, n. 11. Embora não caiba à sentença a função primária de fonte do direito, cabe-lhe, em certa dose, uma significativa "função criativa", em suprimento ou complemento da norma legislada (v., *retro*, o nº 35).

12 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. V, p. 395.

13 REZENDE FILHO, Gabriel. *Direito Processual Civil*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1959, v. III, nºs 804 e 805.

14 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, v. III, n. 523, p. 25.

15 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., v. III, n. 525.

16 DINAMARCO, Cândido R., *Direito Processual Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975, nº 30.

17 De início, "o mérito da causa é formado por questões levadas ao processo pelo demandante mediante a propositura da ação". Dessa maneira, "causa de pedir e pedido compõem [em princípio] o mérito da causa no direito brasileiro (MITIDIERO, Daniel. Abrangência da Coisa Julgada no plano objetivo – segurança jurídica. *Revista de Processo*, v. 184, p. 317). Conforme a modalidade de defesa produzida, o réu pode, eventualmente, ampliar o mérito da causa. Ordinariamente, a contestação simples, limitando-se a negar as alegações do autor, mantém o mérito circunscrito ao pedido e à causa de pedir enunciados na petição inicial. "Todavia, articulando o demandado defesas indiretas na contestação, isto é, alegando fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, estas alegações também formarão o mérito da causa" (*idem, ibidem*. Cf., também, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo:Atlas, 2010, v. I, p. 69).

18 *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. III, n. 645.

19 LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. III, n. 274, p. 287.

20 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., v. III, n. 645.

21 IHERING. *A Evolução do Direito*, 234.

22 REZENDE FILHO, Gabriel. *Op. cit*., v. III, n. 809.

23 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., v. III, n. 646.

24 Fala-se também numa "atividade criadora" do juiz quando, ao sentenciar, define a norma que concretamente será aplicada na solução do litígio. De fato, na operação de individualizar a norma abstrata da lei, para aplicá-la ao caso dos autos, o juiz não se limita a ler e a compreender o enunciado

legal, pois deverá interpretar também o fato litigioso e as circunstâncias em que ele ocorreu, para chegar à justa solução da controvérsia. Essa operação, todavia, não é estranha ou indiferente à lei. Ao contrário, a norma legislada é o necessário ponto de partida da operação judicial, que, em última análise, consiste em pesquisar e definir qual o sentido que dita norma deve assumir perante as particularidades do caso concreto. Dessa maneira, a norma concretizada não é mais do que a descoberta de uma regra que já estava potencialmente inserida na norma genérica da lei (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 71-74; MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 5. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pp. 168-169).

25 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit., loc. cit*.

26 BORGES, Marcos Afonso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo; Leud, 1977, v. II, p. 141.

27 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v. III, n. 530, p. 32;STJ, 5ª T., EDcl no AgRg no REsp. nº 687.456/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, ac. 21.09.2010, *DJe* 25.10.2010.

28 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., v. III, n. 530, p. 33.

29 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. III, n. 844.

30 *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v. I, p. 29.

31 AMERICANO, Jorge. *Op. cit., loc. cit*; "é nula a sentença que contraria ao que se fixou como objeto do litígio através da contestação e que decidiu assunto a respeito do qual não existe controvérsia" (TJMG, Apel. 37.261, Rel. Des. Jacomino Inacarato, *in Rev. Lemi*, 62/210). No mesmo sentido:STJ, 3ª T., REsp. nº 1.058.967/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 20.09.2011, *DJe* 29.09.2011; STJ, 2ª T., AgRg no Ag nº 1.386.067/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, ac.16.08.2011, *DJe* 05.09.2011.

32 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., v. III, n. 844.

33 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, v. III, n. 649.

34 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., v. III, nº 845; "é nula a sentença que careça de fundamentação" (TJRS, Apel. 16.218, Rel. Des. Júlio Costa-Milan Rosa, *in Revista Forense*, 209/215; STJ, REsp. 128.993/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 23.09.98, *in DJU* de 18.12.98, p. 362; STJ, 3ª T., REsp. nº 547.743/PI, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, ac. 16.10.2003, *DJU* 08.03.2004, p. 252.

35 MARQUES, José Frederico. *Op. cit., loc. cit*.

36 *Idem, Op. cit., loc. cit*.

37 Nesse sentido é a lição, entre outros, de Amaral Santos, Frederico Marques, Lopes da Costa, Gabriel Rezende Filho; STJ, REsp. 44.266-4/MG, Rel. Min. Costa Leite, ac. 05.04.94, *in RSTJ* 66/415; STF, 1ª T., HC nº 95.706/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ac. 15.09.2009, *DJe* 06.11.2009.

38 FRAGA, Afonso. *Instituições do Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1941, v. II, p. 598.

39 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., n. 651.

40 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., n. 651.

41 REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1959, v. III, n. 820.

42 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. X (art. 798, I, c, do Código de 1939).

43 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., n. 653.

44 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., n. 654.

45 O que pode ser condicional é apenas a *obrigação material* litigiosa, pela sua própria estrutura (*v.g.:* devolver a coisa quando o dono reparar os gastos de benfeitorias feitas pelo possuidor). A sentença, porém, como ato de comando judicial, será sempre *certa*. Jamais poderá haver, por exemplo, uma decisão cuja *validade* fique na dependência de fatos incertos a serem futuramente apurados em liquidação de sentença (*v.g.*: indenizar perdas e danos, se o autor provar na liquidação que teve prejuízos).

46 PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo, RT, 1975, v. III, pp. 509-510.

47 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. V, pp. 93-94.

48 A sistemática do art. 461 aplica-se tanto às obrigações de fazer e não fazer de origem negocial, como às relacionadas com deveres positivos e negativos de fundo puramente legal, como as dos direitos de vizinhança, dos direitos de família, e até mesmo do dever geral de não lesar. Refere-se, na verdade, às prestações de fazer e não fazer previstas, em todos os ramos do direito (obrigações de fazer e não fazer *lato sensu*). Tem, pois, cabimento, com perfeita adequação às tutelas inibitórias, quando acionadas para evitar a consumação do dano ameaçado a qualquer direito (CF, art. 5º, XXXV) (v., *retro*, o item 364).

49 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, n. 133.1, p. 186.

50 Sérgio Cruz Arenhart enumera, com pertinência, os requisitos necessários para que a proteção inibitória, na tutela das obrigações de fazer e não fazer seja, de fato, eficiente, tais como: a) adoção de meios de coerção adequados e flexíveis, para assegurar o efetivo cumprimento do comando judicial; b) celeridade procedimental, para que o provimento seja emanado a tempo de impedir a violação do direito; c) antecipação de tutela, nos casos de lesão grave e iminente ao direito do autor, além do comando inibitório, sempre que a eficácia da tutela final se mostrar inviável sem a medida satisfativa provisória (Cf. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 219-220).

51 COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed., Bologna: Il Mulino, 2006, v. I, p. 231.

52 Cândido Dinamarco lembra que os limites da demanda, dos quais não pode escapar o juiz, compreendem tanto os *objetivos* (pedido e causa de pedir), como os *subjetivos* (partes da demanda), de sorte que o juiz não pode ultrapassar o objeto do processo, nem envolver na sentença sujeitos outros que não as partes da relação processual (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III, nº 940, p. 273).

53 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. trad. de J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 343; ARENHARDT, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda, *in* FUX, Luiz *et al* (coords.). *Processo e Constituição* – Estudo em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 592.

54 BARBOSA MOREIRA, Moacyr. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974, v. I, p. 135.

55 *Idem*, pp. 137-138.

56 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.*, n. 655.

57 MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, v. III, n. 519.

58 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.*, n. 656.

59 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, v. I, p. 139.

60 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.*, n. 657. “Demonstrada a existência de erro material na decisão agravada, deve ser reapreciado o recurso” (STF, 2ª T., RE-AgR nº 575.803/RJ; Rel. Min. Cezar Peluso, ac. 01.12.2009 *DJe* 18.12.2009, p. 165).

61 MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, v. III, n. 541.

62 STJ, REsp. 59.151-1/RS, RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 15.03.95, *in RSTJ* 79/100; STJ, 2ª T., AgRg nos EDcl no REsp. nº 987.925/MT, Rel. Min. Castro Meira, ac. 24.05.2011, *DJe* 13.06.2011.

63 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. I, n. 689, p. 524.

64 STJ, REsp. 36.866/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 02.04.96, *in DJU* de 06.05.96, p. 144.19; STJ, REsp. 62.680/SP, Rel. Min. José Dantas, ac. 10.03.97, *in RSTJ* 96/381; STF, 1ª T., RMS nº 25.104/DF, Rel. Min. Eros Grau, ac. 21.02.2006, *DJU* 31.03.2006.

65 TJMG, Ap. 20.868/6, Rel. Des. Caio de Castro, ac. 23.06.94, *in Jurisp. Min*. 126/291; STJ, EDcl. no REsp. 26.423-0/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 09.02.93, *in DJU* de 22.03.93, p. 4.539; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.205.340/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 16.12.2010, *DJe* 08.02.2011.

66 *Ne procedat iudex ex officio* (CPC, art. 2º): a ação é condição da prestação jurisdicional.

67 *Iudex secundum allegata partium iudicare debet* (CPC, arts. 128 e 460): do princípio do contraditório, imposto pela Constituição, art. 5º, LV, resulta que o juiz só pode apreciar o que regularmente se deduziu no debate processual travado em torno do pedido – objeto do processo.

68 Lembra Carlos Maximiliano, quando aprecia a interpretação do negócio jurídico, que a obra interpretativa, conforme a ciência da hermenêutica, deve consistir na escolha da exegese que se mostre compatível com a norma legal aplicável. "Na dúvida, presume-se que as partes quiseram conformar-se com a lei" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1961, nº 424, p. 427).

69 "O *princípio da prevalência da constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se a interpretação que não seja contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 1989, p. 164).

70 MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit., loc. cit*.

71 "Presume-se que juízes e tribunais exerçam a atividade jurisdicional no pleno conhecimento dos lindes postos pelo ordenamento legal à sua cognição e no firme propósito de respeitá-lo. Assim, do supracitado princípio de interpretação dos pedidos deriva logicamente outro, relativo à interpretação das decisões: a não ser que o respectivo teor, de maneira inequívoca, repila tal possibilidade, deve entender-se que a correlação imposta pela lei foi preservada. É a essa luz que hão de resolver questões atinentes a eventuais imprecisões na formulação do dispositivo, e sobretudo à valoração de afirmações na fundamentação do julgado" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Condenação a fazer. Limites da coisa julgada e da execução. RT, v. 711, p. 75).

72 "Pôr fim ao processo", em tema de sentença, equivale a "encerrar a atividade judicial cognitiva", pois sentença é o provimento jurisdicional específico do processo de conhecimento. Não importa tenha sido ou não solucionado o mérito da causa. Se o juiz não vai prosseguir no acertamento do litígio, encerrado está, para ele, o processo de conhecimento (arts. 267 e 269). Sobre o conceito legal de sentença, após a inovação trazida pela Lei nº 11.232/2005, ver, *retro*, os nºs 219 e 484; sobre a distinção entre sentença e decisão interlocutória, v., *retro*, os nºs 217 e 219.

73 REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1959, v. III, n. 804.

74 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, n. 10.

75 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo:Max Limonad, 1973, v. III, n. 659. Com a reforma do Código pela Lei nº 11.232/2005, a força executiva foi estendida a algumas sentenças declaratórias, quais sejam, aquelas em que não apenas se declare existir ou inexistir uma relação jurídica, mas se reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia certa (art. 475-N, inc. I) (sobre o tema, ver, v. II, o item 636-a).

76 CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit*., v. I, n. 42, pp. 182-183.

77 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. III, n. 852.

78 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., n. 659.

79 CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit*., n. 42, pp. 182-183.

80 REZENDE FILHO, Gabriel. *Op. cit*., v. III, n. 813.

81 COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michelle. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 581.

82 CAPONI, Remo; PROTO PISANI, Andrea. *Linementi di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 2001, pp. 123-124.

83 "A sentença é apenas uma técnica processual destinada à prestação da tutela jurisdicional do direito" (MARINONI, Luiz Guilherme. Classificação das sentenças que despendem de execução. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 351, p. 61).

84 REZENDE FILHO, Gabriel. *Op. cit., loc. cit*.

85 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições. Cit*. v. I. n. 42, p. 182-183. Pela mutação jurídica que a sentença constitutiva acarreta, é ela dotada, na verdade, de força executiva *lato sensu. "La sentencia constitutiva, mientras es acto de declaración de certeza, por cuanto declara cierto el derecho potestativo, es también acto de ejecución, encuanto lo actúa (y, nótese, lo consuma*)" (ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJEA, 1963, v. II, p. 184).

86 LORETO, Luís. *in Revista Forense*, 98/8.

87 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., III, n. 852.

88 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., III, n. 659.

89 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., III, n. 660.

90 STJ, 4ª T., REsp nº 1.215.189/RJ, Rel. Min. Raul Araújo Filho, ac. 02.12.2010, *DJe* 01.02.2011.

91 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória*, 1957, p. 203.

92 *Apud* MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. III, n. 540, p. 46.

93 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. V, n. 1.069.

94 *RJTAMG*, 63/52; *Lex-JTA* 147/233; *RT* 674/133; STJ, 3ª T., REsp. nº 1.133.147/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 04.05.2010, *DJe* 24.05.2011; STJ, 2ª T., REsp. nº 762.230/SP Rel. Min. Castro Meira, ac. 16.10.2008, *DJe* 06.11.2008.

95 *Apud* REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, v. III, n. 827.

96 STJ, 4ª T., RMS nº 12.373/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 14.11.2000, *RSTJ* 141/409; STJ, 4ª T., RMS nº 12.373/RJ, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. 14.11.2000, *DJU* 12.02.2001, p. 115.

97 REZENDE FILHO, Gabriel. *Op. cit*., v. III, n. 825.

98 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1974, p. 81.

99 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1973, v. III, n. 664.

100 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v III, n. 696.

101 "(...) os precedentes desta Corte são no sentido de que havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não se der sua rescisão para restabelecer a primeira" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp. nº 643.998/PE, Rel. Min. Celso Limongi, ac. 15.12.2009, *DJe* 01.02.2010).

102 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 89.

103 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 25. Explica o autor que a autoridade da coisa julgada tem "função meramente negativa", já que "os efeitos que a sentença produz são de todo em todo independentes da coisa julgada, e que esta serve tão só para torná-los imutáveis". Claro, portanto, se torna que "a sua função é unicamente a de impedir todo juízo diferente que contradiga ou contraste os efeitos produzidos pela precedente sentença" (p. 59).

104 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit*., p. 25.

105 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit*., p. 54. É nesse sentido que Barbosa Moreira entende ter a coisa julgada a força de tornar imutável (ou, se se prefere, indiscutível) "o *próprio conteúdo* da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*, cit., p. 89). É, em outras palavras, a composição do litígio que, ao final do processo de conhecimento, e uma vez esgotada a possibilidade de recurso, se tornará imutável e indiscutível. É a situação litigiosa acertada na sentença que, salvo caso de ação rescisória, jamais voltará a ser objeto de decisão em juízo.

106 No âmbito do Tribunal de Contas, por exemplo, "a decisão que aprecia as contas dos administradores de valores públicos faz coisa julgada administrativa no sentido de exaurir as instâncias administrativas, não sendo mais suscetível de revisão naquele âmbito. Não fica, entretanto, excluída de apreciação pelo Poder Judiciário, porquanto nenhuma lesão a direito pode dele ser subtraída (...). A apreciação, pelo Poder Judiciário, de questões que foram objeto de pronunciamento pelo TCU coaduna-se com a garantia constitucional do devido processo legal, porquanto a via judicial é a única capaz de assegurar ao cidadão todas as garantias necessárias a um pronunciamento imparcial" (STJ, 1ª T., REsp. 472.399-0/AL, Rel. Min. José Delgado, *DJU* de 19.12.2002, p. 351; *Ementário Jurisp., STJ*, v. 35, p. 70). No mesmo sentido: STJ, 1ª T., REsp. nº 1.032.732/CE, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 19.11.2009, *DJe* 03.12.2009.

107 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos da sentença*. São Paulo: Malheiros, 2004, n. 11, p. 33.

108 Com essa concepção de *unidade autônoma*, pretende-se identificar os capítulos da sentença mediante constatação de que "cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não se confundem com os pressupostos das outras" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit*., n. 11, p. 34).

109 A autonomia dos capítulos é *funcional* (cada qual decide matéria própria, com fundamentos próprios), mas nem sempre há independência entre eles, porque o tema decidido em um pode, eventualmente, repercutir, prejudicialmente, em outro (cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit*., n. 11, p. 34). O capítulo das preliminares processuais é sempre prejudicial ao capítulo pertinente ao mérito da causa. O capítulo das verbas sucumbenciais é sempre dependente do capítulo do mérito etc.

110 Art. 498, parágrafo único: "Quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos."

111 Art. 485: "A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: ...".

112 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit*., n. 64, p. 129.

113 Podem coexistir execução provisória e execução definitiva se o capítulo da sentença submetida a recurso não estiver sujeito à eficácia suspensiva. Podem coexistir, também, execução do capítulo líquido e liquidação do capítulo genérico de uma só sentença.

114 STJ, Corte Especial, EREsp 404.777/DF, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, ac. 3.12.2003, *DJU* 11.04.2005, p. 169; STJ, Corte Especial, AgRg no EREsp 492.171/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 29.06.2007, *DJU* 13.08.2007, p. 312.

115 Súmula 401, do STJ.

116 "Descabe colar à ação rescisória conceito linear de indivisibilidade. Contando o acórdão rescindendo,

sob o ângulo subjetivo, com capítulos distintos, possível é o ajuizamento limitado, desde que não se tenha o envolvimento, no processo que desaguou na decisão, de litisconsórcio necessário" (STF-Pleno, AR 1.699-AgRg, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 23.06.2005, *DJU* 09.09.2005, p. 34). Também, do ponto de vista objetivo, entende o STF que a coisa julgada pode ser formada progressivamente, como, por exemplo, nos casos de recursos parciais. A impugnação contida em recurso contra parte da sentença impede o aperfeiçoamento da coisa julgada apenas em relação às questões da demanda impugnadas. "Com relação às demais, ocorre a coisa julgada", dando início, desde logo, à contagem do prazo decadencial de propositura da ação rescisória (STF, Pleno, AR 903, Rel. Min. Cordeiro Guerra, ac. 17.06.1982, *DJU* 17.09.1982, *RTJ*, 103/472).

117 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.*, n. 666.

118 BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos*, 1972, n. 6.

119 BUZAID, Alfredo. *Op. cit., loc. cit.*

120 Sanados os óbices verificados ao processo extinto, outra ação pode ser ajuizada sobre a mesma lide, mediante aplicação do art. 268 do CPC (STJ, 4ª T., REsp. nº 1.215.189/RJ, Rel. Min. Raul Araújo Filho, ac. 02.12.2010, *DJe* 01.02.2011).

121 "1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o Magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do CPC é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. 2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 3. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 3ª T., REsp. 107.248/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 07.05.98, *DJU* de 29.06.98). Nesse sentido: STJ, 4ª T., REsp. nº 960.805/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 17.02.2009, *DJe* 18.05.2009.

122 "Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido. I. Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caraterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido" (STJ, 4ª T., REsp. 226.436/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 28.06.2001, RSTJ 154/403). No mesmo sentido: 4ª T., REsp. 330.172/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 18.12.2001, RSTJ 158/409. Em sentido contrário: STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 1.193.486/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 03.05.2011, *DJe* 11.05.2011; STJ, 2ª Seção, REsp. nº 706.978/SP, Rel. p/ac. Min. Ari Pargendler, ac. 14.05.2008, *DJe* 10.10.2008. O STF, no entanto, consagrou a tese da relativização da coisa julgada em matéria de investigação de paternidade, permitindo que contra ela se possa opor prova de DNA posteriormente obtida. Prevaleceu no julgado da Suprema Corte a tese de que, em investigação de paternidade, fundada em exame de DNA, há de se dar prevalência aos princípios da verdade real e da dignidade da pessoa humana sobre a coisa julgada (STF, Pleno, RE nº 363.889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.06.2011, ata de julg. *DJe* 10.06.2011).

123 STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 929.773/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, ac. 06.12.2012, *DJe* 04.02.2013. Precedentes invocados: STF, RE 363.889/DF, *DJe* 16.12.2011; STJ, REsp. nº 706.987/SP,

DJe 10.10.2008.

124 STJ, 4ª T., REsp. nº 1.223.610/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, ac. 06.12.2012, *DJe* 07.03.2013. Precedentes citados: STF, RE 363.889/DF, *DJe* 16.12.2011; STJ, REsp. nº 226.436/PR, *DJU* 04.02.2002 e REsp. nº 826.698/MS, *DJe* 23.05.2008.

125 "A circunstância de o julgado ter proclamado a carência da ação é irrelevante para o cabimento da rescisória (CPC, art. 485) se na realidade houve pronunciamento de mérito" (STJ, REsp. 1.678-MT, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 13.02.90, *in DJU* de 09.04.90, p. 2.744). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 127.956/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes direito, ac. 12.05.1998, *DJU* 22.06.1998, p. 73.

126 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., n. 677.

127 BARBERO, Domenico. *Derecho Privado*, Buenos Aires, 1962, v. I, n. 182, p. 377.

128 TJMG, Apel. 34.163, Rel. Des. Horta Pereira, *in D. Jud. MG*, de 22.10.71; STJ, REsp. 41.292/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 15.03.94, *in DJU* de 18.04.94, p. 8.495; STJ, 5ª T., REsp. nº 767.790/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 27.09.2007, *DJU* 22.10.2007, p. 352.

129 STJ, 3ª T., REsp. nº 1.058.967/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 20.09.2011, *DJe* 29.09.2011; STF, AgRg. em AI 227.335-7/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 15.12.98, *in DJU* de 30.04.99, p. 11; STJ, REsp. 34.237-9/SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, ac. 10.05.93, *in DJU* de 14.06.93, p. 11.795. "A essência da coisa julgada, do ponto de vista objetivo, consiste em não se admitir que o juiz, em futuro processo, possa de qualquer maneira desconhecer ou diminuir o bem reconhecido no julgado anterior" (TJSP, Apel. 110.811, Rel. Des. Carmo Pinto, *in Revista Forense*, 209/189).

130 NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: RT, 1971, p. 384-385.

131 NEVES, Celso. *Op. cit*., p. 489.

132 "A imutabilidade *impede* que o juiz posterior se pronuncie sobre a ação já decidida por sentença transitada em julgado. Cria a exceção de coisa julgada. A indiscutibilidade *obriga* o juiz posterior a decidir em conformidade com o decidido pela sentença transitada em julgado" (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 11-12).

133 Cf. artigo de FREITAS, Elmano Cavalcanti, *in Revista Forense*, 240/22.

134 "Por si mesma, pois, a preclusão não produz efeito a não ser no processo em que advém" (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de Menegale. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, n. 355, v. III, p. 157).

135 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Série Forense, 1974, v. II, n. 112.

136 LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense: 1956, v. II, n. 207.

137 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Op. cit., loc. cit*.

138 *Idem, ibidem*.

139 *Idem, ibidem*.

140 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., III, p. 43.

141 Mormente quando se resolve questão em torno da matéria sujeita à disponibilidade das partes, "a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retratação" (STF, Pleno, ACO nº 142/SP, Rel. Min. Soarez Muñoz, ac. 13.11.1980, RTJ, 100/7. Nesse sentido: STJ, 5ª T., HC nº 130.540/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, ac. 02.09.2010, *DJe* 04.10.2010; LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Liv. Sulina, 1953, p. 161). Por exemplo: "Uma vez decidida na fase de saneamento do processo, a questão prescricional, sem recurso da parte que a arguira, tem-se por preclusa a matéria" (STJ, 4ª T., REsp. nº 37.217-8/SP, Rel. Min. Dias Trindade, ac. 19.10.93, *RSTJ*, 53/318).

142 STJ, 4ª T., REsp. nº 43.138/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 19.08.97, *DJU* de 29.09.97, p. 48.208; STJ, 2ª T., REsp. nº 34.980-5/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, ac. 15.06.94, *RSTJ*, 65/352; STF, 1ª T., RE nº 103.949/SP, Rel. Min. Rafael Mayer, ac. 11.12.1984, *RTJ*, 112/1.404; STJ, 1ª T., AgRg no REsp. nº 1.049.391/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 23.11.2010, *DJe* 02.12.2010.

143 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. II, p. 454; GIANICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 157-159.

144 Esclarece Cândido Dinamarco: "O *interesse público transcende* aos limites objetivos e subjetivos do litígio...", o que, perante ele, acarreta a ineficácia da "inércia das partes ou ato dispositivo de situações jurídico-processuais, pois do contrário esses comportamentos conduziriam indiretamente ao sacrifício da sociedade interessada no resultado do pleito" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, n. 5, p. 57). Pelo maior valor que, no *processo justo*, se atribui ao princípio da *verdade real*, tem a jurisprudência também afastado a matéria probatória do alcance da preclusão temporal: "Nos termos do art. 130, não há preclusão absoluta em matéria de prova, até por se tratar de questão de ordem pública. Mesmo proferido o despacho saneador, o juiz pode, mais tarde, determinar a realização de outras provas, caso entenda que essa providência é necessária à instrução do processo" (STJ – 3ª T., REsp 1.132.818/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 03.05.2012, *DJe* 10.05.2012).

145 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. I, n. 1.

146 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Processo Civil*. Buenos Aires: EJEA, 1973, v. I, n. 13, p. 36.

147 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1973, v. III, n. 684, p. 83.

148 CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, I, n. 273, p. 410.

149 MARQUES, Jose Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. III, n. 686, p. 237.

150 *Idem, idem*.

151 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.*, III, n 685.

152 LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. III, n. 441.

153 "A coisa julgada, tal qual definida em lei, abrangerá unicamente as questões expressamente decididas, assim consideradas as que estiverem expressamente referidas na parte dispositiva da sentença" (STJ, REsp. 77.129/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 04.11.96, *in RSTJ* 94/57). "É cediço que é o dispositivo da sentença que faz coisa julgada material, abarcando o pedido e a causa de pedir, tal qual expressos na petição inicial e adotados na fundamentação do *decisum*, compondo a *res judicata*" (STJ, 1ª Seção, Rcl nº 4.421/DF, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 23.02.2011, *DJe* 15.04.2011).

154 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milão, 1962, nº 16; STJ, REsp. 36.807-3/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 15.08.94, *in RSTJ* 73/270; STJ, REsp. 27.490-8/MG, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 11.05.93, *in DJU*, 14.06.93, p. 11.783; STJ, REsp. 31.161/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 20.05.97, *in DJU* de 04.08.97, p. 34.775; STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 1.165.635/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 06.09.2011, *DJe* 13.09.2011.

155 *Idem, ibidem*; STF, RE 117.600/MG, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 18.12.90, *in RTJ* 133/1.311; STJ, 1ª T., REsp. nº 875.635/MG, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 16.10.2008, *DJe* 03.11.2008.

156 *Apud* AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.*, III, n. 686. No julgamento de um mandado de segurança, decidiu o STF que, se há contradição entre os fundamentos e a conclusão do voto do relator, "a coisa julgada recai sobre o dispositivo ou conclusão do acórdão, no caso concessivo da segurança impetrada"

(Rec. Man. Seg. 7.007, Rel. Min. Amaral Santos, *in RTJ*, 56/223). No mesmo sentido: "A coisa julgada restringe-se à parte dispositiva da sentença" (TJRS, Ap. 597.026.681-5, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, ac. 21.08.97, *in RJTJRS* 186/254). Também o TJDF decidiu que "um *considerando* de sentença, fora do eixo da questão, fora da contenda, não poderá constituir coisa julgada para impedir apreciação em ação própria da questão em debate" (Apel. 41.687, Rel. Des. Omar Dutra, *in Jurisprudência Mineira*, 14/242). Ainda nesse sentido: STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 1.219.679/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 02.12.2010, *DJe* 09.12.2010.

157 PAULA BATISTA, Francisco de. *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil Comparado com o Comercial*. 6, ed., Rio de Janeiro: Garnier, 1901, § 185, p. 250.

158 PAULA BATISTA, Francisco de. *Op. cit., loc. cit.* Nesse sentido, decidiu o TJSP que "a sentença proferida em embargos de terceiro, considerando duvidoso o domínio do embargante, não faz coisa julgada para efeito de impedir a ação reivindicatória ajuizada pelo mesmo embargante" (Ag. nº 106.919, Rel. Des. Cardoso Filho, *in Revista Forense*, 203/164). Também o Superior Tribunal de Justiça julgou que "a sentença proferida em executivo fiscal não faz coisa julgada quanto à legitimidade, em tese, da cobrança de certo tributo, quando esta cobrança é pertinente a processos diferentes e a exercícios também diversos" (STJ, REsp. 36.807-3/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 15.08.94, *in RSTJ* 73/270). "A sentença vale pelo 'decisum'; é ele que colhe a situação lamentada pelo autor na demanda inicial e é somente ele que tende a tornar-se imutável" (STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 1.165.635/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 06.09.2011, *DJe* 13.09.2011).

159 "O juiz, enquanto razoa, não representa o Estado; representa-o enquanto lhe afirma a vontade. As razões de decidir preparam, em operação lógica, a conclusão a que vai chegar o juiz no ato de declarar a vontade da lei" (STF, RE 94.530, 1ª Turma, Rel. Min. Buzaid, ac. 21.05.1982, *in RTJ*, 103/759). "A coisa julgada, tal qual definida em lei, abrangerá unicamente as questões expressamente decididas" (STJ, REsp. 77.129/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 04.11.96, *in RSTJ* 94/57). "São, pois, as pretensões formuladas e respectivas causa de pedir (questões litigiosas) julgadas pelo Judiciário (questões decididas) que se revestirão da eficácia da imutabilidade e indiscutibilidade de que trata o art. 468 do CPC" (STJ, 1ª Seção, Rcl nº 4.421/DF, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 23.02.2011, *DJe* 15.04.2011).

160 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1974, p. 91. A parte dispositiva que transita em julgado deve ser entendida em "sentido substancial, e não formalista, de modo que abranja não só a parte final da sentença, como também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes" (STJ, 1ª T., REsp. nº 900.561/SP, Rel. Min. Denise Arruda, ac. 24.06.2008, *DJe* 01.08.2008).

161 "Embora os motivos do julgamento não se revistam da condição de imutabilidade e indiscutibilidade, muitas vezes esses motivos nada mais são que questões levantadas pelas partes e decididas, sobre as quais incide a preclusão máxima (STJ, REsp. 63.654/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 24.10.95, *in DJU* de 20.11.95, p. 39.603).

162 CAMPOS, Ronaldo Cunha, *in Revista Brasileira de Direito Processual*, v. III, p. 181. Deve-se ter como *objetivo* da coisa julgada o *pedido* (relação jurídica material litigiosa e questões invocadas na petição inicial) e como *motivos* os fatos examinados, para responder ao pedido, inclusive as questões jurídicas novas acrescentadas em razão da defesa do réu, que não se incluem no campo do *iudicium*, a não ser quando requerida a declaração incidental.

163 "Coisa julgada – Limites objetivos. A imutabilidade própria de coisa julgada alcança o pedido com a respectiva causa de pedir. Não esta última isoladamente, pena de violação do disposto no art. 469, I, do CPC" (STJ, 3ª T., REsp. 11.315/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 31.08.1992, *RSTJ*, 37/413. No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. 20.754/MS, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 25.06.1996, *RSTJ*, 92/179-180). Não se pode atribuir isoladamente à *causa petendi* a autoridade de *res iudicata* pela simples razão de que "para que se caracterize a coisa julgada, é necessária a identidade de três elementos, quais sejam, as partes, o pedido e a causa de pedir" (STJ, 3ª T., EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no Ag nº

999.324/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac.17.05.2011, *DJe* 25.05.2011).

164 STF-Pleno, Recl. 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, ac. 01.10.2003, *DJU* 21.05.2003, p. 33; Recl. 2.363/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, ac. 23.10.2003, *RSTJ*, v. 193, p. 513.

165 "A teor do art. 469 do Código de Processo Civil, os motivos e a verdade dos fatos estabelecidos como fundamento da sentença não fazem coisa julgada" (STF, AR 1343/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 18.02.93, *in RTJ* 147/570). Nesse sentido: STJ, 5ª T., AgRg no REsp. nº 1.172.646/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, ac. 26.10.2010, *DJe* 22.11.2010; STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 1.165.635/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 06.09.2011, *DJe* 13.09.2011.

166 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit*., p. 49; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed., Campinas Bookseller, 1997, v. III, nº 548, p. 55.

167 MARQUES, José Frederico. *Instituições e Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. V, n. 1.097, p. 57.

168 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit*., p. 52.

169 MARQUES, José Frederico. *Op. cit*., v. V, n. 1.098, p. 59.

170 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 52-53.

171 ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1970.

172 GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 3.7, p. 71.

173 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 1936, v. I, n. 130, p. 355.

174 PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975, v. III, p. 557.

175 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1974, v. V, p. 156.

176 CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites Objetivos da Coisa Julgada*.., p. 65. Veja-se nosso comentário *in Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 9, pp. 106-111, onde o tema foi mais longamente desenvolvido.

177 PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed., Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 67.

178 "A coisa julgada (art. 2.909 do CC) forma-se sobre o acertamento do direito que se fez valer em juízo, independentemente de que se no processo tenham sido alegados todos os fatos impeditivos, modificativos, extintivos juridicamente relevantes na hipótese de que deriva o direito atuado pelo autor; isto quer dizer que os fatos juridicamente relevantes (meros fatos ou fatos jurídicos), tenham sido ou não deduzidos no processo que se fez valer o direito sobre o qual o juiz decidiu com autoridade de coisa julgada, não poderão ser deduzidos num segundo processo com o objetivo de recolocar em discussão o resultado (o acertamento coberto pela autoridade de coisa julgada) do primeiro processo. Esse conceito é eficazmente expresso na fórmula segundo a qual a *coisa julgada cobre o deduzido e o deduzível*" (grifamos) (PISANI, Andrea Proto. Op. cit., p. 63).

179 Submetem-se ao duplo grau necessário as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública em liquidação de sentença por artigos ou por arbitramento (STJ, 5ª T., AGREsp. 236.589/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, ac. 16.03.2000, *DJU* de 10.04.2000, p. 120; STJ, 1ª T., REsp. 90.245/TO, Rel. Min. José Delgado, ac. 17.06.1996, *DJU* de 19.08.1996, p. 28.444; STJ, 2ª T., AgRg no REsp. nº 1.112.621/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 03.09.2009, *DJe* 11.09.2009).

180 STJ, Corte Especial, REsp. nº 905.771/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 29.06.2010, *DJe* 19.08.2010; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.173.724/AM, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 26.10.2010, *DJe* 10.11.2010.

181 "Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*" (STF, *Súmula* nº 423). O julgamento nos casos de duplo grau de jurisdição configura ato

complexo, que só se torna perfeito e exequível após a consumação de todos os atos parciais. Por isso, a remesssa *ex officio* do processo ao Tribunal acarreta sempre os efeitos devolutivo e suspensivo (TFR, Mand. Seg. 40.330, Rel. Min. Amarilio Benjamin, *in Rev. Forense*, 215/94; Seabra Fagundes, *Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil*, p. 190). Nesse sentido: STJ, 2ª T., EDcl no AgRg nos EDcl no REsp. nº 1.108.636/SP, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 23.11.2010, *DJe* 01.12.2010.

182 STF, RE nº 95.574, Rel. Min. Djaci Falcão, *in RTJ*, 105/737; TJSP, AI 36.078, Rel. Des. Kazuo Watanabe, *in RT*, 558/83; STJ, 1ª T., REsp. nº 413.677/RS, Rel. Min. José Delgado, ac. 16.04.2002, *DJU* 13.05.2002, p. 173. A Lei nº 6.825/80 foi revogada pela Lei nº 8.197, de 27.06.91.

183 STF, RE 78.766, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, *in RT*, 478/229; TJPR, ac. *in Rev. Forense*, 272/257; TAMG, ac. *in Julgados*, 7/45. "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública" (STJ, *Súmula* nº 45). Nesse sentido: STJ, 1ª T., REsp. nº 940.367/BA, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 16.09.2008, *DJe* 02.10.2008; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.233.311/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques ac. 24.05.2011, *DJe* 31.05.2011.

184 STF, RE 95.038, Rel. Min. Décio Miranda, *in DJU* de 21.05.1982, p. 4.872; STF, *Súmula* 620.

185 LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 83.

186 A supressão explica-se pelo desaparecimento da indissolubilidade do matrimônio, que passou a ser desconstituível pela vontade das partes nos casos de divórcio (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2002, p. 49), e pela redução das dimensões da figura jurídica do casamento, já que seus principais efeitos jurídicos podem, no direito atual, ser alcançados por meio da simples família natural (isto é, pela "união estável") (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 76).

187 As sentenças contra a Administração Pública abrangem, para efeito do reexame necessário, não apenas os órgãos da administração direta (União, Estado, Distrito Federal e Município), mas também as respectivas autarquias e fundações de direito público. Continuam fora as empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 475, I); as sentenças *contra a Fazenda Pública* para fins de reexame necessário compreendem apenas as de julgamentos de mérito. Não há duplo grau obrigatório, portanto, nos casos em que o processo se extingue por meio de sentença terminativa, ainda que vencida, em tal hipótese, a Fazenda Pública (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários*, cit., p. 75).

188 No caso de execução fiscal, a sentença a considerar não é a de encerramento do processo executivo (art. 795); o duplo grau necessário refere-se ao julgamento de procedência, no todo ou em parte, dos embargos opostos à execução (art. 475, II); ao se prever a remessa *ex officio* só para os embargos à execução fiscal, a conclusão que se tira é que os embargos a outras execuções intentadas pela Fazenda Pública não se sujeitam ao duplo grau necessário. Segundo jurisprudência do STJ, o reexame necessário diz respeito apenas aos embargos à execução fiscal. Não atinge os embargos a outras execuções contra a Fazenda Pública (STJ, Corte Especial, EREsp. 258.616/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 07.03.2001, *DJU* de 12.11.2001, p. 121). Nesse sentido: STJ, 1ª Seção, EREsp. nº 522.904/MS, Rel. Min. José Delgado, ac. 14.09.2005, *DJU* 24.10.2005, p. 159; STJ, 2ª T., REsp. nº 512.017/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha ac. 03.10.2006, *DJU* 06.11.2006, p. 302.

189 As causas de menor valor foram excluídas do reexame necessário, ou seja, aquelas em que a condenação ou o direito controvertido (sendo de valor certo) não exceder a sessenta salários mínimos. Não é, pois, o pedido inicial que importa, mas o valor em que a sentença condena o Poder Público, ou lhe nega direito em face do adversário (§ 2º); em se tratando, pois, de acolhida parcial do pedido, é pelo valor em que a Fazenda Pública for derrotada que se determina o cabimento, ou não, da remessa necessária, e não pelo valor total da causa (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2002, p. 49).

190 No caso de embargos à execução fiscal, quando procedentes, o valor de sessenta salários deverá corresponder ao da dívida exequenda, quando a impugnação versar sobre a totalidade da dívida ativa cobrada; e ao valor que lhe for subtraído, quando os embargos se referirem apenas à parte do débito ajuizado (§ 2º, *in fine*); de qualquer maneira, o que se haverá de considerar é o resultado do julgamento dos embargos e não o valor questionado na propositura dos embargos à execução fiscal.

191 STJ, Corte Especial, EREsp. 258.616/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 07.03.2001, *DJU* de 12.11.2001, p. 121.

192 Para afastar-se a remessa necessária, a jurisprudência dos Tribunais Superiores deve estar sumulada e, no caso do Supremo Tribunal Federal, deverá corresponder, à falta de súmula, a entendimento já assentado pelo Plenário daquela Corte. A reforma visa a prestigiar a jurisprudência das mais altas cortes judiciárias, facilitando a uniformização do posicionamento pretoriano e evitando o inconveniente rejulgamento de causas já decididas em primeiro grau na conformidade do pensamento dos órgãos encarregados constitucionalmente da exegese da lei federal. A súmula a que se refere o § 3º do art. 475 não é necessariamente a de efeitos vinculantes (CF, art. 103-A). Basta a existência de súmula nos moldes comuns do STF ou de algum outro Tribunal Superior.

193 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, n. 133, p. 414.

194 CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit., loc. cit.*

195 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed Autorità della Sentenza*, n. 36.

196 LIEBMAN, Enrico Tullio, citado por MARQUES, José Frederico. *Instituições*, V, nº 1.107. Cf., também, ac. do STF, no RE 69.721, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, *in Rev. Lemi*, 38/461; e ac. do TJMG, na Apel. 16.082, Rel. Des. Abreu e Silva, *in Minas Forense*, 42/112.

197 TJSP, Apel. 219.407, Rel. Des. Lafaiete Salles Jr., *in RT*, 453/98; STJ, REsp. 9365/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 04.06.91, *in DJU* de 01.01.91, p. 9.193; STJ, 3ª T., REsp. nº 775.841/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 19.03.2009, *DJe* 26.03.2009. Já se decidiu, porém, que, em se tratando se terceiro adquirente de boa-fé não sujeito aos efeitos da coisa julgada, é de se admitir, excepcionalmente, sua legitimação para propor embargos de terceiro (STJ, 4ª T., REsp. nº 691.219/MS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. 15.10.2009, *DJe* 16.11.2009).

198 "O principal efeito da substituição processual residirá na extensão da eficácia de coisa julgada ao substituído" (ASSIS, Araken de. Substituição processual. *Rev. Dialética de Direito Processual*. V. 9, p. 22. Conf., também, ARRUDA ALVIM, *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990, v. I, p. 529; e NERY JUNIOR. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante :* atualizado até 17 de fevereiro de 2010. 11 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 737.

199 Em relação a quem poderia ter sido *litisconsorte unitário* (facultativo), "a coisa julgada vai atingi-lo inexoravelmente, tenha ou não participado do processo. Trata-se de eficácia direta da *coisa julgada* sobre quem não é parte processual, mas é titular do direito material sobre o qual se formou a autoridade da coisa julgada" (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 738).

200 Por exemplo, MONIZ DE ARAGÃO defende a tese de que, nos casos de legitimação concorrente, a coisa julgada somente atingirá os que promoveram a ação ou que foram convocados a acompanhá-la (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 301-304). Já se decidiu, também, que nas hipóteses de legitimação concorrente entre condôminos, a coisa julgada formada na ação reivindicatória de alguns deles "não inibirá a futura propositura de outra demanda reivindicatória pelo condomínio" (STJ – 3ª T., REsp 1.015.652/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 02.06.2009, *R. Forense*, 405/433). Muito embora, o mesmo Tribunal já houvesse assentado que "em determinadas circunstâncias, diante da posição do terceiro na relação de direito material, bem como pela natureza desta, a coisa julgada pode atingir quem não foi parte no processo" (STJ – 3ª T., REsp 775.841/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 19.03.2009, *DJe* 26.03.2009).

201 A Lei nº 12.016/2009 instituiu, também, para o mandado de segurança coletivo, um regime especial de coisa julgada (art. 22) (ver, no vol. III, o item 1.656).

202 GRINOVER, Ada Pellegrini. Da Coisa Julgada no Código de Defesa do Consumidor. *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, vol. I, p. 391.

203 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit*., p. 396.

204 ARRUDA ALVIM. Notas sobre a coisa julgada. *Revista de Processo*, vol. 88, p. 31.

205 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit*., pp. 399-400.

206 SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed., São Paulo: Ed. LTr, 1997, n. 282, p. 608.

207 SALOMÃO, Jorge. *Da Coisa Julgada nas Ações de Estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, *apud* TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 124. Sobre rescisória de sentença proferida em ação de investigação de paternidade, ver, adiante, o item nº 610.

208 As relações jurídicas continuativas também podem ser afetadas por modificação superveniente da norma jurídica que as rege. O STF já decidiu que "a coisa julgada não impede que a lei nova passe a reger diferentemente os fatos ocorridos a partir de sua vigência" (Reclamação nº 839-RE 90.518, *in RTJ*, 89.344); STJ, REsp. 38.815-5/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, ac. 29.11.93, *in RSTJ* 60/367. Em face dessas relações, "a autoridade da coisa julgada material sujeita-se sempre à regra *rebus sic stantibus*, de modo que, sobrevindo fato novo 'o juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior, mas, exatamente, para atender a ele, adapta-o ao estado de fatos superveniente'" (STJ, 2ª T., AgRg no REsp. nº 1.193.456/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 07.10.2010, *DJe* 21.10.2010).

209 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Alienação da Coisa Litigiosa*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, § 31, p. 231.

210 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. cit*., p. 233.

211 "O terceiro adquirente de imóvel, a título oneroso e de boa-fé, não é alcançável por decisão em processo de que não fora parte, ineficaz, quanto a este, a decisão" (STJ, 3ª T., REsp. 158.097/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 01.12.98, *DJU* de 10.05.99, p. 167). Nesse sentido: STJ, 4ª T., REsp. nº 691.219/MS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac.15.10.2009, *DJe* 16.11.2009.

212 NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, pp. 500-501.

213 NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. II, p. 91.

214 FULGÊNCIO, Tito. *Programa*, *apud* NONATO, Orosimbo. *Op. cit*., p. 89.

215 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, n. 310, p. 475.

216 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1968, n. 140, p. 211.

Parte VII
Recursos

Capítulo XX
SISTEMA RECURSAL DO PROCESSO CIVIL

§ 80. RECURSOS

Sumário: 522. Conceito. 523. Fundamento do direito de recurso. 524. Atos sujeitos a recurso. 525. Recursos admissíveis. 525-a. Reclamação. 526. Correição parcial. 526-a. A técnica de julgamento dos recursos. 526-b. *Reformatio in pejus*.

522. Conceito

Em linguagem jurídica a palavra recurso é usualmente empregada num sentido lato para denominar "todo meio empregado pela parte litigante a fim de defender o seu direito", como, por exemplo, a ação, a contestação, a exceção, a reconvenção, as medidas preventivas.[1] Nesse sentido diz-se que a parte deve *recorrer* às vias ordinárias, ou deve *recorrer* ao processo cautelar, ou deve *recorrer* à ação reivindicatória etc.

Mas, além do sentido lato, recurso em direito processual tem uma acepção técnica e restrita, podendo ser definido como o meio ou remédio impugnativo apto para provocar, dentro da relação processual ainda em curso, o reexame de decisão judicial, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter-lhe a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração.[2]

Não se deve, porém, confundir o recurso com outros meios autônomos de impugnação da decisão judicial, como a ação rescisória e o mandado de segurança (*vide*, adiante, nº 600).

Caracteriza-se o recurso como o meio idôneo a ensejar o reexame da decisão

dentro do mesmo processo em que foi proferida, antes da formação da coisa julgada.[3]

Quanto ao fim colimado pelo recorrente, os recursos podem ser classificados como:

a) de reforma, quando se busca uma modificação na solução dada à lide, visando a obter um pronunciamento mais favorável ao recorrente;

b) de invalidação, quando se pretende apenas anular ou cassar a decisão, para que outra seja proferida em seu lugar; ocorre geralmente em casos de vícios processuais;

c) de esclarecimento ou *integração*, são os embargos declaratórios onde o objeto do recurso é apenas afastar a falta de clareza ou imprecisão do julgado, ou suprir alguma omissão do julgador.

Quanto ao juiz que os decide os recursos podem ser:

a) devolutivos ou *reiterativos*, quando a questão é devolvida pelo juiz da causa a outro juiz ou tribunal (juiz do recurso). Exemplos: apelação e recurso extraordinário;

b) não devolutivos ou *iterativos*, quando a impugnação é julgada pelo mesmo juiz que proferiu a decisão recorrida. Exemplos: embargos declaratórios e embargos infringentes;

c) mistos, quando tanto permitem o reexame pelo órgão prolator como a devolução a outro órgão superior. Exemplo: agravo e apelação contra indeferimento de petição inicial.[4]

No que se refere à marcha do processo a caminho da execução, os recursos podem ser:

a) suspensivos: os que impedem o início da execução;

b) não suspensivos: os que permitem a execução provisória.

O agravo de instrumento e o recurso extraordinário são sempre não suspensivos. Mas a apelação, que normalmente é de efeito suspensivo, em alguns casos admite apenas a devolução do conhecimento da causa ao juízo recursal, não impedindo a execução provisória, como adiante se verá.

Há várias outras classificações que, todavia, oferecem menor interesse prático.

523. Fundamento do direito de recurso

"Psicologicamente – lembra Gabriel Rezende Filho – o recurso corresponde a uma irresistível tendência humana".[5] Na verdade, é intuitiva a inconformação

de qualquer pessoa diante do primeiro juízo ou parecer que lhe é dado. Naturalmente, busca-se uma segunda ou terceira opinião.

Numa síntese feliz, o mesmo processualista resume a origem dos recursos processuais em duas razões: "*a)* a reação natural do homem, que não se sujeita a um único julgamento; *b)* a possibilidade de erro ou má-fé do julgador."[6]

Discute-se a propósito da natureza jurídica do recurso, chegando alguns a qualificálo de uma ação distinta e autônoma em relação àquela em que se vinha exercitando o processo.[7]

A corrente dominante, no entanto, prefere conceituar o poder de recorrer "como simples aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação exercido no processo".[8]

Apresenta-se, também, o recurso como ônus processual, porquanto a parte não está obrigada a recorrer do julgamento que a prejudica. Mas, "se o vencido não o interpuser, consolidam-se e se tornam definitivos os efeitos da sucumbência".[9]

524. Atos sujeitos a recurso

No processo são praticados os chamados atos processuais, ora pelas partes, ora por serventuários da Justiça, ora por peritos, ora por terceiros e ora pelo juiz.

Apenas dos atos do juiz é que cabem os recursos. E, ainda, não de todos, mas de alguns atos do juiz.

De acordo com o art. 162, os atos do juiz são "sentenças", "decisões interlocutórias" e "despachos". Todos eles figuram na categoria dos atos chamados "decisórios", mas nem todos ensejam a interposição de recurso.

As *sentenças* e *decisões* são sempre recorríveis, qualquer que seja o valor da causa (arts. 513 e 522). Dos *despachos*, isto é, dos atos judiciais que apenas impulsionam a marcha processual, sem prejudicar ou favorecer qualquer das partes, não cabe recurso algum (art. 504).[10]

Aboliram-se, no âmbito da codificação, as chamadas "causas de alçada", em que o recurso (embargos infringentes) só se destinava à revisão do julgado pelo próprio juiz que o proferiu. Ficou consagrada no novo Código a possibilidade do duplo grau de jurisdição voluntário em toda e qualquer causa, portanto.

Mantem-se, porém, o regime de causas de alçada fora do Código de Processo Civil, em procedimentos especiais como o da execução fiscal (Lei nº 6.830/1980) e o das ações trabalhistas (Lei nº 5.584/1970, alterada pela Lei nº 7.402/1985).[11]

525. Recursos admissíveis

No primeiro grau de jurisdição (juízo de primeira instância), admitem-se os seguintes recursos:

a) apelação (arts. 496, nº I, e 513);

b) agravo (arts. 496, nº II, e 522);

c) embargos de declaração (art. 535).

Verificaram-se, portanto, com o Estatuto de 1973, as seguintes alterações frente ao Código de 1939:

a) supressão dos embargos de nulidade e infringentes nas causas de alçada; e do agravo de petição, nas sentenças terminativas;

b) substituição do agravo no auto do processo por uma simples modalidade do agravo de instrumento, com a denominação de agravo retido (art. 522, § 1º, texto primitivo);[12]

c) eliminação da apelação *ex officio* do elenco das medidas recursais;

d) os embargos declaratórios contra sentença (arts. 464 e 465) passaram a ter disciplina e tratamento próprios, diferentes dos embargos similares contra acórdãos (arts. 535 e 538).[13]

Quanto aos acórdãos dos tribunais, admite o novo Código os seguintes recursos:

a) embargos infringentes (arts. 496, III, e 530);

b) embargos de declaração (arts. 496, IV, e 535);

c) recurso ordinário, para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal (arts. 496, V, e 539);

d) recurso especial (arts. 496, VI, e 541);

e) recurso extraordinário (arts. 496, VII, e 541);[14]

f) embargos de divergência no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça (arts. 496, VIII, e 546).

As modificações ocorridas foram, portanto:

a) supressão do recurso de revista e instituição do incidente apelidado "uniformização da jurisprudência" (art. 476);

b) alteração do nome dos embargos de nulidade e infringentes do julgado, que passaram a se denominar simplesmente "embargos infringentes".

Para as decisões de segundo grau, diferentes de acórdão, o atual Código prevê os seguintes recursos:

a) agravo contra despacho de relator que indefere de plano os embargos infringentes (art. 532);

b) agravo contra o indeferimento do agravo de instrumento, pelo relator (art. 557, § 1º). Esse recurso não existia no código anterior;[15]

c) agravo nos próprios autos contra o despacho denegatório do recurso extraordinário e do recurso especial (art. 544, com a redação da Lei nº 12.322, de 09.09.2010).

d) agravo interno contra decisões singulares do relator, nos casos dos arts. 557 e 544, § 4º (redação das Leis nºs 9.756/1998 e 12.322/2010).

525-a. Reclamação

Fora do sistema recursal, mas com possibilidade de produzir efeitos análogos aos do recurso, a Constituição instituiu, no âmbito da competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a figura da *reclamação*, cujo procedimento veio a ser disciplinado pela Lei nº 8.038, de 28.05.1990. Trata-se de remédio processual que, na dicção dos arts. 102, I, *l*, e 105, I, *f*, da Lei Maior, se presta a aparelhar a parte com um mecanismo processual adequado para denunciar àquelas Cortes Superiores atos ou decisões ofensivas à sua competência ou à autoridade de suas decisões (v., adiante, o item nº 576-g).

De início o Supremo Tribunal Federal entendeu que os Estados não poderiam adotar igual expediente por meio de suas Constituições, leis locais ou regimentos internos, uma vez que somente à União cabe legislar sobre processo civil.[16]

Posteriormente, no entanto, houve uma guinada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que qualificou a reclamação não entre os recursos e tampouco entre as ações e incidentes processuais, e a situou "no âmbito do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal". E, assim entendendo, concluiu que sua adoção pelos Estados, por meio de lei local, "não implica invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF)".[17]

Fundamentou-se o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal no argumento de que "a reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de juízo ou outro Tribunal local".

Conclui o aresto do Supremo Tribunal Federal por reconhecer que "a adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais".[18]

Em julgado da 1ª Seção, o Superior Tribunal de Justiça assentou que, para preservar a autoridade e a competência dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais, pode-se recorrer ao instituto da *reclamação*, mesmo sem previsão legal a seu respeito. Trata-se, na ótica do STJ, de "poder implícito dos tribunais". Seu cabimento, no entanto, deve ficar restrito ao necessário para garantir a autoridade de suas decisões em face dos atos de juízes a eles vinculados. Não pode, pois, ser utilizado diante de outros tribunais, nem das autoridades administrativas em geral. Estas, estando de algum modo vinculadas ao processo, haverão de ser compelidas ao cumprimento do julgado, por ato do juiz competente para a respectiva execução, sem depender do remédio extraordinário da reclamação.[19]

Embora admitindo a possibilidade de adoção da reclamação no âmbito de outros tribunais, além do STF e do STJ, o entendimento assentado pelo STF é no sentido de ser imprescindível lei para introduzir o mecanismo processual, ainda que seja lei local. Inadmissível fazê-lo por simples norma de regimento interno.[20]

526. Correição parcial

Por mais completo que seja o sistema recursal do Código, hipóteses haverá em que a parte se sentirá na iminência de sofrer prejuízo, sem que haja um remédio específico para sanar o dano que o juiz causou a seus interesses em litígio.

Por isso, engendrou a praxe forense, encampada por algumas leis locais de organização judiciária e regimentos internos de tribunais, a *correição parcial* ou *reclamação*, como providência assemelhada ao recurso, sempre que o ato do juiz for irrecorrível e puder causar dano irreparável para a parte. Sua natureza é mais disciplinar que processual, embora possa ter reflexos sobre a normalização da marcha tumultuada do processo.[21]

"Trata-se" – como adverte Rogério Lauria Tucci – "de medida *sui generis*, não contemplada na legislação processual civil codificada ou extravagante, cuja finalidade precípua é a de coibir a inversão tumultuária da ordem processual, em virtude de erro, abuso ou omissão do juiz".[22]

Assim, contra os despachos, não permite o Código nenhum recurso (art.

504). Mas, às vezes, um simples despacho pode tumultuar completamente a marcha processual, lesando irreparavelmente os interesses do litigante. Nesses casos, e, em geral, nas omissões do juiz, contra as quais não se pode cogitar de agravo, haverá de ter lugar a correição parcial para eliminar os *errores in procedendo*.[23]

São, pois, pressupostos da *correição parcial*, ou *reclamação*:

a) existência de um ato ou despacho, que contenha erro ou abuso, capaz de tumultuar a marcha normal do processo;

b) o dano, ou a possibilidade de dano irreparável, para a parte;

c) inexistência de recurso para sanar o *error in procedendo*.[24]

As leis de organização judiciária têm atribuído ora ao Conselho Superior da Magistratura, ora aos próprios Tribunais Superiores, a competência para conhecer e julgar as correições parciais ou reclamações. Seu procedimento, outrossim, tem sido o mesmo do agravo de instrumento.

Em Minas Gerais, a regulamentação da correição parcial está contida no art. 11, nº X, do Regimento Interno do Conselho da Magistratura, que assim dispõe: "Compete ao Conselho da Magistratura... proceder, sem prejuízo do andamento do feito e a requerimento dos interessados ou do Ministério Público, a *correições parciais* em autos para emenda de erros ou abusos, quando não haja recurso ordinário, observando-se a forma do processo de agravo de instrumento."

No âmbito da Justiça Federal, segundo a Lei nº 5.010, de 30.05.1966, a correição parcial está inserida na competência do Conselho da Justiça Federal (art. 6º, I), havendo previsão de poderes do relator para, liminarmente, suspender o ato ou despacho impugnado por até trinta dias, "quando de sua execução possa decorrer dano irreparável" (art. 9º).

526-a. A técnica de julgamento dos recursos

O recurso tem um *objeto*, que é o pedido de reforma ou de integração da decisão impugnada. Sua apreciação, pelo órgão revisor, todavia, depende de pressupostos e condicionamentos definidos na lei processual. Cabem ao órgão a que se endereçou o recurso duas ordens de deliberação: *o juízo de admissibilidade* e *o juízo de mérito*.

No juízo de admissibilidade resolvem-se as preliminares relativas ao cabimento, ou não, do recurso interposto. Verifica-se se o recorrente tem legitimidade para recorrer, se o recurso é previsto em lei e se é adequado ao ato atacado, e, finalmente, se foi manejado em tempo hábil, sob forma correta e com

atendimento dos respectivos encargos econômicos. Se a verificação chegar a um resultado positivo, o órgão revisor "conhecerá do recurso". Caso contrário, dele "não conhecerá", ou seja, o recurso será rejeitado, sem exame do pedido de novo julgamento da questão que fora solucionada pelo decisório recorrido. Dá-se a morte do procedimento recursal no estágio das preliminares.

As preliminares, na espécie, apresentam questões *prejudiciais* ao julgamento de mérito, já que este só acontecerá se o recurso for conhecido no juízo de admissibilidade. Superado, com êxito, esse primeiro estágio da apreciação, o julgamento de mérito consistirá em dar ou negar *provimento* ao recurso. Se se confirma o decisório impugnado, nega-se provimento ao recurso. Se se altera o julgamento originário, dá-se provimento ao recurso.

O mérito do recurso, outrossim, não se confunde com o mérito da causa determinado pelo pedido do autor formulado na petição inicial e que envolve sempre uma questão de direito material. No recurso, também, há sempre um pedido – o de novo julgamento, para reformar, anular ou aperfeiçoar a decisão impugnada. Esse pedido – mérito do recurso – pode ou não referir-se a uma questão de direito material. Às vezes a pretensão de invalidação da sentença, formulada pelo recorrente, envolverá questão puramente processual. Seu julgamento, porém, não será de preliminar, mas de mérito, mérito não da causa e sim do recurso. Preliminares do recurso são apenas as questões que antecedem a apreciação do pedido contido no próprio recurso, são as que se localizam no juízo de admissibilidade.

O julgamento de mérito, no juízo recursal, pode ser, ainda, de acolhida total ou parcial da impugnação. Vale dizer: o órgão revisor pode manter ou reformar toda a decisão recorrida, ou pode limitar-se a modificá-la em parte.

Salvo em caso de não conhecimento do recurso, o acórdão que o julga *substitui* o decisório impugnado, nos limites da impugnação (art. 512). Ao substituí-lo, acarreta praticamente sua cassação, até mesmo quando o confirma (ou mantém), pois o novo julgamento ocupa no processo, para todos os efeitos, o lugar da sentença ou acórdão que tiver sido objeto do recurso.[25]

526-b. *Reformatio in pejus*

O Código de Processo Civil anterior continha regra expressa vedando a reforma da decisão recorrida para piorar a situação jurídica do recorrente, sem que a outra parte também tivesse recorrido. O Código atual não reproduziu a norma, mas o preceito continua vigente por força de princípio inerente ao

sistema estrutural do processo de prestação jurisdicional.

Com efeito, não se admite a prestação jurisdicional de ofício, e ao juiz só é dado realizá-la mediante provocação da parte e nos limites do que for por ela postulado (art. 2º). No julgamento do recurso, destarte, pode-se acolher ou não o pedido de reforma formulado pelo recorrente, mas não se tolera que a pretexto de reexame da decisão impugnada se lhe possa impor um gravame maior do que o constante da decisão reexaminada, e que não tenha sido objeto, também, de recurso do adversário do recorrente.

Valer-se do recurso para agravar a situação do recorrente importa, em outros termos, decidir *extra* ou *ultra petita*, atuar jurisdicionalmente de ofício, e violar a coisa julgada ou a preclusão, no tocante àquilo que se tornou definitivo para a parte que não recorreu.

§ 81. PRINCÍPIOS GERAIS DOS RECURSOS

Sumário: 527. Duplo grau de jurisdição. 528. Legitimação para recorrer. 528-a. Particularidades do recurso de terceiro. 529. Legitimidade do Ministério Público para recorrer. 530. Pressupostos objetivos do recurso. 531. Recorribilidade da decisão. 532. Tempestividade. 532-a. Recurso interposto antes da publicação do julgado. 532-b. Recurso interposto antes do julgamento de embargos de declaração pendentes. 533. Casos especiais de interrupcão do prazo de recurso. 534. Singularidade do recurso. 535. Adequação e fungibilidade dos recursos. 536. Preparo. 537. Motivação e forma. 537-a. Efeitos do recurso. 537-b. Efeito substitutivo. 538. Renúncia e desistência em matéria de recursos. 539. Aceitação expressa ou tácita da sentença. 540. Recurso adesivo. 540-a. Julgamento singular e coletivo do recurso em segundo grau. 540-b. A recorribilidade necessária da decisão singular do relator.

527. Duplo grau de jurisdição

O instituto do recurso vem sempre correlacionado com o princípio do duplo grau de jurisdição, que consiste na possibilidade de submeter-se a lide a exames sucessivos, por juízes diferentes, "como garantia da boa solução".[26]

Embora inexista texto expresso na Constituição, a doutrina ensina que o duplo grau de jurisdição está ínsito em nosso sistema constitucional.[27] Lembra, outrossim, Amaral Santos que "a possibilidade do reexame recomenda ao juiz inferior maior cuidado na elaboração da sentença e o estímulo ao aprimoramento de suas aptidões funcionais, como título para uma ascensão nos quadros da magistratura. O órgão de grau superior, pela sua maior experiência, se acha mais habilitado para reexaminar a causa e apreciar a sentença anterior, a qual, por sua vez, funciona como elemento de freio à nova decisão que se vier a proferir".[28]

Com a evolução, operada pelo Estado Democrático de Direito, do devido processo legal para o *processo justo*, a concepção do contraditório dinâmico e efetivo se ampliou para incluir em seu alcance subjetivo não só as partes, mas todos os sujeitos do processo, inclusive o juiz. Nessa perspectiva, o diálogo processual coloca no mesmo nível partes e juiz, de modo a criar um clima de cooperação no qual os litigantes assumem condição de influir, de forma concreta, na formação do provimento jurisdicional. O julgamento da causa, portanto, não pode deixar de considerar as alegações relevantes das partes e, sob

pena de nulidade, não lhe será lícito omitir na resposta adequada às arguições de fato e de direito levantadas regularmente por meio das referidas alegações. A consequência desse contraditório democrático é que o diálogo processual não pode encerrar-se no provimento do primeiro grau de jurisdição. Se assim fosse, as partes não teriam como assegurar sua efetiva participação na formação do ato decisório. O julgamento em instância única deixaria incólume a sentença afrontosa ao contraditório. Indispensável, portanto, se torna o acesso da parte prejudicada ao tribunal para demonstrar a ilegalidade do julgado abusivo pronunciado no primeiro grau de jurisdição.

No processo justo, como é fácil de concluir, o duplo grau de jurisdição não é algo de que o legislador ordinário possa descartar. Insere-se, ao contrário, na garantia do contraditório, erigido em direito fundamental pelo moderno Estado Democrático de Direito [29].

Sobre as maiores dimensões do princípio do duplo grau de jurisdição, no processo assegurado como direito fundamental pelo Estado Democrático de Direito, ver o item 25, *retro*.

528. Legitimação para recorrer

A lei confere legitimidade para interpor recurso à *parte* do processo em que a decisão foi proferida, ao representante do *Ministério Público*, quando atua no feito (ou nele pode atuar) e ao *terceiro prejudicado*, por efeito reflexo do decisório (art. 499).

A legitimidade para recorrer decorre ordinariamente da posição que o inconformado já ocupava como sujeito da relação processual em que se proferiu o julgamento a impugnar. A lei, no entanto, prevê, em determinadas circunstâncias, legitimação recursal extraordinária para quem não seja parte, como o Ministério Público e o terceiro prejudicado (art. 499). As condições de procedibilidade na via recursal não se resumem, todavia, apenas à legitimidade.

Também para recorrer se exige a condição do interesse, tal como se dá com a propositura da ação. “O que justifica o recurso é o prejuízo, ou gravame, que a parte sofreu com a sentença.”[30] O interesse, porém, não se restringe à necessidade do recurso para impedir o prejuízo ou gravame; compreende também a sua utilidade para atingir o objetivo visado pelo recorrente. Dessa maneira, o recurso manifestado tem de apresentar-se como *necessário* e *adequado*, na situação concreta do processo, para ser admitido.

Só o vencido, no todo ou em parte, tem, em regra, interesse para interpor

recurso (art. 499). Apenas no caso particular de embargos de declaração, a lei dispensa a sucumbência para definir o interesse em recorrer, porque não se trata de um recurso de reforma ou invalidação, mas de aperfeiçoamento do julgado, e ambas as partes, indistintamente, têm direito a uma decisão clara, precisa e completa.[31] Pode ocorrer sucumbência recíproca: então ambas as partes serão legitimadas para recorrer. Interessante, é, outrossim, a situação do litisconsórcio unitário, onde, havendo sucumbência, qualquer dos litisconsortes poderá interpor recurso separadamente; e, "devendo ser uniforme a decisão para os litisconsortes, o recurso interposto por um deles a todos aproveita – art. 509 do CPC".[32]

Ressalte-se que inconformidade com a fundamentação da sentença não é, por si só, causa para recurso, se a parte saiu vencedora, isto é, não teve o pedido repelido, total ou parcialmente. Só a sucumbência na ação é que justifica o recurso, não a diversidade dos fundamentos pelos quais foi essa mesma ação acolhida.[33] Embora a condição de vencido sempre legitime o recurso, reconhece a boa doutrina que, mesmo vencedor, o litigante pode excepcionalmente ter interesse na revisão da decisão que o favoreceu. É o caso em que a possível solução da causa tenha condições de proporcionar-lhe "*melhor situação*" do que aquela adotada no julgamento. Segundo Barbosa Moreira, quando for viável a otimização da composição do conflito, deve-se reconhecer ao vencedor o interesse em recorrer, sem embargo de não ter sido a parte vencida.[34] São exemplos de tal situação: a acolhida de um dos pedidos sucessivos que não seja o mais interessante para o autor vencedor; ou o julgamento de improcedência do pedido por falta de prova, nos casos em que a lei não admita a formação de coisa julgada material na espécie; o interesse do réu vencedor pode residir na tentativa de alcançar uma sentença que mantenha a improcedência do pedido, mas que o faça com julgamento de mérito.[35]

Embora não seja vencido, por não ser parte no processo, o terceiro pode vir a sofrer prejuízo em decorrência da sentença. Isto se dá quando ocorre "o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial" (art. 499, § 1º).

Para que o terceiro interfira no processo através de recurso, é necessário demonstrar, portanto, uma relação jurídica com o vencido que sofra prejuízo, em decorrência da sentença. Seu interesse para recorrer "seria resultante do nexo entre as duas relações jurídicas: de um lado, a que é objeto do processo, e, de outro, a de que é titular, ou de que se diz titular o terceiro".[36] Como exemplo pode ser citado o interesse do locatário frente à sentença que resolve o domínio

do locador.

528-a. Particularidades do recurso de terceiro

O recurso do terceiro interessado apresenta-se como forma ou modalidade de "intervenção de terceiro" na fase recursal. Equivale à assistência, para todos os efeitos, inclusive de competência.

Na lição de Liebman, seguida por nosso Código, "são legitimados a recorrer apenas os terceiros que teriam podido intervir como assistentes", ou seja, aqueles que mantenham uma relação jurídica com a parte assistida, e que possam sofrer prejuízo em decorrência do resultado adverso da causa (arts. 50 e 499, § 1º).

Como interveniente, apenas para coadjuvar a parte assistida, o terceiro que recorre no processo alheio não pode defender direito próprio que exclua o direito dos litigantes. Isto só é possível através da ação de *oposição* (art. 56).

O recurso do terceiro, portanto, há de ser com o fito de defender a parte sucumbente, tão apenas.[37] O advogado, porém, tendo direito autônomo a executar a verba sucumbencial de honorários, pode recorrer em defesa de interesse próprio, das decisões relativas ao tema. Atuará, na condição de "terceiro interessado", mesmo quando a execução da sentença for promovida pelo "credor principal" (a parte)[38].

O prazo do terceiro, para recorrer, é o mesmo da parte a que ele assiste, muito embora não tenha o assistente, *in casu*, recebido qualquer intimação da decisão. O *dies a quo*, portanto, fixa-se pela data da intimação da parte assistida. Sobre o tema, deve-se consultar, também, o nº 130-b, *retro*.

529. Legitimidade do Ministério Público para recorrer

O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte como naqueles em que oficiou como fiscal da lei (art. 499, § 2º).

O atual Código, como se vê, eliminou a controvérsia quanto à admissibilidade do recurso do Ministério Público também nos casos em que funciona como *custos legis*.[39]

"Recorrendo (...), assume o Ministério Público, no procedimento recursal, a condição de parte, com iguais 'poderes e ônus', à semelhança do que ocorre quando exerce o direito de ação (art. 81), salvo regra especial – *v.g.*, a que dispensa de preparo os recursos por ele interpostos (art. 511, § 1º)."[40]

530. Pressupostos objetivos do recurso

Subordina-se a admissibilidade do recurso a determinados requisitos ou pressupostos. *Subjetivamente*, estes requisitos dizem respeito às pessoas legitimadas a recorrer. *Objetivamente*, são pressupostos do recurso: *a)* a recorribilidade da decisão; *b)* a tempestividade do recurso; *c)* a singularidade do recurso; *d)* a adequação do recurso; *e)* o preparo; *f)* a motivação; *g)* a forma.

531. Recorribilidade da decisão

Já ficou demonstrado anteriormente que nem todo ato decisório admite recurso. Dos atos do juiz, desafiam recurso as sentenças e as decisões. Nenhum recurso será interposto dos despachos (art. 504).

532. Tempestividade

Esgotado o prazo estipulado pela lei, torna-se precluso o direito de recorrer. Trata-se de prazo peremptório, insuscetível, por isso, de dilação convencional pelas partes (art. 182). Pode, todavia, haver suspensão ou interrupção do prazo de recursos nos casos expressamente previstos nos arts. 179 e 180 (obstáculos criados pela parte contrária, férias forenses etc.) e ainda nas hipóteses do art. 507.

De acordo com o texto anterior do art. 508, o prazo de 15 dias era a regra geral para a interposição dos recursos. Como, todavia, há várias exceções, a Lei nº 8.950, de 13.12.1994, alterou o enunciado do dispositivo do Código para indicar expressamente quais são os recursos que se podem interpor em 15 dias: apelação, embargos infringentes, recurso ordinário, recurso especial e recurso extraordinário. Outros recursos como o agravo e os embargos declaratórios sujeitam-se a prazos menores.

Assim, cada espécie de recurso tem um prazo próprio, que é idêntico e comum para ambas as partes. Por exceção, concede-se à Fazenda Pública e ao Ministério Público o prazo em dobro para recorrer (art. 188).

Haverá também contagem em dobro do prazo, quando houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado (art. 191).

O prazo para interpor recurso começa a correr da intimação da sentença, que se verifica, conforme o art. 506:

a) pela leitura da sentença em audiência;

b) pela intimação direta dos representantes processuais dos litigantes, no caso de sentença não proferida em audiência;

c) pela publicação do dispositivo[41] do acórdão no órgão oficial, quando se tratar de decisões de tribunais.[42]

A tempestividade do recurso, em regra, conta-se com base no protocolo do juízo, segundo a norma de organização judiciária, conforme determina o parágrafo único do art. 506. O agravo de instrumento, todavia, goza de regime próprio, já que sua interposição não se dá por via do juízo da causa, mas ocorre diretamente no tribunal de segundo grau. É no § 2º do art. 525 que se notam as peculiaridades do procedimento intimatório e da apuração da tempestividade do agravo de instrumento. A alteração do parágrafo único do art. 506, promovida pela Lei nº 11.276/2006, ressalta essa especificidade.

Para o revel que não tenha advogado nos autos, correrão todos os prazos, independentemente de intimação (art. 322), inclusive os de recurso,[43] salvo se após a caracterização da revelia tenha cessado a contumácia.[44] Como não há intimação do revel, o prazo para recurso, em relação a ele, correrá da publicação da sentença ou decisão. Não se leva em conta, porém, a publicação feita pelo *Diário Oficial*, pois esta tem a função de intimar a parte do ato judicial. A publicação que determina a fluência do prazo para o revel é aquela que ocorre internamente, ou seja, dentro dos autos, pelo ato do escrivão que junta o decisório ou que lavra a ata de leitura da sentença, quando esta é pronunciada em audiência.[45] É ao escrivão que compete a documentação dos atos processuais, de maneira que é ele o órgão que tem poder para integrar o decisório ao processo e certificar a ocorrência. A intimação pela imprensa, ou por qualquer outra forma prevista em lei, pressupõe que o ato decisório já tenha sido previamente publicado, no processo, pelo escrivão.

Os prazos de recursos, conforme a redação original do art. 508, deveriam correr em cartório, o que se interpretava como impossibilidade à retirada dos autos pelos advogados.

No entanto, como advertia Luís Antônio de Andrade, estando a fluir o prazo apenas quanto a uma das partes, não fazia sentido obrigar o advogado a interpor o recurso, ou contra-arrazoá-lo, em cartório, onde, além da falta de acomodações próprias, não há livros de legislação, doutrina e jurisprudência a consultar. Não julgava, outrossim, compreensível sujeitar-se o causídico a copiar peças do processo, para, em casa ou no escritório, elaborar seus arrazoados.

Os justos protestos da doutrina foram acolhidos pelo legislador, que, através da Lei nº 6.314, de 16.12.75, modificou o texto do art. 508 do Código para

excluir a limitação “correm em cartório”.

Agora, só não podem ser retirados os autos do Cartório se ambas as partes forem sucumbentes, porque, então, o prazo de recurso será comum.

Mas, se o vencido for apenas um dos litigantes, nenhum óbice existe mais à retirada dos autos, quer para interposição do recurso, quer para contra-arrazoá-lo.[46]

O vencimento do prazo, todavia, ocorre em cartório, de sorte que, “se a petição é despachada pelo juiz dentro do prazo legal, mas sua apresentação em cartório se dá depois de esgotado o prazo, o recurso é intempestivo”. Por outro lado, se a entrega em cartório foi dentro do prazo legal, pouco importa se o despacho do juiz foi após o seu vencimento (art. 506, parág. único, com a redação da Lei nº 8.950, de 13.12.1994).[47]

Sobre as peculiaridades do recurso interposto por uma parte antes dos embargos de declaração manejados pela outra, consultar o nº 561, adiante.

A situação pode se complicar quando uma parte interpõe o recurso principal e a outra, paralelamente, maneja os embargos de declaração. Se estes foram rejeitados, nenhum prejuízo sofrerá o recurso principal. Sendo, porém, acolhidos os embargos, nova decisão existirá nos autos, de modo que aquela, objeto de recurso, terá sido substituída ou modificada. Assim, o recurso anterior aos embargos não poderá ser processado sem que o recorrente o adapte e ratifique.[48]

532-a. Recurso interposto antes da publicação do julgado

O prazo do recurso corre no interesse do recorrente, pois destina-se a assegurar a oportunidade à parte de impugnar a decisão que lhe é desfavorável. A seu termo final, por efeito preclusivo, extingue-se o direito de recorrer. Conta-se, dito prazo, que é peremptório, a partir da *intimação* feita ao advogado da parte vencida (art. 242).

Que ocorre se o sucumbente não aguarda a intimação e se antecipa, ajuizando o recurso tão logo toma conhecimento do julgado? Poder-se-ia pensar que antes da intimação o prazo ainda não começou a fluir e, assim, o recurso prematuro estaria fora do prazo, não merecendo apreciação pelo Tribunal. Aquém ou além do prazo, dar-se-ia a mesma coisa, ou seja, o recurso seria intempestivo.[49]

Acontece, porém, que é tranquilo o entendimento jurisprudencial de que a ciência inequívoca do decisório é suficiente para deflagrar o curso do prazo recursal, tornando despicienda a intimação da parte.[50] Ora, se o conhecimento

inequívoco da parte supre a intimação, claro é que, recorrendo antes que esta se dê, o advogado da parte está oficialmente dando-se por ciente do decisório e, dessa maneira, suprido resta o ato intimatório. Praticam-se e justificam-se os atos processuais segundo sua finalidade. O prazo para recorrer não pode ser interpretado e aplicado fora de sua destinação legal, que é a de permitir a impugnação da parte vencida. O importante não é o prazo em si, mas o efeito que por seu intermédio se busca alcançar. Se esse objetivo – a impugnação do ato judicial – pode acontecer até o último dia do prazo, nada impede que seja alcançado mais rapidamente, antes mesmo de o prazo começar a fluir; o essencial, *in casu*, não é a intimação ou publicação, mas a ciência que a parte efetivamente tenha do julgado. Tanto que o STF decide que a retirada dos autos do cartório pelo advogado da parte recorrente importa inequívoca ciência da decisão, *equivalendo à intimação*, para contagem do prazo recursal.[51] Não se pode, para o mesmo fenômeno, adotar duas orientações antagônicas: a de contar o prazo a partir da ciência inequívoca e a de considerar intempestivo o recurso interposto a partir da ciência inequívoca, enquanto não intimada a parte. É que, na verdade, ela já está intimada desde o momento em que apresenta em juízo o recurso.

Não é razoável a interpretação que conduz à intempestividade do recurso prematuro, nem se harmoniza com a moderna visão de instrumentalidade e economia processual que domina o processo civil, no campo do acesso à Justiça. Benemérita de aplausos, portanto, a orientação adotada pela 2ª Turma do STJ: "Em nome da modernidade, tendo em vista a possibilidade de acompanhamento dos andamentos processuais via *internet*, reconsidera-se a decisão que não conheceu de embargos de declaração interpostos antes da publicação do acórdão embargado, afastando-se as decisões desta Corte no sentido de considerar intempestivo o recurso."[52] Acabou dito entendimento sendo consagrado pela 1ª Seção[53] e pela Corte Especial[54] do STJ. Também o STF já reconheceu a necessidade de *flexibilizar* seu antigo posicionamento contrário à admissibilidade do recurso "prematuro",[55] para conhecer daquele interposto independentemente da respectiva intimação, sempre que a parte tenha tido efetivo conhecimento do teor do julgado antes de sua publicação oficial.[56]

Se se entende que o Tribunal não deve dar sequência à marcha processual sem a regular publicação de seu acórdão, o caso não é de declarar intempestivo o recurso, mas apenas de dar-lhe processamento logo após a divulgação do aresto recorrido. Recurso prematuro, de maneira alguma, há de ser equiparado a recurso intempestivo.[57] São situações completamente heterogêneas, que não se

podem tratar como iguais, sob pena de desprezar a funcionalidade do processo moderno e comprometer o princípio do *processo justo*, ideal máximo em que se traduz a garantia fundamental do *due process of law*.[58]

532-b. Recurso interposto antes do julgamento de embargos de declaração pendentes

Uma situação frequente no foro é a interposição do recurso principal paralelamente aos embargos de declaração quase sempre porque uma parte, quando recorre, ignora que a outra já havia lançado mão dos declaratórios. A jurisprudência do STJ costuma afirmar, em princípio, que "é prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal".[59]

De fato, devendo o julgado dos embargos integrar o decisório embargado, inclusive, com argumentos novos e até com eventual modificação de suas conclusões, não se mostra conveniente considerar oportuno o recurso principal voltado contra um julgado ainda não estabilizado no juízo de origem. Daí a recomendação rotineira de que a parte que recorre antes dos embargos proceda à respectiva ratificação depois do julgamento destes.

Mas uma coisa é a utilidade da ratificação outra é a desconsideração total do recurso apenas porque precedeu aos embargos. Se, *in concreto*, nada se alterou no acórdão primitivo, razão não haverá para despir de eficácia o recurso interposto por quem nem mesmo conhecimento tinha dos embargos da outra parte. É melhor que o problema seja examinado caso a caso, para que não se anule ato que nenhum prejuízo acarretou ao adversário, e muito menos ao Judiciário. Afinal, o processo moderno é infenso às nulidades estéreis e aos formalismos injustificáveis.

O ato processual é avaliado, pelos seus objetivos e sua validade é sempre preservada se os seus fins são atingidos (ver adiante, o item nº 561).

533. Casos especiais de interrupção do prazo de recurso

O art. 507 dispõe que, "se durante o prazo para a interposição 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".

Ocorre suspensão quando o curso do prazo sofre paralisação temporária, mas sem prejuízo do lapso já vencido. Verifica-se a interrupção quando, vencido o obstáculo, o prazo reinicia a correr por inteiro.

São casos de suspensão do prazo recursal os dos arts. 179 (férias) e 180 (obstáculo criado pela parte contrária), entre outros. Há, também, o obstáculo judicial, não mencionado pelo Código, mas que evidentemente suspende o prazo de recurso.

Os casos do art. 507 são típicos de interrupção, de maneira que, após os fatos ali mencionados, se reinicia a contagem integral do prazo de recurso.

Para ter a eficácia interruptiva, é indispensável que o fato ocorra dentro do prazo de recurso. O interessado deverá provar, nos autos, a verificação do fato, para que o juiz admita a interrupção, restituindo-lhe o prazo que voltará a fluir a partir da intimação da decisão.

A devolução do prazo será requerida pela parte logo ao término do empecilho à prática do ato desejado. Não existindo prazo especial na lei para esse requerimento, aplica-se o disposto na regra geral do art. 185, de sorte que, no máximo até cinco dias do evento, terá de ser requerida a reabertura do prazo, sob pena de preclusão. Ocorre, também, interrupção do prazo de recurso quando qualquer das partes, em tempo hábil, manifesta embargos de declaração (art. 538).

534. Singularidade do recurso

Pelo princípio da unirrecorribilidade dá-se a impossibilidade da interposição simultânea de mais de um recurso. O Código anterior era expresso quanto a essa vedação (art. 809). O atual não o consagra explicitamente, mas "o princípio subsiste, implícito".[60]

No caso excepcional dos embargos de declaração, pode ocorrer o duplo recurso contra uma só decisão. Mas, na realidade, os recursos serão sucessivos, porque o primeiro interrompe o prazo da apelação (art. 538), e terão objetivos diversos.

Na previsão de interposição simultânea de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão (art. 541), há apenas uma aparente quebra do princípio da unirrecorribilidade, haja vista que cada um deles ataca partes distintas do decisório impugnado. Primeiro será julgado o especial e, somente quando o acórdão do STJ não se tornar prejudicial para o

extraordinário, é que o último recurso subirá ao STF (art. 543, § 1º).

535. Adequação e fungibilidade dos recursos

Há um recurso próprio para cada espécie de decisão. Diz-se, por isso, que o recurso é cabível, próprio ou adequado quando corresponda à previsão legal para a espécie de decisão impugnada.

Quem quiser recorrer "há de usar a figura recursal apontada pela lei para o caso; não pode substituí-la por figura diversa".[61] Em face do princípio da adequação, não basta que a parte diga que quer recorrer, mas deve interpor em termos o recurso que pretende.[62]

O Código Buzaid não reproduziu o dispositivo do art. 810 do Estatuto anterior (princípio da fungibilidade dos recursos), que facultava a conversão de um recurso em outro, no caso de equívoco da parte, desde que não houvesse "erro grosseiro".[63]

O sistema geral da vigente lei processual não repugna o princípio da fungibilidade, de sorte que do seu silêncio não se deve deduzir o respectivo veto.[64]

O principal argumento em prol da convivência da fungibilidade recursal, com o sistema do processo civil atual, vem da constatação de que o erro na escolha do recurso resume-se, mormente quando se passa entre os recursos ordinários, em erro de forma, e para o Código a infração às prescrições da espécie não gera invalidade do ato, a não ser quando a própria lei comine a sanção de nulidade (art. 244).[65]

Três são os requisitos que a jurisprudência ordinariamente reclama para que o recurso inadequadamente interposto seja conhecido e apreciado como o adequado: (i) ausência de má-fé do recorrente; (ii) inexistência de erro grosseiro; (iii) interposição do recurso em tempo útil para o recurso adequado.[66] No entanto, a ausência de má-fé e de erro grosseiro resume-se a uma mesma situação concreta, qual seja, a manifestação do recorrente não pode ir contra disposição legal clara, seja por malícia ou ignorância da parte. O equívoco há de ser justificado por uma *dúvida objetiva* configurada no momento da interposição recursal, que poderá decorrer de divergência doutrinária ou jurisprudencial; de equívoco do juiz, que proferiu decisão diversa da que lhe competia (ex.: decisão interlocutória quando o caso era de sentença), ou de imprecisão da disposição de lei acerca do recurso a interpor.[67]

Também, não se mostra razoável exigir, para a fungibilidade, que o recurso

impróprio seja manejado no prazo do recurso próprio, visto que, a prevalecer tal requisito, na verdade, não se estaria substituindo um recurso pelo outro, mas apenas admitindo a superação de uma denominação imprópria para o único e adequado recurso. Não ocorreria fungibilidade alguma, portanto. Se dúvida objetiva justificou a interposição de um recurso por outro, a tempestividade haverá de ser aferida pelo regime daquele remédio efetivamente utilizado.[68]

Disso decorre que, na realidade, um único requisito se deve exigir para incidência do princípio da fungibilidade em matéria de recurso: o da *dúvida objetiva e fundada*, como, aliás, se pode notar em acórdãos recentes do STJ.[69]

536. Preparo

Consiste o preparo no pagamento, na época certa, das despesas processuais correspondentes ao processamento do recurso interposto, que compreenderão, além das custas (quando exigíveis), os gastos do porte de remessa e de retorno se se fizer necessário o deslocamento dos autos (art. 511, *caput*).

A falta de preparo gera a deserção, que importa trancamento do recurso, presumindo a lei que o recorrente tenha desistido do respectivo julgamento (arts. 511, *caput*, 519, 527, I, e 545). Se o preparo for feito a menor, não se decretará de imediato a deserção. O recorrente será sempre intimado a completá-lo em cinco dias e somente no caso de não fazê-lo é que será trancado o recurso (art. 511, § 2º).[70]

São dispensados de preparo alguns recursos: *a)* embargos de declaração (art. 536); *b)* embargos infringentes (art. 533, a partir da Lei nº 8.950, de 13.12.1994);[71] *c)* todos os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela Fazenda Nacional, Estadual e Municipal e pelas respectivas autarquias (art. 511, § 1º); *d)* o agravo retido (art. 522, parágrafo único); e *e)* todos os recursos interpostos pelos que gozam de isenção legal, como os que litigam sob o amparo da assistência judiciária (art. 511, § 1º, e Lei nº 1.060/50).[72]

De acordo com a nova redação do art. 511, dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994, o preparo dos recursos deve ser feito previamente, juntando o recorrente o respectivo comprovante à petição recursal.[73]

Entende a jurisprudência predominante do STJ que a parte não pode preparar o recurso depois da sua interposição, nem mesmo quando esta houver se dado antes do esgotamento do prazo legal para recorrer[74] (ver item 545).

537. Motivação e forma

Constitui, ainda, pressuposto do recurso a motivação, pois "recurso interposto sem motivação constitui pedido inepto". Daí estar expressa essa exigência no tocante à apelação (art. 514, II), ao agravo de instrumento (art. 524, nos I e II), aos embargos de declaração (art. 536), recurso extraordinário e ao especial (art. 541, no III), e implícita no que tange aos embargos infringentes (art. 531). Disse muito bem Seabra Fagundes que, se o recorrente não dá "as razões do pedido de novo julgamento, não se conhece do recurso por formulado sem um dos requisitos essenciais".[75]

É que sem explicitar os motivos da impugnação, o Tribunal não tem sobre o que decidir e a parte contrária não terá de que se defender. Por isso é que todo pedido, seja inicial seja recursal, é sempre apreciado, discutido e solucionado a partir da causa de pedir (isto é, de sua motivação).[76]

Finalmente, para ser admitido e conhecido, o recurso há de ser proposto sob a forma preconizada em lei.

Se, por exemplo, se exige que o recurso seja formulado por petição, não é admissível sua interposição por termo nos autos, ou mediante simples cota no processo.[77]

537-a. Efeitos do recurso

Os recursos podem ter, em princípio, dois efeitos básicos: o devolutivo e o suspensivo. Pelo primeiro, reabre-se a oportunidade de reapreciar e novamente julgar questão já decidida; e, pelo segundo, impede-se ao decisório impugnado produzir seus naturais efeitos enquanto não solucionado o recurso interposto.

Em regra, nenhuma questão, depois de solucionada em juízo, pode ser novamente decidida, porque se forma em torno do pronunciamento jurisdicional a preclusão *pro iudicato* (art. 471, *caput*), requisito necessário a que o processo caminhe sempre para frente, sem retrocesso, rumo à solução do litígio. O mecanismo dos recursos, porém, tem sempre a força de impedir a imediata ocorrência da preclusão e, assim, pelo efeito devolutivo, inerente ao sistema, dá-se o restabelecimento do poder de apreciar a mesma questão, pelo mesmo órgão judicial que a decidiu ou por outro hierarquicamente superior. Não se pode, logicamente, conceber um recurso que não restabeleça, no todo ou em parte, a possibilidade de rejulgamento. E nisso consiste o denominado *efeito devolutivo* dos recursos.

Já o efeito suspensivo (impedimento da imediata execução do decisório impugnado) pode ser afastado, em determinados casos, por não ser sempre

essencial ao fim colimado pelos recursos. De maneira geral, os atos de execução só devem ocorrer depois que a decisão se tornar firme (coisa julgada ou preclusão *pro iudicato*), por exigência mesma do princípio do devido processo legal. Enquanto não se esgotam os meios de debate e defesa, enquanto não se exaure o contraditório, não está o Poder Judiciário autorizado a invadir o patrimônio da parte (CF, art. 5º, LIV e LV). Há casos excepcionais, contudo, em que a boa realização da Justiça exige efetivação, de imediato, das medidas deliberadas em juízo. É para tanto que a lei abre exceção ao natural efeito suspensivo e dispõe que alguns recursos, em algumas situações, não devem ser recebidos nos dois efeitos, mas apenas no devolutivo (ex.: arts. 497 e 520).

Enfim, a regra geral é que todo recurso tenha o duplo efeito e que só será privado da suspensividade quando houver previsão legal expressa a respeito. Omissa a regulamentação a respeito do tema, o recurso terá de produzir a natural eficácia suspensiva, regra que, no silêncio da lei, se aplica, por exemplo, aos embargos infringentes e aos de declaração.[78]

537-b. Efeito substitutivo

A par dos efeitos devolutivo e suspensivo, um outro efeito – o substitutivo – é atribuído pelo art. 512 a todos os recursos. Consiste ele na força do julgamento de qualquer recurso de substituir, para todos os efeitos, a decisão recorrida, nos limites da impugnação. Trata-se de um derivativo do efeito devolutivo. Se ao órgão *ad quem* é dado reexaminar e redecidir a matéria cogitada no decisório impugnado, torna-se necessário que somente um julgamento a seu respeito prevaleça no processo. A última decisão, portanto, isto é, a do recurso, é que prevalecerá.

Para que a substituição ocorra, todavia, hão de ser observados alguns requisitos: a) o recurso deverá ter sido conhecido e julgado pelo mérito; se o caso for de não admissão do recurso, por questão preliminar, ou se o julgamento for de anulação do julgado recorrido, não haverá como o decidido no recurso substituir a decisão originária; b) deverá o novo julgamento compreender todo o tema que foi objeto da decisão recorrida; se a impugnação tiver sido parcial, a substituição operará nos limites da devolução apenas.

É irrelevante, *in casu*, que o recurso julgado pelo mérito tenha sido provido ou improvido. Em qualquer caso (até mesmo quando de fato resulte "confirmada" a decisão recorrida), o decidido na instância recursal é que prevalecerá e que irá fazer coisa julgada.

É possível, outrossim, que a mesma matéria seja objeto de sucessivas impugnações recursais no mesmo processo. Ocorrendo tal, cada julgamento substitui o precedente e apenas o último prevalece para operar a coisa julgada e para submeter-se a eventual rescisória.

538. Renúncia e desistência em matéria de recursos

Dá-se a *desistência* quando, já interposto o recurso, a parte manifesta a vontade de que não seja ele submetido a julgamento. Vale por revogação da interposição.[79] A desistência, que é exercitável a qualquer tempo, não depende de anuência do recorrido ou dos litisconsortes (art. 501).

Ocorre a *renúncia* quando a parte vencida abre mão previamente do seu direito de recorrer.[80] A desistência é posterior à interposição do recurso. A renúncia é prévia.

O Código Buzaid, no art. 502, contém dispositivo novo, não cogitado pelo estatuto revogado. Ficou ali estatuído que a renúncia ao direito de recorrer, da mesma forma que a desistência do recurso já interposto, independe da aceitação da outra parte, ou do litisconsorte.

Há duas espécies de renúncia ao direito de recurso: *a)* a *tácita*, que decorre da simples decadência do prazo recursal; *b)* a *expressa*, que se traduz em manifestação de vontade da parte.

É da segunda que cogita o art. 502, admitindo-a, independentemente da anuência da parte contrária, ou do litisconsorte, por se tratar de ato unilateral.

A renúncia pode manifestar-se em petição, ou mesmo oralmente na audiência. A lei não exige forma especial. A desistência deve ser pedida em petição. O advogado, para renunciar ao recurso, ou dele desistir, depende, naturalmente, de poderes especiais.

Não há necessidade de homologação judicial, em face do disposto no art. 158, *caput*.

Da desistência do recurso ou da renúncia ao direito de interpô-lo, decorre o trânsito em julgado da sentença. Fica, todavia, assegurado o direito ao renunciante ou desistente de valer-se do recurso adesivo, caso venha a outra parte a recorrer após a renúncia ou desistência.[81]

Finalmente, havendo desistência do recurso principal, torna-se insubsistente o recurso adesivo.[82] *Accessorium sequitur principale*.

539. Aceitação expressa ou tácita da sentença

No art. 503, o Código de 1973 esposou princípio que a doutrina já consagrava: a renúncia ao direito de recorrer implicitamente contida na aceitação da sentença.

Admite o Código vigente que fica impedido de recorrer "a parte que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão". Dessa maneira, após a aceitação, a parte que a praticou "não poderá recorrer",[83] nem de forma principal, nem de forma adesiva.[84]

É *expressa* a aceitação que se traduz em manifestação dirigida ao juiz da causa, ou à parte contrária, diretamente.[85] "Considera-se aceitação *tácita* a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer" (art. 503, parágrafo único).

"Desde que o exercício da pretensão de recorrer e o ato da parte são incompatíveis, houve renúncia."[86] É o que se dá, por exemplo, com a execução voluntária da sentença ainda não transitada em julgado.

O terceiro interessado também pode renunciar, tácita ou expressamente, ao direito de recorrer, nas mesmas circunstâncias do vencido.

"Tal qual a desistência do recurso e a renúncia ao direito de recorrer, e pelas mesmas razões a aceitação da decisão é ato unilateral independente do assentimento da parte contrária. Tampouco há que cogitar da lavratura de termo ou de homologação judicial (art. 158)."[87]

Com a aceitação expressa ou tácita, extingue-se o direito de recorrer e, inexistindo outros obstáculos, dá-se o imediato trânsito em julgado da sentença.

540. Recurso adesivo

Trata-se de novidade do Código de 1973, criada por inspiração do direito português e do direito alemão, principalmente.

Aplica-se exclusivamente no caso de sucumbência recíproca (art. 500)[88] É comum, em tais circunstâncias, uma das partes conformar-se com a decisão no pressuposto de que igual conduta será observada pelo adversário. Como, no entanto, o prazo de recurso é comum, pode uma delas vir a ser surpreendida por recurso da outra no último instante.

Para obviar tais inconvenientes, admite o Código que o recorrido faça sua adesão ao recurso da parte contrária, após vencido o prazo adequado para o recurso próprio.

O prazo para a interposição do recurso adesivo é o mesmo de que a parte dispõe para responder ao recurso principal (art. 500, I, com a redação da Lei nº

8.950, de 13.12.1994).

Só tem cabimento na apelação, nos embargos infringentes, e no recurso especial e no recurso extraordinário (art. 500, nº II).

A Fazenda Pública também pode interpor recurso adesivo, quando a parte contrária interpuser recurso principal.

Havendo sucumbência recíproca e subindo os autos apenas para realização do duplo grau de jurisdição, como determina o art. 475, não se pode admitir o recurso adesivo. É que a subida dos autos em tais casos (anteriormente denominada de "recurso *ex officio*") não se dá propriamente por força de recurso, mas por "simples medida de caráter administrativo".[89]

Aplicam-se ao recurso adesivo as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior (art. 500, parágrafo único).

Excluem-se o terceiro interessado e o Ministério Público, como simples *custos legis*, da legitimação para interpor recurso adesivo, já que o art. 500 só fala em "autor" e "réu".[90]

O processamento é o mesmo do recurso principal, devendo, após o recebimento, abrir-se vista por 15 dias ao recorrido para contrarrazões.

O recurso adesivo é um acessório do recurso principal. Por isso, "não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, ou se for declarado inadmissível ou deserto" (art. 500, nº III).

Quando vigorava o regime de preparo posterior à interposição do recurso entendia-se possível ao recorrente adesivo a iniciativa de preparar o apelo principal para evitar que sua deserção atingisse a impugnação acessória.[91] Com a implantação do sistema de prévio preparo, o expediente não mais será possível, pois a deserção se consumará antes que o recurso adesivo se torne interponível.

No tribunal superior, os dois recursos se submetem a procedimento uno, sendo apreciados e julgados na mesma sessão. O não conhecimento do recurso principal torna prejudicado o recurso adesivo.[92]

540-a. Julgamento singular e coletivo do recurso em segundo grau

Quando se maneja o recurso com efeito devolutivo, entre órgãos de diferentes graus de jurisdição, o julgamento cabe, em princípio, a um Tribunal superior e será obtido pelo pronunciamento coletivo de seu plenário, ou de algum órgão fracionário que atua em seu nome, mas também como colegiado. O relator dirige o procedimento na instância recursal mas não julga sozinho, de

ordinário. No entanto, o código lhe atribui, em alguns casos, o poder de decidir, em julgamento singular, valendo seu ato como decisão do Tribunal, tanto em matéria de preliminar como de mérito.[93] Essas eventualidades são a seguir expostas.

Em qualquer tipo de recurso, o relator pode, de acordo com o art. 557, *caput*, negar-lhe seguimento:

1 – *por motivo de ordem processual*: quando se tratar de recurso "manifestamente inadmissível ou prejudicado";

2 – *por motivo de mérito*: quando se tratar de recurso "manifestamente improcedente" ou "em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior", súmula essa que não é necessariamente a de efeitos vinculantes (CF, art. 103-A). Basta a existência de súmula nos moldes comuns do STF ou de algum outro Tribunal Superior. Aliás, até mesmo a simples configuração de jurisprudência dominante naqueles Tribunais Superiores ou no próprio Tribunal de origem, em sentido contrário ao defendido pelo recorrente, será suficiente para autorizar o seu improvimento por decisão singular do relator.

Em qualquer tipo de recurso, o relator pode, de acordo com o § 1º-A do art. 557, *dar-lhe provimento*: "Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior". Já aqui, a decisão singular que prevê o recurso somente se torna viável se restar demonstrado que o julgamento recorrido contiver contradição com súmula dos Tribunais mais altos da hierarquia constitucional. Não pode o relator, portanto, invocar ofensa à súmula de Tribunais de 2º grau, tampouco basear-se em simples orientação de jurisprudência dominante, qualquer que seja sua fonte.

A norma em questão, ao prestigiar a jurisprudência simulada, não tem como escopo criar, propriamente, o caráter vinculante da súmula jurisprudencial, mas, sim, o propósito de simplificar a tramitação do recurso, propiciando sua solução pelo próprio relator. Na verdade deve ser entendida apenas como regra autorizativa de decisão singular em segundo grau de jurisdição, nas condições que especifica.

Deve-se observar, outrossim, que os poderes do relator para negar provimento ao recurso abrangem área maior do que a do julgamento singular de provimento recursal. Com efeito, a decisão recorrida pode ser mantida pelo relator desde que o recurso seja "manifestadamente improcedente", não havendo necessidade de invocação de Súmula ou jurisprudência do STF ou STJ.[94] Mas,

para reformá-la, somente dará provimento ao recurso se a decisão impugnada estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Sem apoiar-se em precedentes jurisprudenciais, não terá o relator como decretar singularmente a procedência do recurso.[95]

Em relação aos recursos extraordinário e especial, assim como aos agravos contra sua inadmissão, o art. 544, § 4º, após a alteração da Lei nº 12.322, de 09.09.2010, autoriza o relator a decidir de forma singular nas seguintes hipóteses:

1) por motivo processual: a) quando, *não conhecer do agravo*, por ser manifestamente inadmissível, ou por não ter atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada (art. 544, § 4º, I); b) quando *prover o agravo* para ordenar o processamento do recurso principal;

2) por motivo de mérito: a) quando ao *conhecer do agravo* der provimento ao próprio recurso extraordinário ou especial, por estar o acórdão recorrido em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, respectivamente (art. 544, § 4º, II, "c"); b) quando *conhecer do agravo*, mas negar seguimento ao recurso principal por se mostrar manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal *ad quem* (art. 544, § 4º, "b").

Embora decidindo em nome do Tribunal, o relator nem sempre dá a palavra final quando profere sua decisão singular. Assim, o Código prevê agravo interno para o competente colegiado em cinco dias, nos seguintes casos:

a) quando o relator decide em qualquer das hipóteses do art. 557, *caput*,§ 1º-A, isto é, tanto quando nega provimento como quando dá provimento a qualquer recurso;

b) quando o relator do agravo, no caso de inadmissão do recurso extraordinário ou especial, houver inadmitido o agravo, negado provimento ao agravo ou provido o agravo para julgar desde logo o recurso não admitido na origem (i.é, o RE ou o REsp.) (art. 545, com a redação da Lei nº 12.322/2010).

Com o intuito de simplificar a tramitação do agravo, assim como de qualquer recurso, a Lei nº 9.756 alterou o art. 557, para permitir a retratação do relator, de modo a evitar o julgamento do colegiado, sempre que possível (§ 1º). E, para coibir o uso do agravo com fins meramente procrastinatórios, cuidou a mesma lei de instituir uma pena pecuniária severa para o recorrente temerário ou de má-fé. Assim, quando levado o recurso contra a decisão do relator ao julgamento coletivo, o Tribunal, ao não conhecê-lo ou ao improvê-lo, sob o reconhecimento de tratar-se de agravo "manifestamente inadmissível ou infundado", imporá ao

agravante “multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa”. Além disso, o litigante ímprobo ficará, na espécie, sujeito a recolher o valor da multa como condição para a interposição de qualquer outro recurso no processo (art. 557, § 2º).

Além das hipóteses já lembradas, que são as mais frequentes, há outra previsão no Código de poder específico do relator para admitir, ou não, o recurso em decisão singular: a relativa aos embargos infringentes (art. 531), que, sendo de inadmissão, desafia agravo para o colegiado em cinco dias (art. 532).

A tendência ao aumento da competência do relator para julgar os recursos singularmente é notória na evolução do direito processual, embora haja opiniões que a resistam, ao argumento de contrariar o caráter colegiado inerente aos julgamentos do segundo grau de jurisdição. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, não se opõe aos julgamentos individuais, uma vez que a colegialidade sempre será preservada ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Tribunal a que o recurso se endereçou.[96] Para o STF as atribuições do relator, que o autorizam a decidir singularmente, são exercidas mediante delegação e se justificam pelas exigências de celeridade e de racionalização do processo decisório.[97]

540-b. A recorribilidade necessária da decisão singular do relator

Como há uma tendência a ampliar os casos em que os diversos recursos endereçados aos tribunais possam se julgados singularmente pelo relator (sistema antigo já aplicado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em agravos e até mesmo nos recursos extraordinários e especiais), convém, de alguma forma, reservar ao recorrente a possibilidade de acesso ao colegiado.

É importante destacar, antes de mais nada, que nos casos de competência recursal dos tribunais, o relator, quando decide singularmente, atua como delegado do colegiado, e o faz por economia processual sem, entretanto, anular a competência originária do ente coletivo.

Daí se segue que a lei ordinária e o regimento do Tribunal não podem trancar o procedimento no julgamento singular, declarando-o insuscetível de recurso ao colegiado a que se endereçava constitucionalmente o apelo. Negar-se um meio processual de levar o recurso a exame coletivo importaria subtrair à parte o acesso ao seu juiz natural, incorrendo, por isso, em inconstitucionalidade.[98]

Há quem chegue a afirmar que o agravo interno ou regimental na espécie

nem sequer seria um recurso propriamente dito, mas, sim, um mecanismo de conferência da delegação junto ao colegiado, já que se revelaria injurídico privar a parte de ser ouvida pelo verdadeiro destinatário do recurso principal.[99]

De qualquer forma, seja ou não recurso em sentido técnico, haja ou não previsão em lei, o certo é que o relator não pode se transformar no representante único do Tribunal. Inconstitucional, por isso, será qualquer barreira regimental imaginada para impedir o reexame das decisões singulares do relator pelo colegiado competente para a apreciação do recurso primitivo.[100]

Enfim, "onde quer que se principie por dar ao relator a oportunidade de manifestar-se sozinho, tem-se de permitir que à sua voz venham juntar-se, desde que o requeira o interessado, a dos outros integrantes do órgão".[101]

Merece registro, outrossim, a inovação trazida pela Lei nº 11.187, de 19.12.2005, introduzida no atual texto do parágrafo único do art. 527 do CPC, segundo a qual se tornou irrecorrível a decisão do relator do agravo de instrumento que o converte em agravo retido e que atribui efeito suspensivo ao recurso ou defere antecipação de tutela.

Estaria tal dispositivo incurso em inconstitucionalidade? Penso que não, porque não se vetou o acesso da parte ao colegiado. Apenas se resolveu questão preliminar no percurso do agravo rumo ao Tribunal. Mais cedo, ou mais tarde, a palavra final será do órgão coletivo. O que não poderia o legislador ordinário fazer seria autorizar o relator a substituir o Tribunal, julgando definitivamente o agravo, sem oportunidade de recurso.

Não é essa, todavia, a hipótese do parágrafo único do art. 527, em sua atual redação, dada pela Lei nº 11.187/2005. É verdade que o inciso I do mesmo art. 527 autoriza o relator a negar seguimento ao agravo, julgando-o singularmente, nos casos previstos no art. 557. Mas a essa decisão não se aplica à irrecorribilidade em análise, já que o parágrafo único do art. 527 só se refere às decisões liminares proferidas nos casos dos incisos II e III, e não ao inciso I. Para este último, a regra a observar é a do art. 557, § 1º, onde se acha assegurado o agravo interno para o órgão colegiado competente, no prazo de cinco dias.

§ 82. A APELAÇÃO

Sumário: 541. Conceito. 541-a. A nova definição de sentença e sua repercussão na esfera recursal. 542. Interposição da apelação. 543. Efeitos da apelação. 543-a. Inovação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, a respeito do efeito devolutivo da apelação. 543-a-1. Questão de fato e questão de direito. 543-a-2. Polêmica acerca da inovação operada no § 3º do art. 515. 543-a-3. Prescrição e decadência. 543-a-4. A apelação e as nulidades sanáveis do processo. 543-b. Inovação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, a respeito do efeito suspensivo da apelação. 544. Recebimento da apelação. 544-a. A irrecorribilidade da sentença proferida em conformidade com súmula do STJ ou do STF. 544-b. Juízo de retratação: reexame dos pressupostos de admissibilidade da apelação já recebida. 544-c. Juízo de retratação: reexame da matéria decidida na sentença apelada por ato de seu próprio prolator. 545. Deserção. 546. Prazo para interposição da apelação. 547. Julgamento em segunda instância.

541. Conceito

São sentenças finais ou simplesmente "sentenças" (segundo a terminologia primitiva do Código) as que encerram o processo. Distingue a doutrina entre sentença *definitiva* e sentença *terminativa*, conforme o encerramento da relação processual se dê com ou sem julgamento do mérito da causa.

No Código anterior, os recursos variavam: da sentença terminativa cabia agravo de petição; e da sentença definitiva, apelação.

O Código Buzaid, em seu texto originário, unificou os conceitos de sentença e de recurso cabível. Se se põe termo ao processo, haja ou não decisão do mérito, o caso será sempre de *sentença* (art. 162, § 1º). E o recurso interponível também será sempre um só: o de *apelação* (art. 513). Desapareceu o agravo de petição.

Apelação, portanto, é o recurso que se interpõe das sentenças dos juízes de primeiro grau de jurisdição para levar a causa ao reexame dos tribunais do segundo grau, visando a obter uma reforma total ou parcial da decisão impugnada,[102] ou mesmo sua invalidação.

São apeláveis tanto as sentenças proferidas em procedimentos contenciosos como as dos feitos de jurisdição voluntária.

Também nos procedimentos incidentes ou acessórios, como medidas cautelares, habilitação, restauração de autos etc., a apelação é o recurso cabível contra a sentença que os encerrar. O mesmo, todavia, não ocorre com o

julgamento de simples incidentes do processo, a exemplo da impugnação ao valor da causa e das exceções, já que *in casu* ocorrem apenas decisões interlocutórias.

O Código de 1939 arrolava casos excepcionais, em que não se admitia a apelação em razão do pequeno valor da causa. Eram as chamadas "causas de alçada", que desafiavam apenas embargos infringentes ou de nulidade (art. 839). O Código atual não faz mais essa restrição. Inexistem causas de alçada em seu sistema. Todas as sentenças, seja qual for o valor em demanda, ensejam apelação ao vencido.[103]

Várias leis especiais, à margem do Código, como a do mandado de segurança (Lei nº 1.533/51), a dos acidentes do trabalho (Decreto-Lei nº 7.036/44 e Lei nº 5.316/67), a de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45) e as das ações de alimentos (Lei nº 5.478/68), previam agravo de petição para a sentença de mérito. Toda essa legislação foi adaptada ao regime do novo Código de Processo Civil através das Leis nºs 6.014, de 27.12.73, e 6.071, de 03.07.74. De maneira que, atualmente, toda e qualquer sentença desafia apelação.

541-a. A nova definição de sentença e sua repercussão na esfera recursal

O problema que se instalou no sistema recursal não decorreu da Lei nº 11.276/2006, que interferiu no tema da decisão interlocutória e do despacho, sem tumultuar os conceitos legais em vigor. Decorreu, isto sim, da Lei nº 11.232, de 22.12.2005, já que, a pretexto de instituir nova disciplina para o cumprimento da sentença, houve por bem mudar a definição legal da sentença, sem atentar para os reflexos que a nova conceituação haveria de ter sobre o sistema de recursos do Código.

Com efeito, até então, sentença e decisão interlocutória se diferenciavam pelo fato de que a sentença sempre solucionava uma questão que punha fim ao processo (com ou sem solução do mérito da causa), enquanto a decisão interlocutória nunca encerrava o processo, pois apenas resolvia "questão incidente" (que também poderia envolver, ou não, temas de mérito). Não era o conteúdo do decisório o relevante para distinguir a sentença da decisão interlocutória, mas o seu efeito processual, o que tornava muito simples o sistema recursal. A apelação cabia contra a sentença, e o agravo, contra a decisão interlocutória, de modo que a apelação nunca seria utilizável para interromper o processo em prejuízo de sua marcha em busca da solução final para a causa. Contra as decisões interlocutórias, o agravo seria o recurso apropriado, sem

efeito suspensivo, e sem qualquer tumulto ao feito ainda em andamento, já que se processaria em instrumento à parte, quando tivesse que chegar ao conhecimento do tribunal antes de sentenciado o processo em primeiro grau de jurisdição.

O problema gerado pela Lei nº 11.232/2005, sem se ter cogitado de solução legal, situa-se no reconhecimento de que a sentença nem sempre encerra o processo, pois há os casos de sentença condenatória em que o respectivo cumprimento reclama atos judiciais do sentenciante que implicam o prosseguimento do feito mesmo depois de resolvido o mérito da causa (art. 475-I).

Desde então, sentença passou a ser "o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269" (do CPC). Nas hipóteses do art. 267, não há complicação alguma com o sistema recursal, visto que o dispositivo cuida sempre da *extinção do processo*, sendo natural que a impugnação se dê por meio da apelação (art. 513).

A dificuldade localiza-se no ato judicial que resolve alguma questão de mérito (e não todas as questões que o integram), como a exclusão de um litisconsorte na fase de saneamento, ou que acolhe a decadência e a prescrição de parte dos direitos disputados, sem solucionar o restante do litígio, ou, ainda, em situações como a rejeição da ação declaratória incidental, da reconvenção e da denunciação da lide, antes de dar curso à demanda principal.

Se resolve qualquer dessas matérias, o ato judicial, sem dúvida, terá enfrentado situação prevista ou no art. 267 ou no 269 do CPC. Mas seria compatível com o sistema de efetividade e celeridade do processo qualificar como sentença, e permitir a interposição de apelação, antes que o mérito da causa tenha sido completamente resolvido? As regras legais não podem ser lidas e interpretadas isoladamente, fora do sistema a que se integram e em atrito com a sua teleologia.

A reforma ficou a meio caminho; criou um grave problema e não cuidou de dar-lhe solução, quer no campo da maior precisão do que deveria ser a sentença, quer na adaptação do sistema recursal à nova definição de sentença.

Cabe ao intérprete a penosa missão de descobrir o caminho jurídico da superação da deficiência normativa.

Parece óbvio que a rejeição liminar de reconvenção ou de denunciação da lide e outras situações similares não devam ser qualificadas como sentenças, haja vista o desastre que tal concepção traria para o processo: por causa de um incidente mal suscitado, o feito, em seu objeto principal, ficaria paralisado, pela

necessidade de remeter os autos ao tribunal para apreciação e julgamento da apelação. Esse critério não se coaduna com o propósito da reforma do art. 162, que faz parte de um programa comprometido, expressamente, com o incremento da celeridade e efetividade do processo.

Resta fixar, portanto, um sentido prático para o novo texto do § 1º do art. 162, que não se ponha em contradição com a *mens legis* e a finalidade da norma.

Segundo penso, as "situações previstas nos arts. 267 e 269" somente se prestam a configurar sentença (e a desafiar apelação) quando põem fim ao processo ou quando resolvem por inteiro o objeto principal do processo pendente de acertamento em juízo. Para o ato judicial cognitivo ser tratado como sentença, é preciso que todo o pedido ou todos os pedidos da inicial tenham sido resolvidos, positiva ou negativamente. Se o pronunciamento não os abrange em toda extensão, deixando questões para solução no decisório final do processo, não pode ser havido como sentença. Sua natureza, dentro da lógica do sistema, é a de decisão interlocutória, ou seja, a de ato que, no curso do processo, "resolve questão incidente" (art. 162, § 2º).

Pela insuficiência teórica e operacional do conceito de sentença formulado pelo § 1º do art. 162, sua real delimitação há de ser feita por exclusão: só se deverá considerar como sentença o ato decisório que não configurar decisão interlocutória. Se se resolve questão incidente (questão que não encerra o acertamento, nem põe fim à relação processual), o pronunciamento sobre qualquer tema dentre os previstos nos arts. 267 e 269 não assumirá a categoria de sentença; será decisão interlocutória, devendo sua impugnação ocorrer por meio de agravo, e não de apelação.

Não se quer, com essa concepção, afirmar que não se pode, em sentença, acolher ou rejeitar em parte os pedidos do autor. A sentença, para ser havida como tal, tem de resolver por inteiro todos os pedidos deduzidos em juízo. O que impede o ato decisório de ser sentença é conter resposta apenas para algum pedido ou alguma parte do pedido, deixando sem solução o restante do objeto da demanda. Aí, sim, terá o julgador resolvido apenas questão incidente, tornando necessário o prosseguimento da marcha processual para alcançar o completo acertamento de todo o objeto do processo, quando então ter-se-á a sentença, como ato de resolução final do mérito da causa.

Para ter-se uma sentença, quando o juiz acolhe apenas parte dos pedidos do autor, é necessário que, de par com a procedência parcial, tenha ocorrido a decretação, expressa ou tácita, da improcedência do restante do mérito da postulação. Aí, sim, todo o objeto do processo terá sido resolvido por sentença.

Caso contrário, sempre que alguma questão integrante do mérito ficar relegada para ulterior solução, o caso será de decisão incidente qualificável com decisão interlocutória. O recurso será o agravo, e a marcha do processo rumo à resolução final do litígio não sofrerá prejuízo, porque os autos não terão de subir ao tribunal para julgamento do recurso.

Poder-se-ia encontrar alguma dificuldade para a classificação das condenações genéricas, visto que as decisões de mérito dessa natureza confessadamente não resolvem por inteiro o objeto do processo. Acontece que aí incide a vontade clara do legislador de permitir uma sentença incompleta (art. 475-A), relegando a quantificação da prestação imposta ao vencido para um incidente posterior ao julgamento principal a ser praticado por meio de decisão interlocutória complementar (art. 475-H). Embora a situação seja tratada de modo diferente do que se passa com os pronunciamentos interlocutórios em geral, a sitematização do legislador é clara e precisa, de modo a afastar qualquer dúvida em torno da disciplina adotada. Para o Código, portanto, mesmo incompleta, a condenação genérica é sentença, e o recurso manejável é a apelação. Da mesma maneira, o Código tem como decisão interlocutória o julgamento complementar de liquidação, cuja impugnação, textualmente, haverá de dar-se por meio de agravo, e não de apelação, não obstante o conteúdo do decisório abranja resolução de matéria de mérito. A lei, nessa matéria, soube ser funcional, prática e clara. Não há o que discutir. Pena que igual precisão não tenha sido adotada no art. 162, § 1º.

O modo com que a jurisprudência anterior à Lei nº 11.232/2005 vinha enfrentando a decisão da declaratória incidental serve bem para distinguir, no regime atual, quando um julgamento que não põe termo ao processo configura, ou não, sentença. Eis aí um acórdão do STJ sobre o tema: "É decisão interlocutória a que relepe *in limine* ou põe termo à declaratória incidental antes de julgada a ação principal; passível, portanto, de agravo de instrumento. Será *sentença* se proferida juntamente com a que julgar o mérito da causa."[104] O mesmo teor de *decisão* (quanto ao conteúdo) tanto pode figurar em sentença como em decisão interlocutória, conforme a repercussão do ato judicial sobre o destino da lide em sua totalidade.

O importante, pois, não é saber se alguma questão de mérito foi enfrentada pelo julgamento, mas verificar se o que competia acertar, em face da pretensão do autor, foi efetiva e completamente acertado, mesmo que o processo tenha eventualmente de prosseguir para outros provimentos complementares.

542. Interposição da apelação

O apelante deve manifestar seu recurso através de petição dirigida ao juiz de primeiro grau, que conterá: I – os nomes e a qualificação das partes; II – os fundamentos de fato e de direito; e III – o pedido de nova decisão (art. 514).

"A apelação deve ser interposta, obrigatoriamente, por petição, não se podendo considerar tal aquela que é feita por cota lançada em espaço em branco dos autos."[105]

A jurisprudência tem, porém, admitido a interposição do recurso por telegrama, desde que atendidos os requisitos legais. E a Lei nº 9.800, de 26.05.1999, franqueou, também, o uso de fac-símile (ou "fax") para todas as petições, inclusive as dos recursos, desde que se faça chegar ao tribunal, até cinco dias depois do fim do respectivo prazo, o original da peça retransmitida magneticamente.

O pedido de nova decisão pode referir-se a um novo pronunciamento de mérito favorável ao apelante, ou apenas à invalidação da sentença por nulidade.

"A falta das razões do pedido de nova decisão impede o conhecimento da apelação."[106]

Quanto ao prazo para interposição do recurso, o Código pôs fim à controvérsia que existia sobre o tema. Não basta ser despachada a petição dentro do prazo legal. É preciso que o recurso seja protocolado no Cartório dentro do citado prazo. Se foi submetida a prévio despacho do juiz, é indispensável que seja entregue em cartório antes do vencimento do prazo de recurso (art. 506, parágrafo único).

Documentos, em regra, só poderão acompanhar a petição da apelação, ou suas contrarrazões, quando se destinarem a provar fatos novos, dentro da exceção permitida pelo art. 517.

"Nessa hipótese e somente nela é lícito ao apelante que já era parte no processo produzir documentos com a interposição do recurso. Documentos que se refiram a fatos já alegados perante o órgão *a quo* devem ter sido juntos aos autos pelas partes nas oportunidades próprias, consoante as regras dos arts. 396 e 397.[107] O terceiro prejudicado que apela, naturalmente, pode sempre instruir o recurso com os documentos de que disponha: visto que não era parte, não teve qualquer oportunidade anterior de produzir prova, e contra ele não se operou preclusão."[108] (Veja-se, *retro*, o nº 459.)

543. Efeitos da apelação

A apelação tem duplo efeito: o devolutivo e o suspensivo.

I – *Efeito devolutivo*: "a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada" (art. 515). Visa esse recurso a obter um novo pronunciamento sobre a causa, com reforma total ou parcial da sentença do juiz de primeiro grau. As questões de fato e de direito tratadas no processo, sejam de natureza substancial ou processual, voltam a ser conhecidas e examinadas pelo tribunal.

A apelação, no entanto, pode ser parcial ou total, conforme a impugnação atinja toda a sentença ou apenas parte dela.

Sendo parcial, a devolução abrangerá apenas a matéria impugnada.[109]

Nem mesmo a circunstância de se tratar de matéria de ordem pública deve ensejar reexame livre pela instância recursal. Se o tema corresponde a um capítulo distinto da sentença e o recurso ataca apenas outro capítulo, não se pode deixar de reconhecer a formação de coisa julgada a impedir o rejulgamento pelo Tribunal no tocante ao que não foi objeto de recurso. A matéria de ordem pública se devolve por força de *profundidade* do efeito da apelação, quando figura como *antecedente lógico* do tema deduzido no recurso e, quando, além disso, não esteja afetada pela coisa julgada. É importante ter em conta que o recurso pode compreender, em profundidade, matérias prejudiciais não tratadas na impugnação formulada pelo recorrente. Não pode, todavia, desempenhar função rescisória diante dos capítulos da sentença já transitados em julgado, mesmo que esteja em jogo questão de ordem pública, pois as decisões em torno de questões dessa natureza não são imunes ao princípio da coisa julgada.

Dentro do âmbito da devolução, o tribunal apreciará todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença recorrida não as tenha julgado por inteiro (art. 515, § 1º).[110]

Em matéria de efeito devolutivo, portanto, urge fazer uma distinção entre a extensão e a *profundidade* da devolução:

a) A *extensão* é limitada pelo *pedido* do recorrente, visto que nenhum juiz ou órgão judicial pode prestar a tutela jurisdicional senão quando requerida pela parte (art. 2º); por isso, o art. 515 diz que a apelação devolverá ao tribunal a "matéria impugnada", o que quer dizer que, em seu julgamento, o acórdão deverá se limitar a acolher ou rejeitar o que lhe for requerido pelo apelante (por exemplo: se se requereu a reforma parcial, não poderá haver a reforma total; se pedir a improcedência da demanda, não se poderá decretar a prescrição; se pediu apenas a prescrição, não caberá a improcedência da causa; se se pediu para excluir juros, não se poderá cancelar correção monetária ou multa, e assim por

diante.

b) A *profundidade* abrange os antecedentes lógico-jurídicos da decisão impugnada, de maneira que, fixada a extensão do objeto do recurso pelo requerimento formulado pela parte apelante, todas as questões suscitadas no processo que podem interferir assim em seu acolhimento como em sua rejeição terão de ser levadas em conta pelo tribunal (art. 515, § 3º).[111]

Nessa ordem de ideias, qualquer que seja o pedido do recorrente, terá sempre o tribunal possibilidade de examinar as questões pertinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, visto que são matérias de ordem pública condicionadoras da formação e desenvolvimento válidos do processo, bem como de qualquer provimento jurisdicional de mérito (motivo pelo qual são conhecíveis e solucionáveis a qualquer tempo e grau de jurisdição, a requerimento de parte ou de ofício) (art. 267, § 3º).[112]

Não são, porém, apenas as questões preliminares que se devolvem implicitamente. São, também, todas as prejudiciais de mérito propostas antes da sentença e que deveriam influir na acolhida ou rejeição do pedido, ainda que o juiz *a quo* não as tenha enfrentado ou solucionado por inteiro (art. 516). É o que se passa, por exemplo, com a cumulação de pedidos conexos e consequentes. O juiz, negando o primeiro, deixa de examinar os demais. Recorrendo a parte vencida e logrando reformar a sentença para acolher o primeiro pedido, terá o tribunal de completar o julgamento decidindo os demais pedidos conexos prejudicados pela decisão de primeira instância. Por exemplo: pedia-se, originariamente, a anulação do contrato, a condenação a perdas e danos, e restituição do bem negociado, e lucros cessantes. Como a sentença denegou a anulação, todos os demais pedidos do autor nem sequer foram por ela cogitados. Ao tribunal, porém, não é lícito limitar o julgamento da apelação ao tema da anulação. Se entender que é o caso de acolhê-la, terá também de prosseguir na análise das outras pretensões consequenciais (perdas e danos, restituição, lucros cessantes), pouco importando que tais temas não tenham sido julgados na instância de origem.

Ainda, em matéria de profundidade do efeito devolutivo, o § 2º do art. 515 cuida do caso de multiplicidade de fundamentos para o pedido. O juiz acolheu apenas um e deu pela procedência da ação. Impugnada a sentença em apelação, o tribunal pode reconhecer a procedência do apelo quanto ao fundamento da sentença, mas deixar de dar-lhe provimento, porque a matéria não acolhida pelo juiz de primeiro grau se apresenta suficiente para assegurar a procedência da ação. O mesmo pode acontecer, também, com a defesa, quando se fundamente

em razões múltiplas e seja acolhida em face de apenas uma delas.[113]

Se o juiz extingue o processo sem julgamento de mérito, naturalmente o objeto da sentença ficou restrito a questão preliminar. Recorrendo a parte para impugnar tão somente o conteúdo do decisório de primeiro grau, não poderá o tribunal, depois de cassada a sentença, passar a julgar o mérito da causa, sem que a parte o tenha requerido. Aí, já não se trataria de se aprofundar no julgamento das questões que lhe foram devolvidas pelo recurso, mas de ampliar o seu objeto, dando-lhe extensão maior do que lhe emprestara o requerimento da parte.

É preciso estar atento, para não ofender o princípio da disponibilidade da tutela jurisdicional e o da adstrição do julgamento ao pedido (princípio da congruência).

O § 3º, acrescentado pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001, ao art. 515, autorizou o tribunal, na apreciação do recurso de apelação interposto contra a sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), a "julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento".[114] Isto, porém, não quer dizer que a questão de mérito não suscitada na apelação possa ser inserida de ofício pelo tribunal no julgamento do recurso. O objeto do recurso quem define é o recorrente. Sua extensão mede-se pelo pedido nele formulado. A profundidade da apreciação do pedido é que pode ir além das matérias lembradas nas razões recursais; nunca, porém, o próprio objeto do apelo.

Quanto às questões de fato, a regra é que a apelação fica restrita às alegadas e provadas no processo antes da sentença. O recurso devolve o conhecimento da causa tal qual foi apreciada pelo juiz de primeiro grau. Pode, todavia, ter ocorrido impossibilidade de suscitação do fato pelo interessado, antes da sentença. Assim provada a ocorrência de força maior, poderá o apelante apresentar fato novo perante o tribunal (art. 517). Caberá, todavia, ao apelante provar não só o fato como o motivo de força maior que o impediu de argui-lo no momento processual adequado.[115]

Não cabe ao juiz *a quo* interferir na questão do fato novo, nem impedir a subida do recurso que nele se baseie. A questão será inteiramente apreciada e decidida pelo tribunal *ad quem*.

Observe-se, finalmente que, embora omisso o Código, a doutrina é uniforme em repelir a possibilidade de *reformatio in pejus*, isto é, de julgamento que piore a situação do apelante, sem que tenha a outra parte também recorrido. Como lembra Rogério Lauria Tucci, "não se pode perder de vista que, tanto quanto o juiz de primeira instância, o órgão colegiado de segundo grau, apesar de

investido dos mesmos poderes para conhecer do processo e da lide, não pode manifestar-se sobre o que não constituía objeto do pedido – do 'pedido de nova decisão'... e, outrossim, que, com a instituição do apelo incidental sob a rubrica de recurso adesivo, previsto no art. 500..., já não mais pode subsistir qualquer dúvida sobre a vedação da reforma para pior", pois, como observa Barbosa Moreira, "a função do recurso adesivo é justamente a de levar ao conhecimento do tribunal matéria que, só por força do recurso principal, não se devolveria".[116] Sobre a parte da sentença que não foi objeto de recurso pelo adversário do apelante, e que eventualmente poderia ser alterada em prejuízo deste, incidiu a coisa julgada, diante de inércia daquele a que a reforma da sentença favoreceria. Assim, não há que se pensar em *reformatio in pejus*, já que qualquer providência dessa natureza esbarraria na *res iudicata*.

II – *Efeito suspensivo*: a apelação normalmente suspende os efeitos da sentença, seja esta condenatória, declaratória ou constitutiva. "Efeito suspensivo, assim, consiste na suspensão da eficácia natural da sentença, isto é, dos seus efeitos normais."[117]

Via de regra, a apelação tem o duplo efeito suspensivo e devolutivo. Há exceções, no entanto. O art. 520 enumera sete casos em que o efeito de apelação é apenas devolutivo, de maneira que é possível a execução provisória enquanto estiver pendente o recurso. O art. 1.184 inclui mais uma hipótese semelhante (a interdição). Assim, será recebida só no efeito devolutivo a sentença que:

I – homologar a divisão ou demarcação;

II – condenar à prestação de alimentos;

III – julgar a liquidação da sentença;[118]

IV – decidir o processo cautelar;

V – rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;

VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem;

VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

VIII – decretar a interdição.

Mesmo nas hipóteses expressamente previstas, para que a apelação tenha efeito apenas devolutivo, pode o relator, diante das particularidades da causa, determinar a suspensão do cumprimento da sentença, até que o Tribunal julgue o recurso (art. 558, parág. único, com a redação da Lei nº 9.139, de 30.11.95). Para tanto, o apelante formulará requerimento que poderá constar das próprias razões recursais ou de petição à parte. O pedido de suspensão terá de demonstrar a ocorrência de risco de "lesão grave e de difícil reparação". Em outros termos, caberá ao apelante demonstrar a configuração do *fumus boni iuris* e do

periculum in mora, em grau que não permita aguardar o normal julgamento do recurso.

543-a. Inovação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, a respeito do efeito devolutivo da apelação

Quebrando a tradição do processo civil brasileiro, que não admitia o tribunal enfrentar o mérito da causa, quando a sentença apelada houvesse extinto o processo por apreciação apenas de preliminar, a Lei nº 10.352 adicionou o § 3º ao art. 515, para permitir justamente aquilo que até então se vedava.

Com a nova regra, mesmo que a sentença tenha sido terminativa, o efeito devolutivo da apelação permitirá ao tribunal julgar o mérito da causa, desde que satisfeitos dois requisitos: a) se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito; e b) o feito estiver em condições de imediato julgamento (um recurso contra o indeferimento da inicial, por exemplo, não pode ser apreciado pelo mérito da causa, porque ainda não se realizou o contraditório; assim, também, quando a extinção se deu na fase de saneamento, sem que ainda se pudesse ter o contraditório como completo).

Não basta, portanto, que a questão de mérito a decidir seja apenas de direito; é necessário que o processo esteja maduro para a solução do mérito da causa. Mesmo que não haja prova a ser produzida, não poderá o Tribunal enfrentá-lo no julgamento da apelação formulada contra a sentença terminativa, se uma das partes ainda não teve oportunidade processual adequada para debater a questão de mérito. Não é, em outras palavras, a simples circunstância de envolver o mérito da causa questão só de direito que se deve levar em conta, mas também a necessidade de cumprir o contraditório. Tomem-se como exemplos os casos de extinção por indeferimento da inicial, ou os ocorridos na fase de saneamento antes de completar o debate sobre o mérito e sobre as provas cabíveis. Em casos como estes, obviamente, o processo não terá ainda alcançado o momento apropriado para o julgamento do mérito. Os autos terão de retornar ao juízo de origem ao fim de que o debate e a instrução probatória se completem.

Se, todavia, o debate amplo já se deu em primeiro grau entre os litigantes, o Tribunal estará em condições de julgar o mérito, e deverá fazê-lo, sempre que for afastada a preliminar causadora da sentença terminativa, e que a parte interessada o requeira.

Nisso não há ofensa à garantia do duplo grau de jurisdição, mesmo porque tal garantia não é absoluta nem figura expressamente entre as que a Constituição

considera inerentes ao devido processo legal.

Embora o texto legal cuide literalmente apenas das sentenças terminativas, sua aplicação se impõe também às sentenças definitivas incompletas, como as *citra petita* e as que acolhem preliminar de mérito, sem solucionar as demais questões de fundo propostas pelas partes. As regras processuais reclamam exegese e aplicação sempre à luz de sua função teleológica ou finalística. Se o tribunal está autorizado a julgar o mérito da causa, quando o juiz extingue o processo sem apreciá-lo, razão não há para impedi-lo de assim agir quando o juiz tenha sentenciado apenas sobre parte das questões de fundo. O fim de economia processual justificador da regra do art. 515, § 3º, está tão presente no caso da apelação contra sentença terminativa quanto na sentença definitiva parcial ou incompleta. Fortíssima é, outrossim, a analogia apontada por Cândido Dinamarco entre a sentença terminativa, "cuja reforma pode conduzir ao julgamento do mérito, e a sentença de mérito que deveria conter um capítulo a mais, mas que, por indevida omissão, não o contém".[119]

A regra do § 3º do art. 515 tem sido estendida analogicamente pelo STJ ao recurso ordinário, no caso de extinção de mandado de segurança de competência originária dos tribunais de 2º grau de jurisdição.[120] O STF, todavia, entende não ser aplicável a medida ao recurso ordinário interposto contra acórdão do STF em relação a mandado de segurança, para prestigiar a competência definida, na espécie, no próprio texto constitucional, evitando-se, assim, o salto de grau de jurisdição.[121]

543-a-1. Questão de fato e questão de direito

Para aplicar-se o nosso § 3º do art. 515, a lei exige dois requisitos:

a) versar a causa apenas sobre questão de direito; e

b) processo maduro para julgamento de mérito.

Se houve instrução probatória, mesmo encerrada, não se aplica, portanto, a regra do art. 515, § 3º. Haverá *questão de fato* a acertar, mediante apreciação do quadro probatório controvertido. Enquanto estiverem em jogo versões conflitantes de fatos entre as partes, não se pode dizer que o juiz estará julgando apenas *questão de direito*. O julgamento só é apenas de direito, quando apoiado em fato incontroverso entre as partes.

Havendo de acertar-se questão de fato (isto é, havendo provas a analisar), não se aplica o art. 515, § 3º. O duplo grau de jurisdição será obrigatório. O tribunal, cassando a sentença terminativa, devolverá os autos para julgamento de

mérito em primeiro grau de jurisdição.[122]

Entretanto, sem embargo da divergência instalada na doutrina, o STJ firmou jurisprudência no sentido de que, na aplicação do § 3º do art. 515, "caso propiciado o contraditório e a ampla defesa, com regular e completa instrução do processo, deve [o tribunal] julgar o mérito da causa, mesmo que para tanto seja necessária apreciação do acervo probatório".[123]

543-a-2. Polêmica acerca da inovação operada no § 3º do art. 515

A inovação inserida no § 3º do art. 515 suscitou, de imediato, séria polêmica entre os processualistas: ao falar a lei em "poder" o Tribunal, no julgamento da apelação contra a sentença terminativa, enfrentar o mérito da causa, estar-se-ia criando uma faculdade ou um dever para o juízo de segundo grau?

Em matéria de prestação jurisdicional, em princípio, o poder é sempre um dever para o órgão judicante. O termo poder é utilizado como designativo da competência ou poder para atuar. Uma vez, porém, determinada a competência, o respectivo órgão judicante não pode ser visto como simplesmente facultado a exercê-la. A parte passa a ter um direito subjetivo à competente prestação jurisdicional, se presentes os pressupostos do provimento pretendido.[124] Daí falar-se, quando se cogita de jurisdição, de poder-dever, ou mais propriamente em *função* a ser desempenhada.

Mas uma coisa é existir a competência e outra é estar o juízo autorizado a exercê-la *in concreto*. Toda atividade jurisdicional está sempre subordinada a pressupostos e condições traçados pela lei.

Não é só a existência do recurso que define o objeto da cognição a ser realizada pelo Tribunal *ad quem*. A lide é o objeto da ação, mas não basta existir a lide e uma ação posta em juízo para que a sentença compreenda todas as questões contidas no litígio. A jurisdição ficará sempre restrita àquelas que integraram o pedido da parte. "Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais" (art. 2º do CPC – princípio da *demanda*).

Por isso, está o magistrado obrigado a decidir a lide "nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas", embora vinculadas à mesma lide (art. 128 do CPC – princípio da *congruência*).

Aquilo que limita a jurisdição, diante da ação, é o mesmo que a restringe quando interposto um recurso. Assim é que "a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada" (CPC, art. 515, *caput*), e não todas as

matérias envolvidas pelo processo, nem mesmo todas as questões solucionadas pela sentença.

É certo que para julgar a apelação, o Tribunal poderá apreciar "todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro" (CPC, art. 515, § 1º). Essa análise, todavia, será feita não para ampliar o objeto da apelação, mas para solucioná-lo. Ou seja, o Tribunal apreciará todas as questões debatidas no processo, nos limites de sua repercussão sobre o objeto do recurso. Fala-se, nesse aspecto, em *profundidade* da devolução, o que não se confunde com a sua *extensão*.

O julgamento da apelação terá de ser no sentido de acolher ou não o pedido do recorrente. Não poderá, portanto, o acórdão, fora do pedido, decidir outras questões que não sejam pressupostos da solução a ser dada ao pedido do apelante. Nisso consiste a *extensão* do efeito devolutivo do recurso, terreno em que prevalece a vontade da parte. Diversa é a *profundidade* da devolução, cujo comando é todo regido pela lei.

Ampliar o julgamento do recurso para questões não suscitadas e, por isso mesmo, não debatidas entre as partes, resulta em violação não apenas dos limites legais da jurisdição, mas sobretudo da garantia do contraditório. E o princípio do contraditório é consagrado pela ordem constitucional como direito fundamental, impondo-se à observância não só das partes como também do juiz. Mesmo nos casos em que o juiz pode apreciar, de ofício, certas questões, não lhe é dado fazê-lo sem antes submetê-las ao debate das partes.

Dessas premissas, podem-se extrair as seguintes conclusões: a) o novo § 3º do art. 515 do CPC não criou simples faculdade para o Tribunal, que tem o dever de enfrentar o mérito da causa, quando configurados os requisitos legais para tanto; b) o julgamento de mérito, no entanto, deverá ser pleiteado pelo recorrente, para que se torne objeto da devolução operada pela apelação ao Tribunal *ad quem*. O tema pertence à *extensão* da devolução e não à sua *profundidade*.

Se a parte vencida recorre pedindo apenas a anulação ou cassação da sentença que extinguiu o processo sem apreciação do mérito, não é lícito ao tribunal enfrentar a questão de mérito que não integrou o pedido do recorrente e, por isso, não passou pelo contraditório da apelação.[125]

Deve-se ressaltar, sempre, que "a devolutividade da apelação e, de resto, a de qualquer recurso é definida pela parte recorrente".[126] Se a profundidade com que se examinam as questões recursais é definida pela lei (art. 515, § 1º), a *extensão* do efeito devolutivo cabe exclusivamente à parte. "A extensão é, repita-se,

fixada pelo recorrente, nas razões de seu apelo."[127] A lei, aliás, exige que da petição recursal conste o "pedido de nova decisão e os fundamentos de fato e de direito", que o justifiquem (CPC, art. 514, II e III).

Daí por que "o Tribunal, concordando ser caso de análise do mérito, somente poderá dele conhecer após dar provimento ao apelo na parte que impugna a sentença terminativa, na hipótese de o apelante requerê-lo expressamente em suas razões recursais".[128]

Ao se atribuir ao Tribunal, em exegese ao § 3º do art. 515 do CPC, o poder de proferir decisão de mérito sobre tema (o mérito) que não foi objeto de requerimento e debate no procedimento recursal, estar-se-á afrontando direito das partes, sobretudo do litigante que vier a experimentar derrota.[129]

Em sentido contrário, pensa Cândido Dinamarco que o Tribunal, mesmo julgando o mérito sem pedido do apelante e contra sua posição no litígio, não haverá "quebra do *due process of law*, nem exclusão do contraditório, porque o julgamento feito pelo Tribunal incidirá sobre o processo precisamente no ponto em que incidiria a sentença do juiz inferior".[130] É certo que, já estando maduro o processo para sentença de mérito, o retorno dos autos para que o juiz de primeiro grau decidisse o mérito, não se reabrirá instrução e debate no juízo *a quo*. Mas a parte sucumbente terá oportunidade de rediscutir a causa perante o tribunal, enriquecendo o debate, com nova argumentação. É certo, também, que o duplo grau de jurisdição pode ser suprimido pela lei. Mas isto deverá ser feito por dispositivo expresso e de fundo razoável. Não é aceitável, todavia, que podendo o apelante definir a extensão do recurso, venha o Tribunal a decidir questão que intencionalmente a parte recorrente não quis incluir na devolução recursal. Cabendo-lhe o poder legal de fixar o conteúdo da apelação (art. 515, *caput*), não é de aplicar-se o § 3º do mesmo art. 515, quando o recurso contra a sentença terminativa não contenha pedido de apreciação do mérito da causa.

Mais benemérita de acolhida se me afigura a lição do próprio mestre Cândido Dinamarco quando recomenda, em princípio, o prevalecimento da disposição contida no art. 515, *caput*, em relação também aos casos regidos por seu § 3º, "em nome das razões sistemáticas inerentes à regra da correlação entre a decisão e o pedido (arts. 128 e 460)".[131]

543-a-3. Prescrição e decadência

A inovação do § 3º do art. 515 elimina, de vez, uma controvérsia que de longa data se mantinha na jurisprudência. Questionava-se sobre a extensão do

efeito devolutivo no caso de a sentença apelada ter acolhido a prescrição ou a decadência. Havia uma corrente mais volumosa que negava ao Tribunal a possibilidade de, afastada a prejudicial extintiva, prosseguir no exame de mérito ainda não decidido em primeira instância,[132] para não violar o duplo grau de jurisdição.

A corrente minoritária, contudo, decidia que, sendo de mérito o julgado acerca da prescrição ou da decadência, os juízes do recurso, ao rejeitar a prejudicial, poderiam prosseguir ao julgamento da causa.[133]

Após a Lei nº 10.352, de 26.12.2001, o dissídio perdeu a razão de ser. Se até no caso de decisão terminativa o julgamento da apelação pode avançar sobre o mérito ainda não julgado no juízo de origem, com muito mais razão será possível fazê-lo diante da reforma das sentenças baseadas em prejudicial de prescrição e decadência, que já pertencem ao mérito da causa.[134]

Naturalmente, será necessário atentar para o estágio do processo em que se acolheu a prejudicial, bem como sobre a necessidade de provas ainda por colher para se examinar o restante das questões de mérito. A causa pode ainda não se encontrar madura para julgamento dessas novas questões. A lei prevê acolhida da prescrição e da decadência até na decisão de indeferimento da petição inicial. Em qualquer caso de aplicação do § 3º do art. 515 o Tribunal terá de ficar atento para não violar o contraditório e não impedir o direito das partes à ampla defesa.

543-a-4. A apelação e as nulidades sanáveis do processo

A Lei nº 11.276, de 07.02.2006, acrescentou o § 4º do art. 515 para tentar salvar as sentenças afetadas por nulidades processuais sanáveis. Prevê o dispositivo inovador que, "constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação".

A inovação funda-se no princípio de economia processual. Preocupa-se em evitar a anulação de sentenças ou de recurso, quando o vício detectado na apreciação da apelação mostrar-se sanável. Em lugar de frustrar o recurso com a imediata decretação de nulidade, o tribunal converterá o julgamento em diligência, determinando a realização do ato faltante ou a renovação do ato defeituoso, intimando-se as partes para as providências cabíveis.[135]

Somente se não for sanada a nulidade é que seu pronunciamento será feito pelo tribunal. Superado o defeito, o recurso será apreciado normalmente em seu

mérito. Sempre que possível, portanto, serão evitados a invalidação e o retrocesso do processo a estágios anteriores à sentença, com repetição de atos e decisões no juízo de origem.

As nulidades sanáveis de que cogita o novo § 4º do art. 515 tanto podem ser suscitadas pela parte como conhecidas de ofício pelo tribunal. O que importa é a sua sanabilidade, a tempo de salvar a sentença, para seu reexame no julgamento do recurso que já alcançou o tribunal.

Alguns exemplos de nulidades sanáveis: havendo litisconsórcio necessário, a sentença ou o recurso foram intimados apenas a um ou alguns deles; o advogado que subscreveu o recurso não juntou o competente substabelecimento; o preparo do recurso ficou incompleto, mas o apelante não foi intimado a completá-lo; o recurso subiu sem ter dado oportunidade ao apelado para contrarrazões; o apelado juntou documento novo às contrarrazões sem ouvida do apelante; a apelação foi processada sem que o juiz decidisse os embargos declaratórios tempestivamente interpostos etc.

543-b. Inovação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, a respeito do efeito suspensivo da apelação

Ao elenco dos casos em que a apelação não tem efeito suspensivo (art. 520), a Lei nº 10.352 acrescentou o inciso VII, que contempla a sentença que "confirmar a antecipação dos efeitos da tutela".

Isto quer dizer que existindo medida de antecipação já deferida nos moldes do art. 273, e que venha a ser mantida pela sentença, a apelação terá de ser recebida apenas no efeito devolutivo, de maneira a não pôr em dúvida a subsistência do procedimento antecipatório.

O novo texto do art. 520, VII, cogita da sentença que *confirma* a antecipação de tutela. Mas não deve ser diferente o efeito da apelação em caso de a tutela antecipada ser deferida na própria sentença. Uma vez que a antecipação não tem momento prefixado em lei para deferimento, e pode acontecer em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição, não há motivo para negar ao juiz a possibilidade de decidi-la em capítulo da própria sentença, desde que o faça apoiado nos pressupostos do art. 273 e §§ do CPC. E, se a sentença for expressa a respeito de tal provimento, a apelação acaso manejada haverá de ser recebida apenas no efeito devolutivo.

Já havia jurisprudência sobre a possibilidade de a sentença conter capítulos distintos para o mérito e a antecipação de tutela.[136] O inconveniente, não

enfrentado pelo legislador, situava-se no aspecto dos efeitos da apelação, ora devolutivo e suspensivo, ora apenas devolutivo, questão essa que agora desapareceu diante da inserção do inciso VII no art. 520.[137] Em qualquer caso, portanto, em que a sentença mantenha (ou defira) a antecipação de tutela, a apelação não a suspenderá.

Não se há, contudo, de pensar que, doravante, o simples fato de o juiz julgar procedente uma demanda já o autoriza, imediatamente, a deferir a antecipação dos efeitos da sentença, sem aguardar o julgamento da apelação eventualmente interposta. Em qualquer circunstância em que se atenda a requerimento da tutela antecipada, ter-se-á sempre de observar os requisitos do art. 273 e §§ do CPC.

544. Recebimento da apelação

A petição da apelação é dirigida ao juiz prolator da sentença impugnada. Ao recebê-la deve o juiz declarar os efeitos do recurso (art. 518). Da decisão que atribui efeito à apelação cabe agravo de instrumento. O mesmo recurso cabe, também, do recebimento ou não da apelação (art. 522, 2ª parte).[138]

Omitindo a declaração de efeitos do recurso, a decisão que recebe a apelação deve ser tida como portadora do duplo efeito legal.[139] "Admitida a apelação em ambos os efeitos, devolve-se o conhecimento da causa à Superior Instância, não podendo o juiz inovar o processo".[140] É de se ressalvar os casos especiais em que o próprio código permite o juízo de retratação, como, v.*g*., o do indeferimento da petição inicial (art. 296, parágrafo único) e da improcedência *prima facie* da demanda (art. 285-A, § 1º).

Já se decidiu que "julgados pela mesma sentença ações conexas, uma comportando recurso em seus dois efeitos, outra no devolutivo apenas, será aplicável o princípio processual do maior benefício e, assim, atribuído a tal recurso, para ambas as demandas, também o efeito suspensivo".[141] No entanto, é mais razoável a tese segundo a qual nada impede que uma decisão recorrida se submeta por partes a efeitos recursais distintos. Assim, se numa só sentença são julgadas duas causas, o recurso interposto pode suspender o efeito dado a uma delas e não o fazer em relação a outra, se diversa é a eficácia particular que a lei prevê para as duas situações congregadas: deferida, por exemplo, medida cautelar e julgada procedente, ao mesmo tempo, a ação principal, a apelação única suspenderá a execução da parte relativa ao mérito da causa mas não impedirá a efetivação da medida preventiva.[142]

De acordo com o parágrafo único do art. 518, acrescentado pela Lei nº 8.950,

de 13.12.1994, a questão relativa ao cabimento da apelação não fica preclusa pela inocorrência de recurso contra a decisão que a recebeu. Após a resposta do apelado, a lei faculta ao juiz "o reexame dos pressupostos de admissibilidade", se a tanto for provocado pelo recorrido. Não há necessidade de recurso. O pedido de reexame pode ser manifestado por meio de petição simples.

A Lei nº 11.276, de 07.02.2006, transformou o parágrafo único do art. 518 em § 2º e introduziu alterações no seu texto, que serão analisadas, a seguir, no item 544-b.

544-a. A irrecorribilidade da sentença proferida em conformidade com súmula do STJ ou do STF

O § 1º acrescido ao art. 518, pela Lei nº 11.276, de 07.02.2006, adotou o princípio da denominada *súmula impeditiva*, segundo o qual "o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal".[143]

A Exposição de Motivos do Ministro da Justiça, que acompanhou a proposta de alteração do art. 518 do CPC, a justificou como uma adequação salutar que contribuirá para a redução do número excessivo de impugnações sem possibilidade de êxito. Trata-se da figura que se tornou conhecida na linguagem processual como "súmula impeditiva" e que guarda uma certa simetria com a orientação da "súmula vinculante", preconizada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004.

O raciocínio determinante da reforma foi no sentido de que, se se admite que uma súmula vincule juízes e tribunais, impedindo-os de julgamento que a contrarie, válido é, também, impedir a parte de recorrer contra sentença proferida em consonância com o assentado em jurisprudência sumulada pelos dois mais altos tribunais do país. Nos dois casos está em jogo o mesmo valor, qual seja, o prestígio da Súmula do STJ e do STF pela ordem jurídica.

No mais, recorre-se ainda a um argumento de economia processual: se cabe ao STF e ao STJ a função uniformizadora da interpretação da lei federal, respectivamente, no âmbito da ordem constitucional e infraconstitucional, apresentar-se-ia como perda de tempo e gasto processual sujeitar-se a recurso uma sentença que, afinal, viria a prevalecer quando a apelação chegasse à instância superior. Aliás, já existe a regra constante do art. 557 do CPC que determina ao relator negar seguimento, em decisão singular, a qualquer recurso formulado em contradição com súmula do respectivo tribunal, do Supremo

Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. A norma do novo § 1º do art. 518 não é um corpo estranho dentro do sistema do Código de Processo Civil, nem mesmo configura uma total inovação. Apenas amplia o regime de prestígio à jurisprudência sumulada, já consagrada.

Afinal, a regra do § 1º do art. 518 não é nada mais do que a previsão de uma hipótese de afastamento pontual do sistema do duplo grau de jurisdição. Como já assentou o STF, a dualidade de instâncias, embora desejável no comum dos casos, não é uma garantia constitucional. Pode, por isso mesmo, ceder lugar a julgamentos em única instância, sempre que razões políticas razoáveis forem invocadas pelo legislador ordinário (ver, *retro*, o nº 527).

É bom lembrar que o trancamento da apelação, *in casu*, pressupõe inteira fidelidade da sentença à súmula do STJ ou do STF. É preciso que a decisão seja toda ela assentada na súmula, e não apenas em parte, de modo que se esta serviu tão só de argumento utilizado pelo sentenciante, para solucionar parte das questões deduzidas no processo, havendo outros dados influentes na motivação do julgado, não será o caso de considerar a sentença como irrecorrível. Fora do tema da súmula, restariam questões passíveis de discussão recursal, sem risco de contradizer a matéria sumulada.

Quanto à hipótese de equívoco do juiz em considerar sua sentença adequável ao entendimento da súmula, não acarretará ele uma irremediável supressão do direito da parte de acesso ao segundo grau de jurisdição. É que, segundo o art. 522, *caput*, do CPC, cabe agravo de instrumento contra a decisão do juiz da causa que não admite apelação, recurso que não pode ser barrado na primeira instância, pois sua interposição se dá diretamente no Tribunal (CPC, art. 524).

Mediante o adequado manejo do agravo de instrumento, portanto, a parte prejudicada pela equivocada aplicação de súmula para impedir a apelação encontraria remédio eficiente para corrigir o *error in iudicando* cometido em primeiro grau e fazer chegar o apelo ao exame do tribunal competente.

544-b. Juízo de retratação: reexame dos pressupostos de admissibilidade da apelação já recebida

Já constava do parágrafo único do art. 518 do CPC a autorização ao juiz para rever os pressupostos de admissibilidade da apelação, após a resposta do recorrido. Entendia a lei que a decisão em torno da admissão do recurso em tela não produzia preclusão para o juiz de primeiro grau. De tal sorte, ficava-lhe preservada a possibilidade de, uma vez alertado pelas contrarrazões, reexaminar

os pressupostos legais do recurso e, sendo o caso de reconhecer o erro inicialmente cometido, poderia trancar o seu seguimento.

A novidade que a Lei nº 11.276 introduziu no atual § 2º (equivalente ao primitivo parágrafo único) do art. 518 foi a limitação do tempo em que a faculdade de reexame fica aberta ao juiz: terá, doravante, de proceder a tal reexame dentro dos cinco dias que se seguem à apresentação das contrarrazões do apelado. Depois disso, o processo terá de subir ao tribunal, nos moldes da decisão de admissão do recurso, e somente à segunda instância competirá apreciar a matéria.

Pela natureza do tema, todavia, não ficará a parte prejudicada pela omissão do juiz *a* quo. A admissibilidade do recurso envolve matéria de ordem pública ligada aos pressupostos processuais, por isso mesmo insuscetível de preclusão (CPC, art. 267, § 3º). Assim, o exame e reexame são perfeitamente factíveis pelo tribunal *ad quem*, quando do julgamento do recurso, ficando fora de qualquer embaraço relacionado com a preclusão.

544-c. Juízo de retratação: reexame da matéria decidida na sentença apelada por ato de seu próprio prolator

Publicada a sentença, tem-se como encerrada a tarefa de acertamento a cargo do juiz. Torna-se, por isso, inalterável o decisório por ato do respectivo julgador, a não ser que haja erro material ou de cálculo a corrigir ou que tenham sido interpostos embargos de declaração para eliminar obscuridade, contradição ou omissão da sentença (art. 463). A possibilidade de reforma do conteúdo do julgado depende de interposição do recurso de apelação e somente competirá ao Tribunal de segundo grau, em regra. O efeito devolutivo do recurso, na espécie, redundará no deslocamento da causa para o órgão judicante hierarquicamente superior. A apelação, de regra, é um recurso *reiterativo*, e não *iterativo*.

Há, no entanto, alguns casos excepcionais em que, interposta a apelação, a lei abre oportunidade ao juiz de rever sua sentença, podendo, assim, impedir a subida do processo ao tribunal. Quando, por exemplo, a sentença consistir em indeferimento da petição inicial, o art. 296 faculta ao juiz, diante da apelação formulada pelo autor, reformar sua própria decisão, no prazo de 48 horas. Somente se o juízo de retratação não ocorrer é que os autos serão encaminhados ao tribunal. Se o juiz se retratar, a apelação ficará sem objeto.

Também na hipótese de processos seriados, em que o juiz é autorizado a proferir sentença de improcedência *in limine litis*, antes mesmo da citação do réu

(art. 285-A), há previsão legal de que, ocorrendo apelação do autor, terá o juiz a faculdade de, em cinco dias, "não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação (art. 285-A, § 1º). Trata-se, pois, de mais um caso em que o juízo de retratação em primeiro grau se torna possível, no curso da apelação.

545. Deserção

Denomina-se deserção o efeito produzido sobre o recurso pelo não cumprimento do pressuposto do preparo no prazo devido. Sem o pagamento das custas devidas, o recurso torna-se descabido, provocando a coisa julgada sobre a sentença apelada.[144]

O art. 511, em sua nova redação, praticamente eliminou o problema da deserção dos recursos, já que não há mais elaboração de conta de custas e intimação do recorrente para efetuar o respectivo pagamento em determinado prazo. O preparo, a partir da Lei nº 8.950, de 13.12.1994, é ato que terá de ocorrer antes do aforamento do próprio recurso. O comprovante terá de ser juntado à petição do recurso, sob pena de inadmissão do apelo por deserção.[145] Para a Justiça Federal, no entanto, existe um regime legal específico que não obriga ao prévio preparo do recurso (Lei nº 9.289/96, art. 14, II).

Se, todavia, algum obstáculo impedir o apelante de realizar o preparo até o momento do ingresso do recurso em juízo, restar-lhe-á a possibilidade de provar, posteriormente, "o justo impedimento", à vista do qual caberá ao juiz relevar a deserção, fixando-lhe prazo para efe-tuar o recolhimento das custas (art. 519, *caput*, em sua atual redação).

Segundo antigo entendimento jurisprudencial, se o recurso houvesse sido protocolado sem o prévio preparo, mas ainda não estivesse esgotado o prazo de sua interposição, não seria o caso de indeferi-lo de imediato. Dever-se-ia aguardar que a omissão fosse sanada até o escoamento do lapso útil para o apelo. Somente depois disso é que, persistindo a falta do preparo, estaria autorizado o decreto de deserção.[146] Porém, "segundo a nova disciplina, introduzida pela Lei nº 8.950/1994, o preparo deve ser comprovado no ato da interposição do recurso".[147] Deve-se ponderar, no entanto, que a jurisprudência ressalva a eventualidade de haver embaraço à realização do preparo no último dia do prazo, por fato do sistema bancário. Desse modo, o prazo de preparo para a interposição de recurso pode ser prorrogado para o dia subsequente ao do término, quando o expediente bancário for encerrado antes do fechamento do

protocolo forense.[148]

O preparo a menor não gera automaticamente deserção do apelo. Caberá ao juiz ordenar a intimação da parte para complementá-lo no prazo de cinco dias (art. 511, § 2º). Somente após tal dilação é que será possível declarar-se deserto o recurso.

Em qualquer caso, a decisão que julga deserta a apelação, em primeiro grau, desafia agravo de instrumento, enquanto a que releva a deserção se apresenta, legalmente, como irrecorrível, muito embora permaneça a questão sujeita à apreciação do Tribunal *ad quem* (art. 519, parágrafo único).

As custas do preparo são somente as do recurso e não todas as até então vencidas no processo. Mas o apelante está sujeito ao pagamento das verbas relativas aos atos tanto de primeira como de segunda instâncias, desde que previstas pelo regimento de custas para a tramitação do recurso, além das despesas de remessa e retorno dos autos.

546. Prazo para interposição da apelação

O prazo legal é de 15 dias, tanto para apelar como para contra-arrazoar a apelação (art. 508).

O parágrafo único do art. 508, no entanto, reduzia esses prazos para cinco dias quando se tratasse de procedimento sumaríssimo. A Lei nº 6.314, de 16.12.75, revogou o mencionado dispositivo do Código, de modo que, atualmente, o prazo de 15 dias é único, aplicando-se inclusive às ações de rito sumaríssimo.

Se, todavia, o prazo é superado em razão de obstáculo do serviço forense, não pode a parte ficar prejudicada, dado que, durante o embaraço judicial, não flui nenhum prazo.[149]

O prazo vence-se, outrossim, em cartório. De sorte que, "sem embargo de haver sido despachada no prazo legal, a apelação fica prejudicada pelo retardamento da respectiva juntada, por culpa da parte interessada".[150]

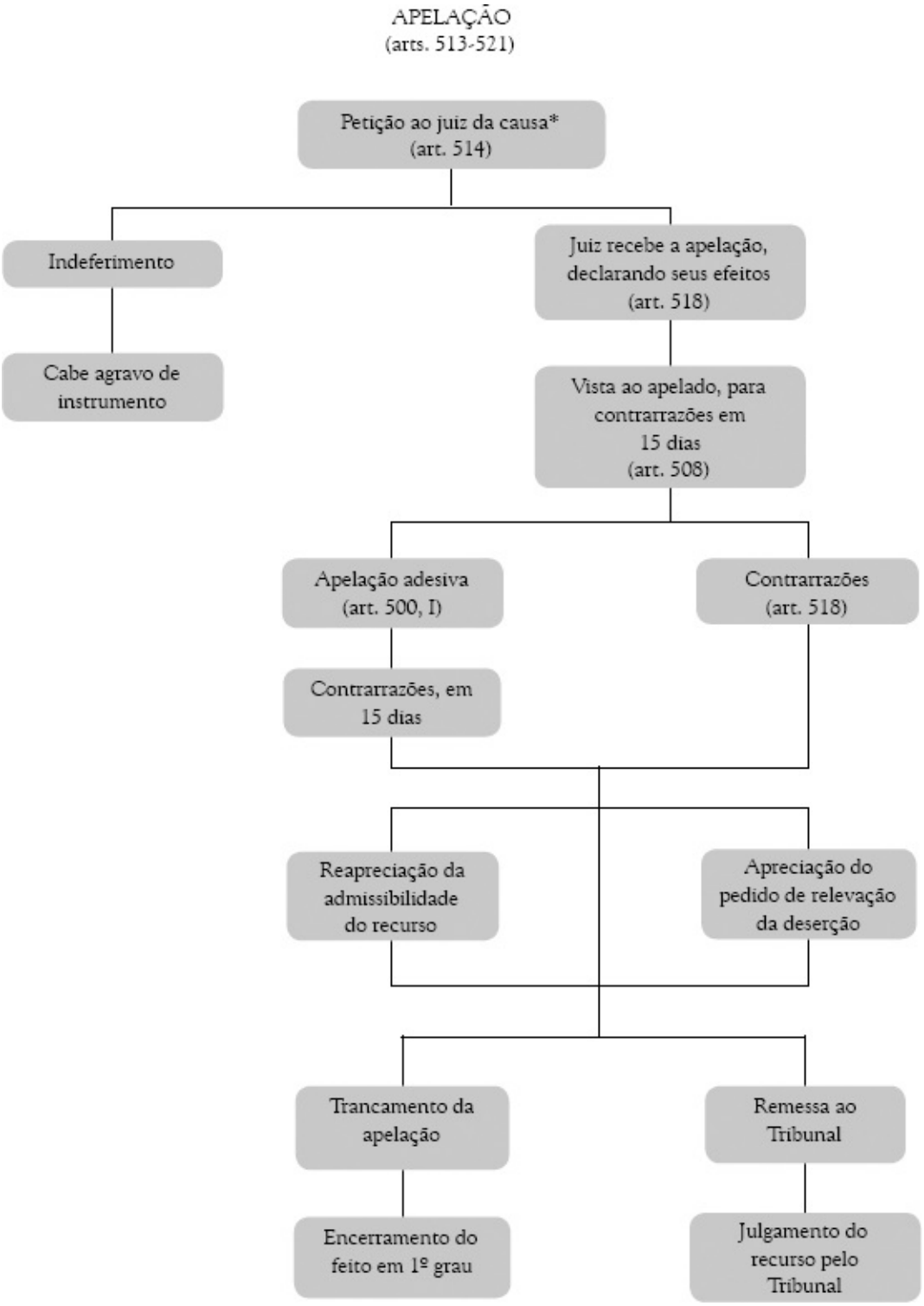
Mas "não fica prejudicada a apelação entregue em cartório no prazo legal, embora despachada tardiamente".[151]

547. Julgamento em segunda instância

O tribunal *ad quem*, antes de apreciar a apelação, deverá decidir os agravos de instrumento porventura interpostos no mesmo processo (art. 559).

A competência funcional para julgar o recurso é de câmara ou turma do tribunal, mas o voto é tomado apenas de três juízes, que formam a denominada "turma julgadora" (art. 555, *caput*). Há, porém, possibilidade de o relator, em casos de divergência, propor seja o recurso julgado por um colegiado maior previsto no regimento interno (v., adiante, o item nº 585-a).

Fluxograma nº 16



* *Oportunidade*: 15 dias, a contar da intimação da sentença.

§ 83. AGRAVO

Sumário: 548. Conceito. 549. Espécies de agravo. 550. Agravo retido. 550-a. Agravo retido interposto oralmente. 550-b. Juízo de retratação no agravo retido. 550-c. Agravo retido após a sentença. 551. Agravo de instrumento. 551-a. Formação do instrumento do agravo. 552. Efeitos do agravo de instrumento. 553. Processamento do agravo de instrumento. 553-a. Inovações registradas a partir das Leis nos 10.352/2001 e 11.187/2005. 554. O contraditório. 554-a. Outras observações sobre o atual regime do agravo de instrumento. 554-b. Formação da coisa julgada antes do julgamento do agravo.

548. Conceito

Agravo é o recurso cabível contra as decisões interlocutórias (art. 522), ou seja, contra os atos pelos quais "o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente" (art. 162, § 2º).

Sob o nome de *agravo de instrumento*, a redação primitiva do Código de Processo Civil indicava o meio impugnativo das decisões interlocutórias prevendo que, a requerimento da parte, o instrumento pudesse não ser formalizado e que o recurso ficasse retido nos autos, para futura apreciação junto com a eventual apelação relativa à sentença da causa. Assim, estranhamente, o *agravo retido* era regulado como espécie do agravo de instrumento.

Com a Lei nº 9.139, de 30.11.95, o recurso em questão passou a denominar-se simplesmente *agravo*, que admite o processamento sob a forma de *retido* ou de *instrumento*.

A maior inovação, todavia, não se deu no plano da nomenclatura do agravo, mas no seu processamento, quando adotada a via do instrumento. Ao contrário dos demais recursos que são sempre interpostos perante o órgão judicial responsável pelo ato decisório impugnado, para posterior encaminhamento ao tribunal competente para revisá-lo, o novo agravo por instrumento deve ser endereçado diretamente àquele tribunal (art. 524).

Com essa sistemática, o legislador teve em mira afastar dois grandes inconvenientes que o agravo de instrumento tradicional produzia, com acentuada frequência, a saber: *a*) a longa e penosa tarefa da formação e discussão do recurso em primeiro grau de jurisdição, que fazia com que o agravo de

instrumento fosse o mais complicado e mais demorado recurso utilizado no processo civil, em flagrante contradição com a natureza interlocutória das decisões por ele impugnadas; *b*) a constante necessidade do uso do mandado de segurança, em situação totalmente fora de sua elevada destinação constitucional, para apenas conseguir suspender efeitos de decisões interlocutórias capazes de gerar graves e imediatos prejuízos à parte, já que o agravo de instrumento não tinha efeito suspensivo, nem contava com um mecanismo interno que acelerasse o conhecimento da impugnação pelo tribunal *ad quem*.

A partir da Lei nº 9.139/95, o agravo de instrumento passou a ser despachado pelo relator, já em segunda instância, a ele competindo, liminarmente, apreciar o cabimento, quando for o caso, da pretensão do agravante de obter suspensão imediata dos efeitos do ato impugnado (art. 527, III).

Aquilo que se buscava, penosamente, com o simultâneo manejo do recurso e do mandado de segurança, passou a ser alcançável, prontamente, pelo simples despacho da petição recursal, com evidente economia para a justiça e para as partes.

A modernização do agravo continuou por meio de outras alterações do Código operadas pelas Leis nos 10.352, de 26.12.2001, e 11.187, de 19.10.2005. Já, então, o que preocupava o legislador era o excesso tumultuário do uso do agravo de instrumento, que, segundo reclamos dos Tribunais, embaraçava inconvenientemente a tramitação e julgamento dos demais recursos em segunda instância. As reformas realizadas por meio das Leis nos 10.352 e 11.187 tiveram, portanto, o explícito objetivo de reduzir os casos de agravo de instrumento, tornando prioritário o agravo retido e reservando o primeiro apenas para questões graves e urgentes.

O agravo é, outrossim, cabível em todo e qualquer tipo de procedimento, seja no de execução ou no cautelar, assim como nos procedimentos comuns e nos especiais (de jurisdição voluntária ou contenciosa).

549. Espécies de agravo

O agravo, manejável durante a tramitação do processo em primeiro grau de jurisdição, pode ser: *a*) agravo *retido* (art. 523); ou *b*) agravo de *instrumento* (art. 524). Não é, porém, somente a decisão interlocutória do juiz de primeira instância que desafia esse tipo de recurso. Também nos tribunais superiores há situações em que se verificam decisões interlocutórias com previsão, no Código, do cabimento de agravo. Pela peculiaridade desses casos, há, quase sempre, uma

disciplina própria a ser observada, mas, no geral, as regras comuns do agravo (arts. 522 e segs.) são aplicáveis, pelo menos naquilo que não atritem com a especificidade do recurso em segunda instância. A linguagem forense, para distinguir o agravo utilizável contra decisões singulares proferidas em segunda instância, passou a nominá-lo de *agravo interno*.

Na verdade, os agravos interponíveis perante tribunais nem sempre se limitam a decisões interlocutórias. Dispondo os relatores de poder para proferir, em alguns casos, julgamento de mérito, *o agravo interno* então manejável terá como objeto decisão que, obviamente, não será interlocutória, mas definitiva ou final (é o que ocorre nas situações previstas nos arts. 544, § 4º, II, e 557, *caput* e § 1º-A).

Ainda nos tribunais há o *agravo nos próprios autos*, que não é *interno* nem *de instrumento*. Cabe contra a decisão singular que, no tribunal de origem, inadmite o recurso extraordinário. Não é interno porque não é julgado pelo colegiado local, mas pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de inadmissão de recurso extraordinário ou de recurso especial. A peculiaridade desse agravo é que seu processamento se dá dentro dos autos do processo em que o acórdão recorrido foi pronunciado. A exemplo do que se passa com o recurso de apelação em primeiro grau, o agravo do art. 544 provoca, a partir da inovação da Lei nº 12.322/2010, a subida dos autos em sua totalidade ao tribunal a que for endereçado o recurso (a regra vale tanto para o recurso extraordinário como para o recurso especial).

Eis alguns exemplos de decisões singulares pronunciadas em tribunal que desafiam agravo interno:

a) decisão do relator que nega seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior (art. 557, *caput*);

b) decisão do relator que dá provimento a recurso, quando a decisão recorrida se apresenta em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º-A);

c) decisão do relator que indefere embargos infringentes (art. 532);

d) decisão do relator que, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, não admite o agravo relativo ao cabimento do recurso extraordinário ou especial, ou lhe nega provimento, ou, ainda, julga desde logo o extraordinário ou o especial (art. 545, com a redação da Lei nº 12.322/2010);

e) decisão do relator que nega seguimento a recurso, no Supremo Tribunal

Federal e no Superior Tribunal de Justiça, seja por perda de objeto, ou por manifestamente intempestivo, descabido ou improcedente, ou ainda por contrariar súmula do respectivo tribunal (Lei nº 8.038, de 25.05.90, art. 38);

f) qualquer decisão, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, proferida por Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma, ou de Relator, que cause gravame à parte (Lei nº 8.038, de 25.05.90, art. 39).

O agravo retido é exclusivo do processo em primeiro grau de jurisdição. Não tem cabimento nos casos de agravo contra decisões singulares proferidas em processos que tramitam nos Tribunais, pelo menos nos exemplos suprarreferidos.

Em síntese, existem quatro variações do agravo no Código de Processo Civil atual:

a) o agravo de *instrumento*;

b) o agravo *retido*;

c) o agravo nos *próprios autos*;

d) o agravo *interno*.

Os dois primeiros são próprios para atacar decisões interlocutórias proferidas em primeiro grau de jurisdição, e os dois últimos, para impugnar decisões singulares ocorridas nos tribunais. Observe-se que, nos tribunais não há agravo contra julgamentos de órgãos colegiados, mesmo quando decidam questões incidentais.

550. Agravo retido

Diz-se *retido* o agravo quando a parte, em vez de se dirigir diretamente ao tribunal para provocar o imediato julgamento do recurso, volta-se para o juiz da causa, autor do decisório impugnado, e apresenta o recurso, pedindo que permaneça no bojo dos autos, para que dele o tribunal conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação (art. 523).

Na sistemática primitiva do Código de Processo Civil de 1973, o agravo de instrumento seria admissível contra qualquer decisão interlocutória, e ao recorrente caberia escolher, segundo suas conveniências, a via do agravo retido ou a do agravo de instrumento.

Depois das sucessivas reformas impostas à regulamentação legal do recurso *sub examine*, desapareceu a liberdade de opção antes conferida ao agravante. A norma atual é que o agravo deve ser interposto, em regra, sob a forma retida. Só em casos que reclamam solução urgente ou cuja apreciação pelo Tribunal seja impossível de ocorrer nos moldes traçados para o agravo retido é que a

modalidade do agravo de instrumento é autorizada pela lei (CPC, art. 522, 2ª parte, com a redação da Lei nº 11.187, de 19.10.2005).

Como o agravo retido não sobe separadamente para exame do Tribunal, não há necessidade de tomar providências inerentes à formação do instrumento. O agravante fundamentará seu recurso indicando apenas onde se acha a decisão impugnada e se reportando às peças dos autos úteis ao esclarecimento de sua argumentação. Não se lhe aplica, por motivos óbvios, a norma do art. 522, restrita que é às peculiaridades do agravo de instrumento.

No seu conteúdo, formal e substancial, entretanto, o agravo retido não pode fugir dos requisitos básicos do agravo de instrumento, ou seja, a petição deve conter "a exposição do fato e do direito" assim como a explicitação das "razões do pedido de reforma da decisão" (art. 524).

O agravo, em qualquer de suas formas, deve ser interposto por meio de petição escrita. Prevê, contudo, o art. 523, § 3º, a interposição oral do agravo retido quando voltado contra decisão interlocutória proferida na audiência de instrução e julgamento.

O agravo retido impede a formação da preclusão em torno da matéria impugnada, sem prejudicar o andamento normal do processo. Se o juiz não retratar seu decisório, o agravo provocará sua apreciação futuramente pelo Tribunal, caso se venha a recorrer da sentença final, por meio da apelação. Para que o agravo retido, no entanto, seja conhecido pelo tribunal, há um pressuposto indispensável: o agravante terá de reiterá-lo nas suas futuras razões ou contrarrazões de apelação (art. 523, § 1º). Implicará *desistência tácita* a não ratificação do agravo na fase de apelação.[152] Naturalmente, essa obrigatoriedade da ratificação do agravo na fase da apelação não se aplica ao recurso interposto depois da própria apelação.

Se não houver apelação ou se esta não for conhecida, prejudicado estará o agravo retido, já que este será sempre tratado como dependente daquela (art. 523).

550-a. Agravo retido interposto oralmente

Não é de toda decisão tomada em audiência que a parte pode agravar oralmente. O Código somente prevê essa forma de interposição do agravo retido, quando se tratar de audiência de instrução e julgamento (art. 523, § 3º, com a redação da Lei nº 11.187/2005), em que as questões solucionadas incidentalmente são, em regra, mais singelas (contradita de testemunha,

indeferimento de perguntas das partes aos depoentes, deliberações de polícia das audiências etc.). Não se autoriza, portanto, o agravo oral em audiência preliminar (art. 331), tendo em conta que a atividade saneadora nela desenvolvida compreende temas mais complexos, cuja impugnação, via de regra, haverá de ser feita com mais vagar e melhor fundamentação. Daí a necessidade de seguir a regra geral da petição escrita e de contar a parte com o prazo ordinário de dez dias, para a interposição do recurso.[153]

Na atual sistemática do § 3º do art. 523 (com redação da Lei nº 11.187/2005), o agravo oral tornou-se impositivo (não é mais opção da parte). As decisões interlocutórias pronunciadas durante a audiência de instrução e julgamento[154] somente podem ser atacadas por meio de agravo retido e mediante manifestação durante a própria audiência. A parte prejudicada tem de agravar imediatamente, e o recurso deverá constar do termo a que alude o art. 457. Oralmente, ainda, são deduzidas pelo recorrente, de maneira sucinta, as razões do agravo, que também figurarão no termo da audiência. A falta do agravo oral imediato torna preclusa a matéria decidida pelo juiz durante a audiência, pois a parte não contará mais com a oportunidade para recorrer por petição escrita nos dez dias subsequentes.

As contrarrazões do adversário do agravante também devem ser colhidas oralmente na própria audiência, para manter-se o tratamento isonômico de ambas as partes.

Quid iuris se a questão decidida em audiência envolver lesão grave e de difícil reparação para a parte? Penso que em situação como aquela em que o juiz decreta a prisão na audiência ou determina o levantamento *incontinenti* do dinheiro em depósito, sem caução, e outras equivalentes, não ficará a parte jungida à via do agravo retido oral. A situação sairá da área de incidência do § 3º do art. 523 e passará para a tutela especial da ressalva contida no art. 522. Vale dizer: configurada a "decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação", é direito seu a impugnação fora do regime comum do agravo retido e com a celeridade própria do agravo de instrumento. Para se precaver do risco de se supor atingido por preclusão, pode a parte requerer que conste do termo de audiência seu propósito de atacar o decisório por agravo de instrumento nos termos e no prazo do art. 522. Advirta-se, porém, que a medida é de simples cautela, porque, de fato, a natureza da decisão, por si só, a afasta da regra do § 3º do art. 523 (agravo retido oral), tornando-a agravável por instrumento (art. 522).

550-b. Juízo de retratação no agravo retido

Questionava-se, por falta de previsão legal, diante do texto primitivo do Código, sobre as contrarrazões e o juízo de retratação no agravo retido, o que levava muitos a entender que a petição recursal era simplesmente juntada aos autos e toda discussão a seu respeito somente ocorreria na eventualidade de ser o agravo ratificado nas futuras razões ou contrarrazões de apelação, quando já não mais era possível ao juiz rever a decisão hostilizada.

Com as inovações da Lei nº 9.139/95, ficou certo que o juiz poderá retratar a decisão objeto do agravo retido. Para tanto, deverá antes conceder 10 dias para que o agravado ofereça sua resposta (art. 523, § 2º, com a redação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001). Vê-se, portanto, que o legislador admitiu tanto as contrarrazões como o juízo de retratação no *iter* do agravo retido. O efeito imediato desse tipo de impugnação é justamente o de impedir a preclusão em torno da matéria apreciada na decisão interlocutória. Donde persiste o poder do juiz de voltar a decidi-la, enquanto não proferida a sentença.

Não cabe, porém, a reforma da decisão agravada, pelo juiz que a prolatou, sem antes completar o contraditório, isto é, sem ensejar à parte contrária a formulação de contrarrazões.[155]

550-c. Agravo retido após a sentença

Com a prolação e publicação da sentença, o juiz, normalmente, cumpre a acaba a função jurisdicional própria do processo de conhecimento. Compete-lhe, porém, presidir o processamento da apelação e decidir os embargos de declaração acaso interpostos. Cabe-lhe, ainda, dar cumprimento ao comando da sentença condenatória. Dessa maneira, mesmo depois de proferida a sentença, o juiz pode vir a decidir questões incidentais, tornando cabível o agravo.

Se a apelação foi interposta e ainda não subiu ao Tribunal, as decisões posteriores à sentença serão impugnáveis por agravo retido, sem necessidade de ratificação nas razões ou contrarrazões da apelação, mesmo porque nessa altura o apelo principal já teria sido interposto e arrazoado, não havendo como retroagir para nele inserir o agravo retido ulterior. Por outro lado, não há razão para impor à parte o uso do agravo de instrumento. A medida seria contrária à economia processual, porque os autos já se acham em vias de subir ao tribunal, por força da apelação pendente. O agravo retido simplesmente chegará à instância superior como um adendo à apelação, dentro das peças do processo.

O art. 522, alterado pela Lei nº 11.187/2005, ressalva dois casos em que as decisões posteriores à sentença devem ser impugnadas por agravo de

instrumento: a) quando se trata de inadmissão da apelação; e b) quando se refira à deliberação sobre os efeitos em que a apelação é recebida.

Sem a forma de instrumento, o agravo se tornaria inútil, se seu fim é enfrentar a decisão que não admitiu a apelação. Como esta trancou o processo e não chegará ao exame do Tribunal, o agravo que fosse processado sob a forma retida também jamais chegaria à instância superior. Tornar-se-ia uma completa inutilidade, já que não se prestaria para servir ao interesse recursal da parte a ser tutelado pelo remédio impugnativo franqueado pela lei. Realmente, só a forma de instrumento terá utilidade processual, na espécie.

O mesmo se passa com a decisão que definiu os efeitos com que a apelação é recebida. Se a parte tem o direito de recorrer contra tal decisório, é preciso que o sistema recursal propicie alguma utilidade ao meio impugnativo. Se o agravo fosse da modalidade retida, o Tribunal somente iria apreciá-lo quando julgasse a apelação. Aí já não teria mais sentido reconhecer que à apelação deveria ter sido atribuído efeito diverso do que lhe emprestou o juiz de 1º grau. O efeito recursal, na espécie, está sempre ligado à pretensão de realizar ou impedir a execução provisória da sentença apelada, enquanto se aguarda o desfecho da apelação. Se o exame do agravo fosse feito junto com o da apelação, todo o propósito do agravo perderia sentido. Daí por que a lei assegura ao recorrente discutir os efeitos da apelação por meio de agravo de instrumento, afastando da hipótese o agravo retido (art. 522, *in fine*).

Nessas duas exceções abertas pelo art. 522, para ensejar o uso do agravo de instrumento, não é preciso ao agravante demonstrar o perigo de lesão grave e de difícil reparação. O fundamento é outro: a necessidade lógica de preservar a eficácia do recurso, já que nenhum efeito prático teria o agravo se processado na forma retida.

551. Agravo de instrumento

Como já se informou, a regra ora dominante no Código de Processo Civil é a que impõe o agravo retido como recurso adequado para impugnar as decisões interlocutórias. O agravo de instrumento ocupa uma posição de exceção, somente utilizável nos termos da ressalva contida no art. 522 (redação da Lei nº 11.187, de 19.10.2005). Segundo tal dispositivo de lei, o agravo de instrumento será cabível apenas quando se voltar contra:

a) decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação;

b) decisão que inadmite a apelação ou que delibera quanto aos efeitos em

que a apelação é recebida.

Das hipóteses da letra “b” já tratamos no tópico anterior. Resta analisar a hipótese da letra “a”: risco de lesão agrave e de difícil reparação.

A noção é bastante conhecida do direito processual moderno, pois é em torno dela que se constrói a teoria das tutelas de urgência (medidas cautelares e de antecipação de tutela). Não é diferente o *periculum in mora* no terreno do agravo, já que o propósito do legislador, ao regular o agravo de instrumento e distingui-lo do agravo retido, não foi outro senão o de reservar aquele apenas para as situações em que não pudesse o processo afastar o perigo de dano grave a não ser por via de um recurso célere e dotado de possibilidades expeditas aptas a propiciar uma tutela efetiva ao direito ou interesse da parte. Sem a presença do *periculum in mora*, o recurso de agravo deverá funcionar na modalidade retida, que é consentânea com o princípio da oralidade e da economia processual, devendo seu julgamento ocorrer em conjunto com a posterior apelação, se vier a ser interposta. Se a apelação não for, a seu tempo, manejada, é porque a parte encontrou satisfação para sua pretensão deduzida em juízo independentemente da solução do agravo. Ele terá perdido sentido e o interesse da parte terá desaparecido.

Diante desse quadro, pode-se afirmar que ocorre o perigo de dano grave e de difícil reparação quando a parte prejudicada pela decisão interlocutória não pode aguardar a oportunidade da futura apelação para encontrar a tutela buscada sem sofrer perda ou redução significativa em sua situação jurídica. Para tanto, é preciso que da decisão interlocutória decorram efeitos imediatos a atuar sobre o bem da vida ou o interesse jurídico de que a parte se afirma titular.

Sob outro enfoque, o dano que justifica o agravo de instrumento pode ser moral ou patrimonial e pode ter origem tanto em fato processual como extraprocessual. Efeitos morais e patrimoniais sérios podem advir, *v.g*., de falta de antecipação de tutela necessária para impedir ou fazer cessar prejuízos na esfera dos direitos da personalidade ou no campo dos interesses econômicos em risco.

Costuma-se afirmar que o dano processual, ou seja, o derivado apenas da demora ou tumulto da prestação jurisdicional definitiva não poderia justificar o agravo de instrumento. O entendimento procede apenas em face dos ônus do andamento normal do feito. Quando, porém, o ato judicial impugnado que força a ampliação da marcha processual corresponde a uma violação evidente do devido processo legal, não há como deixar de reconhecer a presença de um dano jurídico grave e de difícil reparação. O que se tem, na verdade, é uma afronta à

garantia fundamental de duração razoável do processo e de celeridade no encaminhamento de seus atos (CF, art. 5º, LXXVIII). Encarada, pois, da perspectiva constitucional, é impossível ignorar a gravidade dos prejuízos impostos ao litigante, na espécie.

O juiz que, *v.g*., se recusa a apreciar, desde logo, a decadência notória do direito pleiteado na inicial ou que se abstém de proferir o julgamento antecipado da lide numa situação em que este legalmente se impõe, e determina o prosseguimento do processo rumo a perícias e outras provas inúteis, não só viola o devido processo legal, como impõe a realização de atos inócuos e gastos pesados à parte, que tem o direito fundamental de ver a causa imediatamente solucionada, sem maiores ônus e despesas. O prejuízo, *in casu*, não reside apenas no acréscimo de gastos desnecessários, mas manifesta-se também, e principalmente, na angústia e injustiça que há no prolongamento de uma situação processual adversa que o juiz pode, e tem o dever, de impedir ou fazer cessar. A lesão séria se passa tanto no plano do direito fundamental ao processo justo como no da incolumidade patrimonial do litigante que cumpre ao órgão judicial tutelar.

Isto, naturalmente, não quer dizer que todo e qualquer erro *in procedendo* tenha sempre que ser corrigido de imediato por meio de agravo de instrumento. É preciso apurar sua particular gravidade, expressa pelos efeitos imediatos sobre o patrimônio e a personalidade do litigante ofendido.

Não é preciso, porém, que a lesão seja irremediável, mas que seja grave e que, no futuro, seja muito onerosa ou muito problemática a restauração respectiva. Grave é, nessa ordem, qualquer risco que afeta os direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a dignidade humana. Qualquer demora na devida tutela, ainda que curta, já representa dano de difícil reparação, justificando o agravo de instrumento.

Grave também é o risco de violação à garantia do devido processo legal, como os que afetam a garantia do processo justo substancial e formalmente, pondo em risco o direito ao juiz natural, ao contraditório e à ampla defesa, bem como o acesso pleno e efetivo à Justiça. Se o dano a esses predicamentos constitucionais é atual ou iminente, não é lícito impor à parte a protelação longa da adequada tutela garantida como direito fundamental.

É caso a caso que se terá de, concretamente, avaliar o peso do interesse afetado pela decisão impugnada para decidir sobre o cabimento, ou não, do agravo de instrumento. Evidentemente, os embaraços da demora natural do pleito em juízo não podem servir de justificativa para lançar mão a torto e a

direito do agravo de instrumento. Um juízo de razoabilidade haverá de prevalecer, até mesmo para facilitar que a meta principal do processo seja mais prontamente atendida, evitando-se os percalços de remédios impugnativos não urgentes nem necessários.

Pode-se adotar, como critério prático, um juízo de ponderação: que prejuízo seria maior para o bom andamento do processo e a mais rápida solução do litígio? Essa boa solução estaria comprometida, de fato, se a questão debatida na decisão interlocutória tivesse sua revisão relegada para a fase de apelação?

Muito mais importante do que proliferar meios custosos de recurso é garantir que a solução final e definitiva da causa seja proporcionada aos litigantes no menor espaço de tempo possível.

Daí o acerto da reforma do Código de Processo Civil quando põe à disposição das partes, como regra, o agravo retido, e trata o agravo de instrumento como remédio excepcional cujo uso se justifica apenas nos casos de real urgência.

É bom lembrar que o maior afluxo do agravo de instrumento se deu justamente em decorrência da abertura do processo moderno para as tutelas de urgência. O processo justo hoje não é apenas aquele que garante uma sentença final em plena conformidade com as regras de direito material aplicáveis ao caso concreto. É, sobretudo, o que põe à disposição dos litigantes um instrumental capaz de chegar a um resultado de efetiva satisfação de tudo o que o direito material lhes assegura.

Liminares, medidas cautelares, providências antecipatórias, tudo isto tornou-se exigência imperiosa, cuja concretização vem sempre presidida pelo signo da urgência e até mesmo da emergência. Nesse quadro, é intuitivo que, em princípio, se terão de tratar como casos de risco de lesão grave e de difícil reparação todos os que retratem necessidade de medidas da espécie, seja no sentido positivo (deferimento), seja no sentido negativo (revogação).

Negar, quando cabíveis, medidas de urgência, ou deixar de revogá-las, quando incabíveis, é sem dúvida o grande desafio para os tribunais no tratamento dos recursos de agravo. Como hoje não se pode privar os jurisdicionados das tutelas de urgência, sem malferir a garantia de efetividade do acesso à Justiça, também não se pode impedir, exageradamente, o manejo do recurso que fundamentalmente se liga à essência da tutela emergencial, que é o moderno agravo de instrumento.

Por último, não se pode tratar as decisões interlocutórias do procedimento executivo dentro da mesma ótica do procedimento de cognição. Neste último, é

fácil relegar as impugnações incidentais para exame ulterior do tribunal, a ser realizado quando da futura apelação, já que esta será sempre cabível e fará com que sempre o processo inteiro chegue ao conhecimento da instância de segundo grau. Na execução, todavia, não há a perspectiva de uma sentença sobre o mérito da causa, já que o provimento esperado não é o acertamento do direito subjetivo da parte, mas sua material satisfação, que se consumará antes de qualquer sentença, e nem mesmo *a posteriori* se submeterá a uma sentença que lhe aprecie o conteúdo e validade. Daí que os atos executivos preparatórios e finais reclamam impugnação por agravo de instrumento. O agravo retido, cuja eficácia se condiciona à ratificação em futura apelação, é de todo inoperante na espécie: primeiro porque não haverá uma ulterior apelação em que o ato executivo possa ser reapreciado; segundo porque os atos executivos são atos de agressão patrimonial que, quase sempre, afetam de imediato a posse ou propriedade de bens do executado, representando, de ordinário, o risco de lesão grave e de difícil reparação. Imagine-se a penhora do capital de giro da empresa, ou designação de praça ou leilão dos bens penhorados. Claro é que os efeitos nefastos da manutenção de tais atos executivos (como tantos outros) conduzem a parte a privações ou restrições de direito cuja solução não pode ser protelada. Seja, pois, em razão da própria sistemática do agravo retido, que não é compatível com a atividade jurisdicional executiva, seja pelo risco grave de lesão de difícil reparação, o agravo de instrumento é o recurso próprio para atacar as decisões interlocutórias tomadas durante a atividade jurisdicional executiva.

551-a. Formação do instrumento do agravo

Adotada a modalidade de agravo por instrumento, o recurso será processado fora dos autos da causa onde se deu a decisão impugnada. O instrumento será um processado à parte formado com as razões e contrarrazões dos litigantes e com as cópias das peças necessárias à compreensão e julgamento da impugnação.[156]

Com a nova redação do art. 524 (Lei nº 9.139/95), a petição será dirigida *diretamente ao tribunal competente* e deverá conter os seguintes requisitos:

I – a exposição do fato e do direito;

II – as razões do pedido de reforma da decisão;

III – o nome e endereço completo dos advogados do agravante e agravado.

Não é mais o cartório que traslada as peças e forma o instrumento do agravo,

como se dava no regime primitivo do Código. Cabe, agora, ao próprio agravante obter previamente as cópias dos documentos do processo principal que deverão instruir o recurso. Por isso, a petição de agravo será, conforme o art. 525, instruída da seguinte maneira:

I – *obrigatoriamente*, com cópias da *decisão agravada*, da *certidão da respectiva intimação* e das *procurações* outorgadas ao agravante e ao agravado;

II – *facultativamente*, com outras peças que o agravante entender úteis;

III – havendo custas e despesas de porte e retorno, será obrigatória a instrução da petição de agravo, também, com o *comprovante do respectivo preparo*, conforme tabela publicada pelos tribunais (art. 525, § 1º).

Controlar-se-á a tempestividade do recurso pelo protocolo ou pelo registro postal, conforme a via utilizada para interposição do agravo.

Permite, ainda, o dispositivo em questão que as leis locais (leis de organização judiciária ou resoluções dos tribunais) possam criar outras formas de recebimento oficial das petições recursais, no âmbito de sua jurisdição, como, por exemplo, os *protocolos integrados* que, em alguns Estados, já se acham em funcionamento e que se prestam a facilitar, no interior, a protocolização de petições endereçadas aos tribunais sediados na capital.

552. Efeitos do agravo de instrumento

Trata-se de recurso que, normalmente, limita-se ao efeito devolutivo: "A interposição do agravo de instrumento não obsta ao andamento do processo" (art. 497).

No entanto, o efeito suspensivo poderá, em determinados casos, ser concedido pelo relator, para eliminar o risco de danos sérios e de reparação problemática. A propósito, o art. 558, com a redação da Lei nº 9.139/95, prevê que, a requerimento do agravante, será possível a suspensão do cumprimento da decisão agravada "até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara", mediante decisão do relator, nas seguintes hipóteses:

a) prisão civil;

b) adjudicação, remição de bens e levantamento de dinheiro sem caução idônea;

c) outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação.

Em todas as hipóteses cogitadas, o ato do relator dependerá de apresentar-se o pedido de suspensão apoiado em "relevante fundamentação", como esclarece o art. 558. Não basta, pois, a afirmação pura e simples de que o agravo se volta

contra decreto de prisão civil ou remição de bens, nem que o agravante pode sofrer prejuízo sério com a medida judicial atacada. A pretensão deverá, desde logo, manifestar-se como escorada em motivos reveladores de *fundamentos convincentes e relevantes*, capazes de evidenciar a verossimilhança do direito da parte e a intensidade do risco de lesão séria (isto é, de "dano grave e de difícil reparação").

Em outros termos: os requisitos para obtenção do efeito suspensivo no despacho do agravo serão os mesmos que, anteriormente, a jurisprudência havia estipulado para a concessão de segurança contra decisão judicial, na pendência de recurso com efeito apenas devolutivo: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.[157]

Para que o efeito suspensivo seja dado, terá o agravante de formular requerimento ao relator, o qual poderá ser incluído na petição do agravo ou em peça separada.

A liminar em questão é ato da exclusiva competência do relator que, de plano, a concederá, ou não, ao despachar a petição do agravante (art. 527, III). Se lhe parecer conveniente, poderá primeiro ouvir o juiz *a quo* (art. 527, IV), se o dano temido comportar a espera das suas informações.

Se for deferido o efeito suspensivo, o relator ordenará a imediata comunicação ao juiz da causa, para que, de fato, se suste o cumprimento da decisão interlocutória (art. 527, III).

Não se pode negar ao relator o poder de também conceder medida liminar positiva, quando a decisão agravada for denegatória de providência urgente e de resultados gravemente danosos para o agravante. No caso de denegação de medida cautelar ou antecipatória, é inócua a simples suspensão do ato impugnado. Caberá, portanto, ao relator tomar providência pleiteada pela parte, para que se dê o inadiável afastamento do risco de lesão. É bom ressaltar que o poder de antecipação de tutela instituído pelo art. 273 não é privativo do juiz de primeiro grau e pode ser utilizado em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição. O art. 527, III, há, pois, de ser aplicado em conexão com os arts. 558 e 273, quando necessário.

Esse poder do relator foi expressamente reconhecido pelo item III do art. 527, com a redação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001.

553. Processamento do agravo de instrumento

O recorrente, após encaminhar o agravo diretamente ao tribunal, requererá,

em três dias, a juntada, aos autos do processo, da cópia da petição recursal, com a relação dos documentos que a instruíram, e, ainda, o comprovante de sua interposição (art. 526). Essa diligência não tem o objetivo de intimar a parte contrária, porque sua cientificação será promovida diretamente pelo tribunal (art. 527, V). Sua função é apenas de documentação e, também, serve como meio de provocar o magistrado ao juízo de retratação, que pode ocorrer mesmo antes das informações a serem prestadas ao relator (art. 527, IV), tornando prejudicado o agravo (art. 529). A jurisprudência do STJ, após uma certa oscilação, se fixou no sentido de considerar não prejudicial ao conhecimento do agravo o não cumprimento da diligência em questão.[158] A Lei nº 10.352, de 26.12.2001, acrescentou um parágrafo ao art. 526 para tornar a medida nele contida um ônus processual cuja inobservância poderá acarretar o não conhecimento do agravo pelo tribunal (v. adiante o item 553-a).

A distribuição do agravo, no tribunal, deve ocorrer *incontinenti*, ou seja, como ato imediato ao protocolo ou ao recebimento do registrado postal. Quando utilizada a via postal, o invólucro do recurso, onde se acha o registro feito pelo Correio, deverá ser mantido nos autos para facilitar o exame do relator sobre a tempestividade do recurso. Caso não seja possível, por qualquer razão, o uso desse meio de controle, haverá sempre o comprovante de remessa cuja juntada aos autos de origem é obrigatória, nos termos do art. 526. Na dúvida, portanto, o relator, ao determinar as informações do juiz *a quo*, ordenará que seja dada notícia sobre o comprovante da tempestividade do agravo.

Efetuada a distribuição, os autos do agravo serão imediatamente conclusos ao relator sorteado. No despacho da petição poderá ocorrer:

a) indeferimento liminar do recurso (art. 557); ou

b) deferimento do processamento do agravo (art. 527), caso em que:

1. *obrigatoriamente*, determinará a intimação do agravado para responder ao recurso no prazo de 10 dias (art. 527, V);

2. *facultativamente*, ordenará a requisição de informações ao juiz da causa, que as prestará em 10 dias (art. 527, IV);

c) conversão do agravo de instrumento em agravo retido, caso reconheça não ocorrer urgência ou perigo de lesão grave e de difícil reparação (art. 527, II, com a redação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001). Nesse caso, determinará que os autos do agravo sejam remetidos ao juiz da causa, para apensamento aos principais.

Havendo requerimento de efeito suspensivo, formulado pelo agravante, será, também, na fase de despacho da petição de agravo que o relator o apreciará (art.

527, III). A suspensão da decisão agravada, de acordo com o art. 558, é cabível, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro e, em outros casos de urgência, desde que concorram dois pressupostos: *a*) risco de lesão grave e de difícil reparação; *b*) recurso baseado em relevante fundamentação. O relator suspenderá a decisão impugnada, quando cabível a providência, até o pronunciamento do colegiado sobre o agravo. De ordinário, a suspensão da decisão é suficiente para afastar o risco de dano, porque o ato do juiz de primeiro grau deixará, temporariamente, de produzir seus efeitos. Mas, quando se tratar de decisão negativa, será inócua sua suspensão. Aí, havendo o risco de dano grave e de difícil reparação, justamente pela falta do deferimento, pelo juiz *a quo*, da pretensão do agravante, caberá ao relator afastar o perigo, por meio de uma liminar positiva, de natureza antecipatória. O art. 558 deve ser conjugado com o 273, pois a antecipação de tutela não é remédio exclusivo do juiz singular. Cabe em qualquer fase do processo, inclusive em segunda instância (art. 527, III, com a redação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

As hipóteses de indeferimento do agravo pelo próprio relator são enumerados pelo art. 557 e permitem o trancamento do recurso não apenas no despacho da inicial, mas também posteriormente, quando apurado o fato que legalmente o autoriza, antes de chegar o feito ao julgamento do órgão colegiado competente. São casos de indeferimento do recurso pelo relator:

a) *agravo manifestamente inadmissível* (*v.g.*, fora do prazo legal; ou sem o comprovante do pagamento das custas, quando for o caso; ou, ainda, quando o ato impugnado não for agravável, como se dá com o despacho de expediente e a sentença; enfim, sempre que não se puder conhecer do agravo);

b) *agravo manifestamente improcedente* (o relator pode antecipar o julgamento que seria da competência do colegiado, se os elementos do recurso forem suficientes para evidenciar a completa falta de razão jurídica para sustentar a pretensão do agravante);

c) *recurso prejudicado* (o agravo perdeu o objeto, em situação como a de ter o juiz de origem retratado a decisão impugnada, ou por ter sido decidida questão prejudicial em outra sede, ou, ainda, por ter havido desistência do agravante);

d) *recurso com pretensão contrária à tese já incluída em súmula do tribunal* ad quem *ou de tribunal superior*.

Cabe também ao relator dar provimento ao agravo, em decisão singular, quando "a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior" (art. 557, § 1º-A, introduzido pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998). Em tal

hipótese, porém, haverá de ser resguardado o contraditório, mediante prévia intimação do agravado para responder ao recurso. Sem essa providência, a decisão singular de provimento do agravo será nula por "quebra dos princípios do contraditório e do devido processo legal"[159].

Para contrabalançar os amplos poderes conferidos ao relator, o art. 557, § 1º, prevê o cabimento de *agravo* para o órgão colegiado competente, no prazo de cinco dias, sempre que ocorrer decisão singular de extinção do agravo de instrumento.

Se a nova sistemática de processamento e julgamento do agravo de instrumento pelo relator vier a ser efetivamente implantada, na praxe dos tribunais, como se espera que ocorra, ter-se-á dado um significativo passo rumo à desburocratização e celeridade do processo.

553-a. Inovações registradas a partir das Leis nos 10.352/2001 e 11.187/2005

Após as Leis nos 10.352, de 26.12.2001, e 11.187, de 19.10.2005, o regime do agravo de instrumento sofreu as significativas inovações, a saber:

a) a não juntada da cópia do agravo aos autos do processo, no prazo do art. 526, poderá provocar a inadmissibilidade do recurso; mas isto não se dará necessariamente, porque dependerá de arguição e prova pelo agravado (art. 526, parágrafo único); o tribunal não atuará de ofício, portanto;[160]

b) o agravo de instrumento sujeitar-se-á à distribuição *incontinenti* (art. 527, *caput*);

c) concluso ao relator, este deverá negar-lhe seguimento, liminarmente, se configurado qualquer dos casos do art. 557 (art. 527, I);

d) antes se reconhecia que o relator *podia* converter o agravo de instrumento em agravo retido (Lei nº 10.352/2001). Com a Lei nº 11.187/2005, o comando do inc. II do art. 527 tornou-se imperativo: o relator "*converterá* o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação". Com isso, o legislador quis deixar bem claro e com ênfase que o agravo de instrumento está reservado apenas aos casos de urgência, ou para outros que a própria lei reconhece como insuscetíveis de abordagem pelo agravo retido (*v.g.*, decisão que inadmite apelação ou que lhe define os efeitos). Verificado, portanto, o descabimento do agravo de instrumento, o relator determinará a remessa do recurso ao juízo da causa, para apensamento aos autos principais (art. 527, inc. II); após o

apensamento, o regime do agravo será aquele previsto no art. 523, § 1º, ou seja, somente será conhecido e julgado pelo Tribunal se houver posterior apelação da sentença final, e se o agravo for ratificado nas razões ou contrarrazões da referida apelação;

e) da decisão que converte o agravo em retido, nenhum recurso se admite, mas ao relator é permitido reconsiderar seu ato, enquanto não for o agravo submetido ao julgamento definitivo. Em outras palavras, não há mais o agravo interno, mas as partes, por meio de petição simples, podem pleitear ao relator o reexame de seu decisório singular, que, assim, não se submete a preclusão, como aliás se dá com as medidas próprias das tutelas de urgência em geral.

f) tem o relator poderes para: a) atribuir efeito suspensivo ao agravo (art. 558); b) para deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão (art. 527, inc. III); a antiga previsão de cabimento de agravo interno contra a decisão singular do relator desapareceu por força do parágrafo único do art. 527, na redação da Lei nº 11.187/2005. A irrecorribilidade, porém, não impede o reexame e a eventual reconsideração por parte do próprio relator, medida que a parte poderá pleitear por petição avulsa, a qualquer tempo, enquanto não julgado o recurso pelo colegiado. A irrecorribilidade, *in casu*, traz como consequência a possibilidade do mandado de segurança se a parte se sentir violada pela decisão do relator, sempre que se puder nela divisar ilegalidade ou abuso de poder;

g) a requisição de informação ao juiz da causa se conserva como faculdade do relator que, uma vez exercitada, obriga o destinatário a prestá-las em dez dias (art. 527, IV);

h) a intimação do agravado, por ordem do relator, será feita por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento; nas comarcas em que o tribunal tiver sede e naquelas em que o expediente forense for divulgado no *Diário Oficial*, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial;

i) o Ministério Público, quando deva intervir, será ouvido no prazo de dez dias, após ultimadas as providências previstas nos incs. III a V do art. 527 (inc. VI do mesmo art., com a redação da Lei nº 11.187/2005).

554. O contraditório

Para garantir o contraditório e o tratamento isonômico das partes, o art. 527, V, prevê que o agravado será intimado a responder no mesmo prazo de 10 dias

antes conferido ao agravante para interpor seu recurso.

Como o recurso é processado diretamente no tribunal, e, portanto, quase sempre longe do foro onde corre o processo de origem, instituiu a lei duas modalidades de intimação do advogado do agravado:

a) intimação pelo Correio, com aviso de recebimento, sempre que se tratar de comarca diversa daquela em que se encontra a sede do tribunal, e cujo expediente não seja divulgado pelo *Diário Oficial;*

b) intimação pelo órgão da imprensa oficial, quando se tratar de processo em curso na comarca da sede do tribunal ou em outra comarca, desde que o respectivo expediente seja divulgado pelo *Diário Oficial* (art. 527, V).

Em qualquer uma das duas hipóteses, o marco inicial do tempo útil de resposta será aquele previsto na regulamentação comum do Código sobre a contagem de prazos: data da publicação na imprensa ou juntada do aviso de recebimento da intimação postal (arts. 236 e 241, I).

Para tornar viável a nova sistemática, impuseram-se novas obrigações ao agravante, a quem compete, na petição do recurso, indicar o nome e o endereço completo de todos os advogados, constantes do processo (art. 524, III); e, ainda, incluir entre os documentos obrigatórios da petição recursal as cópias das procurações outorgadas tanto ao advogado do próprio agravante como ao do agravado (art. 525, I).

Ao responder, o agravado terá oportunidade de anexar às contrarrazões, que serão encaminhadas também diretamente ao tribunal, a documentação que entender conveniente, e que, a seu critério, possa ser útil à solução do recurso. Com isso, a nova redação do inc. V do art. 527 ampliou a possibilidade de instrução das contrarrazões do agravado, que poderá ser feita não apenas com cópias de outras peças do processo, mas com qualquer documento que sirva para contrapor aos fundamentos do decisório agravado.

Diante dessa ampliação do poder instrutório do agravado, não poderá o agravo ser julgado sem que previamente seja ouvido o agravante sobre a documentação nova (isto é, aquela que não seja simples reprodução de peças já existentes no processo principal) (arts. 397 e 398).

Incumbe a cada um deles o ônus processual de instruir seus arrazoados com as peças que forem necessárias ou convenientes. Fora desse momento, não há mais oportunidade de produzir outros traslados, salvo embaraço dos serviços forenses ou da parte contrária, devidamente justificado (força maior), caso em que se observará o art. 180.

A tempestividade da resposta será aferida segundo o mesmo critério

empregado para a interposição do recurso. Levar-se-á em conta o momento do protocolo no tribunal ou do registro no Correio, se se utilizar a via postal. Vale dizer: o agravado, a exemplo do que se passa com o agravante, pode protocolar sua resposta junto ao tribunal ou enviá-la pelo Correio, sob registro com aviso de recebimento (art. 525, § 2º, c/c art. 527, V).

554-a. Outras observações sobre o atual regime do agravo de instrumento

O juízo de retratação, que era estágio obrigatório do procedimento do agravo no regime primitivo do Código, mudou de feição na sistemática criada pela Lei nº 9.139/95 e alterada pelas Leis nºs 10.352/2001 e 11.187/2005. Persiste a possibilidade de o juiz de origem retratar a decisão agravada. Mas o *iter* procedimental pode se encerrar sem que o juiz seja ouvido pelo tribunal, já que a requisição de suas informações pelo relator foi incluída no art. 527, IV, apenas como uma faculdade.

Por outro lado, desde que o agravante, nos três dias subsequentes à remessa direta ao tribunal, junte ao processo a cópia do agravo, está o juiz autorizado a rever o ato impugnado, independentemente de ficar aguardando a resposta do agravado, mesmo porque esta não lhe será endereçada, mas sim ao tribunal.

De qualquer maneira, a comprovação de que houve o recurso funciona como mecanismo de impedimento da preclusão, deixando o tema da decisão interlocutória em aberto para nova apreciação do magistrado. Convencido do equívoco cometido, o juiz poderá emendá-lo desde logo, comunicando a retratação nas informações que acaso lhe tenham sido solicitadas pelo relator (art. 527, IV). Mesmo sem a requisição de informações, qualquer interessado pode diligenciar para que a retratação seja levada ao conhecimento do tribunal, apressando o reconhecimento da perda do objeto do agravo, nos termos do art. 529.

Não há mais a sistemática de, no juízo de retratação, permitir ao agravado o aproveitamento do instrumento do recurso do agravante, com inversão das posições das partes e remessa ao tribunal dos mesmos autos a requerimento do antigo agravado (posteriormente convertido em agravante) (art. 526, § 6º, abolido pela Lei nº 9.139, de 30.11.95).

Como a retratação funciona, no regime da Lei nº 9.139/95, apenas como expressa causa de extinção do agravo (art. 529), a nova deliberação do juiz de origem, como outra decisão interlocutória que é, desafiará novo agravo a ser aviado por aquele que se tornou vencido no incidente. Se, porém, ao retratar a

decisão agravada, o juiz extinguir o processo, seu ato configurará sentença. O recurso, então, haverá de ser a apelação.

Como se trata de feito processado originariamente no tribunal, caberá a seu regimento determinar o destino dos autos do agravo de instrumento, isto é, se permanecerão em seus arquivos ou se serão encaminhados ao juízo de primeiro grau para apensamento aos autos principais. Na primeira hipótese, o tribunal deverá oficiar ao juiz da causa, encaminhando-lhe cópia da decisão do relator ou do acórdão, conforme o caso. Na segunda, não haverá necessidade de comunicação apartada, porque os próprios autos do agravo servirão como veículo de transmissão do teor do decisório de segundo grau.[161]

Para ressaltar o empenho da lei na solução rápida dos agravos de instrumento, o art. 528 fixou em 30 dias o prazo máximo para ser pedido pelo relator "dia para julgamento" (isto é, a inclusão do feito em pauta), uma vez ultimado o tempo útil para a resposta do recorrido, as informações do juiz e a audiência do Ministério Público. Trata-se, como é óbvio, de um prazo meramente administrativo, sem nenhum efeito preclusivo, porque estabelecido para o tribunal e não para as partes.

O Ministério Público, quando o agravo disser respeito a processo onde deva dar-se sua intervenção, terá o prazo de 10 dias para pronunciar-se, uma vez ultimadas as diligências ordenadas pelo Relator, nos termos do art. 527, VI.

554-b. Formação da coisa julgada antes do julgamento do agravo

Uma vez que o agravo não tem efeito suspensivo, pode acontecer que o processo chegue à sentença antes do julgamento, pelo Tribunal, do recurso manejado contra a decisão interlocutória. Se a parte vencida interpuser apelação, o órgão recursal deverá julgar primeiro o agravo, por seu caráter prejudicial em face da sentença apelada (art. 559 e seu parágrafo único). É que, sendo provido o agravo, cairá a sentença, ficando prejudicada a apelação.

Diversa, porém, é a sorte do agravo, se o vencido na sentença deixar de interpor a apelação. Já então prejudicado restará o agravo, porquanto da inércia da parte perante o julgamento que põe fim ao processo emana a coisa julgada, ou seja, torna-se imutável e indiscutível a solução dada à causa (art. 467).

Aplica-se, analogicamente, a regra do art. 503, ou seja, a aceitação expressa ou tácita da sentença pelo vencido importa renúncia ao direito de recorrer. Ora, se a aceitação é superveniente ao recurso, o efeito sobre ele não pode ser diferente; terá de ser tratado como desistência do agravo pendente. O princípio a

ser observado é o que manda levar-se em conta o fato superveniente, modificativo ou extintivo, que possa influir no julgamento da causa (art. 462). Parece claro que, deixando de apelar, o vencido aceita a sentença e a faz intangível pela força de coisa julgada. Logo, terá adotado supervenientemente atitude incompatível com a vontade de manter o agravo contra decisão interlocutória anterior à sentença não impugnada.[162]

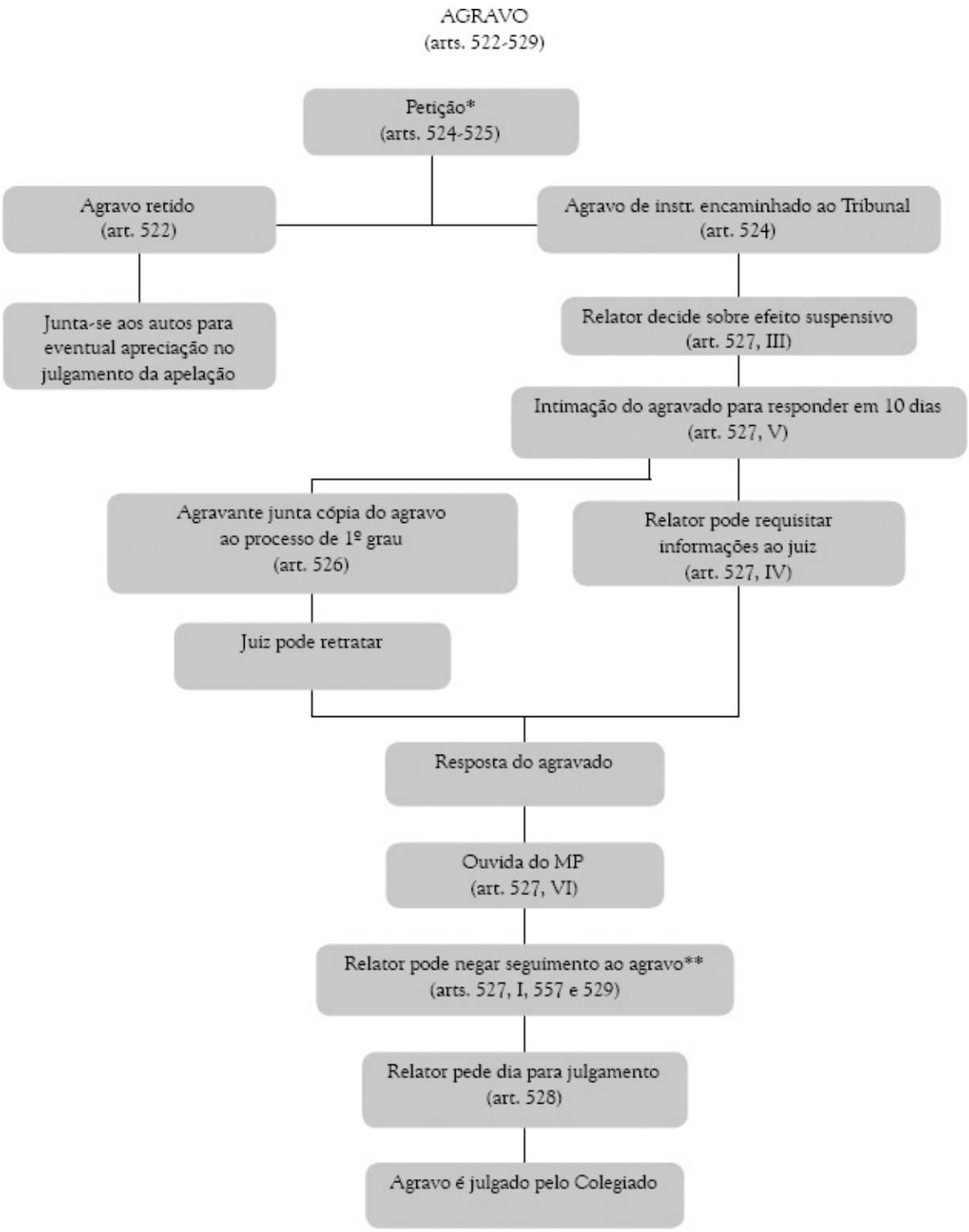
Diversa é, porém, a situação do processo em que a parte vencida apela da sentença antes de ser definitivamente julgado o seu agravo de instrumento anteriormente manifestado contra decisão interlocutória sobre questão prejudicial à solução contida na sentença (como, *v.g.*, a arguição de incompetência do juízo prolator da sentença). Sendo apreciada a apelação antes do agravo, não se pode dizer que o trânsito em julgado da sentença prejudique o agravo. Na verdade, persistindo a litispendência, nem mesmo se chega a formar a coisa julgada, ou, se se entender que tal ocorreu, ter-se-á uma coisa julgada meramente formal e sujeita à condição resolutiva: se improvido o agravo, consolida-se o decidido na sentença; se provido, resolve-se a sentença, por ele prejudicada, voltando o processo ao estágio em que se encontrava no momento em que a decisão agravada for proferida. No caso de incompetência proclamada pelo acórdão do agravo, os autos principais serão encaminhados ao novo juízo, para que outra sentença seja prolatada pelo juiz reconhecido como competente pela instância superior.[163]

É preciso, portanto, diferenciar as duas situações: a) a de aquiescência ou aceitação da sentença, pela parte vencida, posterior ao agravo pendente, postura que realmente faz extinguir os agravos ainda não decididos por incompatibilidade com a coisa julgada material formada em torno da posterior sentença. Aí, sim, haverá perda de objeto do recurso anterior, e o agravante não terá mais interesse para justificar seu julgamento; e b) a de não aceitação da sentença impugnada pelo próprio agravante por apelação oportuna. Nesse caso, o agravante não poderá ser tido como renunciante ao julgamento do agravo e, mesmo após decisão adversa da apelação, conservará o interesse em ver julgada a questão prejudicial tratada na interlocutória antes agravada, pois, com seu desate, poderá obter a resolução da sentença, dada em processo onde a coisa julgada anterior ainda não se aperfeiçoou, justamente em razão do agravo pendente.[164] Se houve inversão na ordem cronológica de encerrar-se na segunda instância a apreciação dos recursos de agravo e apelação, isto se deveu a problemas ou deficiências do próprio serviço forense, não podendo, de maneira alguma, redundar em prejuízo para o direito do agravante de ver eficazmente

apreciada e julgada a questão prejudicial suscitada no agravo, com seus necessários efeitos sobre a sentença apelada.

Fluxograma nº 17

AGRAVO
(arts. 522-529)



* *Oportunidade*: dez dias a contar da intimação da decisão interlocutória (art. 522).
** Cabe agravo para o Colegiado (art. 557, § 1º).

§ 84. EMBARGOS INFRINGENTES

Sumário: 555. Conceito. 555-a. Embargos infringentes em julgamento de apelação. 556. Processamento. 557. Embargos adesivos. 557-a. Outras observações sobre os embargos infringentes. 557-b. Inovações da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, sobre os embargos infringentes. 557-c. Legitimação para embargar. 557-d. Particularidades dos embargos infringentes em face da exceção de prescrição.

555. Conceito

Embargos infringentes são o recurso cabível contra acórdão não unânime proferido em apelação ou ação rescisória, dirigido ao próprio tribunal que pronunciou a decisão impugnada (art. 530).

Trata-se de recurso não devolutivo, porque provoca o reexame do caso decidido, pelo próprio tribunal que proferiu o acórdão impugnado, inclusive com participação dos juízes que integraram o órgão fracionário responsável pelo primeiro julgamento.

No Código anterior admitiam-se embargos da espécie também no juízo de 1º grau, nas causas de pequeno valor, também denominadas "causas de alçada". Esse recurso foi abolido[165] pelo atual Código.[166]

Só se admitem embargos infringentes (antigos "embargos de nulidade ou infringentes do julgado"), no âmbito do Código de Processo Civil, contra acórdãos dos tribunais de 2º grau.

Esse recurso visa a atacar tão somente a parte dispositiva da decisão, de modo que não é lícito utilizá-lo apenas para alterar premissas, antecedentes ou fundamentações do voto que a justifica.[167]

Além da sucumbência do recorrente, os pressupostos dos embargos infringentes são:

a) que o acórdão seja proferido no julgamento de apelação ou ação rescisória; em outras decisões dos tribunais não cabem os embargos;[168]

b) que a decisão impugnada não seja unânime, isto é, deve existir voto vencido.

"Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da

divergência" (art. 530, *in fine*). Vale dizer que "a decisão é embargável naquilo em que não houve unanimidade".[169] Nesse caso, mesmo havendo interposição dos embargos infringentes, apresenta-se como definitiva a parte da decisão impugnada em que não ocorreu divergência na votação;[170]

c) que a sentença objeto da apelação seja de mérito; logo, não cabem embargos infringentes se a divergência do acórdão se cingir a preliminares processuais;[171]

d) que o acórdão não unânime, no caso de apelação, tenha reformado a sentença recorrida; não é, pois, embargável, o acórdão que a confirma, ainda que por decisão de maioria;

e) que, em se tratando de ação rescisória, o acórdão a tenha julgado procedente; de modo que não se admitem embargos infringentes contra o decisório não unânime da rescisória, se o pedido tiver sido julgado improcedente ou se o processo tiver sido extinto em razão de preliminares processuais.

A decisão que se profere no agravo retido, como preliminar do julgamento da apelação, não é embargável. Trata-se de recurso distinto não contemplado no art. 530.[172] No entanto, quando a matéria apreciada cuidar do mérito da causa, os embargos infringentes poderão ser manejados, conforme jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça.[173]

O entendimento que admitia o recurso de embargos na apelação e na ação rescisória, mesmo quando o acórdão não unânime contivesse apenas matéria de preliminar processual, está atualmente superado, em face da reforma do Código efetuada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001. Hoje, somente temas de mérito são debatíveis em embargos infringentes.[174]

Não é lícita a *reformatio in pejus*, contra o embargante, na decisão dos embargos infringentes.

Embora silencie a lei, reconhece-se em doutrina o efeito suspensivo aos embargos infringentes.

555-a. Embargos infringentes em julgamento de apelação

A reforma do CPC produzida pela Lei nº 10.352/2001, no tocante aos embargos infringentes manejados diante do julgamento da apelação, reimplantou o antigo regime da "dupla conformidade", que vigorou desde os tempos das Ordenações do Reino até o primitivo texto do CPC de 1939. Consiste tal sistema na vedação dos infringentes sempre que se registrar nas duas instâncias decisão com igual conclusão. Desse modo, só se há de cogitar de embargos da espécie se

o acórdão do Tribunal de 2º grau modificar, no mérito, a sentença apelada.[175]

556. Processamento

Os embargos infringentes são opostos por petição, endereçada ao relator da apelação ou da ação rescisória (art. 531).[176] Processam-se nos mesmos autos da causa e não em autos apartados.

O relator tem poderes para indeferir os embargos, quando entender incabível o recurso (art. 532). Cabe agravo dessa decisão, para o órgão competente para o julgamento dos embargos (art. 532). O juízo de admissibilidade a cargo do relator deve ser feito somente depois de ensejada ao embargado a oportunidade de contrarrazões.

O prazo para interpor embargos é de 15 dias, seja em procedimento comum ou sumário, seja em procedimentos especiais (Lei nº 6.314, de 16.12.75). Igual prazo terá o embargado para contra-arrazoar.

Para recorrer da decisão do relator que inadmite os embargos liminarmente, o prazo é de cinco dias (art. 532, com a redação da Lei nº 8.950/94). Não há recurso contra a decisão que admite os embargos. Não há no Código regra sobre o órgão do Tribunal que se encarregará do julgamento, seja dos embargos, seja do agravo. Caberá à lei de organização judiciária ou ao regimento interno do tribunal a disciplina da matéria.

Salvo exigência de lei local, o processamento dos embargos infringentes, em princípio, não se sujeita mais a preparo, de conformidade com a nova redação do art. 533, do qual a Lei nº 8.950/94 eliminou o antigo § 1º.

Os juízes que funcionaram no julgamento da decisão impugnada não ficam excluídos do julgamento dos embargos. Recomenda o Código, porém, que, se possível, a escolha do relator se dê em juiz estranho ao julgamento embargado (art. 534).

A abertura de vista para o embargado responder ao recurso antecede ao juízo de admissibilidade, e pode ser feita automaticamente pela secretaria do tribunal após a entrada dos embargos, independentemente de despacho do relator, conforme se deduz do art. 531 na redação que lhe deu a Lei nº 10.352, de 26.12.2001.

A definição do relator para os embargos, os prazos a serem observados pelo relator e o revisor, assim como os procedimentos que se devem observar a partir da admissão dos embargos infringentes até seu julgamento, seguirão as disposições do regimento interno do tribunal (art. 533, com a redação da Lei nº

10.352, de 26.12.2001).

A respeito do art. 531, que confere ao relator poder para apreciar a admissibilidade dos embargos, observam Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier que a doutrina se inclina por não ampliar ditos poderes para o julgamento de mérito, que o art. 557 autoriza em determinados casos. O julgamento colegiado, nesse tipo de recurso, em que se examina divergência verificada no julgamento coletivo anterior, parece ser da natureza do novo remédio impugnativo. Não há como delegá-lo a um juiz singular,[177] no caso o relator dos embargos.

557. Embargos adesivos

Havendo embargos adesivos (art. 500, nº II), estes seguirão o mesmo rito dos embargos principais. O relator será único para os dois recursos.

557-a. Outras observações sobre os embargos infringentes

A divergência que autoriza o manejo dos embargos infringentes só pode versar sobre o mérito da causa. Questões solucionadas no campo das condições da ação ou dos pressupostos processuais são inadequadas ao debate próprio desse tipo de recurso. Só a divergência em torno da solução de mérito é que, nos termos da lei, pode ser inovada, na espécie.

Quanto à matéria a ser reexaminada nos embargos, seu âmbito é o da divergência ocorrida no julgamento embargado; mas, se a divergência é *total*, também total será a devolução de conhecimento. Quer isto dizer que o julgamento dos embargos, então, autorizará o exame de tudo aquilo que seria examinável no julgamento primitivo, mesmo aquilo a que porventura não tivesse se referido, expressamente, o acórdão embargado.

A fundamentação do decisório dos embargos, outrossim, não está adstrita aos motivos ou argumentos expostos nos votos divergentes proferidos no acórdão embargado. Para dirimir o novo recurso, o tribunal pode invocar fundamentos novos, seja para acolher ou rejeitar tanto a conclusão dos votos majoritários como do minoritário.

O que não se permite é o julgamento de questões estranhas à matéria controvertida nos votos divergentes. Mas, para adotar a conclusão de qualquer deles, pode haver a adoção de fundamentos diferentes. Se é certo que só a divergência de mérito provocada pelo voto vencido se presta a sustentar o

cabimento dos embargos infringentes, e que será nos limites do questionado voto que se fixará objeto do recurso, não se pode, entretanto, ignorar que há questões de ordem pública cujo exame não pode ser evitado ou recusado, mesmo não tendo sido cogitadas no acórdão recorrido. É, por exemplo, o caso da falta de condições da ação ou de pressupostos processuais, que deve ser apreciada a qualquer tempo, enquanto não julgado definitivamente o mérito (CPC, art. 267, § 3º). Configurada, assim, a inocorrência de alguma condição da ação ou ofensa à coisa julgada, o Tribunal terá de levar em conta essa matéria de ordem pública, como questão prejudicial ao julgamento dos embargos infringentes. Nesse sentido já decidiu o STJ, afirmando que, malgrado os embargos infringentes tenham extensão limitada ao voto vencido, "no que pertine à profundidade, a cognição é ampla"[178].

Finalmente, os embargos infringentes permitem acolhida apenas parcial, isto é, o seu julgamento não obriga a um provimento ou a uma rejeição integral do voto vencido. É perfeitamente possível a adoção, nos embargos, de uma parte apenas do voto minoritário.

557-b. Inovações da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, sobre os embargos infringentes

São as seguintes as inovações da Lei nº 10.352 sobre o recurso de embargos infringentes:

a) em caso de apelação, os infringentes só terão cabimento se o acórdão houver reformado a sentença de mérito. Não comportam embargos: 1) o acórdão que confirma, ainda que por maioria, a sentença apelada; 2) o acórdão que reforme ou mantenha sentença apenas terminativa (art. 530, *caput*); o julgamento, portanto, relativo a pressupostos processuais e condições da ação não enseja a interposição de embargos infringentes;

b) quando a sentença for terminativa, mas o acórdão, ao prover a apelação, tiver julgado o mérito (art. 515, § 3º), os embargos infringentes poderão ser manejados, se houver voto vencido, não obstante o julgado de primeiro grau não ter apreciado o mérito;[179]

c) situação interessante ocorre quando o recurso de apelação é acolhido, por maioria de votos, para cassar em preliminar a sentença de mérito, por carência de ação ou qualquer outra causa de invalidação. Segundo a *mens legis*, não serão cabíveis os embargos infringentes, porque *invalidar* não é o mesmo que *reformar*. Só se reforma a sentença de mérito quando novo julgamento também

de mérito (de conteúdo diverso) é proferido pelo tribunal para substituir o que antes fora prolatado pelo juiz de 1º grau (art. 512);[180]

d) há, porém, admissibilidade dos embargos infringentes contra acórdão que, a despeito de se apresentar como formalmente endereçado a preliminar processual, implica, na verdade, análise de mérito. É que a natureza de uma decisão não se define pela forma, mas pelo conteúdo. Se o Tribunal a pretexto de analisar condição de ação, depois de já julgada a causa em primeiro grau, com resolução do objeto litigioso, decide que ocorre falta de interesse ou de legitimidade, e por isso extingue o processo sob o fundamento de carência de ação, não se pode tecnicamente afirmar que terá proferido mera decisão terminativa. O que, de fato, faz não é outra coisa que rejeitar o pedido do autor previamente acolhido na sentença de mérito recorrida. Condição da ação é requisito que apenas se examina em tese antes de se chegar ao pronunciamento sobre o mérito da causa. Se o Tribunal cassa o decisório apelado de mérito, por fato invocado fora do próprio objeto do recurso, não pode seu acórdão, àquela altura, ser visto como portador de esquema meramente abstrato da lei aplicável ao caso (v., *retro*, o item 54-a), como forçosamente deve acontecer nas sentenças terminativas declaratórias de carência de ação. Malgrado o rótulo adotado, o aresto terá interferido profundamente na pretensão substancial do demandante, e assim terá aptidão para produzir a coisa julgada material, para autorizar a ação rescisória e, também, permitir o manejo dos embargos infringentes se não unânime o julgamento da apelação (v., adiante, o item 601, a propósito da rescindibilidade da sentença que, impropriamente, extingue o processo por falta de condição de ação).[181]

e) em caso de ação rescisória, os infringentes somente serão admissíveis quando decretada sua procedência; ocorrendo a improcedência ou a extinção sem apreciação de mérito da rescisória, não se permitirão os embargos infringentes, em hipótese alguma (art. 530, *caput*);

f) o relator dos embargos, primeiro, enseja oportunidade de contrarrazões ao embargado; depois aprecia o cabimento do recurso (art. 531);

g) após a admissão, os embargos serão processados e julgados conforme o regimento do tribunal (art. 533);

h) o relator dos embargos será definido conforme o regimento interno do tribunal dispuser; se no regimento houver a previsão de escolha de novo relator, esta recairá, se possível, em juiz que não haja participado do julgamento anterior (art. 534).

Não se impede, portanto, que juízes integrantes da turma que julgou a

apelação ou a ação rescisória voltem a votar nos embargos infringentes.

557-c. Legitimação para embargar

Diante da inovação introduzida no art. 530 do CPC, quer seja total ou parcial o provimento da apelação, os embargos infringentes somente serão manejáveis pelo apelado. É óbvio que obtendo êxito completo no julgamento do apelo não haverá o que discutir em novo recurso, por parte do apelante. Só o vencido tem interesse para usar, em regra, qualquer recurso (art. 499 do CPC).

Mas, ainda que o apelante tenha sua pretensão recursal rejeitada, em parte, em acórdão por maioria de votos, não lhe cabe, tecnicamente, o uso dos embargos. Continua sendo o recurso expediente possível apenas para o apelado, tendo em vista a regra de que os infringentes não podem atacar acórdão confirmatório da sentença (art. 530 do CPC).

É que o acórdão de reforma parcial terá decomposto a sentença em capítulos: um ou alguns terão sido confirmados, e outro ou outros terão sido reformados. Na verdade, quando a sentença decide várias questões, cada uma delas é objeto de um julgamento próprio. É como se ocorresse um feixe de sentenças numa só peça. Tanto é assim que, sendo parcial a apelação, a sentença transita em julgado nos tópicos não recorridos.

Como no capítulo objeto da reforma o apelante saiu vencedor, é claro que, nessa parte, apenas o apelado terá condição para embargar. Quanto à porção da apelação não acolhida, terá ocorrido confirmação da sentença, embora com voto vencido. Logo, não terá como o apelante lançar mão dos infringentes, não obstante a ocorrência de voto divergente a seu favor. Prevalecerá a interdição do art. 530, onde os embargos ficam limitados aos julgados de reforma da sentença.[182] Conforme adverte Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, "exclusivamente no ponto em que for modificado pelo grau de revisão é que se abrirão as portas, hoje mais estreitas, dos embargos infringentes".[183] Nesse ponto, o vencido e, portanto, legitimado a embargar, será, obviamente, o apelado e não o apelante.

Uma vez, porém, que o cabimento dos infringentes para uma das partes suspende o prazo para o recurso especial ou extraordinário para ambos os litigantes, o apelante, antes de interpô-lo, aguardará o desfecho dos embargos do apelado, ou o trânsito em julgado contra este, por falta dos referidos embargos (art. 498 e parágrafo único).

As mesmas regras haverão de ser observadas no julgamento da ação

rescisória, quando acolhida apenas em parte, ou seja, apenas o réu poderá interpor embargos infringentes.

557-d. Particularidades dos embargos infringentes em face da exceção de prescrição

É evidente que a sentença que acolhe a exceção de prescrição é uma sentença de mérito (CPC, art. 269, IV), muito embora o pronunciamento judicial se limite a uma questão preliminar do *meritum causae*. Por isso mesmo, havendo reforma, em grau de apelação por decisão não unânime, é indiscutível o cabimento, contra o acórdão, dos embargos infringentes.[184]

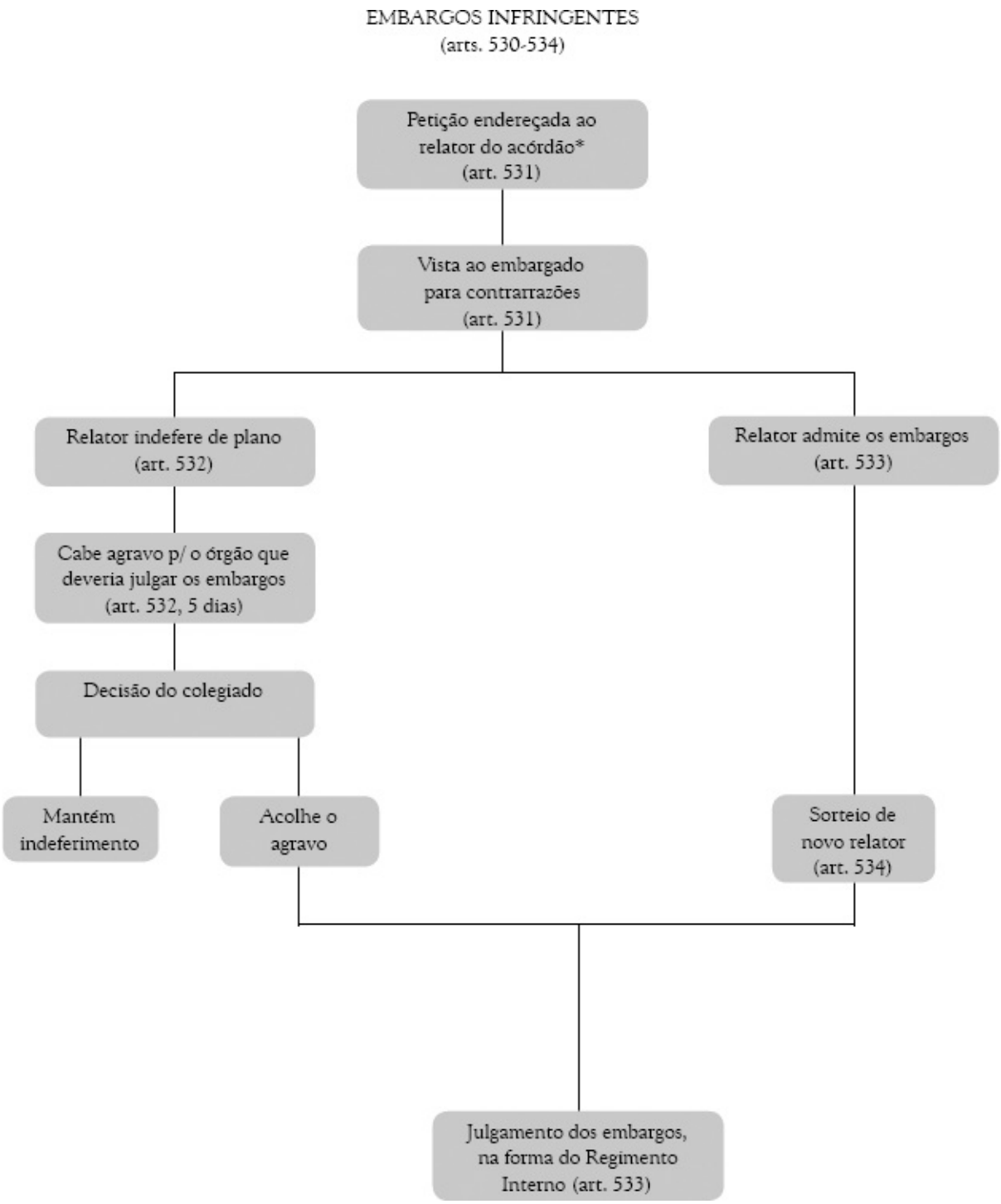
Cabe definir até onde pode ir o julgamento dos infringentes no caso de o Tribunal de 2º grau ter reformado ou decidido acerca da prescrição pronunciada pela decisão recorrida. Duas posições são possíveis:

a) o tribunal acolhe a prescrição rejeitada em primeiro grau, e o processo se encerra com resolução de mérito, nos termos constantes do acórdão dos infringentes;

b) o tribunal rejeita a prescrição antes acolhida pela sentença apelada, caso em que (i) poderá prosseguir na apreciação das questões de mérito ainda não julgadas, se a causa estiver madura para tanto (art. 515, § 3º), ou, (ii) não sendo isto possível, remeterá ao juízo de origem o julgamento da lide. A opção dependerá, portanto, de ser aplicável, ou não, o referido dispositivo processual.

De qualquer maneira, para que sejam cabíveis os embargos infringentes, não é necessário que a sentença recorrida tenha decidido todas as questões de mérito. Muitas vezes o mérito da causa se desdobra em vários e sucessivos decisórios. Se a apelação leva um desses julgados à consideração do tribunal, e ocorre reforma, total ou parcial, da solução dada à questão de mérito discutida no recurso, por meio de acórdão não unânime, justificado estará o cabimento dos embargos infringentes, nos limites da reforma ocorrida. Portanto, afastada a prescrição acolhida pela maioria na apelação, urge saber se o restante do mérito da causa já estaria abarcado pelas consequências do voto vencido, e se este remanescente já estaria compreendido nos limites da matéria devolvida ao Tribunal por força da apelação. Se a resposta for positiva, todo o mérito da causa poderá vir a ser enfrentado no julgamento dos embargos infringentes, se incidente a regra do art. 515, § 3º, do CPC.

Fluxograma nº 18



* *Oportunidade*: 15 dias, a contar da publicação do acórdão (art. 508).

§ 85. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Sumário: 558. Conceito. 559. Pressupostos dos embargos de declaração. 559-a. Compreensão extensiva do cabimento dos embargos de declaração 560. Procedimento. 561. Efeito interruptivo. 561-a. Efeito suspensivo. 561-b. Efeito integrativo. 562. Embargos manifestamente protelatórios.

558. Conceito

Dá-se o nome de embargos de declaração ao recurso destinado a pedir ao juiz ou tribunal prolator da decisão que afaste obscuridade, supra omissão ou elimine contradição existente no julgado.[185]

Qualquer decisão judicial comporta embargos declaratórios, porque, como destaca Barbosa Moreira, é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento jurisdicional. Não tem a mínima relevância ter sido a decisão proferida por juiz de 1º grau ou tribunal superior, em processo de conhecimento, de execução ou cautelar; nem importa que a decisão seja terminativa, final ou interlocutória.[186]

São cabíveis ditos embargos até mesmo da decisão que tenha solucionado anteriores embargos declaratórios, desde, é claro, que não se trate de repetir simplesmente o que fora arguido no primeiro recurso. É preciso que se aponte defeito (obscuridade, omissão ou contradição) no julgamento dos próprios embargos.

Com a Lei nº 8.950, de 13.12.94, eliminou-se a distinção procedimental entre os embargos de declaração contra sentença e os manejados contra acórdãos. Os arts. 464 e 465 foram revogados e a disciplina única do recurso ficou concentrada nos arts. 535 a 538.

559. Pressupostos dos embargos de declaração

O pressuposto de admissibilidade dessa espécie de recurso é a existência de obscuridade ou contradição na sentença ou no acórdão, ou omissão de algum ponto sobre que devia pronunciar-se o juiz ou tribunal (art. 535, nºs I e II).

Se o caso é de omissão, o julgamento dos embargos supri-la-á, decidindo a

questão que, por lapso, escapou à decisão embargada.

No caso de obscuridade ou contradição, o decisório será expungido, eliminando-se o defeito nele detectado. [187]

Em qualquer caso, a substância do julgado será mantida, visto que os embargos de declaração não visam à reforma do acórdão,[188] ou da sentença. No entanto, será inevitável alguma alteração no conteúdo do julgado, principalmente quando se tiver de eliminar omissão ou contradição. O que, todavia, se impõe ao julgamento dos embargos de declaração é que não se proceda a um novo julgamento da causa, pois a tanto não se destina esse remédio recursal. As eventuais novidades introduzidas no decisório primitivo não podem ir além do estritamente necessário à eliminação da obscuridade ou contradição, ou ao suprimento da omissão.[189]

Considera-se, contudo, omissão sanável pelos embargos declaratórios, a ocorrência de nulidade no decisório embargado cujo conhecimento deveria ter ocorrido de ofício por parte do órgão julgador. Em tal hipótese, os embargos assumem feitio infringente, para permitir a cassação do julgamento impugnado, podendo, outrossim, determinar, se for o caso, nova apreciação do recurso principal[190].

Além do reconhecimento de nulidade de ordem pública e da correção do erro material – hipóteses que literalmente não se enquadrariam no art. 535 do CPC, os embargos de declaração têm sentido uma ampliação de cabimento por obra da jurisprudência, em nome dos modernos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo. Em caso, por exemplo, de contraste entre o acórdão embargado e a jurisprudência pacífica do STJ, já decidiu aquela alta Corte que a modificação do julgado pelo tribunal de origem, embora ofenda o art. 535 do CPC, não merece ser sancionada com a decretação de nulidade. A prevalência da regra instrumental somente retardaria e tornaria mais cara e penosa a obtenção da tutela jurisdicional. Cassar um julgamento, para que a mesma matéria retorne, por meio do recurso especial, ao conhecimento do STJ, para afinal receber solução exatamente igual a que prevaleceu no julgamento dos declaratórios, entraria em atrito com a teleologia do processo justo, fundada na garantia de celeridade, efetividade e razoabilidade da duração do processo[191]. Nota-se, portanto, uma tendência de reconhecer, na jurisprudência, um papel mais prático e mais amplo aos embargos de declaração, sem, é claro, ignorar os limites do art. 535 do CPC, na ausência de razões relevantes que justifiquem sua pontual inobservância.

559-a. Compreensão extensiva do cabimento dos embargos de declaração

O casuísmo do cabimento dos embargos de declaração, outrora limitado à literalidade das hipóteses arroladas no art. 535 do CPC, tem sofrido forte impacto provocado pela constitucionalização da tutela jurisdicional, hoje dominada pelos ideais do processo justo. *Efetividade e celeridade* na ultimação do processo deixaram de ser anseios apenas doutrinários ou teóricos para tornar-se predicamentos do processo constitucionalmente previsto como direito fundamental.

Na doutrina, por exemplo, Bondioli, embora reconhecendo a necessidade de agir com prudência nesse terreno, aceita a tese de cabimento dos embargos do art. 535 do CPC para eliminar *equívoco manifesto* pelo próprio prolator da decisão, como evidente contribuição para "a efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional (...) tornando mais célere o aperfeiçoamento do ato decisório"[192]. Também na linha de atribuir maior funcionalidade aos embargos declaratórios, Dinamarao reconhece que podem eles ter carga infringente quando "a decisão impugnada é absurda".[193]

É claro, a nosso ver, que não convém abusar dos embargos declaratórios, transformando-os em panaceia para reparar todos os erros de julgamento em prejuízo dos demais recursos. Mas é indiscutível a pertinência de seu emprego em todos os casos de erro grave e evidente, impossíveis de serem reparados, pronta e adequadamente, por outros recursos.

Coube à jurisprudência a modernização do tratamento do recurso em questão para afeiçoá-lo aos rumos atuais do processo preocupado com a efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional. De longa data os tribunais construíram a tese de ser o erro material passível de correção por intermédio dos embargos de declaração. Não se deteve, porém, a criação jurisprudencial apenas no erro material. Mais recentemente, o uso do recurso do art. 535 tem sido ampliado para alcançar o erro de fato e até de direito, quando qualificável como "erro manifesto".[194] Argumenta-se, para justificar a correção do equívoco grave e evidente, com o princípio da economia processual, já que os embargos teriam o papel de evitar o ajuizamento de futura ação rescisória.

Em dois outros acórdãos, o STJ assentou: a) em caso de ter sido reconhecido um contrato no pressuposto de que havia um início de prova escrita, os embargos, que demonstraram só existir no processo prova testemunhal, foram providos para modificar o julgamento de mérito, por ter sido resultado de "erro manifesto";[195] b) em caso de deferimento de índice não reclamado pelo

recorrente, também foram acolhidos e providos os embargos para "corrigir o erro evidente".[196]

A invocação de *premissas equivocadas* no acórdão tem sido reiteradamente admitida como "erro material", ou "erro de fato" capaz de justificar a reforma do acórdão por meio de embargos de declaração.[197]

Tomando como ponto de partida a jurisprudência do STJ, parece certo que, em relação aos casos legais de cabimento dos embargos de declaração (CPC, art. 535), deve-se evitar a interpretação literal e restritiva, para fazer prevalecer maior utilidade e funcionalidade do recurso integrativo. Por exemplo, cabem as seguintes ponderações:

a) a *obscuridade* do julgado não deve ser visualizada apenas nas palavras e frases do decisório, mas também na forma desconexa de organizar o raciocínio na construção dos fundamentos que devem alicerçar as conclusões do julgado;

b) nas *contradições*, deve-se avançar a avaliação para além dos contrastes entre conclusões e premissas. A coerência deve instalar-se sobre todo o arcabouço lógico da sentença, tanto na apreciação dos fatos e provas como das questões de direito, em razão da conduta de boa-fé e lealdade exigida, pelo moderno processo justo, não só das partes mas também dos juízes e tribunais. Não se admite contradição entre a conduta que antecede à sentença e aquela que se observou no julgamento de mérito;[198]

c) por fim, as *omissões* justificadoras dos embargos de declaração podem referir-se tanto aos pedidos como aos seus fundamentos, e podem se apresentar como falta total de consideração à questão de fato ou de direito arguida no processo, como na apreciação apenas de parte das pretensões e respectivos fundamentos. A fundamentação do decisório há de conter resposta *completa* e *adequada* a todos os argumentos relevantes deduzidos em juízo. A omissão a corrigir por meio de embargos declaratórios pode ser total ou parcial, referindo-se aos pedidos ou aos fundamentos que os sustentem;

d) além das hipóteses enquadráveis nos incisos do art. 535 do CPC – obscuridade, contradição e omissão – prevalece hoje na jurisprudência o cabimento dos embargos de declaração para corrigir erro material ou de fato, configurador de premissa *falsa* ou *equivocada* adotada pela decisão embargada.[199]

560. Procedimento

O rito dos embargos de declaração sofre pequena variação conforme o

decisório atacado seja sentença ou acórdão. O prazo de interposição é, atualmente, o mesmo: cinco dias (art. 536, com a redação da Lei nº 8.950, de 13.12.94). A petição será endereçada ao juiz ou ao relator e indicará o ponto obscuro, contraditório ou omisso. Não há preparo.

Sem audiência da parte contrária, o juiz decidirá o recurso em cinco dias. Nos tribunais, o julgamento caberá ao mesmo órgão que proferiu o acórdão embargado. Para tanto, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo seu voto (art. 537). Quer isso dizer que o relator do acórdão impugnado continuará sendo o relator para o julgamento dos embargos declaratórios.

A Lei não prevê contraditório após a interposição do recurso e a justificativa para essa orientação está em que os embargos não se destinam a um novo julgamento da causa, mas apenas ao aperfeiçoamento do decisório já proferido. Havendo, porém, casos em que o suprimento de lacuna ou a eliminação de contradição leve à anulação do julgamento anterior para nova decisão da causa (caráter infringente inevitável, em casos, por exemplo, de competência ou condição de procedibilidade, de erro material ou de questão prejudicial), não deverá o órgão julgador enfrentar a questão nova para proferir, de plano, o rejulgamento. Para manter-se o princípio do contraditório, o caso será de anular-se apenas a decisão embargada e ordenar que o novo julgamento seja retomado com a plena participação da outra parte, segundo as regras aplicáveis ao recurso principal.

561. Efeito interruptivo

Segundo o texto primitivo do art. 538, os embargos de declaração suspendiam o prazo para a interposição de outros recursos, efeito que valia tanto para o embargante como para a parte contrária, e até para terceiros prejudicados.[200] Com a nova redação dada ao dispositivo pela Lei nº 8.950, de 13.12.94, os embargos passaram a ter efeito interruptivo em relação ao prazo dos demais recursos.[201]

Após o julgamento dos declaratórios, portanto, recomeça-se a contagem por inteiro do prazo para interposição do outro recurso cabível na espécie contra a decisão embargada. A reabertura do prazo deve beneficiar todos que tenham legitimação para recorrer, e não apenas o embargante.

Interrompe-se o prazo do recurso principal na data do ajuizamento dos embargos e permanece sem fluir até a intimação do aresto que os decidir.[202]

Que ocorre se uma parte já havia interposto o recurso principal, quando a outra lançou mão dos embargos de declaração? Duas são as situações a considerar: a) o objeto dos embargos não interfere no do recurso principal, de maneira que o julgamento daqueles nada alterou quanto à matéria impugnada no último; b) o objeto dos embargos incide sobre questões enfocadas no recurso principal. No primeiro caso, não haverá necessidade de ser renovado ou ratificado o recurso anteriormente interposto;[203] no segundo, todavia, a reiteração se faz necessária, porque, uma vez julgados e acolhidos os embargos, a decisão recorrida já não será a mesma que o recurso principal atacara[204] (ver, *retro*, o nº 532-b).

Considerando que os embargos de declaração não se destinam ao reexame das questões já decididas, o Superior Tribunal de Justiça tem acentuado, reiteradamente, que se a parte usar o recurso fora dos permissivos do art. 535, e o empregar para simplesmente encobrir o verdadeiro *pedido de reconsideração*, será o caso de não lhes reconhecer a força interruptiva do prazo do recurso principal prevista no art. 538.[205] Ou seja: a jurisprudência do STJ no sentido de que "os embargos de declaração, ainda que rejeitados, interrompem o prazo recursal não pode servir para mascarar meros pedidos de reconsideração nomeados de 'embargos de declaração'".[206]

561-a. Efeito suspensivo

A regra básica é que todo recurso, em princípio, tem o duplo efeito devolutivo e suspensivo, de modo que impede a preclusão e o imediato cumprimento da decisão judicial impugnada. Enquanto o efeito devolutivo é constante, o suspensivo pode não ocorrer, mas tal dependerá de regra especial da lei.

Como a disciplina dos embargos de declaração não contém restrição alguma quanto à sua eficácia, impõe-se reconhecer sua força suspensiva, como proclama a melhor doutrina.[207] Naturalmente, não se haverá de fazê-lo quando os embargos tiverem sido manifestados fora das hipóteses do art. 535, e com evidente intenção procrastinatória. Em certos casos, a intensa má-fé do recorrente torna inútil a multa do art. 538, parágrafo único; autorizada se torna, segundo o STF e o STJ, a recusa até mesmo do efeito interruptivo dos declaratórios. Em tal situação, provoca-se o trânsito em julgado do decisório embargado, bem como sua imediata execução.[208]

561-b. Efeito integrativo

O julgamento dos embargos de declaração não gozam de autonomia em face da decisão embargada. O seu papel é de complementá-la ou aperfeiçoá-la, tornando-se parte integrante dela. Fala-se, a propósito, no *efeito integrativo* ostentado por esta particular modalidade recursal.

O Superior Tribunal de Justiça interpretou muito bem a natureza dos embargos de declaração, *in verbis:*

> "A decisão proferida em grau de embargos declaratórios (tenha ou não efeito modificativo) é meramente integrativa do acórdão embargado, não possuindo natureza autônoma, sem liame com este."[209]

Isso quer dizer que não se pode recorrer separadamente da decisão embargada e da decisão dos embargos. Uma vez julgados os embargos, somente existe uma decisão recorrível: aquela resultante do somatório dos dois decisórios. Não se há de pensar sequer em efeito substitutivo, tal como ocorre, por exemplo, com o recurso de apelação ou os recursos especial e extraordinário.

Mesmo quando, por meio dos embargos, se chega excepcionalmente a alguma modificação do que fora anteriormente decidido, não se pode retirar dos declaratórios a natureza integrativa da sentença ou do acórdão embargado. Continuará o novo julgamento a ser parte integrante daquele que o antecedeu e justificou o pronunciamento complementar.[210]

562. Embargos manifestamente protelatórios

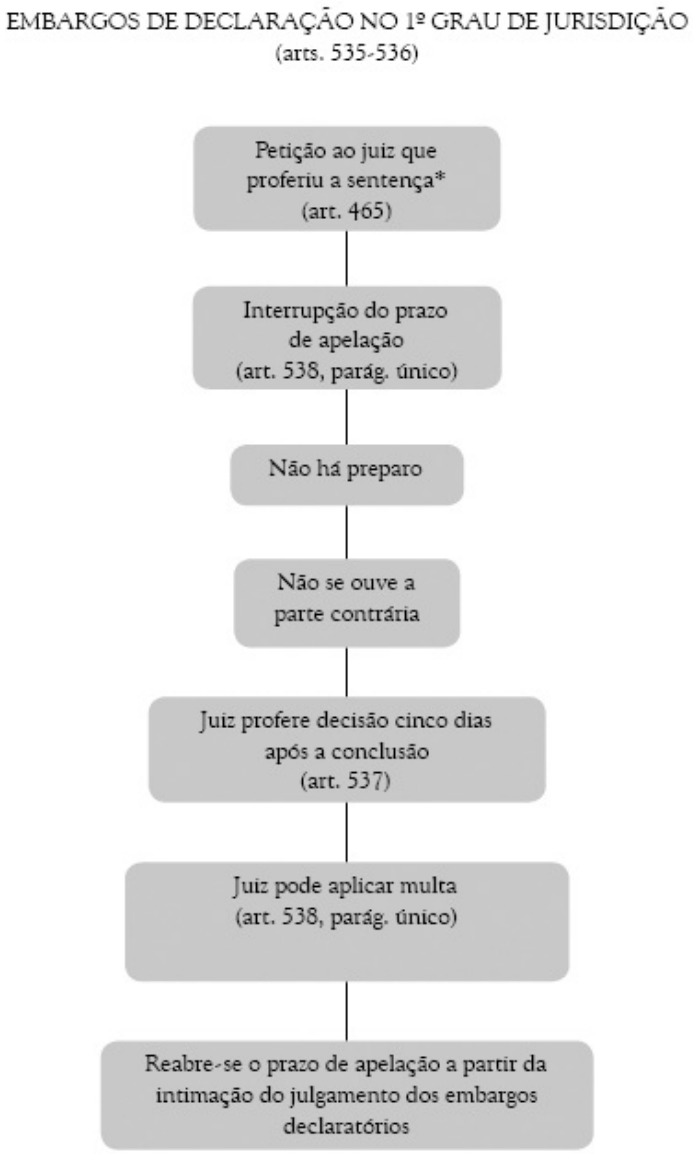
Os embargos de declaração terão sempre efeito de impedir o fluxo do prazo de outros recursos. Mas, quando o embargante utilizar o recurso como medida manifestamente protelatória, o tribunal, reconhecendo a ilicitude da conduta, condenará o embargante a pagar ao embargado multa, que não poderá exceder de 1% sobre o valor da causa (art. 538, parágrafo único). No caso, porém, de reiteração dos embargos protelatórios, a multa será elevada a até 10%, e, além disso, o embargante temerário, para interpor qualquer outro recurso, ficará sujeito ao depósito do valor da multa (Lei nº 8.950, de 13.12.1994).[211]

Não devem ser qualificados como protelatórios, segundo a jurisprudência, os embargos manifestados com o propósito de atender à exigência de prequestionamento para recurso especial ou extraordinário.[212] Também, salvo o caso de evidente má-fé, não se pode considerar "pedido de reconsideração" sem

força interruptiva do prazo de recurso, aquele formulado por meio de embargos de declaração para obter o referido prequestionamento (aplicação da Súmula nº 98-STJ).

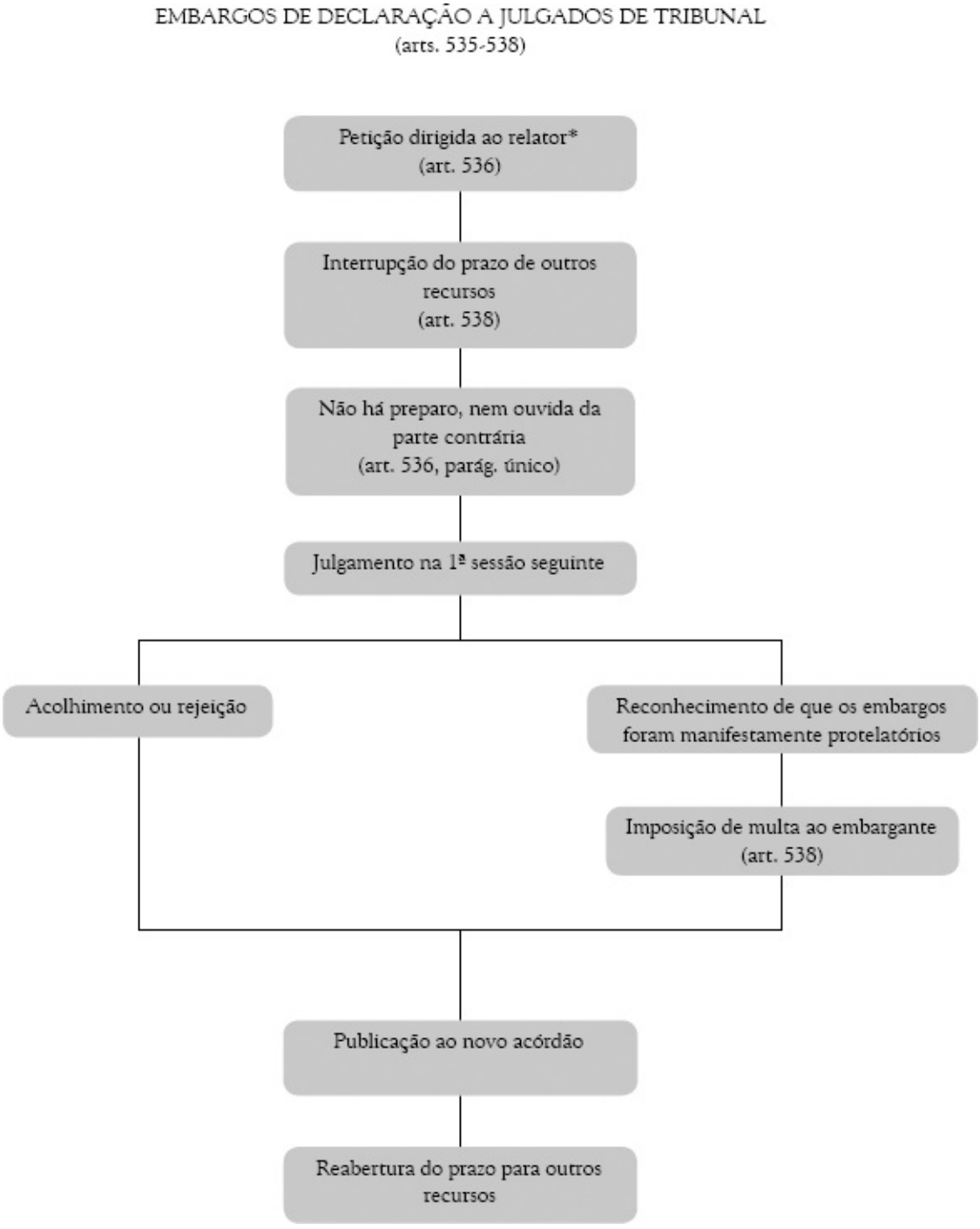
A aplicação da penalidade deve se fazer *ex officio* pelo tribunal. Se houver omissão a respeito da pena, o embargado poderá lançar mão de novos embargos declaratórios para compelir o tribunal a suprir a falta.[213]

Fluxograma nº 19



* *Oportunidade:* cinco dias, a partir da publicação da sentença (art. 536).

Fluxograma nº 20



* *Oportunidade:* cinco dias, a contar da publicação do acórdão (art. 536).

§ 86. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Sumário: 563. Recurso de revista. 564. Uniformização da jurisprudência. 565. Pressupostos do incidente. 566. Legitimação para a provocação do incidente. 567. Apreciação do incidente. 567-a. A uniformização de jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais. 568. Súmula jurisprudencial. 568-a. Súmula vinculante. 568-b. Regulamentação da súmula vinculante.

563. Recurso de revista

O recurso de revista, no sistema do Código revogado, tinha a função de uniformizar a jurisprudência dos tribunais locais. Era admissível sempre que, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas ou grupos de câmaras divergissem entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese (art. 853).

O Código atual aboliu o recurso de revista.

564. Uniformização da jurisprudência

A eliminação da revista deu-se em razão de ter o Código de 1973 instituído outro sistema para uniformizar a jurisprudência dos tribunais.

Deu-lhe o Código a figura de incidente verificável nos julgamentos dos tribunais, por provocação interna dos juízes ou por iniciativa da parte.

565. Pressupostos do incidente

Não basta que o caso esteja sob julgamento de tribunal. Só cabe a "uniformização de jurisprudência" quando o julgamento se processar perante "turma, câmara ou grupo de câmaras" (art. 476). Descabe a medida, se a decisão estiver afeta ao tribunal pleno ou às câmaras civis reunidas.[214] Qualquer recurso ou processo, mesmo de competência originária do tribunal, se tiver o respectivo julgamento afetado a um dos órgãos fracionários aludidos, torna possível o incidente previsto no art. 476.

O julgamento tanto pode ser de causa originária como de recurso.

Segundo o art. 476, qualquer juiz, ao dar o seu voto, pode pedir o

pronunciamento prévio do tribunal (plenário) acerca da interpretação do direito, quando:

I – verificar que a seu respeito ocorre divergência;

II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras cíveis reunidas.

A divergência pode ser de questão de mérito ou não. Mas há sempre de ser sobre "teses jurídicas" ou "interpretação do direito", de cuja solução dependa o julgamento da causa *sub judice*.

O inciso I do art. 476 é genérico e de aplicação, inclusive, aos casos de competência originária. Refere-se à divergência jurisprudencial em torno do direito a ser aplicado na causa ainda pendente de julgamento perante a câmara, turma ou grupo de câmaras, como, por exemplo, pode se dar nas ações rescisórias. Trata-se de fórmula ampla. O Código nem sequer indica quais as decisões a confrontar para cogitar da divergência na interpretação do direito.

No inciso II do mesmo artigo, o Código cuidou especificamente da tese aplicada ao "julgamento recorrido" e apontou sua divergência com decisões de outra turma, câmara, grupo de câmaras, ou câmaras cíveis reunidas.

No curso do julgamento, após os votos de alguns juízes, os últimos já sabem qual será o sentido do acórdão. Estão, assim, em condição de, ao proferirem seu voto, provocar o incidente da "uniformização da jurisprudência".

Não se deve confundir o incidente do art. 476 com o do art. 555, § 1º, embora ambos participem da mesma função de evitar divergência entre os órgãos fracionários do tribunal. A previsão do art. 476 é de ouvida prévia do órgão maior do tribunal antes de o órgão menor, competente para o caso, proferir o julgamento do recurso ou do processo. O órgão competente para a uniformização fixa apenas a tese a ser aplicada pelo órgão competente para decidir o feito pendente, que tanto pode ser recurso (apelação, agravo, embargos infringentes etc.) como processo de competência originária (mandado de segurança, ação rescisória, conflito de competência etc.). Já o § 1º do art. 555 cuida de um incidente que se aplica apenas à apelação e ao agravo e que provoca o deslocamento da competência para julgar o próprio recurso, da turma, para outro órgão mais numeroso indicado pelo regimento interno. Nesse último incidente, portanto, a turma julgadora originária é afastada do processo, perdendo a competência para outro colegiado. Não é apenas a tese de direito que é fixada em decorrência da incidência, mas é o próprio julgamento do recurso de apelação ou agravo que se realiza pelo órgão maior (v., adiante, o item nº 585-a).

O incidente do art. 476 só tem cabimento enquanto não encerrado o

julgamento do tribunal. Uma vez publicado o acórdão, não se admite o uso dos embargos de declaração com o fito exclusivo de formular o requerimento de uniformização da jurisprudência. Isto só será possível se, nos embargos, se intentar suprir omissão do julgamento principal e sobre a matéria nela envolvida se apontar a divergência jurisprudencial.

566. Legitimação para a provocação do incidente

Cabe, em primeiro lugar, ao juiz competente do órgão judicial, encarregado do julgamento, pedir o pronunciamento prévio do plenário do Tribunal sobre a divergência da tese de direito aplicável ao caso pendente.

Admite o Código, porém, que a parte provoque o incidente (art. 476, parágrafo único).

Isto só será possível quando já existir a prévia controvérsia, antes mesmo da votação do recurso. Pois deve o interessado formular o requerimento "ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa". Tanto o recorrente como o recorrido podem suscitar o incidente. A petição avulsa pode acontecer em qualquer tempo enquanto pendente o recurso.[215]

Frederico Marques admite que o incidente possa ser provocado pela parte, até mesmo depois de iniciado o julgamento, quando, por exemplo, tendo havido divergência entre o relator e o revisor, tenha o vogal pedido adiamento para outra sessão.[216] E, para Barbosa Moreira, o requerimento da parte é formulável até na própria sessão de julgamento, quando lhe tocar a sustentação oral (art. 554).[217]

567. Apreciação do incidente

Compete à turma, à câmara ou grupo de câmaras conhecer e decidir tanto o pedido de algum juiz como da parte. O incidente acarreta a suspensão do julgamento do recurso ou da causa de competência originária da turma, câmara ou do grupo. Submetido à votação e reconhecida a divergência, lavrar-se-á acórdão, remetendo-se os autos ao Presidente do Tribunal para designação do julgamento de Plenário, ou do Órgão regimental competente, sobre a interpretação do direito controvertido (art. 478). O Ministério Público será ouvido (art. 478, parágrafo único).

O Tribunal poderá tomar duas deliberações: *a*) reconhecer a divergência; ou *b*) negar a divergência. No primeiro caso, indicará qual a interpretação a ser observada (art. 478). No segundo devolverá os autos ao órgão suscitante para

que prossiga normalmente no julgamento do feito, como se o incidente não tivesse ocorrido.

Reconhecendo a divergência, há de limitar-se o Tribunal a assentar a tese jurídica que deve prevalecer entre os conflitantes. Não lhe é permitido apreciar outras questões jurídicas estranhas à controvérsia, e muito menos questões de fato, sejam quais forem.

A decisão sobre a questão de direito é irrecorrível. Voltando os autos, o órgão suscitante completará o julgamento. Só então será possível ao vencido interpor recurso, mesmo para discutir a tese jurídica assentada pelo Tribunal.

Convém lembrar que a turma, câmara ou grupo, recebendo os autos com o pronunciamento do Tribunal, ficará vinculada à tese de direito proclamada no incidente da "uniformização de jurisprudência".

567-a. A uniformização de jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais

Não sendo cabível o recurso especial para levar ao Superior Tribunal de Justiça as divergências de interpretação e aplicação das leis federais pelos Juizados Especiais, a legislação extravagante que rege a atuação desses juizados concebeu um mecanismo diferente daquele previsto nos arts. 476 a 479 do Código de Processo Civil para superar o problema do conflito exegético entre as diversas Turmas Recursais que realizam o segundo grau de jurisdição no âmbito dos aludidos Juizados.

Esse remédio aparece no art. 14 da Lei nº 10.259/2001, relativamente ao Juizado Especial da Justiça Federal, e nos arts. 18 e 19 da Lei nº 12.153/2009, no que se refere ao Juizado Especial da Fazenda Pública em vias de implantação na Justiça dos Estados.

A grande novidade é que, sob o nome de "uniformização de jurisprudência", a legislação especial instituiu um meio impugnativo cuja dinâmica é a dos recursos e não a do incidente que sob o mesmo nome figura no Código de Processo Civil (arts. 476 a 479). No regime codificado, a uniformização pressupõe uma divergência já existente e externa ao caso dos autos. O julgamento é suspenso para aguardar-se a fixação da interpretação uniformizadora da norma a ser adotada na solução do recurso pendente. No regime da legislação dos Juizados Especiais, a uniformização ocorre *a posteriori* e é provocada pela parte vencida no julgamento do recurso apreciado pela Turma Recursal. O que o impugnante pretende (e pode obter) é o rejulgamento pelo órgão competente para resolver o conflito de entendimentos jurisprudenciais. A

exemplo do que se passa nos embargos de divergência, o colegiado competente para a uniformização vai além da definição da tese de direito e pode cassar ou reformar o acórdão que deu origem ao incidente.

Daí a conclusão de que as Leis nºs 10.259/2001 e 12.153/2009 na verdade criaram um novo recurso que a parte vencida pode manejar para, a pretexto de superar a divergência jurisprudencial, alcance uma nova instância de reapreciação e rejulgamento, podendo o novo julgamento substituir aquele atacado pelo impugnante.

Quanto à competência, a legislação especial a atribuiu, em regra, a um colegiado formado dentro dos próprios Juizados reunindo as Turmas Recursais entre as quais se estabeleceu a divergência. A Turma de Uniformização, quando o dissídio se travar entre Turmas Recursais subordinadas ao mesmo Tribunal de segundo grau, atuará sob presidência de um juiz coordenador designado pelo Tribunal entre seus membros (Lei nº 10.259/2001, art. 14, § 1º; Lei nº 12.153/2009, art. 18, § 1º).

Se a divergência envolver Turmas Recursais de diferentes regiões dos Tribunais Federais e de diferentes Estados, há previsão legal de competência de colegiados nacionais:

a) Na Justiça Federal, a Turma Nacional de Uniformização – TNU será composta por dez juízes federais indicados pelos Tribunais Regionais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal, que é um Ministro do Superior Tribunal de Justiça (Lei nº 10.259, art. 14, § 2º – Regimento Interno, art. 1º). Se a decisão uniformizadora contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, a parte interessada (*i.é*, o sucumbente) poderá provocar a manifestação do referido Tribunal, a quem competirá a palavra final na solução da divergência (Lei nº 10.259, art. 14, § 4º);

b) Na Justiça Estadual, a previsão de Uniformização de Jurisprudência só ocorre na Lei nº 12.153/2009, qual seja aquela que regula os Juizados Especiais da Fazenda Pública. A Lei nº 9.099/1995, que disciplina os Juizados Especiais civis, nada dispõe sobre divergência jurisprudencial. A Lei nº 12.153/2009 prevê que a uniformização, em caráter nacional, ou seja, em torno de divergência entre Turmas Recursais de Estados diferentes, ficará a cargo do Superior Tribunal de Justiça (art. 18, § 3º).[218] Também, quando a decisão de Turma Recursal divergir diretamente de súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido de uniformização será desde logo submetido àquele Tribunal, independentemente da existência de divergência prévia entre Turmas Recursais dos Juizados da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009, art. 19).

Segundo dispõe o art. 13 do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização – TNU, que funciona junto ao Conselho da Justiça Federal, o incidente de uniformização, no âmbito dos Juizados Especiais da Justiça Federal deverá ser suscitado, no prazo de dez dias da publicação do acórdão, perante o Presidente da Turma Recursal ou o Presidente da Turma Regional, conforme o caso.

Como a divergência dos Juizados Especiais Civis Estaduais com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não poderia ficar sem solução, o Supremo Tribunal Federal, de uma forma criativa, decidiu que o problema haveria de ser enfrentado e dirimido por meio da reclamação constitucional (CF, art. 105, I, j),[219] enquanto legislativamente não fosse instituído um mecanismo específico para regular a matéria.[220]

Para disciplinar o procedimento da reclamação, na espécie, o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução nº 12, de 14.12.2009,[221] cujo art. 1º prevê que a reclamação deverá ser oferecida no prazo de quinze dias, contados da ciência da decisão impugnada, sendo endereçada ao Presidente do STJ, independentemente de preparo (§ 1º).

568. Súmula jurisprudencial

O julgamento do incidente pode ser tomado por votação da maioria simples e valerá para a solução do caso no órgão suscitante. Se, porém, for tomado pela "maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, será objeto de súmula, e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência" (art. 479).

A *súmula* não tem força de lei para os casos futuros, mas funciona, de acordo com o Regimento Interno do Tribunal, como instrumento de dinamização dos julgamentos e valioso veículo de uniformização jurisprudencial, como tem evidenciado a prática do Supremo Tribunal Federal.[222]

A utilidade da súmula é evidenciada pelos arts. 544, § 4º, II, "b" e "c", e 557, que, para simplificar o julgamento dos recursos, permite ao próprio relator negar-lhes seguimento, sem necessidade de ouvir o órgão colegiado, quando a pretensão do recorrente estiver apoiada em tese contrária à súmula do respectivo tribunal ou de Tribunal Superior. O mesmo critério serve, no caso de inadmissão do recurso extraordinário e recurso especial. Interposto agravo para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, o relator poderá não só dar-lhe provimento para admitir o processamento do recurso inadmitido na instância de origem como até mesmo julgar o próprio recurso principal, se o

acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula jurisprudencial dos aludidos Tribunais (art. 542, § 3º, com redação da Lei nº 9.756, de 17.12.98).

Outro relevante papel foi conferido às súmulas do STF e do STJ, no âmbito da apelação, pela Lei nº 11.276/2006, que acrescentou o § 1º ao art. 518 do CPC, para implantar o sistema denominado de "súmula impeditiva". Prevê o dispositivo em questão que o juiz de primeiro grau inadmita o recurso de apelação, sempre que sua sentença tiver sido proferida em conformidade com súmula do STF ou do STJ. A fidelidade do julgado a uma jurisprudência sumulada torna o processo causa de instância única (ver, *retro*, o item 544-a).

568-a. Súmula vinculante

Diversamente do que prevê o art. 479 do CPC, a reforma do Poder Judiciário, operada por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, instituiu súmula que pode assumir força vinculante, observadas certas condições.

Assim, pelo art. 103-A incluído na Constituição pela Emenda nº 45, a súmula de decisões reiteradas do STF, em matéria constitucional, terá *efeito vinculante* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e perante a "administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Para adquirir essa força vinculante, exige-se que a súmula, de ofício ou por provocação, seja aprovada por decisão de dois terços dos membros do STF. Tal eficácia dar-se-á a partir de publicação na imprensa oficial e se restringe à matéria constitucional.

Atribui-se à lei ordinária disciplinar o processo de aprovação, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes, de acordo com o art. 103-A, *caput*. O art. 7º da Emenda nº 45 marcou o prazo de 180 dias para que o Congresso, por comissão especial mista, elabore os projetos necessários à regulamentação da matéria nela tratada.

Quanto às súmulas anteriores, a Emenda nº 45 não lhes conferiu força vinculante. Permitiu, porém, que tal possa vir a acontecer, se o STF as confirmar por dois terços de seus integrantes, e as fizer publicar, em seguida, pela imprensa oficial (art. 8º da Emenda).

É bom ressaltar que o regime de súmulas vinculantes é restrito ao Supremo Tribunal Federal, não podendo ser estendido ao STJ, muito embora, por lei ordinária, sirva como critério simplificador de julgamentos de recursos por meio de decisões singulares de relatores (CPC, arts. 557, *caput* e § 1º-A, e 542, § 2º) e para afastar o duplo grau obrigatório de jurisdição (CPC, art. 475, § 3º).

A norma constitucional instituidora da súmula vinculante foi, finalmente, regulamentada pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, publicada no *DOU* de 20.12.2006, com *vacatio legis* de sessenta dias. Caberá, ainda, ao STF estabelecer, por meio de seu Regimento Interno, as normas regulamentares necessárias à execução da nova lei, cuja repercussão se dará no âmbito do recurso extraordinário (ver, adiante, o item nº 568-b).

568-b. Regulamentação da súmula vinculante

A Lei nº 11.417, de 19.12.2006, regulamentou o art. 103-A da Constituição, com vigência programada para três meses após a respectiva publicação, que se deu no *DOU* de 20.12.2006. O objetivo básico da lei foi o de disciplinar "a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal" (art. 1º). Outras providências normativas também foram tomadas, sempre em torno do papel e da força jurídica atribuídos à súmula vinculante. São os seguintes os pontos relevantes da regulamentação:

I – *Destinatários*: O efeito obrigatório do enunciado da súmula do STF, de acordo com a previsão constitucional, se dará não apenas em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, mas alcançará, também, a administração pública direta e indireta, em todas suas esferas (art. 2º).

II – *Objeto*: A súmula vinculante será extraída de decisões do STF sobre *matéria constitucional* (art. 2º, *caput*) e terá por objeto "a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, *controvérsia atual* que acarrete grave *insegurança jurídica* e relevante *multiplicação de processos* sobre idêntica questão" (art. 2º, § 1º).

O teor da súmula obriga como lei, mas só atua em campo de interpretação de norma legal já existente. O STF não está autorizado a proceder como órgão legislativo originário. Não pode criar, pelo mecanismo sumular, norma que não tenha sido instituída pelo poder legislativo, nem mesmo a pretexto de suprir lacuna do direito positivo. Na verdade, o que obriga é a lei interpretada pelo STF em súmula de seus julgados. A súmula apenas revela o sentido que tem a norma traçada pelo legislador. Como a Constituição confere autoridade ao STF para tanto, descumprir o enunciado de uma súmula vinculante equivale a violar a lei que a inspirou. Daí falar-se em súmula com efeitos vinculantes (ou obrigatórios).

O STF é uma Corte constitucional, mas nem tudo que decide se passa à luz de regras constitucionais. No exercício de sua competência, muitas questões

serão resolvidas com base em normas de direito comum, em matéria tanto de processo como de direito substancial. Neste terreno, não lhe será permitido estabelecer súmulas vinculantes. Somente as questões de direito constitucional ensejam tais súmulas. Outras questões limitadas ao direito infraconstitucional poderão ser sumuladas, mas sem força vinculante, ou seja, nos moldes das súmulas tradicionais, como aquelas a que alude o art. 479 do CPC.[223]

III – *Pressupostos*: Para edição da súmula vinculante exige-se (art. 2º, *caput*, da Lei 11.417):

a) existência de *reiteradas* decisões sobre a matéria no STF (sempre de ordem constitucional);

b) ocorrência de *controvérsia*, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, que tenha por objeto a *validade*, a *interpretação* e a *eficácia* de normas determinadas; estas podem ser infraconstitucionais, mas as controvérsias a seu respeito devem ter raízes constitucionais;

c) reflexos da controvérsia que acarretem (i) grave *insegurança jurídica* e (ii) relevante *multiplicação de processos* sobre idêntica questão. Vê-se, mais uma vez, o caráter excepcional da súmula vinculante: nem mesmo o objeto constitucional é suficiente para sua edição; hão de concorrer outros fatores condicionantes, como os riscos para a segurança jurídica e os incovenientes da intolerável multiplicação de processos em torno de uma só questão constitucional.

IV – *Procedimento*: A edição, a revisão e o cancelamento de súmula de efeito vinculante não se dão de forma automática. Há um procedimento especial que exige provocação de agente legítimo e que contará sempre com manifestação prévia do Procurador-Geral da República, se dele não tiver sido a proposta (art. 2º, § 2º). Dito procedimento, esboçado pela Lei 11.417/2006, se completará com o que o Regimento Interno do STF dispuser (art. 10).

A decisão, tanto para aprovar a edição como a revisão ou o cancelamento da súmula vinculante, dependerá do voto convergente de dois terços dos membros do STF, em sessão plenária (art. 2º, § 3º).

Dentro de dez dias da sessão que editar, rever ou cancelar a súmula vinculante, o enun-ciado respectivo será publicado, em seção especial, duas vezes: uma no *Diário da Justiça*, e outra no *Diário Oficial da União* (art. 2º, § 4º). É dessa publicação que decorrerá o seu efeito vinculante, e não da sessão do STF que deliberou a seu respeito.

V – *Legitimação*: A edição de súmula com efeito vinculante pode se dar por deliberação do STF, tomada de ofício, em sessão plenária (art. 2º, *caput*). O

mesmo, obviamente, acontece com a revisão ou cancelamento.

O procedimento, seja para editar, rever ou cancelar a súmula vinculante, também pode ser provocado por agente exterior ao STF. Prevê o art. 3º da Lei 11.417/2006 que a proposta possa partir dos seguintes legitimados:

I – Presidente da República;

II – Mesa do Senado Federal;

III – Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – Procurador-Geral da República;

V – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI – Defensor Público-Geral da União;

VII – Partido Político com representação no Congresso Nacional;

VIII – Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX – Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X – Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI – Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Militares.

O Município, diversamente dos legitimados do *caput* do art. 3º, não pode propor a instauração de procedimento autônomo de edição, revisão ou cancelamento de súmula de efeitos vinculantes. Pode, no entanto, fazê-lo, incidentalmente, no curso de processo em que seja parte, sem que isto autorize a suspensão do processo (art. 3º, § 1º).

VI – "*Amicus Curiae*": Nos procedimentos de edição, revisão ou cancelamento de enunciados de súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, observado o que, a propósito, dispuser o Regimento Interno do STF (art. 3º, § 2º).

VII – *Vigência*: Uma vez publicada na imprensa oficial, a súmula vinculante tem eficácia imediata. O STF, entretanto, pode, por decisão de dois terços de seus membros, alterar o marco inicial dos efeitos vinculantes, designando-o para outro momento. A deliberação haverá de ser fundada em razões de *segurança jurídica* ou de excepcional *interesse público* (art. 4º).[224]

VIII – *Processos pendentes*: 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. 6º).

IX – *Processo administrativo*: Obrigando a Administração Pública, terão os processos administrativos de se amoldarem aos enunciados das súmulas

vinculantes do STF, sob pena de as autoridades envolvidas se sujeitarem à "responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal" (art. 64-B, acrescentado à Lei nº 9.784/1999 pelo art. 8º da Lei nº 11.417/2006).

X – *Reclamação*: O remédio impugnativo da *reclamação* (CF, art. 102, I, l) é manejável contra ato judicial ou ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente (CF, art. 103-A, § 3º). Observar-se-ão, no processamento da reclamação, as seguintes particularidades preconizadas pela Lei nº 11.417/2006:

a) a utilização da reclamação, em função de ato praticado em processo judicial ou administrativo, não prejudica o cabimento dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação (art. 7º, *caput*);

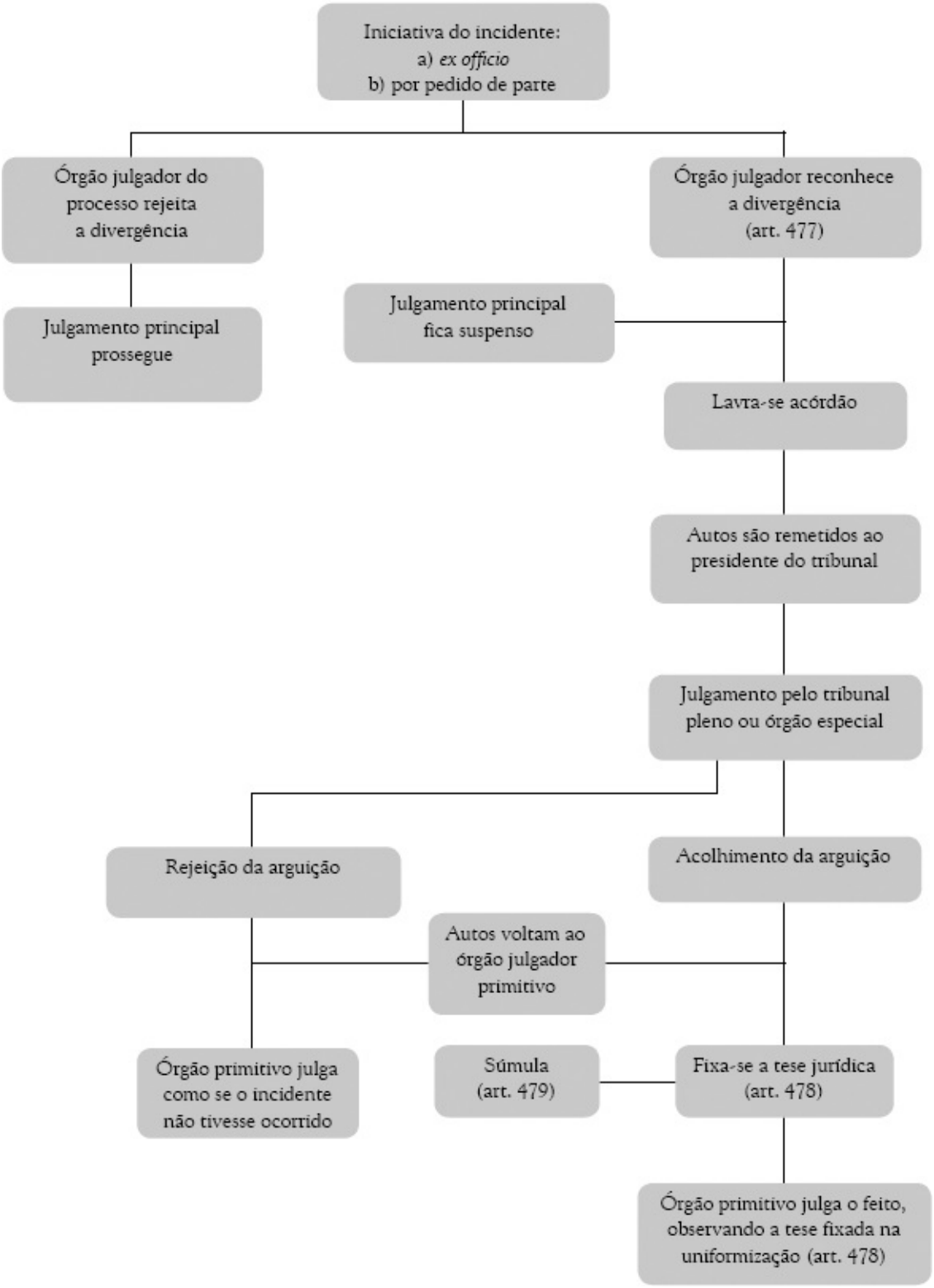
b) quando se tratar de ato da administração pública (comissivo ou omissivo), o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas (art. 7º, § 1º).

Julgando procedente a reclamação, o STF poderá: (i) anular o ato administrativo; (ii) cassar a decisão judicial impugnada, caso em que determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Se o órgão judicial deixou de aplicar, quando devia, a súmula vinculante, a hipótese é de mandar que outra decisão seja proferida "com aplicação da súmula". Se, porém, a súmula foi indevidamente utilizada, o caso será de ordenar a renovação do julgamento, já, então, "sem aplicação da súmula".

Fluxograma nº 21

UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA
(arts. 476-479)



§ 87. RECURSOS PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sumário: 569. Introito. 570. Recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal. 571. Recurso extraordinário. 572. Pressupostos do recurso extraordinário. 572-a. Repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. 572-b. Conceituação legal de decisão que oferece repercussão geral. 572-c. Procedimento no STF. 572-d. Reflexos da decisão acerca da repercussão geral. 572-e. O procedimento regimental de apreciação da arguição de repercussão geral pelo Plenário do STF. 572-f. Formas de solução tácita da arguição de repercussão geral. 572-g. Recursos manejáveis contra as decisões locais, após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a arguição de repercussão geral. 572-h. Retenção dos recursos extraordinários repetitivos. 573. Função do recurso extraordinário. 574. Efeitos do recurso extraordinário. 574-a. Obtenção de efeito suspensivo excepcional para o recurso extraordinário. 575. Processamento do recurso extraordinário. 575-a. Agravo nos próprios autos contra a inadmissão do recurso extraordinário. 575-b. O preparo dos recursos para o STF e para o STJ. 575-c. O recurso extraordinário por via eletrônica. 575-d. Julgamento do recurso e julgamento da causa. 576. Poderes do relator. 576-a. Recursos para o Superior Tribunal de Justiça. 576-b. Recurso especial. 576-c. Jurisprudência formada antes da Constituição de 1988. 576-d. Jurisprudência do STJ formada após a Constituição de 1988. 576-e. Recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial. 576-f. Obtenção de efeito suspensivo excepcional para o recurso especial. 576-g. O recurso especial e as causas repetitivas. 576-h. Procedimento traçado nas causas repetitivas para observância do tribunal de origem. 576-h-1. Desistência do recurso padrão. 576-i. Procedimento traçado nas causas repetitivas para observância do STJ. 576-j. Efeitos do acórdão da Seção ou da Corte Especial do STJ nas causas repetitivas. 576-l. Regulamentação regimental e direito intertemporal nas causas repetitivas. 576-m. Concomitância de recurso extraordinário e recurso especial. 576-n. Concomitância de embargos infringentes e recursos para o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. 576-o. Embargos admissíveis nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça. 576-p. Embargos perante o Supremo Tribunal Federal. 576-q. Reclamação perante o STF e o STJ. 576-r. Recurso especial ou extraordinário retido. 576-s. Destrancamento dos recursos retidos. 576-t. Força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal.

569. Introito

Além da dualidade de instâncias ordinárias, entre os juízes de primeiro grau e os Tribunais de segundo grau, existe, também, no sistema processual brasileiro, a possibilidade de recursos extremos ou excepcionais, para dois órgãos superiores que formam a cúpula do Poder Judiciário nacional, ou seja, para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça. O primeiro

deles se encarrega da matéria constitucional e o segundo, dos temas infraconstitucionais de direito federal. Cabe-lhes, porém, em princípio, o exame não dos fatos controvertidos, nem tampouco das provas existentes no processo, nem mesmo da justiça ou injustiça do julgado recorrido, mas apenas e tão somente a revisão das teses jurídicas federais envolvidas no julgamento impugnado.

A par dessa revisão puramente jurídica das questões debatidas, há na Constituição Federal previsão de alguns casos em que se admitem recursos ordinários também para os dois mais elevados Tribunais do País.

Em matéria civil, a Carta Magna prevê, para o Supremo Tribunal Federal, então, dois tipos de competência recursal, a saber:

a) *recurso ordinário*, nos casos do art. 102, nº II, *a*;

b) *recurso extraordinário*, nos casos do art. 102, nº III.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, a Constituição, de igual maneira, instituiu duas modalidades de competência recursal civil, ou seja:

a) recurso ordinário, nas hipóteses do art. 105, nº II, letras *b* e *c*; e

b) recurso especial, nos termos do art. 105, nº III.

Nos recursos ordinários, ao contrário do que se passa nos extraordinários e especiais, a devolução ao Tribunal *ad quem* é a mais ampla possível. Abrange tanto a matéria fática como a de direito, ensejando, por isso, uma completa revisão, em todos os níveis, do que se decidiu no Tribunal inferior. E a admissibilidade do recurso não se limita a situações específicas como as dos arts. 102, nº III, e 105, nº III, da Constituição. Alcança todo e qualquer caso de sucumbência. Basta estar vencida a parte para poder interpor o recurso ordinário, como acontece em qualquer situação comum de dualidade de graus de jurisdição.

A disciplina procedimental de todos os recursos para o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça constava da Lei nº 8.038, de 28.05.1990. Com a Lei nº 8.950, de 13.12.1994, foi o tema reincorporado ao texto codificado, constando atualmente dos arts. 539 a 546.

570. Recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal

As ações de mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção, quando julgadas em única instância pelos Tribunais Superiores (STJ, TST e TSE), desafiam, normalmente, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, se atendidos os requisitos do art. 102, III, da Constituição Federal. Se,

porém, forem denegadas, haverá possibilidade de *recurso ordinário* para a Suprema Corte (Constituição Federal, art. 102, II e Lei nº 12.016/2009, art. 18).

Para o recurso ordinário, os requisitos de admissibilidade são os comuns a qualquer recurso e não aqueles especiais exigidos para o recurso extraordinário. Assim, ao autor, repelido em sua pretensão, bastará apoiar-se na sucumbência para demonstrar seu interesse de recorrer e sua legitimidade para tanto.

Conforme o texto atual do art. 540, ao recurso ordinário serão aplicadas, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem, as regras pertinentes à apelação e ao agravo (arts. 513 a 529). Na instância superior, observar-se-ão as normas dos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso (art. 540, com a redação da Lei nº 8.950, de 13.12.1994).

Só as decisões coletivas dos Tribunais, e não as singulares de Relatores e Presidentes, desafiam recurso ordinário. Por outro lado, não interessa a natureza da questão jurídica enfrentada no acórdão, se constitucional ou se infraconstitucional. Se se trata de decisão enquadrada no art. 102, nº II, da Carta Magna, o caso é de recurso ordinário e não de recurso extraordinário.

571. Recurso extraordinário

Trata-se de uma criação do Direito Constitucional brasileiro, inspirado no *Judiciary Act* do Direito norte-americano.

Sua finalidade é manter, dentro do sistema federal e da descentralização do Poder Judiciário, a autoridade e a unidade da Constituição.[225]

O cabimento do recurso está previsto no art. 102, nº III, letras *a*, *b*, *c* e *d*, da Constituição da República, que o admite nas causas julgadas por outros órgãos judiciais, em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo da Constituição Federal;[226]

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição;[227]

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.[228]

Trata-se de um recurso excepcional, admissível apenas em hipóteses restritas, previstas na Constituição com o fito específico de tutelar a autoridade e aplicação da Carta Magna. Dessas características é que adveio a denominação de "recurso extraordinário", adotada inicialmente no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e, posteriormente, consagrada pelas diversas

Constituições da República, a partir de 1934.

A partir da EC nº 45/2004, além dos requisitos enumerados nas alíneas do inciso III do art. 102 da CF, ficou a admissibilidade do recurso extraordinário dependente de demonstração, pela parte, de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (CF, art. 102, § 3º) (v., adiante, os itens 572-a a 572-d).

572. Pressupostos do recurso extraordinário

A admissibilidade do recurso extraordinário pressupõe:

a) O julgamento da causa, em última ou única instância, entendida como causa tanto a que envolve decisão final de mérito, como a questão resolvida em decisão interlocutória (art. 542, §3º); excluem-se, no entanto, da área de cabimento do extraordinário os acórdãos que, em medida cautelar, deferem liminar, uma vez que a definição de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, além de precária, envolve essencialmente matéria fática, não compatível com o objetivo daquele recurso (STF, Súmula nº 735);

b) A existência de *questão federal* constitucional, isto é, uma controvérsia em torno da aplicação da Constituição da República. A questão apreciável pela via do recurso extraor-dinário somente pode ser uma *questão de direito*, isto é, um ponto controvertido que envolva diretamente a interpretação e aplicação da lei. Se o que se debate são os fatos (e sua veracidade), tem-se a *questão de fato* que é prejudicial à questão de direito e que não pode ser renovada por meio do extraordinário.[229] A questão federal, para justificar o cabimento do recurso extraordinário, não exige prévia suscitação pela parte, mas deve já figurar no decisório recorrido; isto é, deve ter sido anteriormente enfrentada pelo tribunal *a quo*. Nesse sentido, fala-se em *prequestionamento* como requisito de admissibilidade do extraordinário. É, aliás, o que se extrai da regra constitucional que exige, para ser conhecido esse recurso, verse ele sobre "causa decidida", na instância de origem.

c) A demonstração da *repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso*, requisito esse que, todavia, somente prevalece em relação aos recursos extraordinários interpostos contra decisões publicadas a partir da regulamentação da matéria pelo RISTF.[230]

d) a observância do *prazo legal* de interposição do recurso extraordinário, que é de quinze dias, a contar da intimação do julgamento impugnado (art. 508). O STF, no entanto, considera intempestivo o recurso manifestado antes do

julgamento dos embargos de declaração, se não for posteriormente ratificado.[231]

A Constituição não condiciona o cabimento do extraordinário à ocorrência de julgamento final de tribunal. Exige apenas que se trate de causa *decidida em única ou última instância*. Em hipótese de *causas de alçada*, portanto, pode haver recurso de sentença do juízo de primeiro grau diretamente para o Supremo Tribunal Federal.[232]

Quanto à *questão constitucional* não pode ela ser suscitada originariamente no próprio recurso extraordinário. O apelo extremo só será admissível se o tema nele versado tiver sido objeto de debate e apreciação na instância originária. Por isso, se a decisão impugnada tiver sido omissa a seu respeito ou se a pretensa ofensa à Constituição tiver origem em posicionamento do órgão julgador adotado pela vez primeira no próprio julgado recorrido, deverá a parte, antes de interpor o recurso extraordinário, provocar o pronunciamento sobre a questão constitucional por meio de embargos de declaração.[233] Mesmo quando a alegada ofensa à Constituição surge na prolação do próprio acórdão, "impõe-se a imposição de embargos declaratórios, a fim de que seja suprido o requisito do prequestionamento".[234]

Para ter-se configurada a questão constitucional é ainda necessário que a ofensa invocada pelo recorrente tenha-se dado diretamente contra a regra traçada pela Constituição, e não tenha decorrido, intermediariamente, de atentado às regras infraconstitucionais. É o que se acha sintetizado na Súmula nº 636 do STF, *in verbis*:

> "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida."

Justifica-se a exigência do *prequestionamento* da questão constitucional (tese debatida na decisão recorrida) porque a Constituição instituiu o recurso extraordinário para apreciação de "causas decididas em única ou última instância" (art. 102, III). Cumpre, pois, ao recorrente demonstrar, necessariamente, que a questão ventilada no extraordinário (*i.e*, a *causa*) foi objeto de apreciação e julgamento na instância ordinária. O que se busca com esse remédio excepcional é, na verdade, um rejulgamento da causa. Isto, obviamente, só pode acontecer em face de questão anteriormente já decidida. Daí a exigência do STF de *prequestionamento*, na origem, da tese constitucional,

como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (Súmulas nos 282 e 356).[235]

d) Quanto à *tempestividade* do recurso extraordinário (15 dias, conforme o art. 508), o STF impôs ao recorrente o ônus de comprovar, no ato da respectiva interposição na instância de origem, a eventual ocorrência de feriado local que pudesse ter influenciado na determinação do término do prazo legal.[236] A jurisprudência da referida Corte considerava inadmissível que tal evento fosse demonstrado posteriormente, quando o processo já se encontrasse na superior instância.[237]

Em função da instrumentalidade das formas e da garantia constitucional de acesso à justiça, o Supremo Tribunal Federal houve por bem rever sua antiga jurisprudência, passando a permitir que o feriado local ou suspensão de expediente do tribunal de origem pudesse ser comprovado posteriormente à interposição do extraordinário, inclusive em sede de agravo regimental.[238]

Em seguida, o Superior Tribunal de Justiça, que seguia em matéria de recurso especial a mesma orientação, acompanhou a mudança de entendimento ocorrida no Supremo Tribunal Federal.[239] Portanto, atualmente, admite-se, tanto no processamento do recurso extraordinário como do especial, que a causa de prorrogação do prazo recursal, por motivo local, seja comprovada não só no ato de interposição do recurso, mas também ulteriormente, quando a dúvida a seu respeito surgir, mesmo quando o processo já estiver tramitando no Tribunal *ad quem*.

572-a. Repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário

O regime da Constituição anterior ensejou a criação da arguição de relevância como mecanismo de filtragem do recurso extraordinário, expediente que a Constituição de 1988 repeliu.

A matriz constitucional do recurso extraordinário veio, porém, a sofrer significativas alterações por força da Emenda no 45, de 08.12.2004, dentre elas a que figurou no novo § 3o acrescido ao art. 102 da Constituição. Por força desse dispositivo, doravante caberá à parte fazer, em seu recurso, a demonstração da "repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso". À luz desse dado, o STF poderá, por voto de dois terços de seus membros, "recusar" o recurso. Ou seja: está o Tribunal autorizado a não conhecer do recurso extraordinário se, preliminarmente, entender que não restou demonstrada a

"repercussão geral" das questões sobre que versa o apelo extremo.[240]

Foi, sem dúvida, a necessidade de controlar e reduzir o sempre crescente e intolerável volume de recursos da espécie que passou a assoberbar o Supremo Tribunal a ponto de comprometer o bom desempenho de sua missão de Corte constitucional, que inspirou e justificou a reforma operada pela EC nº 45. Essa preocupação com a redução do número de recursos endereçados às Cortes Supremas de Justiça não é um fenômeno local, já que tem se manifestado em vários países. Lembra, a propósito, Andrea Proto Pisani, a respeito do direito italiano, que as Cortes de Cassação, gênero a que se filiam em certos aspectos tribunais como o STF e o STJ brasileiros, se destinam institucionalmente a garantir a uniformidade da aplicação da lei federal nos Estados organizados de maneira federativa, e com isso cumprir-se a garantia constitucional de igualdade de todos perante a lei. Acontece que o acesso indiscriminado a esses tribunais provoca seu crescimento numérico e o congestionamento de seus serviços, com o que, além da intolerável demora na resposta jurisdicional definitiva, se acaba por produzir decisões divergentes entre os diversos órgãos fracionários em que a Corte se vê forçada a instituir. De tal maneira o tratamento igualitário que justificaria a existência desses tribunais superiores acaba sendo inviabilizado, diante da inevitabilidade de divergência interna na interpretação e aplicação da lei federal. É assim, que se justifica a adoção de critérios de redução drástica do volume de processos que vão ter aos tribunais de último grau de jurisdição, limitando-os apenas àqueles que versem sobre questões relevantes de alta repercussão nacional.[241]

A regulamentação do dispositivo constitucional inovador se fez por meio da Lei nº 11.418, de 19.12.2006, que acrescentou dois novos artigos do CPC, no âmbito da disciplina do recurso extraordinário: o art. 543-A e o art. 543-B. No primeiro, foram traçadas regras de definição do que se deva entender por *repercussão geral* das questões constitucionais debatidas no processo; e, no segundo, instituíram-se regras simplificadoras da tramitação de outros extraordinários pendentes com veiculação de igual controvérsia.

Disciplinando o direito intertemporal, o art. 4º da Lei nº 11.418/2006 dispôs que sua aplicação dar-se-á aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência, ou seja, a partir do dia 18.02.2007. Continuam fora da sistemática da repercussão geral todos os recursos extraordinários pendentes antes daquela data, que estejam tramitando nas instâncias locais ou no STF.[242]

É de se ressaltar que o controle de admissibilidade criado pelo novo § 3º do art. 102 da Constituição é específico do recurso extraordinário, pelo que não

poderá ser estendido ao recurso ordinário perante o STF, e tampouco ao especial e outros recursos manejáveis no âmbito do STJ.

A apreciação da ocorrência (ou não) de repercussão geral é *exclusiva* do STF (art. 543-A, § 2º). Não cabe ao presidente do tribunal local pronunciar a seu respeito no juízo de admissibilidade previsto no art. 542, § 1º. O seu julgamento prévio de admissibilidade continuará sendo feito apenas para avaliação do cabimento do recurso em face dos permissivos enunciados nas quatro alíneas do inc. III do art. 102 da Constituição.

Antes de surgir a apreciação da questão preliminar da repercussão geral, que somente ocorrerá perante o STF, cabe ao presidente do tribunal de origem o exame dos pressupostos normais de cabimento do recurso. Assim, o pronunciamento do STF ocorrerá apenas quando o cabimento do extraordinário tiver sido admitido, dentro do juízo preliminar a cargo da instância originária (RISTF, art. 323).[243]

572-b. Conceituação legal de decisão que oferece repercussão geral

Para justificar o recurso extraordinário, não basta ter havido discussão constitucional no julgado recorrido. O STF não conhecerá do recurso "quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral" (art. 543-A, *caput*).

Por repercussão geral, a lei entende aquela que se origina de questões "que ultrapassem os interesses subjetivos da causa", por envolver controvérsias que vão além do direito individual ou pessoal das partes. É preciso que, objetivamente, as questões repercutam fora do processo e se mostrem "relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico" (art. 543-A, § 1º).

Para que o extraordinário, portanto, tenha acesso ao STF, incumbe ao recorrente demonstrar, em preliminar do recurso, a existência da repercussão geral (art. 543-A, § 2º). A apreciação da matéria será exclusiva do STF, isto é, não passará pelo crivo do tribunal de origem; e seu pronunciamento dar-se-á em decisão irrecorrível (art. 543-A, *caput*).[244]

Há na lei a previsão de alguns casos em que a repercussão geral é categoricamente assentada. São eles: decisão recorrida que contraria (a) súmula ou (b) jurisprudência dominante do STF (art. 543-A, § 3º). A súmula, *in casu*, não precisa de ser a vinculante, mas apenas a que retrate jurisprudência assentada, pois, mesmo sem súmula, a repercussão geral estará configurada em

qualquer julgamento que afronte “jurisprudência dominante” do STF.

Por jurisprudência dominante, deve-se ter a que resulta de posição pacífica, seja porque não há acórdãos divergentes, seja porque as eventuais divergências já tenham se pacificado no seio do STF.

O STF, em sua página na Internet, divulga vários casos em que a repercussão geral, diante de processos múltiplos, já foi reconhecida naquela Corte, versando em sua maioria sobre questões tributárias e previdenciárias (RE 559.607, 559.943, 560.626, 561.908, 566.471, 564.413 e 567.932), e algumas de remuneração de servidores públicos (RE 561.836 e 570.177) ou problemas de saúde, na ordem social (RE 566.471).[245]

572-c. Procedimento no STF

Ao Plenário compete declarar a ausência de repercussão geral, por voto de dois terços de seus membros (CF, art. 102, § 3º). Se, porém, a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, quatro votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário (art. 543-A, § 4º).

Negada a repercussão geral, a decisão do Pleno valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, ainda pendentes de apreciação. Serão todos eles indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do STF (art. 543-A, § 5º).

Pode o relator, durante a análise da repercussão geral, permitir intervenção de terceiros interessados, por meio de procurador habilitado, de acordo com o que dispuser o Regimento Interno do STF (art. 543-A, § 6º). Essas manifestações se justificam em face da repercussão que o julgamento pode ter sobre outros recursos, além daquele *sub apretiatione* no momento (art. 543-B).

Depois de certa vivência da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, pelo seu Pleno, em 11.06.2008, tomou deliberações acerca do procedimento de aplicação desse requisito do recurso extraordinário, principalmente em relação à jurisprudência já pacificada da Corte, que podem ser assim sintetizadas:

I – *Simplificação do procedimento*: decidiu que o dispositivo da repercussão geral, criado em 2004 pela Emenda Constitucional 45, poderá ser aplicado pelo Plenário da Corte a recursos extraordinários que discutem matérias já pacificadas pelo STF, sem que esses processos tenham de ser distribuídos para um relator.

II – *Preconizou quatro medidas possíveis a observar em relação aos recursos extraordinários*:

a) versando os recursos sobre matérias já julgadas pelo STF, serão eles

enviados para a Presidência do Tribunal, que, antes da distribuição do processo, levará a questão ao Plenário;

b) no Plenário, caberá aos Ministros aplicar a jurisprudência da Corte; ou

c) rediscutir a matéria; ou então

d) simplesmente determinar o seguimento normal do recurso, caso se identifique que a questão não foi ainda discutida pelo Plenário.

III – *Reflexos sobre outros recursos*: nos casos em que for confirmada a jurisprudência dominante, o STF negará a distribuição ao recurso e a todos os demais que tratem sobre a mesma matéria. Com isso, os Tribunais poderão exercer o chamado juízo de retratação, ou seja:

a) aplicar a decisão do STF; ou

b) considerar prejudicados os recursos sobre a matéria, quando o Supremo não reformar a decisão.

O objetivo da decisão do Plenário da Suprema Corte foi declaradamente acelerar o trâmite dos recursos extraordinários e evitar a subida de um outro tipo de recurso ao STF – o agravo nos próprios autos, de que cogita o art. 544 do CPC.

572-d. Reflexos da decisão acerca da repercussão geral

Ao Regimento Interno do STF cabe disciplinar o modo de tratar a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, tendo em vista permitir que o julgamento de um caso possa refletir sobre os demais, simplificando as respectivas tramitações (art. 543-B, *caput*).

Havendo diversos recursos extraordinários que tratam da mesma controvérsia, deverá o tribunal local selecionar um ou mais recursos que a representem para encaminhá-los ao STF. Os demais ficarão sobrestados na origem até o pronunciamento definitivo do Supremo (art. 543-B, § 1º).

Duas situações distintas podem ocorrer no pronunciamento do STF: a) pode ser negada a repercussão geral; ou b) pode ser reconhecida. Na primeira, o extraordinário não será apreciado; e, na segunda, será julgado pelo mérito.

Ocorrendo a negativa de repercussão geral, todos os recursos sobrestados na origem "considerar-se-ão automaticamente não admitidos" (art. 543-B, § 2º). Não chegarão, pois, a subir ao STF.

Se o STF julgou o mérito do extraordinário, caberá às instâncias locais[246] apreciar os recursos sobrestados, tomando uma das seguintes decisões (art. 543-B, § 3º): a) se o julgado recorrido estiver conforme ao que decidiu o STF, o

recurso extraordinário será declarado *prejudicado;* b) se estiver em contradição, aberta estará a oportunidade para o juízo de retratação, no qual o órgão julgador local poderá retratar-se, alterando seu julgado para pô-lo em conformidade com o que se assentou no precedente do STF.

Se o acórdão adverso à tese do STF for mantido na instância local, e o extraordinário for admitido, o STF poderá, de acordo com o seu Regimento Interno, "cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada" (art. 543-B, § 4º).

Como se vê, a repercussão geral, disciplinada pela Lei nº 11.418/2006, editada com o fito de reduzir o excessivo e intolerável volume de recursos a cargo do STF, não teve como objeto principal e imediato os extraordinários manejados de maneira isolada por um ou outro litigante. O que se ataca, de maneira frontal, são as causas seriadas ou a constante repetição das mesmas questões em sucessivos processos, que levam à Suprema Corte milhares de recursos substancialmente iguais, o que é muito frequente, *v.g*., em temas de direito público, como os pertinentes aos sistemas tributário e previdenciário, e ao funcionalismo público. A exigência de repercussão geral em processos isolados, e não repetidos em causas similares, na verdade, não reduz o número de processos no STF, porque, de uma forma ou de outra, teria aquela Corte de enfrentar todos os recursos para decidir sobre a ausência do novo requisito de conhecimento do extraordinário.

O grande efeito redutor dar-se-á pelos mecanismos de represamento dos recursos iguais nas instâncias de origem, os quais, à luz do julgado paradigma do STF, se extinguirão sem subir à sua apreciação (art. 543-B, § 2º); e ainda pela extensão do julgado negativo do STF de um recurso a todos os demais em tramitação sobre a mesma questão (art. 543-A, § 5º).

A página do STF na Internet, a título de orientação aos jurisdicionados, ressalta que a exigência da "repercussão geral", como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, tem as seguintes finalidades: "a) firmar o papel do STF como Corte constitucional e não como instância recursal; b) ensejar que o STF só analise questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes; c) fazer com que o STF decida uma única vez cada questão constitucional, não se pronunciando em outros processos com idêntica matéria."

Como o julgamento do recurso extraordinário, na sistemática do art. 543-B, se destina a repercutir sobre uma série de outros recursos sobrestados para aguardar o pronunciamento definitivo do STF, surge o problema de ser possível

ou não à parte desistir do recurso adotado pelo tribunal como padrão. O melhor entendimento, a nosso ver, é o de que o fato de o processo estar inserido na cadeia de recursos repetitivos, por si só, não priva o direito da parte de desistir de seu apelo, direito esse amplamente assegurado pelo art. 501 do CPC. Sua deliberação, todavia, não impedirá o STF de prosseguir na apreciação da tese de direito envolvida na arguição de repercussão geral. Na dinâmica dos recursos repetitivos, o julgamento do objeto do extraordinário ultrapassa o interesse do recorrente, como se vê do disposto no § 1º do art. 543-A. Logo, mesmo que ocorra a desistência do recurso padrão, persistirá o interesse coletivo, relacionado com os demais recursos que se acham sobrestados, no aguardo do pronunciamento do STF (art. 543-B, § 1º).

572-e. O procedimento regimental de apreciação da arguição de repercussão geral pelo Plenário do STF

O art. 543-B, § 5º, do CPC, reservou para o Regimento Interno do STF a regulamentação das atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos daquele Tribunal na análise da repercussão geral.

A Emenda Regimental nº 21/2007 cuidou de disciplinar a matéria dentro do RISTF e, assim, estipulou como o relator acolheria a manifestação do Plenário recomendada pelo art. 102, § 3º, da Constituição. Para tanto, instituiu-se um procedimento eletrônico de comunicação entre o relator do extraordinário e os demais Ministros que compõem o Plenário, o qual prescinde de sessão de julgamento e lavratura de acórdão específico para o incidente da arguição de repercussão geral da questão constitucional debatida.

O procedimento tem lugar quando, antes, a inadmissibilidade do recurso não tiver sido pronunciada por outro motivo, e terá início como manifestação do relator, nos autos, sobre a existência, ou não, de repercussão geral. Desse pronunciamento será extraída cópia que se encaminhará aos demais Ministros por meio eletrônico (RISTF, art. 323).

Prevê-se a remessa tanto da manifestação positiva como negativa. Mas não haverá necessidade, desde logo, desse expediente, se o caso for de manifestação do relator favorável ao reconhecimento da repercussão geral. Nesse caso, o normal será a submissão do recurso ao julgamento da Turma, onde, atingido o *quorum* mínimo de votos favoráveis ao acolhimento da preliminar, ficará dispensada a ouvida do Plenário (CPC, art. 543-A, § 4º).

A competência constitucional do Colegiado maior do STF é reclamada pela

Constituição apenas para negar a repercussão geral (art. 102, § 3º). Para acolhê-la, portanto, não há necessidade de ir até o Plenário. Basta que quatro votos coincidentes, na Turma, se manifestem pela ocorrência da repercussão geral para que o incidente seja superado.

É, pois, quando a expectativa desse resultado positivo não seja divisada pelo relator, que este promoverá a remessa de sua manifestação aos demais Ministros que formam o Plenário do STF. Isto acontecerá quando ele mesmo entender, desde o início, que a questão debatida não tem a necessária repercussão geral, ou quando levada a questão à Turma não se chegar a colher pelo menos quatro votos em prol da repercussão.

Após recebimento da manifestação, os diversos Ministros terão o prazo de vinte dias para endereçarem seus pronunciamentos ao relator, também por meio eletrônico (RISTF, art. 324). Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para a recusa do recurso, "reputar-se-á existente a repercussão geral" (RISTF, art. 324, parágrafo único). Quer isto dizer que a rejeição tem sempre de ser expressa e fundamentada. Mas o reconhecimento da repercussão pode ser presumido diante do silêncio dos votantes que se abstêm de pronunciar sobre a arguição feita na preliminar do recurso.

As diversas manifestações recebidas pelo relator por meio eletrônico serão copiadas e juntadas aos autos (isto se o processo não for totalmente informatizado, pois se o for não haverá, obviamente, que copiar nada). Atingindo o *quorum* de dois terços dos membros do STF no sentido de falta de repercussão geral, o relator proferirá decisão singular de recusa do recurso (RISTF, art. 325, *caput, in fine*). Se a consulta redundar no reconhecimento, expresso ou tácito, da repercussão geral, o relator julgará o recurso extraordinário, ou pedirá dia para o julgamento pela Turma. Antes ouvirá o Procurador-Geral, quando necessário (RISTF, art. 325, *caput*).

A decisão da preliminar sobre a repercussão geral integrará a decisão monocrática ou acórdão e "constará sempre das publicações dos julgamentos no *Diário Oficial*, com menção clara à matéria do recurso" (RISTF, art. 325, parágrafo único). Essa divulgação é importante pela função que se reserva aos precedentes na sistemática de controle da repercussão geral para efeito do juízo de admissibilidade de outros recursos que venham a discutir a mesma questão constitucional.

Pode-se estranhar o processamento e julgamento do incidente sem a realização de uma sessão do Plenário no sentido tradicional e sem a lavratura de acórdão específico. Acontece que a Constituição, ao cuidar da repercussão geral,

não exigiu nada além da "manifestação de dois terços" dos membros do STF para recusar os recursos que não evidenciassem tal repercussão. Não se impôs, assim, que a solenidade da sessão de julgamento e a lavratura de acórdão fossem requisitos indispensáveis para decidir o incidente. Aliás, a desnecessidade de acórdão já havia sido prevista, expressamente, no art. 543-A, § 7º, do CPC, onde se contenta com a publicação de súmula da decisão a respeito da preliminar em torno da repercussão. Ademais, já consta de lei a autorização para a ampla adoção do processo eletrônico na Justiça brasileira, cujos moldes práticos de implantação foram confiados à regulamentação dos Tribunais na esfera de suas circunscrições (Lei nº 11.419, de 19.12.2006, art. 18).

Não se entrevê, portanto, ilegalidade na sistemática de intercâmbio eletrônico adotado pelo RISTF para formação do *quorum* de rejeição, ou não, do incidente *sub apretiatione*.

572-f. Formas de solução tácita da arguição de repercussão geral

Por meio de disposições de seu Regimento Interno, o Supremo Tribunal Federal instituiu o apelidado "plenário eletrônico", segundo o qual a comunicação entre o relator e os demais ministros, para deliberar acerca da negativa de repercussão geral, será feita por via eletrônica (RISTF, arts. 323 e 324). Dentro dessa sistemática virtual, duas formas de solução tácita ou implícita foram adotadas, para propiciar que o simples silêncio dos membros do colegiado fosse havido como manifestação eficaz na solução do incidente (RISTF, art. 324, §§ 1º e 2º).

Cabe ao relator, de início, fazer a distinção entre recurso que enfrenta matéria efetivamente constitucional e aquele que, na verdade, discute direito infraconstitucional, a pretexto de arguir ofensa à norma constitucional. Feita distinção do tema central do extraordinário, passar-se-á à ouvida do plenário por via eletrônica, devendo os ministros se manifestarem, perante o relator, no prazo de vinte dias, pela mesma via (RISTF, art. 324, *caput*).

É nesse "plenário eletrônico" que a solução do incidente pode ocorrer por meio do simples silêncio dos ministros na fase em que lhes cabia pronunciar sobre a repercussão. Duas são as hipóteses regimentais:

a) se a questão foi reconhecida como constitucional pelo relator, e este não receber, no prazo de vinte dias, o voto eletrônico de todos os ministros, de modo a atingir o *quorum* de dois terços do colegiado, necessário para rejeitar a repercussão geral, esta será tida como *automaticamente reconhecida* (RISTF, art.

324, § 1º);

b) se a matéria do extraordinário for considerada como infraconstitucional, o fato de os ministros não se manifestarem no referido prazo de vinte dias será interpretado como *não reconhecimento* da repercussão geral (RISTF, art. 324, § 2º).

Há, pois, possibilidade de o "plenário eletrônico", pelo silêncio dos votantes, tanto reconhecer como negar a repercussão geral. O que é importante, nesse tema, é a qualificação da matéria sobre que versa o extraordinário.

572-g. Recursos manejáveis contra as decisões locais, após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a arguição de repercussão geral

O atual regime de retenção de recursos extraordinários repetitivos previsto no art. 543-B do CPC gerou sérios questionamentos em torno de qual seria o recurso manejável, na instância originária, diante da negação de seguimento aos extraordinários represados.

A jurisprudência tem detectado três situações verificáveis após a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a *repercussão geral* suscitada no recurso paradigma:

1) Se o STF não reconheceu no tema controvertido a *repercussão geral*, os extraordinários *sobrestados* na origem serão, por força de lei, considerados "automaticamente *não admitidos*" (CPC, art. 543-B, § 2º). Caberá ao Presidente do Tribunal denegar-lhes seguimento em caráter definitivo. Os recursos posteriores ao pronunciamento do STF, que versem sobre a mesma questão, anteriormente tida como desprovida de repercussão geral, serão *indeferidos liminarmente*, na instância local (CPC, art. 543-A, § 5º).

Num caso e noutro, a decisão de negar seguimento ao extraordinário, tomada pelo presidente do Tribunal *a quo* (ou por quem o substituir) será ato de *competência própria*. Contra ela o recurso manejável será o *agravo interno* (regimental), a ser decidido pelo colegiado local, sem qualquer recurso posterior para o STF.[247] A controvérsia deve encerrar-se no âmbito do Tribunal de origem.

2) A segunda situação a considerar é a da prejudicialidade do extraordinário julgado no mérito pelo STF. Se o acórdão impugnado estiver conforme o precedente assentado pelo STF, o Presidente do Tribunal de origem julgará *prejudicado* o extraordinário retido (CPC, art. 543-B, § 3º).

Também nessa hipótese, a decisão é de competência própria do órgão

> local. Contra ela só se admitirá *agravo interno* (regimental), "sem qualquer recurso para o Supremo Tribunal Federal".[248]

3) A terceira situação a analisar é a do juízo de retratação realizado pelo Tribunal de origem, quando o STF decide o recurso paradigma pelo mérito (CPC, art. 543-B, § 3º). Nesse reexame, o órgão julgador pode reformar ou não o acórdão recorrido. Reformando-o, para pô-lo de acordo com o assentado pelo STF no caso padrão, o extraordinário será declarado *prejudicado*. Se mantido, caberá ao Presidente do Tribunal *a quo*, ou a quem o substituir, pronunciar sobre o juízo de admissibilidade.

> Aqui já não mais se trata de competência *própria*, mas de um juízo *por delegação* do STF. Contra a inadmissão, portanto, o recurso não será mais o agravo interno, e sim o *agravo nos próprios autos* previsto no art. 544 do CPC, endereçado ao Supremo Tribunal. Não caberá ao Colegiado do Tribunal de origem, portanto, competência para reexame do ato presidencial.[249]

572-h. Retenção dos recursos extraordinários repetitivos

Segundo a sistemática do § 1º do art. 543-B, verificada a ocorrência de vários recursos envolvendo a mesma questão de direito, o Tribunal de origem selecionará um ou alguns deles, para que o STF possa examinar a arguição de repercussão geral, cuja solução prevalecerá para todos os demais. Feita essa escolha, ficarão retidos na instância local todos os extraordinários de objeto igual, paralisando-se a respectiva tramitação, enquanto não for julgado o recurso padrão pelo STF.

Não prevê a lei recurso manejável contra a deliberação do Tribunal de origem que ordena a suspensão prevista no § 1º do art. 543-B. Que remédio processual, portanto, poderá ser utilizado pela parte para atacar a retenção quando indevidamente determinada?

É curial que não se pode vedar ilegalmente o processamento de um recurso, sob pena de infringir-se a garantia fundamental do acesso à justiça e do devido processo legal (CF, art. 5º, XXXV e LIV). À falta de recurso próprio a ser endereçado ao STF, o caso será de adotar-se o agravo interno no âmbito do próprio tribunal *a quo*, ou valer-se da via da tutela cautelar, a exemplo do que se tem admitido nas hipóteses de recursos retidos sob o regime do art. 542, § 3º

(recursos extraordinários ou especiais manejados contra decisões interlocutórias). Com efeito, já decidiu o STJ que, "presentes os pressupostos autorizadores da concessão da Medida Cautelar, defere-se a liminar para determinar o imediato processamento do recurso especial, na origem, retido".[250]

Já especificamente para a hipótese de recursos repetitivos, a orientação do STJ é também no sentido da possibilidade do destrancamento do recurso retido por meio de medida cautelar, sempre que configurados, em prol do recorrente, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.[251]

Para o STF, é certo, na espécie, o descabimento do agravo a ele endereçado, na forma do art. 544, se o recurso ainda não passou pelo juízo de admissibilidade no tribunal de origem.[252] Diante, porém, do risco de dano gerado pela possibilidade de execução do acórdão atacado por recurso extraordinário retido no aguardo de desate da arguição de repercussão geral (art. 543-B, § 1º), "compete ao tribunal de origem apreciar ações cautelares, ainda que o recurso extraordinário já tenha obtido o primeiro juízo positivo de admissibilidade, quando o apelo extremo estiver sobrestado em face do reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria constitucional nele tratada".[253]

Entende, outrossim, o STF que, mesmo não havendo o risco de dano para justificar a medida cautelar atributiva de efeito suspensivo ao recurso extraordinário retido, é possível remediar a retenção equivocada, nos casos de má aplicação do art. 543-B, § 1º. Para tanto, a parte prejudicada — para liberar seu recurso dos efeitos da tramitação da repercussão geral que não alcança o seu caso —, poderá interpor agravo interno perante o próprio tribunal de origem. Com esse expediente, terá oportunidade de obter correção da equivocada suspensão do curso de seu extraordinário, "no próprio âmbito do tribunal de origem, seja em juízo de retratação, seja por decisão colegiada".[254]

Em suma: duas são as razões para se atacar a suspensão da tramitação do recurso extraordinário determinada no Tribunal de origem, com fundamento no § 1º do art. 543-B: (i) a primeira corresponde ao equívoco cometido na inserção do processo na série dos recursos repetitivos, visto que a parte discute questão que, na verdade, não se iguala àquela em que se trava o debate sobre a repercussão geral; e (ii) a segunda é a que, mesmo estando a causa alcançada pela identidade de questão, o recorrente, por aspectos peculiares de seu recurso, se acha sob risco de dano grave e imediato, cuja prevenção não admite aguardar-se a longa tramitação antevista para o extraordinário pendente.

Para cada uma das aludidas situações, a jurisprudência indica remédio impugnativo distinto, ou seja:

a) Se a regra do art. 543-B, § 1º, foi aplicada erroneamente, de maneira que a suspensão se baseou em demanda paradigma que não se refere à mesma questão de direito, a decisão do tribunal de origem poderá ser atacada por meio de agravo interno contra a decisão do Presidente ou do Vice-Presidente, responsável pela má aplicação do art. 543-B, § 1º, cabendo o julgamento ao Colegiado local.[255] O objetivo do recurso será a desvinculação da série de recursos repetitivos liderada pelo caso padrão pendente de apreciação pelo STF, de modo a permitir o restabelecimento do processamento normal do extraordinário suspenso.

b) Quando o recurso sobrestado estiver provocando danos imediatos ao recorrente em virtude da falta da eficácia suspensiva do extraordinário, será a *medida cautelar* o expediente adequado para afastar o risco de prejuízo.[256] Em tal hipótese, não será propriamente o erro cometido na aplicação do art. 543-B que se buscará obviar, mas os efeitos inconvenientes da paralisação da tramitação do recurso. Assim, acolhida a cautelar, a marcha recursal não será necessariamente retomada. O recurso, porém, adquirirá o efeito suspensivo, que de ordinário não tem, e, com isso, afastará o *periculum in mora*, mesmo que a parte tenha de sujeitar-se a aguardar por um bom tempo a resolução do recurso paradigma.

Essa sistemática, concebida originariamente pelo STF para os recursos extraordinários repetitivos (art., 543-B, § 1º), é a mesma a ser aplicada aos recursos especiais repetitivos, regulados pelo art. 543-C, § 1º (v., adiante, os nºs 576-g a 576-l).

573. Função do recurso extraordinário

O Supremo Tribunal Federal, diante dos pressupostos do recurso extraordinário, realiza, através desse remédio processual, a função de tutelar a *autoridade* e a *integridade* da lei magna federal.[257]

Tem, assim, o recurso extraordinário uma finalidade "eminentemente política". Mas, nada obstante, essa função especial não lhe retira o "caráter de instituto processual destinado à impugnação de decisões judiciárias, a fim de se obter a sua reforma".[258] Isto porque, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, a Suprema Corte, a um só tempo, terá tutelado a autoridade e unidade da lei federal (especificamente das normas constitucionais) bem como proferido nova decisão sobre o caso concreto.

Diante dessa dupla função exercida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio

do recurso extraordinário, a doutrina costuma qualificar esse *remedium juris* como "um instituto de direito processual constitucional" (Frederico Marques).

574. Efeitos do recurso extraordinário

A interposição e recebimento do recurso extraordinário gera efeitos de natureza apenas devolutiva, limitados à "questão federal" controvertida. Não fica a Suprema Corte investida de cognição quanto à matéria de fato, nem quanto a outras questões de direito não abrangidas pela impugnação do recorrente e pelos limites fixados pela Constituição para o âmbito do recurso.[259]

Por não apresentar eficácia suspensiva (art. 542, § 2º), o recurso extraordinário não impede a execução do acórdão recorrido (art. 497).

No regime do Código anterior houve grande dissídio, doutrinário e jurisprudencial, em torno da natureza dessa execução. E o Supremo Tribunal Federal acabou assentando a orientação uniformizadora com a programação de que se tratava de execução definitiva e não provisória (*Súmula* nº 228).

Mas deve-se lembrar que o Código de 1939 não falava em recebimento do recurso extraordinário sob efeito devolutivo. O novo, porém, diz, expressamente, que o recebimento de tal recurso será "unicamente no efeito devolutivo" (art. 542, § 2º), e esclarece, em outra passagem, que a execução "é provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo" (art. 475-I, § 1º). A Lei nº 8.950, de 13.12.1994, ao reformar a disciplina do recurso extraordinário dentro do Código de Processo Civil, conservou-o sem a eficácia suspensiva.

Daí prevalecer o ensinamento de Luíz Antônio de Andrade[260] e Barbosa Moreira[261] de que, desde então, é provisória a execução de sentença na pendência do recurso extraordinário, não mais prevalecendo o enunciado da *Súmula* nº 228.

Embora tenha o Presidente (ou o Vice-Presidente) do Tribunal local competência para deliberar cautelarmente sobre a conveniência de atribuir, em caráter excepcional, efeito suspensivo ao recurso extraordinário, não lhe cabe (nem ao próprio STF), processar a execução provisória do acórdão recorrido. O juízo da execução nunca é o do recurso, mas sempre o da causa (art. 475-P, I e II), a quem a parte deverá recorrer se lhe interessar promover, por conta e risco, a execução provisória, observado o procedimento constante do art. 475-O, § 3º.

574-a. Obtenção de efeito suspensivo excepcional para o recurso extraordinário

As medidas de urgência – cautelares e antecipatórias – cabem em qualquer tempo e grau de jurisdição. Podem ser pleiteadas, portanto, durante a fase recursal, perante o órgão competente para julgar o recurso, não estando fora de cogitação o cabimento de tais providências no STF, durante o processamento do extraordinário. Aliás, o art. 800, parágrafo único, do CPC, prevê que "interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente do tribunal", regra que não discrimina entre os tribunais, e que, portanto, se aplica ao STJ e STF também.

A posição do STF, no entanto, é de que sua competência depende da devolução que o recurso extraordinário lhe fizer e que só operará efeito, para fins cautelares, depois de admitido o recurso na instância de origem.

Esse posicionamento, atualmente, está sumulado em dois enunciados que se completam:

a) "*não* compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem" (Súmula nº 634);

b) "cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade" (Súmula nº 635). Naturalmente, se a organização judiciária local atribuir ao Vice-Presidente o juízo de admissibilidade do extraordinário, a ele, e não ao Presidente, caberá apreciar o pedido cautelar de efeito suspensivo.[262]

Uma vez, porém, instaurada a jurisdição do STF, não fica este vinculado à decisão que na origem atribuiu, cautelarmente, efeito suspensivo ao recurso extraordinário. Poderá, em reexame, mantê-la ou revogá-la, conforme reconheça, ou não, a presença dos pressupostos das medidas acautelatórias.[263]

A medida cautelar, em que se pleiteia o efeito suspensivo ao recurso que originariamente não o tem, merece tratamento de mero incidente, e não de verdadeira ação cautelar. Por isso, a jurisprudência tem entendido ser inaplicável à espécie a imposição de verba advocatícia, a título de sucumbência.[264]

575. Processamento do recurso extraordinário

A parte vencida terá o prazo de 15 dias para interpor o recurso extraordinário, perante o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal onde se pronunciou o acórdão recorrido (art. 541). Mas a decisão desta autoridade, deferindo ou indeferindo o processamento do apelo, só ocorrerá após ensejada

oportunidade ao recorrido de produzir suas contrarrazões, em igual prazo (art. 542, § 1º).[265]

Sobre o processamento da preliminar de demonstração de repercussão geral (CF, art. 102, § 3º), v., *retro*, os itens 572-a a 572-d.

Antigamente, as partes arrazoavam duas vezes, cada uma, durante a tramitação do recurso extraordinário, isto é, antes e depois da admissão pelo Presidente do Tribunal *a quo*. Com o sistema da Lei nº 8.038, mantido pela Lei nº 8.950, o procedimento se simplificou, ficando eliminada a antiga duplicidade de alegações. Cada parte, agora, somente fala uma vez: o recorrente apresenta suas razões na petição de recurso e o recorrido produz toda sua defesa nas contrarrazões. Em seguida, o Presidente profere sua decisão, admitindo ou não o recurso extraordinário (art. 542 e § 1º).

Se o despacho é positivo, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal, onde se processará o recurso segundo o disposto em seu Regimento Interno. Se ocorre inadmissão, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 dias, para a Suprema Corte (art. 544, com a redação da Lei nº 12.322, de 09.09.2010).

O sistema legal é de duplo controle de admissibilidade do recurso extraordinário: um no Tribunal de origem e outro no Supremo Tribunal Federal, sendo que o primeiro não vincula o Tribunal *ad quem*, ao qual é possível reapreciar toda a matéria de cabimento do recurso, seja para confirmá-lo, seja para reformá-lo. O STF só não terá como alterar o decisório local se este for de inadmissão do extraordinário, e a parte prejudicada deixar de manejar o agravo do art. 544. Aí, ocorrerá o trânsito em julgado do acórdão recorrido, sem que o STF tivesse assumido competência para conhecê-lo.

No caso de admissão pela instância de origem, a decisão do Presidente do Tribunal *a quo* é irrecorrível, sem que, entretanto, se verifique a preclusão sobre o cabimento do recurso extraordinário.

Com a nova redação dada pela Lei nº 10.352 ao art. 542, eliminou-se a obrigatoriedade de ser a petição do extraordinário e do especial protocolada na secretaria do tribunal de origem. Com isso abriu-se oportunidade ao uso dos protocolos descentralizados, desde que o tribunal delegue tais atribuições a ofícios de justiça de primeiro grau (art. 547, parág. único).

Por outro lado, houve alteração do art. 547, parágrafo único, por força da mesma lei, para deixar claro que “os serviços de protocolo poderão, a critério do tribunal, ser descentralizados, mediante delegação a ofícios de justiça de primeiro grau”.

Seguindo a exegese igual à ora exposta, a 1ª e a 2ª Turmas do STJ decidiram que a partir da Lei nº 10.352/2001 teria ficado legitimada a utilização do protocolo integrado para recebimento de recursos especiais e extraordinários, perdendo força a Súmula 256/STJ.[266] A Corte Especial do STJ, todavia, manteve, mesmo após a Lei nº 10.352, a orientação assentada na Súmula nº 256, no sentido de que continuava o recurso especial sujeito ao protocolo na secretaria do Tribunal de origem.[267] Posteriormente, todavia, aquela Corte Especial reviu sua posição para esposar a tese já antes afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja a de que os protocolos integrados aplicam-se a todos e quaisquer recursos, inclusive o extraordinário e o especial. Decidiu-se, por isso, cancelar a Súmula nº 256/STJ.[268]

Finalmente, é interessante notar que a Lei nº 8.950, a exemplo do que já se passava com a Lei nº 8.038, não prevê custas para o processamento do recurso extraordinário, nem tampouco do especial (ver adiante o nº 575-b).

575-a. Agravo nos próprios autos contra a inadmissão do recurso extraordinário

No sistema antigo a impugnação à decisão que inadmitisse o recurso extraordinário na origem fazia-se por meio de agravo de instrumento, formado com cópias de peças do processo principal, cuja autenticação era feita pelo próprio advogado do agravante (art. 544, § 1º). A Lei nº 12.322/2010 reformou o remédio impugnativo, substituindo o antigo agravo de instrumento, que se processava fora do processo principal, pelo novo *agravo nos próprios autos*. Não há mais autuação separada para o recurso, já que tanto o agravo como as contrarrazões, são juntados aos autos do processo onde se acha o acórdão recorrido. Seu procedimento, portanto, independe de cópias ou traslados e se desenvolve de maneira similar ao da apelação. Pode ser assim esquematizado:

a) a petição recursal é dirigida à presidência do tribunal de origem (art.544, § 2º);

b) não há exigência de pagamento de custas e despesas postais (art.544, § 2º), certamente em razão de tais verbas já terem sido pagas por ocasião do aforamento do recurso inadmitido, e, que, obviamente, não foram utilizadas;[269]

c) o agravado é intimado a oferecer sua resposta em dez dias (art. 544, § 3º);

d) não há decisão do presidente do tribunal de origem e, logo após as contrarrazões do agravado, os autos subirão à instância superior (art. 544, § 3º);

e) se houver concorrência de recurso extraordinário e recurso especial,

ambos inadmitidos, o recorrente deverá interpor agravos separados, para cada recurso (art. 544, § 1º), caso em que será observável a sequência e a prejudicialidade de julgamentos previstas nos arts. 543 e 543-C, este acrescido pela Lei nº 11.672/2008;

f) no Supremo Tribunal Federal o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no seu Regimento Interno (art. 544, § 4º). No caso do recurso especial, o Regimento a observar será o do Superior Tribunal de Justiça.

Chegando os autos do agravo ao Supremo Tribunal Federal, não será o recurso submetido desde logo a julgamento coletivo. Caberá, de início, ao relator sorteado proferir decisão singular, provendo ou improvendo o recurso (art. 544, § 4º).

Ao dar provimento ao agravo, poderá o relator, em decisão singular, proceder à apreciação do conteúdo do próprio recurso extraordinário (art. 544, § 4º). Com a Lei nº 12.322/2010 que alterou o art. 544, ficou o relator autorizado a, no julgamento do agravo, *dar provimento ao próprio recurso extraordinário*, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal (art. 544, § 4º, II, "c"). Autorizado também ficou o relator a, conhecendo do agravo, *negar seguimento ao extraordinário* que se revele (i) "manifestamente inadmissível", (ii) "prejudicado", ou (iii) "em confronto com súmula ou jurisprudência dominante" do STF (art. 544, § 4º, II, "b").

Se a decisão do relator for de inadmissão ou de improvimento do agravo, ou de provimento para acolher desde logo o extraordinário, caberá novo agravo (*interno*), em cinco dias, desta vez para o órgão colegiado competente do Supremo Tribunal Federal (art. 545).

No caso de ser o recurso extraordinário inadmitido, na origem, apenas em parte – quer quanto aos *fundamentos* invocados, quer quanto às *questões* suscitadas –, não será cabível a interposição do agravo a que alude o art. 544, porque o efeito devolutivo, na espécie, leva ao STF o conhecimento de toda a matéria do juízo de admissibilidade, que será amplamente reapreciado, sem os limites traçados pela decisão tomada no tribunal *a quo*.[270]

Sobre o tema, há duas antigas Súmulas do STF, que continuam em vigor, segundo as quais, (i) interposto o recurso por mais de um fundamento constitucional, "a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros" (Súmula nº 292); e (ii) "se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial pelo Presidente do Tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a

apreciação de todas pelo STF, independentemente de interposição de agravo de instrumento" (Súmula nº 528).

O principal objetivo de ambas as Súmulas é de economia processual, para evitar o agravo contra o decisório de inadmissão parcial, tanto quando este tenha se baseado em *fundamentos constitucionais* de cabimento do extraordinário como quando tenha se atido a admitilo em relação apenas a uma ou algumas das *questões autônomas* levantadas no recurso. É que o processo inteiro subirá ao STF, mesmo que a admissão seja, originariamente, apenas parcial; e, não ocorrendo preclusão entre os dois juízos de admissibilidade, o STF terá condições de rever e refazer, se for o caso, o que, de início, tiver sido assentado na instância de origem. Daí a inutilidade do agravo para impugnar a parcela do extraordinário inadmitida pelo Presidente do Tribunal *a quo*, como expressamente reconhece a Súmula nº 528 do STF.[271]

Cumpre, porém, ressaltar que a devolução, *in casu*, não abrange, automaticamente, todos os fundamentos e questões do recurso extraordinário. Para conhecer e decidir a respeito de todo o objeto do recurso, o STF terá, primeiro, de refazer o juízo de admissibilidade sobre todos fundamentos e todas as questões. Somente passará ao exame de mérito em relação àquelas que, sendo autônomas, tenham sido julgadas cabíveis, segundo os pressupostos constitucionais do recurso extraordinário. Caberá, portanto, ao STF realizar, em face de cada questão autônoma, o juízo individual de admissibilidade.[272]

Em outras palavras: não se pode utilizar a Súmula nº 528 para ampliar a competência do STF (tampouco do STJ, no caso do especial) além da matéria e dos permissivos constitucionalmente estabelecidos.

575-b. O preparo dos recursos para o STF e para o STJ

Os recursos para o Supremo Tribunal Federal, inclusive o extraordinário, sempre se sujeitaram a preparo, que compreende o pagamento de custas e despesas de remessa e retorno. Em resolução, o STF fixa e revê periodicamente as tabelas de custas e despesas recursais, cujo recolhimento se faz antecipadamente, junto ao tribunal de onde se origina o recurso.

O recurso especial não se sujeitava a custas, mas apenas às despesas de remessa e retorno. A partir, entretanto, da Lei nº 11.636, de 28.12.2007, regulamentada pela Resolução nº 1, do Superior Tribunal de Justiça, publicada no *DJU* de 18.01.2008, as custas também são devidas no recurso especial, assim como em outros recursos interpostos para aquele tribunal. Segundo a referida

Resolução, a cobrança das custas entrou em vigor no dia 27 de março de 2008. O valor de tais custas consta de tabela baixada pela própria Lei nº 11.636, que prevê sua correção anual segundo a variação do IPCA do IBGE (Lei nº 11.636, art. 2º, parág. único). O STJ promove a atualização periódica por meio de Resolução, tal como se passa no STF.

O formulário e a conta de recolhimento das despesas recursais constam de Resoluções do STF e do STJ, relativas às tabelas de custas e de porte de remessa e devolução dos autos.[273]

Tanto na esfera do STF como na do STJ, excluem-se da obrigatoriedade do preparo os recursos que, por expressa disposição de lei, sejam isentos desses gastos, ou de antecipação de despesas processuais. É o caso, *v.g.*, do agravo nos próprios autos manifestado contra a inadmissão do especial e do extraordinário (art. 544, § 2º) e dos feitos amparados pela assistência judiciária gratuita (art. 19), bem como dos recursos em geral quando interpostos pela Fazenda Pública ou pelo Ministério Público (art. 27).

575-c. O recurso extraordinário por via eletrônica

O STF, de acordo com a autorização do art. 18 da Lei nº 11.419/2006, instituiu o *e-STF* (*software*) como instrumento de processamento eletrônico do recurso extraordinário, que assim pode ser resumido: (i) a petição física endereçada ao tribunal de origem será nele digitalizada e, em seguida, transmitida eletronicamente ao Supremo Tribunal Federal, por meio do *e-STF* (Resolução nº 344, de 25.05.2007, art. 13); (ii) o mesmo acontecerá com as peças que formarão o processo eletrônico para apreciação do recurso extraordinário pelo STF (Res. nº 344, art. 15);[274] (iii) os autos físicos não mais subirão ao STF (Res. nº 344, art. 16); (iv) uma vez transitado em julgado o recurso extraordinário, o STF transmitirá à origem os autos virtuais, para fins de impressão e juntada aos autos físicos (parágrafo único do citado art. 16).

575-d. Julgamento do recurso e julgamento da causa

O último recurso autorizado pelo processo, para atingir o Tribunal maior da estrutura do Poder Judiciário nem sempre exerce mesmo papel. Em alguns países, a corte suprema cumpre função que consiste apenas em anular o julgamento irregular proferido no tribunal inferior. Atribui-se a esse órgão superior a denominação de tribunal de Cassação. O rejulgamento da causa não é

feito por ele, de modo que, cassada a decisão recorrida, o processo é enviado a outro tribunal a quem se atribui a competência de julgar a questão anteriormente tratada no acórdão invalidado.

No Brasil, o recurso extraordinário (e também o especial) destina-se tanto a *invalidar* o julgamento impugnado como, se necessário, a *rejulgar* a causa. Vale dizer: entre nós, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm poder tanto de cassação como de revisão do julgamento da causa.

É o que declara a Súmula nº 456 do STF: "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie."

No mesmo sentido, dispõe o art. 257 do regimento interno do STJ, a propósito do recurso especial: "No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie".

No novo julgamento da causa, o STF e o STJ, naturalmente, terão de examinar o fato em que se achava apoiada a decisão cassada. Isto, porém, não quer dizer que possa reavaliar os fatos para formar nova e diversa convicção sobre a respectiva veracidade.[275] Os fatos que são levados em conta são exatamente aqueles fixados pelo tribunal de origem. O novo exame se limita a verificar qual foi a versão fática assentada no julgado originário para sobre ela fazer incidir a tese de direito considerada correta, em lugar da tese incorreta aplicada pelo tribunal inferior.[276] É *soberana* a decisão local sobre a questão fática, de sorte que, de acordo com o STF, se apresenta inadmissível o reexame de provas e fatos em sede de recurso extraordinário.[277]

Julgar a causa, dentro do recurso extraordinário ou especial, portanto, tem sentido menor do que aquele referente ao ato do tribunal de origem. Este, sim, examina amplamente todas as questões de fato e de direito que a causa envolve. Os tribunais superiores não fazem, senão sobre a questão de direito, uma avaliação e um julgamento amplo. Fixada a teses de direito, esta será simplesmente aplicada sobre os fatos acertados no decisório originário, para que o rejulgamento da causa se realize.

Somente em casos especiais, os recursos extraordinários e especiais levam em conta fatos não avaliados pela instância anterior. É o que, por exemplo, se dá quando a causa compreende vários pedidos e a decisão cassada solucionou apenas aquele que tinha natureza prejudicial em face dos demais. Ocorrendo a cassação, o Tribunal Superior terá de julgar os demais pedidos, isto é, aqueles

que não chegaram a ser decididos no acórdão originário, e cuja solução, na última instância, dependerá, naturalmente, de avaliação de suporte fático próprio, até então não enfrentado no processo.[278] O mesmo se dá com as causas em que o pedido ou a defesa se apresenta apoiada em causa de pedir (fundamentação) múltipla.[279]

Se se apresenta admissível a sujeição dos recursos extraordinário e especial ao efeito devolutivo previsto nos §§ 1º e 2º do art. 515, o mesmo não se passa com o § 3º daquele dispositivo. É que, tendo o tribunal de origem julgado apenas questão processual própria de sentença terminativa, não teria o STF ou o STJ como enfrentar o mérito da causa. Não tendo havido nem mesmo começo de exame das questões de mérito na instância de origem, faltaria o pressuposto do prequestionamento, ou seja, não se estaria diante de *causa* decidida em única ou última instância (CF, arts. 102, II, e 105, III).[280] Em outros termos: "Sob pena de supressão de instância e de desrespeito à necessidade de prequestionamento, este Superior Tribunal de Justiça não se encontra autorizado a avançar no exame da matéria de fundo que não foi debatida no acórdão recorrido, ainda que se trate de 'causa madura'".[281]

576. Poderes do relator

Não apenas no julgamento do agravo, mas em todos os feitos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a lei reconhece ao relator o poder de decisão singular, enfrentando até mesmo as questões de mérito, em situações de manifesta improcedência do pedido ou do recurso, especialmente quando a pretensão contrariar Súmula jurisprudencial do respectivo Tribunal.

A propósito, dispõe o art. 38 da Lei nº 8.038 que:

"O relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal."

Todavia, para que o relator não elimine por completo a competência do Tribunal como órgão coletivo, a Lei nº 8.038 garante à parte vencida o direito de agravar da decisão singular no prazo de cinco dias, para o colegiado (art. 39).

Quando a Lei nº 8.950, de 13.12.94, reinclui o procedimento dos recursos extraordinário e especial no texto do Código de Processo Civil, não abordou explicitamente o tema contido nos arts. 38 e 39 da Lei nº 8.038. Doutrina e

jurisprudência, no entanto, entenderam que se tratava de disposições gerais cujo teor não fora afetado e, portanto, sua vigência persistia.[282]

Posteriormente novas alterações ocorreram no § 4º do art. 544 do Código, por força das Leis nºs 9.756/1998 e 12.322/2010, para estatuir que o relator no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça tem poderes para, em decisão singular, tomada no agravo nos próprios autos oposto à inadmissão do extraordinário ou do especial, proferir um dos seguintes julgamentos:

a) negar provimento ao agravo, mantendo a decisão de origem que o inadmitira;

b) dar provimento ao agravo, para admitir o recurso extraordinário ou especial;

c) dar provimento ao próprio recurso especial, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal ad quem (art. 544, § 4º, II, "c");

d) negar seguimento ao recurso extraordinário ou especial quando "manifestamente inadmissível", "prejudicado" ou "em confronto com súmula ou jurisprudência dominante" no STF ou no STJ, conforme o caso (art. 544, § 4º, II "b").

Da decisão do relator caberá agravo interno para o colegiado, no prazo de cinco dias (art. 545, com a redação da Lei nº 12.322/2010), nas seguintes hipóteses:

a) não conhecimento do agravo;

b) desprovimento do agravo;

c) provimento do agravo com enfrentamento do mérito do especial ou do extraordinário.

É irrecorrível, portanto, a decisão singular do relator que acolhe o agravo apenas para admitir o processamento do recurso especial ou extraordinário. O tema do cabimento, ou não, do apelo principal, todavia, restará reapreciável pelo órgão coletivo competente.

576-a. Recursos para o Superior Tribunal de Justiça

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, a Constituição Federal de 1988 transferiu-lhe parte da competência originária e recursal antes confiada ao Supremo Tribunal Federal, que, então, assumiu quase que apenas a função de Corte constitucional.

Para o Superior Tribunal de Justiça, os recursos previstos na nova Carta são

os seguintes, em matéria civil:

I – *recurso ordinário*, em duas hipóteses, a saber:

a) nos casos de mandado de segurança, denegados em julgamento de única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 105, II, b);

b) nas causas, julgadas em primeiro grau pela Justiça Federal, em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País (art. 105, II, *c*);

II – *recurso especial*, nas causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas três hipóteses do artigo 105, III, da Constituição Federal, que serão examinados no tópico seguinte.

Os recursos ordinários enquadrados na competência do Superior Tribunal de Justiça processam-se segundo o rito comum de apelação e agravo de instrumento, inclusive no que diz respeito aos requisitos de admissibilidade, conforme determina o art. 540, em sua redação dada pela Lei nº 8.950.

Aliás, no caso da letra *c* do art. 105, II, da Constituição, o recurso ordinário é a própria apelação que se interpõe diretamente da sentença de primeiro grau para o Superior Tribunal de Justiça, em lugar do Tribunal Regional Federal; o mesmo ocorre em relação ao agravo de instrumento interposto das decisões interlocutórias proferidas em tais demandas. Na verdade, nas causas da Justiça Federal de 1ª instância, em que o Estado estrangeiro ou organismo internacional atuarem como parte, o STJ desempenha, de forma ordinária, o papel de órgão de 2º grau de jurisdição.[283] Daí por que não se deve empregar, *in casu*, a denominação de recurso ordinário, mas a de *apelação* e de *agravo*, pois não são outros os recursos cabíveis segundo a previsão do art. 105, II, *c*, da Constituição; e é assim que os nomeia o Regimento Interno do STJ (arts. 249 e 253).

Já nos casos de mandado de segurança, aludidos no art. 105, II, b, da Constituição (art. 539, II, b, do CPC), não se pode falar em apelação, porque o recurso ordinário é manejado contra acórdão, e a definição legal de apelação é a de recurso interponível contra sentença (art. 513).

576-b. Recurso especial

A função do recurso especial, que antes era desempenhada pelo recurso extraordinário, é a manutenção da *autoridade* e *unidade* da lei federal, tendo em vista que na Federação existem múltiplos organismos judiciários encarregados

de aplicar o direito positivo elaborado pela União.[284]

Daí que não basta o inconformismo da parte sucumbente para forçar o reexame do julgamento de tribunal local pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do recurso especial. Dito remédio de impugnação processual só terá cabimento dentro de uma função política, qual seja, a de resolver uma *questão federal* controvertida. Através dele não se suscitam nem se resolvem questões de fato nem questões de direito local.

Entretanto, é preciso fazer uma distinção entre a verificação da ocorrência do fato e o exame dos efeitos jurídicos do fato certo ou inconteste. Saber se ocorreu ou não, ou como ocorreu certo fato, é matéria própria da análise da prova; é o que tecnicamente se denomina *questão de fato*, que não se inclui no âmbito do recurso especial. Quando, porém, a controvérsia gira, não em torno da ocorrência do fato, mas da atribuição dos efeitos jurídicos que lhe correspondem, a questão é *de direito*, e, portanto, pode ser debatida no especial.[285]

Nos precisos termos do art. 105, III, da nova Constituição, somente caberá o recurso especial, quando o acórdão recorrido:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;[286]

c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O procedimento a observar na tramitação do recurso especial é, em regra, o mesmo previsto para o recurso extraordinário (v. *retro* o nº 575). As diferenças surgem no tocante aos pressupostos particulares da repercussão geral, no caso do extraordinário (v. *retro* os nºs 572, 572-a e 572-b), e às peculiaridades das causas repetitivas, no âmbito do recurso especial (v. adiante os nºs 576-g a 576-l).

Da inadmissão do recurso especial no Tribunal de origem cabe o agravo nos próprios autos previsto no art. 544, da mesma forma e nos mesmos moldes do que ocorre com o recurso extraordinário (v. *retro* o item 575-a).

É de se observar que, em relação aos agravos endereçados ao STJ cabe, eventualmente, o procedimento instituído pelo art. 543-C para os recursos especiais repetitivos (Resolução do STJ nº 8, de 07.08.2008, art. 7º).

Quanto ao controle da tempestividade do recurso especial, cuja interposição é cabível no prazo de 15 dias (CPC, art. 508), veja-se o item 572, *retro*, onde se aborda, principalmente, o problema da prorrogação do termo final do referido prazo, quando provocado por feriado local ou suspensão de expediente forense no Tribunal de origem.

576-c. Jurisprudência formada antes da Constituição de 1988

Por se tratar de mero desdobramento do antigo recurso extraordinário, deverá prevalecer, também para o recurso especial, a jurisprudência assentada pelo STF, pelo menos enquanto o STJ não adotar, eventualmente, outro posicionamento em face de algum ou outro tema específico. Eis alguns exemplos de orientação traçada para o recurso extraordinário e que poderá ser adotada no recurso especial:

a) decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário por negativa de vigência de lei federal (STF, Súmula nº 400);

b) julgados do mesmo tribunal não servem para fundamentar recurso extraordinário por divergência jurisprudencial (STF, Súmula nº 369);

c) é inadmissível recurso extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia (STF, Súmula nº 284);

d) é inadmissível recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada (STF, Súmula nº 282), salvo se houver impossibilidade do prequestionamento, por ter a violação à lei federal ocorrido no próprio julgamento em que se proferiu o acórdão recorrido (exemplo: julgamento *ultra* ou *extra petita*, julgamento nulo etc.) (STF, acs. *in RT*, 620/216, 626/239 e 614/232);[287]

e) não se conhece do recurso extraordinário interposto sem especificação do permissivo constitucional;[288]

f) interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos previstos na Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros (STF, Súmula nº 292). Também quando o recurso envolver várias questões autônomas e for admitido, na instância de origem em relação apenas a parte delas, o STF não ficará impedido de apreciar todas, independentemente de interposição de agravo de instrumento (STF, Súmula nº 528);

g) simples interpretação de contrato não dá lugar a recurso extraordinário (STF, Súmula nº 454);

h) é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada (STF, Súmula nº 281);

i) para simples reexame da prova não cabe recurso extraordinário (STF, Súmula nº 279). Mas admite-se sua interposição para corrigir inexata valoração

jurídica da prova disponível no processo.[289]

576-d. Jurisprudência do STJ formada após a Constituição de 1988

Após algum tempo de funcionamento do STJ, a experiência nos revela que algumas exigências traçadas com muito rigor pela antiga jurisprudência do STF foram, de certa forma, abrandadas pelo novo Tribunal. Assim, por exemplo, o prequestionamento não foi dispensado, mas teve sua configuração admitida em termos muito mais flexíveis. Eis a posição do STJ a respeito do tema:

a) "É o prequestionamento pressuposto de cabimento do recurso. À sua falta, torna-se inadmissível o recurso especial."[290] Esse entendimento já se consolidou no Superior Tribunal de Justiça, encontrando apoio em jurisprudência sumulada.[291]

b) "Em tema de prequestionamento, o que deve ser exigido é apenas que a questão haja sido posta na instância ordinária. Se isto ocorreu, tem-se a figura do prequestionamento implícito, que é o quanto basta."[292]

c) "Para efeito de prequestionamento, não basta que a questão federal seja suscitada pela parte, sendo necessário o seu debate pelo tribunal de origem."[293]

d) "Incompleto o julgamento, conquanto interpostos os embargos declaratórios, persistente a omissão, o conhecimento do recurso especial exige a arguição de contrariedade ou negativa de vigência ao art. 535, I e II, CPC, a fim de que, se procedente, a instância ordinária ultime o exame pedido.[294] *In casu*, o provimento do especial provoca a nulidade do aresto impugnado, "para que outro acórdão seja proferido com o esclarecimento das omissões".[295] Não pode o STJ enfrentar a questão omitida na instância de origem, por ausência do indispensável prequestionamento.[296]

e) quando não se trata de omissão, mas de vício ou defeito intrínseco do próprio acórdão recorrido, a jurisprudência do STJ oscila: às vezes dispensa o prequestionamento,[297] outras vezes exige o prévio manejo dos embargos declaratórios.[298] A meu ver, a melhor corrente é aquela que, na espécie, dispensa os embargos de declaração, por inúteis e desnecessários.[299] Mas, se se cumprir a exigência de tais embargos, não será razoável que, à vista da recusa de conhecê-los pelo Tribunal *a quo*, venha o STJ a anular o julgamento, tal como faz na hipótese de questão omitida. Mais razoável é a solução que tem sido adotada pelo STF, qual seja, tem-se como satisfeito o prequestionamento, com ou sem o pronunciamento do Tribunal de origem quanto ao defeito intrínseco de seu acórdão, porque a parte fez o que lhe competia para configuração do requisito do

prequestionamento e não pode ser punida pela desídia que não a sua (cf. item 572 e suas notas).

f) discute-se sobre ser, ou não, o prequestionamento condição para que o Superior Tribunal de Justiça examine questão de ordem pública não enfrentada pelo acórdão impugnado por meio de recurso especial, havendo correntes em ambos os sentidos.[300] O entendimento que se coloca numa posição intermediária parece ser o mais razoável: o STJ pode apreciar, de ofício, questão de ordem pública como as condições da ação, desde que tenha sido conhecido o especial, caso em que se deverá aplicar o direito à espécie. O tema incluir-se-ia no efeito devolutivo em profundidade, que abrange os pressupostos do julgamento a ser reexaminado.[301] Esse é, atualmente, o pensamento predominante no STJ, que, entretanto, deve ser entendido *cum grano salis*, para manter fidelidade ao sistema recursal traçado pela Constituição e evitar que o recurso especial se torne palco de uma terceira e ampla instância, o que desfiguraria, por completo, sua função institucional.[302]

g) ainda sobre o mesmo tema, entende-se que o prequestionamento deve ser pesquisado no acórdão recorrido, e não em voto individual discordante, ou seja, "a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento" (STJ, Súmula nº 320).

Merece, outrossim, registrar a tomada de posição do STJ a respeito de algumas questões referentes ao novo recurso especial, como, *v.g.*:

a) "A simples pretensão de reexame de prova não enseja recurso especial"[303] (Súmula nº 7 do STJ). "Somente o erro de direito quanto ao valor da prova, *in abstrato*, dá azo ao conhecimento do recurso especial."[304]

Dessa maneira, não se considera, para fins de recurso especial, como matéria de fato ou de reexame de prova, mas como questão de direito, a arguição de recusa de efeito a uma perícia realizada com rigorosa observância dos procedimentos legais.[305] E, da mesma forma, se, dentro do quadro probatório dos autos, o fato é certo, e o que se questiona, no especial, é a não aplicação a ele do dispositivo legal pertinente, o que houve foi, realmente, negativa de vigência do referido preceito.[306]

Por outro lado, o STJ tem feito uma distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito, no processamento do recurso especial. Para decidir sobre o cabimento ou não do especial, o juízo deve restringir-se às questões de direito; mas "superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, porquanto cumpre ao Tribunal julgar a causa, aplicando o direito à espécie (art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF)"[307]. Vale dizer: ao

decidir o mérito do especial, o STJ realiza um juízo de *revisão*, não tendo como evitar o exame dos fatos sobre os quais haverá de aplicar as regras de direito material pertinentes[308].

b) "Inexiste espaço, no âmbito do recurso especial, para apreciação de acórdão, no ponto em que interpretou norma estadual."[309]

c) "Inadmite-se o recurso especial, quando o aresto recorrido assenta em mais de um fundamento suficiente, autônomo, e o mesmo não abrange todos eles."[310] Por igual motivo, "é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário".[311]

d) "A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial" (Súmula nº 5, do STJ).

e) O acórdão que dá razoável interpretação à lei federal (Súmula nº 400 do STF) não autoriza a interposição de recurso especial.[312] Registra-se, contudo, uma tendência no STJ a afastar a incidência da Súmula nº 400 do STF, que já chegou a ser considerada como "incompatível com a teleologia do sistema recursal introduzido pela Constituição de 1988".[313]

f) "O conhecimento do recurso especial, tendo como causa dissídio de jurisprudência, requer demonstração analítica para comprovar a identidade do suporte fático."[314]

g) "A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial" (Súmula nº 13 do STJ).

h) Ocorre inépcia do recurso especial, "quando apontadas como divergentes – alínea *c* – decisões do primeiro grau".[315]

i) Admite-se o recurso especial por ofensa à lei federal nos casos de arbitramento de reparação de dano moral, sob o argumento de que esse tipo de indenização "*não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça*".[316]

j) "Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais" (Súmula nº 203-STJ). A razão desse enunciado prende-se à regra constitucional que somente autoriza o recurso especial contra causas decididas por tribunais de segunda instância (CF, art. 105, III). Como as Turmas Recursais dos Juizados Especiais dos Estados não são Tribunais, suas decisões ficam fora do âmbito de cabimento do recurso especial. O STF, no entanto, decidiu que não pode persistir divergência dos Juizados Especiais com a jurisprudência assentada pelo STJ, tendo em conta sua função constitucional de intérprete máximo da lei federal ordinária. Por isso, verificada a contradição de

teses oriundas das Turmas Recursais com o posicionamento do STJ, o impasse haverá de ser superado por meio da reclamação constitucional prevista no art. 105, I, *f*, da CF.[317]

k) "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação" (Súmula 418/STJ). A mesma orientação se aplica, por analogia, ao recurso de agravo de instrumento.[318]

Quanto ao procedimento do recurso especial, o Código o submete à mesma tramitação do recurso extraordinário, seja na instância de origem, seja na de destino (arts. 541 a 545, em sua atual redação). Aplica-se, destarte, ao recurso especial tudo o que se expôs nos itens 575, 575-a e 575-b, *retro*.

A técnica e o objeto do julgamento do recurso especial, que conjugam possibilidade de cassação do acórdão impugnado e rejulgamento da causa, observam a mesma sistemática já exposta em relação ao recurso extraordinário (v., *retro*, o nº 575-d).

576-e. Recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial

Na hipótese de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial (CF, art. 105, III, c), impunha o parágrafo único do art. 541 ao recorrente (antes da reforma da Lei nº 11.341, de 07.08.2006) a necessidade de provar a divergência, instruindo sua petição com certidão ou cópia autenticada, ou ainda utilizando citação de repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, tudo seguido de menção às circunstâncias "que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados".

De acordo com o art. 255, § 1º, do Regimento Interno do STJ, alterado em 12.09.2002, a autenticação das cópias dos acórdãos divergentes passou a ser admitida mediante "declaração de autenticidade do próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal". Adotou-se, portanto, o mesmo critério que a Lei nº 11.382, de 06.12.2006, recomenda para a autenticação de quaisquer cópias reprográficas de peças do processo (art. 365, IV, do CPC), e que a Lei nº 12.322, de 09.09.2010, adota para as peças utilizáveis no procedimento da execução provisória(art. 475-O, § 3º).

Uma outra importante inovação do texto do parágrafo único do art. 541 foi feita pela Lei nº 11.341, de 07.08.2006. Consagrando orientação que já vinha sendo seguida pelo Superior Tribunal de Justiça (cf. *retro* o item 209-a), o Código, no atual parágrafo único do art. 541, passou a permitir que a divergência

jurisprudencial possa ser comprovada com utilização de mídia eletrônica. Recorrendo ao *site* do STJ ou de outro Tribunal, na Internet, a parte poderá obter cópia, considerada oficial, para instruir o recurso especial, em comprovação da divergência necessária quando interposto com apoio na letra *c* do permissivo constitucional.

Assim, o recorrente hoje pode, para tanto, utilizar: (i) certidão do acórdão-paradigma passada pela secretaria judicial; (ii) cópia autenticada pelo advogado; (iii) citação de texto publicado em repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado; (iv) cópia obtida na *Internet*, em fonte do próprio tribunal ou credenciada para a divulgação de seus acórdãos.[319]

576-f. Obtenção de efeito suspensivo excepcional para o recurso especial

A jurisprudência do STJ, no tocante à obtenção de efeito suspensivo excepcional para o recurso especial, via medida cautelar, tem sido menos rígida que a do STF, em relação ao recurso extraordinário.

Entendimento mais antigo do STJ era no sentido de que a cautelar incidental deveria ser aforada diretamente naquele tribunal, mesmo que não tivesse o juízo de admissibilidade se completado na instância de origem.[320] No entanto, sob influência da Súmula nº 634 do STF, surgiram acórdãos também no STJ, no sentido de que a sua competência cautelar, para conferir excepcional eficácia suspensiva ao recurso especial, começaria apenas a partir da respectiva admissão no tribunal de origem.[321]

Pode-se considerar, diante do grande volume de precedentes, que o STJ, para o recurso especial, acabou por encampar a tese sumulada pelo STF, em relação ao extraordinário. Registra-se, porém, uma certa flexibilidade, nos casos de urgência e de extrema gravidade. É emblemático, nesse sentido, o aresto que ressalvou a competência do STJ, antes do aperfeiçoamento do juízo de admissibilidade do tribunal de origem, afirmando que, "excepcionalmente, é possível superar o óbice da admissibilidade quando se tratar de decisão teratológica ou manifestamente ilegal".[322] É que a urgência de debelar o dano iminente e gravíssimo, incontornável na instância local, justificaria a emergência do socorro cautelar só proporcionável pelo próprio STJ. Do contrário, correr-se-ia o risco de denegação do acesso à Justiça consagrado, no Estado Democrático de Direito, como garantia fundamental (CF, art. 5º, XXXV). Aliás, é antiga e reiterada a tese segundo a qual não se pode interpretar de maneira muito rígida a competência para desempenhar a tutela cautelar, devendo sempre assumi-la o

juízo que, de fato, tenha condições de afastar o iminente perigo de dano grave e de difícil reparação (v., no vol. II, os nºs 998 e 1.000).

Observe-se, contudo, que o STJ não condiciona sua competência cautelar à chegada dos autos àquela superior instância. Basta que o recurso a que se pretenda atribuir efeito suspensivo já tenha sido interposto e admitido no Tribunal de origem.[323]

Embora de natureza cautelar, o ato judicial que confere excepcionalmente efeito suspensivo ao recurso especial não passa de mero incidente processual. Correta, portanto, a jurisprudência que, na espécie, nega cabimento à verba advocatícia de sucumbência.[324]

576-g. O recurso especial e as causas repetitivas

O art. 543-C, introduzido no CPC por meio da Lei nº 11.672, de 08.05.2008, instituiu um procedimento particular para o recurso especial quando manifestado em face do fenômeno das causas *repetitivas* ou *seriadas*.

Para a inovação legal, têm-se como repetitivas as causas, quando se verificar (i) *multiplicidade de recursos*, (ii) com fundamento em *idêntica questão de direito*, caso em que o processamento do recurso especial deixa de seguir o procedimento comum dos arts. 542 e 543 para observar o do novo art. 543-C.

O fim da reforma promovida pela Lei nº 11.672/2008 é de economia processual. Busca-se evitar a enorme sucessão de decisões de questões iguais, com grande perda de energia e gastos, num tribunal notoriamente assoberbado por uma sempre crescente pletora de recursos.[325] Como o recurso especial não é um instrumento de revisão dos julgamentos dos tribunais locais em toda extensão da lide, mas apenas de reapreciação da tese de direito federal em jogo, não se pode considerar, em princípio, ofensiva ao acesso àquele recurso constitucional a restrição imposta ao seu julgamento diante das causas seriadas ou repetitivas. Basta que o Pleno se defina uma vez sobre a tese de direito repetida na série de recursos especiais pendentes, para que a função constitucional daquela Corte Superior – que é manter, através do remédio do recurso especial, a autoridade e a uniformidade da aplicação da lei federal – se tenha por cumprida.

Uma vez assentada a interpretação da lei infraconstitucional no aresto da Seção ou da Corte Especial do STJ, seus reflexos repercutirão sobre o destino de todos os demais recursos especiais pendentes que versem sobre a mesma *questão de direito* (art. 543-C, § 7º).

Embora a Lei nº 11.672/2008 não tenha interferido nas condições constitucionais de admissibilidade, como ocorreu em relação ao recurso extraordinário, cuja contenção se deu por emenda à Constituição (art. 102, § 3º), nota-se uma simetria procedimental entre as duas reformas, ambas voltadas para a superação do volume exagerado de recursos com idênticas questões de direito que chegam ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Essa similitude de problemas conduziu a uma paridade de remédios, se não total, pelo menos no esquema prático do procedimento. Assim, a exemplo do regime já estatuído para o recurso extraordinário pela Lei nº 11.418/2006, o mecanismo de processamento do recurso especial diante de causas seriadas caracteriza-se pelos seguintes objetivos:

a) evitar a subida dos recursos especiais repetitivos, represando-os provisoriamente no tribunal de origem;

b) julgamento de questão repetitiva numa única e definitiva manifestação da Corte Especial do STJ;

c) repercussão do julgado definitivo da Corte Especial sobre o destino de todos os recursos represados, sem necessidade de subirem ao STJ, sempre que possível.

Por fim, não há motivo para entrever inconstitucionalidade na nova sistemática do recurso especial criada sem emenda à Constituição. É que a Lei nº 11.672/2008 não cuidou de impor condição de admissibilidade diferente daquelas previstas na Constituição (art. 105, inc. III). Apenas instituiu procedimento especial a ser observado na tramitação do recurso, quando inserido no episódio das causas repetitivas ou seriadas.

576-h. Procedimento traçado nas causas repetitivas para observância do tribunal de origem

Caberá, em primeiro lugar, ao Presidente do Tribunal de origem detectar a presença de recursos especiais seriados. Diante da constatação positiva da ocorrência, deverá aquela autoridade, a quem compete o juízo preliminar de admissibilidade, selecionar um ou mais recursos que, sendo admitidos, serão encaminhados, dentro do procedimento normal desse tipo de recurso, ao Superior Tribunal de Justiça.

Todos os demais, que se fundamentem na mesma questão de direito, ficarão retidos e suspensos no tribunal *a quo*, para aguardar o pronunciamento definitivo do STJ sobre a tese comum a todos eles.

Essa suspensão pressupõe que todos os recursos especiais sejam realmente veiculadores apenas de uma única questão de direito. Se outras questões diferentes justificarem o cabimento do especial, não poderá ele ser paralisado em sua marcha apenas porque um dos seus diversos fundamentos coincide com o de outro recurso da espécie. A aplicação do art. 543-C pressupõe identidade total de fundamento de direito entre todos os recursos, para que possam ser classificados como seriados ou repetitivos.

576-h-1. Desistência do recurso padrão

Quando a lei ordena que apenas uns ou alguns recursos iguais serão encaminhados ao STJ, permanecendo sobrestados os demais para aguardar o pronunciamento definitivo daquela Corte, o incidente gera, na verdade, um cúmulo de procedimentos, a envolver interesses distintos: há o interesse individual, deduzido no recurso padrão, e há também o interesse coletivo presente na solução que afinal irá recair sobre todos os processos sobrestados. Disso decorre o entendimento já esposado pelo STJ de que instaurada a coletivização do procedimento recursal, através da escolha e subida do acórdão padrão, não é dado à parte desistir do recurso singular, porque isso redundaria em frustração da técnica idealizada para resolução dos recursos repetitivos, que, sabidamente, é de ordem pública.[326]

Não é, porém, necessário negar à parte a faculdade de desistir de seu recurso — que, aliás, é irrestritamente assegurada pelo art. 501 —, para se alcançar o objetivo da sistemática dos recursos repetitivos. Basta que o Tribunal prossiga na apreciação da tese veiculada no recurso padrão, mesmo depois da desistência do recurso, tendo em vista sua aplicação aos demais feitos sobrestados.

Isso é possível porque, conforme já assentou o próprio STJ, com apoio em boa doutrina, quando o procedimento recursal se coletiviza, para abarcar toda a série de causas repetitivas, o que de fato ocorre é um cúmulo de dois procedimentos no interior do recurso especial selecionado para funcionar como paradigma[327]: um que envolve interesse individual daquele que interpôs o recurso adotado como padrão, e outro que gira em torno do interesse coletivo presente no conjunto de processos sobrestados para aguardar o pronunciamento do STJ, que virá a fixar a tese aplicável a todos eles.

A desistência do recurso paradigma não precisa ser negada (mesmo porque se acha amplamente assegurada pelo art. 501 do CPC) para que o procedimento coletivizado nos moldes do art. 549-C, § 1º, alcance o seu objetivo de interesse

público. Bastará que o Tribunal, mesmo após a desistência do recurso singular, se pronuncie no sentido de fixar a tese de direito aplicável a todos os recursos repetitivos represados. É assim que se pode interpretar o acórdão da 2ª Seção do STJ no REsp 1.067.237 que concluiu por proclamar que a desistência da demanda não inibe o julgamento do correlato recurso especial processado nos moldes do art. 543-C, "que apenas ficaria sem efeito para o caso concreto."[328]

576-i. Procedimento traçado nas causas repetitivas para observância do STJ

Duas situações diferentes podem acontecer: (i) a constatação da repetitividade já foi detectada na origem e se acha revelada na decisão que fez subir um ou alguns recursos da série existente; ou (ii) os recursos chegaram ao STJ sem que a repetitividade tivesse sido acusada pela autoridade local:

I – Na primeira situação, se houver necessidade de algum esclarecimento, além daqueles já constantes da subida dos recursos escolhidos pelo presidente do Tribunal, o relator poderá solicitar informações que deverão ser prestadas no prazo de quinze dias. As informações não são solicitadas apenas ao tribunal de origem; poderão ser pedidas a outros ou a todos os tribunais federais ou estaduais, onde se tenha notícia de recursos da mesma série (art. 543-C, § 3º).

Conforme dispuser o Regimento Interno do STJ, e desde que haja relevância da matéria, o relator poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia (art. 543-C, § 4º). Trata-se da intervenção do "*amicus curiae*", cuja presença se justifica pela multiplicidade de interessados na tese a ser definida pelo STJ e pela repercussão que o julgado virá a ter sobre os recursos de estranhos à causa a ser decidida como paradigma. Sindicatos, associações, órgãos públicos e até pessoas físicas ou jurídicas privadas poderão habilitar-se como *amicus curiae*, desde que demonstrem algum interesse no julgamento do especial submetido ao regime do art. 543-C. O interesse, aqui, não é o jurídico em sentido técnico. A intervenção se justifica à base de qualquer interesse, inclusive o econômico, o moral, o social, o político, desde que sério e relevante.

Ao Ministério Público, antes da elaboração do relatório, dar-se-á vista dos autos por quinze dias, tendo em conta o interesse público ou coletivo que a tramitação do especial passa a ter (art. 543-C, § 5º).

O relatório será feito, após o prazo reservado ao parecer do Ministério Público, e dele será encaminhada cópia aos demais Ministros. A competência para o julgamento do especial seriado é da Seção ou da Corte Especial do STJ,[329]

e deverá ocorrer com preferência sobre os demais feitos, ressalvados apenas os que envolvam réus presos e os pedidos de *habeas corpus* (art. 543-C, § 6º).

II – Quando o recurso especial chegar ao STJ sem mencionar a existência de outros iguais pendentes nos tribunais locais, o relator poderá expedir ordem determinando a suspensão de todos eles até que ocorra o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal. Para essa determinação, o relator deverá: (i) identificar que sobre a controvérsia (questão de direito) já existe jurisprudência dominante do STJ; ou (ii) que a matéria já está afeta ao colegiado (Seção ou Corte Especial), em função de recurso ou recursos em andamento.

Depois dessa medida, a tramitação do recurso será a mesma, isto é, aquela disciplinada pelos §§ 3º a 6º do art. 543-C.

576-j. Efeitos do acórdão da Seção ou da Corte Especial do STJ nas causas repetitivas

O julgamento da questão comum pela Seção ou pela Corte Especial do STJ, uma vez publicado, produzirá os seguintes efeitos sobre os recursos especiais sobrestados na origem (art. 543-C, § 7º):

I – se o acórdão recorrido coincidir com a orientação traçada pelo julgamento do STJ, caberá à instância de origem negar seguimento ao recurso até então suspenso;

II – em caso de divergência entre o acórdão recorrido e a orientação do STJ, haverá reexame da causa pelo órgão julgador local, podendo ocorrer, ou não, retratação. Não se dará, portanto, a imediata apreciação do recurso no juízo de admissibilidade. Os autos voltarão ao órgão colegiado prolator do acórdão, para realizar uma reapreciação do tema, cuja solução se revelou divergente do entendimento assentado pelo STJ.

O juízo de revisão será obrigatório, embora o órgão julgador local não esteja vinculado a decidir pela modificação do acórdão recorrido. Poderá, no reexame, alterar ou manter o julgado anterior.

Verificada a retratação, o recurso especial ficará prejudicado.[330] Ocorrendo, entretanto, a manutenção do decisório local no juízo de reexame, proceder-se-á ao exame de admissibilidade do especial pelo presidente do tribunal de origem, segundo as regras próprias desse juízo preliminar. É de se notar, porém, que fatalmente haverá o especial de ser admitido, porque o acórdão estará fundado em tese já definida pelo STJ, em sentido contrário àquele observado pelo Tribunal de segundo grau.

Nesses termos, chegando ao STJ, o recurso será liminarmente provido, por decisão singular do relator, na forma do art. 557, § 1º-A, do CPC, uma vez que o acórdão terá sido proferido contra decisão representativa do entendimento dominante firmado pelo STJ, por meio da Corte Especial ou de Seção especializada.

Pode acontecer de o Presidente do Tribunal de origem negar seguimento ao especial, ao pretexto de ter o acórdão padrão do STJ adotado tese igual ao aresto recorrido, quando, na verdade, não ocorreria tal identidade. Para fazer chegar o recurso ao STJ, o recorrente teria, segundo a regra geral, de lançar mão do agravo nos próprios autos previsto no art. 544 do CPC, no qual procuraria demonstrar a diferença entre a situação jurídica enfrentada pelo acórdão recorrido e aquela decidida pelo STJ no julgado paradigma. A jurisprudência do STJ, no entanto, se firmou no sentido de que "não cabe Agravo de Instrumento contra decisão que nega seguimento a Recurso Especial com base no art. 543-C, § 7º, inciso I, do CPC". Ressalvou-se, a exemplo da jurisprudência do STF (AI 760.358-QO/ SE, *DJe* 03.12.2009 e 19.02.2010), a possibilidade de Agravo Regimental para o Colegiado do Tribunal local.[331]

A orientação firmada, tanto no STF como no STJ, para o caso de denegação do seguimento de recurso repetitivo sobrestado, pode ser assim sintetizada: a) a decisão local não desafia agravo para o STF ou para o STJ; b) cabe, entretanto, agravo regimental (ou interno) para o Colegiado do Tribunal de Origem.

576-l. Regulamentação regimental e direito intertemporal nas causas repetitivas

Tal como se deu com a repercussão geral em relação à competência do Supremo Tribunal Federal para disciplinar o procedimento do recurso extraordinário (art. 543-B), também no caso dos recursos especiais repetitivos foi previsto no Código que o Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos do art. 543-C.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a regulamentação dos procedimentos relativos aos recursos especiais repetitivos foi baixada através da Resolução nº 8, de 07.08.2008. Dentre as medidas nela estatuídas, merecem destaque as seguintes:

a) os recursos repetitivos serão distribuídos por dependência a um só relator

(art. 1º, § 4º);

b) a reunião das causas repetitivas poderá englobar recursos especiais anteriormente distribuídos, desde que tratem da mesma questão jurídica (art. 2º, § 1º), caso em que a tramitação destes ficará suspensa para aguardar o julgamento da Seção ou da Corte Especial (art. 2º, § 2º);

c) uma vez publicado o acórdão do julgamento da Seção ou da Corte Especial, proceder-se-á da seguinte forma (art. 5º): (i) os recursos já distribuídos serão objeto de julgamento singular pelo relator na forma do art. 557 do CPC; (ii) se ainda não distribuídos, o julgamento será feito pelo Presidente do STJ, na forma da Resolução nº 3, de 17.04.2008;

d) caberá à Coordenadora do órgão julgador remeter cópia do acórdão proferido no recurso paradigma aos tribunais de origem (art. 6º), onde os sobrestados terão seguimento na forma prevista nos §§ 7º e 8º do art. 543-C do CPC (art. 5º, III);

e) o procedimento traçado para a tramitação dos recursos especiais repetitivos estende-se também aos agravos interpostos contra inadmissão de recurso especial (art. 7º).

Há duas regras explícitas de direito intertemporal na Lei nº 11.672, de 08.05.2008:

a) A primeira delas determina a aplicação da nova disciplina aos recursos especiais já interpostos, por ocasião de sua entrada em vigor (art. 2º). Manteve-se o princípio da imediatidade da eficácia das inovações da lei processual, afastando-se a regra de que, ordinariamente, o recurso se rege pela lei do tempo da decisão a impugnar. Mesmo porque a Lei nº 11.672/2008 não cuidou propriamente do cabimento do recurso especial, mas apenas do procedimento a observar quando interposto na situação particular de causas seriadas ou repetitivas.

b) A segunda regra de direito intertemporal instituiu uma *vacatio legis* de noventa dias a contar da data de publicação da Lei nº 11.672/2008, fato que ocorreu no *Diário Oficial* de 09.05.2008. Segundo, pois, o regime da Lei nº 11.672, de 08.05.2008, o novo art. 543-C entrou em vigor no dia *08 de agosto de 2008*.

576-m. Concomitância de recurso extraordinário e recurso especial

Um só acórdão local pode incorrer tanto nas hipóteses do recurso extraordinário como nas do recurso especial. Quando isto se der, o prazo de

quinze dias será comum para a interposição de ambos os recursos, mas a parte terá de elaborar duas petições distintas (arts. 541 e 543).

O recorrido também produzirá contrarrazões separadas e o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem examinará, separadamente, o cabimento de um e outro recurso. Se ambos forem denegados, caberão agravos de instrumento, igualmente distintos, no prazo comum de dez dias, sendo um para o STF e outro para o STJ (art. 544, § 1º, com a redação da Lei nº 12.322/2010).

Admitidos os dois recursos, os autos subirão em primeiro lugar ao STJ, para julgamento do especial. Após decidido este, é que haverá a remessa para o STF, para apreciação do extraordinário, salvo se, com a solução do primeiro, restar prejudicado o segundo.

O relator do STJ pode entender que a matéria do recurso extraordinário é prejudicial ao recurso especial. Permite-se, em tal conjuntura, o sobrestamento do recurso a cargo do STJ, com a remessa dos autos ao STF, invertendo-se, então, a ordem de apreciação dos recursos (art. 543, § 2º). O Supremo Tribunal, todavia, não fica submetido forçosamente ao que se deliberou no STJ, pois a lei reconhece ao relator do STF o poder de reexame da questionada prejudicialidade e, se concluir pela sua inexistência, devolverá os autos, por meio de decisão irrecorrível, a fim de que o recurso especial seja julgado normalmente em primeiro lugar (art. 543, § 3º). Entre o que decide o relator do recurso especial e o que pronuncia o relator do extraordinário, como se vê, a última palavra é dada por este. Não há conflito, nem é preciso ouvir-se o Tribunal. O que decidir o relator do recurso extraordinário, em decisão singular, prevalecerá a respeito da ordem de julgamento dos dois recursos concorrentes.

576-n. Concomitância de embargos infringentes e recursos para o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça

Nos casos de recurso extraordinário ou recurso especial, o cabimento do apelo extremo pressupõe julgamento final (isto é, em última instância) (Constituição, arts. 102, III, e 105, III). Se, pois, ainda há possibilidade na instância de origem de algum recurso ordinário, não se pode manejar, por enquanto, o recurso extraordinário ou o especial.

Acontece, porém, que num só decisório podem coexistir um julgamento final e outro não final. É o que ocorre nos acórdãos do tribunal que aprecia a apelação ou ação rescisória quando algumas questões são solucionadas por unanimidade, e outras, apenas, por maioria. Na sistemática do art. 498, a parte vencida nas

questões dirimidas por votação unânime estará em condições de interpor o recurso extraordinário ou especial desde logo. Quanto às questões não unânimes terá primeiro de manejar os embargos infringentes. Somente após o julgamento destes, ter-se-á a decisão de última instância capaz de legitimar o apelo ao Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

Num só processo, e contra o mesmo acórdão, poderiam coexistir, em tese, dois recursos endereçados a órgãos distintos: os embargos infringentes, voltados para o mesmo tribunal onde se proferiu o julgamento não unânime; e o especial ou extraordinário, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal. Haverá, ainda, possibilidade de outros especiais ou extraordinários depois do julgamento dos infringentes.

Para clarear a sistemática de contagem dos prazos e processamento nestes recursos superpostos, a Lei nº 10.352, de 26.12.2001 (vigência a partir de 27.03.2002), estipulou o seguinte:

a) o prazo para o extraordinário e o especial contra a parte unânime do acórdão local será sobrestado no tribunal *a quo*, até que se julguem os embargos infringentes contra a parte não unânime;

b) o sobrestamento durará até que sejam julgados os embargos e intimados as partes (art. 498, *caput*);

c) o *dies a quo* para manejo do especial ou extraordinário contra a parte unânime do primeiro acórdão se dá no momento em que o vencido for intimado do acórdão dos embargos infringentes;

d) se o vencido não embargar a parte não unânime, terá direito de contar o prazo para interpor o especial ou o extraordinário contra a parte unânime a partir do trânsito em julgado do aresto tomado por maioria de votos (art. 498, parágrafo único). Aqui não haverá intimação para efeito de início da contagem do prazo recursal. Ocorrido o trânsito em julgado da parte não unânime, automaticamente começará a correr o prazo do especial e do extraordinário contra a parte unânime. Esse recurso que se permite fora do prazo normal somente pode se referir à parte unânime do acórdão local, porquanto em relação ao mais não terá havido decisão final, ou em última instância, por falta dos infringentes, e assim inocorrerá um dos requisitos constitucionais da recorribilidade extrema.

A nova sistemática, de tal maneira, criou a possibilidade de dois momentos distintos para o trânsito em julgado do acórdão não unânime: a parte não unânime transita em julgado quinze dias após a intimação do acórdão se não forem manejados infringentes; naquele momento começará a correr prazo para o

extraordinário ou o especial, cuja não interposição acarretará o trânsito em julgado quinze dias depois de igual fenômeno relativamente à parte unânime.

Na verdade, embora o feito seja submetido a dois julgamentos distintos – o que consta do acórdão não unânime e o do acórdão dos embargos infringentes – ambos atacáveis por diferentes recursos especiais (ou extraordinários), a nova sistemática reúne as diversas manifestações recursais numa única peça. Isto é, após o julgamento dos embargos infringentes, a parte vencida deverá formular uma só petição de recurso, nela fazendo inserir, se for o caso, tanto a impugnação ao acórdão inicial (não unânime) como a pertinente aos embargos.[332]

Situação curiosa se estabelece quando a parte vencida desde logo interpõe o recurso especial (ou o extraordinário), sem cogitar dos infringentes. Entende a jurisprudência que, assim agindo, teria renunciado, implicitamente, ao direito de embargar a parcela não unânime do acórdão. "Nessa situação, apenas as questões decididas por unanimidade no acórdão recorrido poderão ser apreciadas no julgamento do recurso especial"[333].

Outra situação a se ponderar é a referente a interposição de embargos infringentes descabidos. O entendimento predominante é no sentido de que os embargos interpostos fora dos casos legais de admissibilidade não interrompem o prazo para o extraordinário ou o especial, que continuará fluindo a partir da data do julgado não embargável[334]. Esse posicionamento é indiscutível quando se trata de embargos infringentes fora do prazo legal, visto que o acórdão recorrido já teria transitado em julgado antes mesmo da interposição do recurso. O caso, todavia, é mais delicado quando os embargos são tempestivos, muito embora não enquadráveis na hipótese legal de admissibilidade. Aí, a meu ver, deve-se fazer diferença entre o recurso manifestamente descabido (*v.g*., inexistência de decisão de mérito ou de divergência em decisão da espécie) e aquele cujo juízo de admissibilidade se mostra problemático. Nessa última situação, a perplexidade da parte tanto pode conduzi-la a não interpor os embargos infringentes, propondo de imediato o especial, como a manejar os infringentes, sobrestando o especial para após o julgamento dos embargos.

Uma e outra atitude se me afiguram razoáveis, já que difícil seria considerar qualquer delas enquadrável na figura do erro grosseiro. Aí prevaleceria a literalidade do *caput* do art. 498, para o qual "interpostos os embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos"[335], pouco importando o seu teor[336].

Cabe aqui, com propriedade, o princípio de hermenêutica que recomendasolucionar a dúvida em matéria de faculdade processual, pelo seu reconhecimento e não pela sua denegação, regra cujo valor se acentua na medida em que se prestigia, cada vez mais, a instrumentalidade do processo e a justiça de seus resultados substanciais.

576-o. Embargos admissíveis nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça

Diante dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, além da eventualidade do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, é possível, conforme o caso, manejarem-se três tipos de embargos, a saber:

a) *embargos de divergência*, se a decisão de uma Turma for divergente, em recurso especial, do julgamento anterior de outra Turma, da Seção ou do Órgão Especial (art. 546);

b) *embargos infringentes*, contra acórdão não unânime proferido em grau de apelação (recurso ordinário) ou em ação rescisória (competência originária) (Reg. Interno, art. 260);

c) *embargos de declaração*, contra qualquer acórdão em que se encontre obscuridade, dúvida, contradição ou omissão (Reg. Interno, art. 263).

Os embargos infringentes e os de declaração seguem as regras gerais traçadas pelo Código, já examinadas.

Os embargos de divergência são autorizados pelo art. 546 e disciplinados pelo Regimento Interno do STJ (arts. 266 e 267). Apresentam-se como um sucedâneo do antigo recurso de revista, pois visam a propiciar a unificação interna da jurisprudência do Tribunal.

Tem cabimento, portanto, quando a Turma decide a mesma questão anteriormente enfrentada por outra Turma, Seção ou Órgão Especial, dando-lhe solução diferente. Para estes embargos, é irrelevante a existência ou não de unanimidade nas decisões confrontadas.

Os embargos de divergência cumprem tarefa similar à da *uniformização de jurisprudência* (arts. 476 a 479), mas com esta não se confundem. É que este último remédio se apresenta como simples incidente que precede ao julgamento de recurso pendente enquanto os embargos de divergência são admissíveis depois de já ultimado o julgamento e, por isso, assumem a natureza de novo recurso.

Pelo Regimento Interno, o prazo para interposição dos embargos de

divergência, perante o STJ, é de 15 dias (art. 266). E o julgamento é feito pela Seção, se a divergência se deu em seu interior; ou pelo Órgão Especial, se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção, ou com a Corte Especial.

Na petição recursal, o embargante deverá demonstrar, de forma analítica, a divergência entre os acórdãos confrontados, evidenciando, outrossim, a identidade ou similitude do suporte fático em ambos (RI, arts. 266, § 1º, c/c art. 255, parágrafo único).

O relator sorteado terá poderes para indeferir os embargos, liminarmente, "quando intempestivos, ou quando contrariarem Súmula do Tribunal, ou não se comprovar ou não se configurar a divergência jurisprudencial" (RI, art. 266, § 3º).

Se forem admitidos, o relator os porá em pauta de julgamento, independentemente de revisão, depois de ensejar oportunidade de impugnação à parte contrária (RI, art. 267 e parágrafo).

Está assente na jurisprudência do STF que "nos embargos de divergência não servem como padrão de discordância os mesmos paradigmas invocados para demonstrá-la, mas repelidos como não dissidentes no julgamento do recurso extraordinário" (STF, Súmula nº 598); regra que se deve observar, também, em relação ao recurso especial, por força da Súmula nº 316 do STJ.

De acordo com a Súmula nº 599, do STF, "são incabíveis embargos de divergência de decisão de Turma, em agravo regimental", ou seja, quando o acórdão revê decisão singular de relator.

No entanto, depois das Leis nºs 9.139/95 e 9.756/98, surgiu uma situação nova, que ampliou os poderes do relator do recurso especial e do extraordinário, o que levou o STJ a rever o alcance da Súmula nº 599 do STF. Eis a nova posição adotada frente ao tema:

"1. Antes das reformas processuais impostas, notadamente pelas Leis nºs 9.139/95 e 9.756/98, não havia julgamento monocrático do mérito do recurso especial. Daí a plena aplicação do enunciado da Súmula nº 599/STF.

2. Atualmente, pode o relator do STJ julgar, monocraticamente, o mérito do recurso especial, cuja decisão poderá ser revista pelo Colegiado via agravo regimental.

3. A aplicação da Súmula nº 599 do STF merece temperamentos. São cabíveis os embargos de divergência contra acórdão proferido em agravo regimental, se julgado o mérito do recurso especial em agravo de instrumento ou interposto o mesmo contra decisão monocrática do relator em recurso

especial."[337]

Consta, ainda, de jurisprudência sumulada do STJ que "não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial" (Súmula nº 315), pela razão de que semelhante decisão não chegou ao objeto do recurso especial, quando é sabido que os embargos do art. 546 se referem exclusivamente ao dito recurso.

Há, na jurisprudência do STJ, uma posição firme no sentido de que os embargos de divergência têm seu cabimento restrito aos casos em que ocorreu julgamento do mérito do recurso especial, de modo que seria inadequado para as hipóteses de recurso não conhecido por questões técnicas próprias do juízo de inadmissibilidade.[338] Na doutrina, entretanto, o tema oferece palco para divergências.[339]

576-p. Embargos perante o Supremo Tribunal Federal

Em face dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal são cabíveis também os mesmos embargos já apontados para os julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, ou seja:

a) *embargos de divergência*, contra acórdão de recurso extraordinário, se houver divergência com julgamento da outra Turma ou do Plenário (art. 546, II, com a redação da Lei nº 8.950, de 13.12.1994);

b) *embargos infringentes*, contra acórdão não unânime do Pleno ou da Turma em ação rescisória e em ação direta de inconstitucionalidade (Reg. Interno, art. 333, nos III e IV);

c) *embargos de declaração*, contra qualquer acórdão do Pleno ou das Turmas em que ocorrer obscuridade, dúvida, contradição ou omissão (Reg. Interno, art. 337).

Os embargos infringentes e os declaratórios observarão o procedimento traçado pelo Código (arts. 530 a 538).

No caso de rescisória, e quando, em geral, o julgamento for do Pleno, os embargos infringentes só serão admissíveis se houver votos vencidos de, no mínimo, quatro ministros (Reg. Interno do STF, art. 333, parágrafo único).

Para os embargos de divergência, o procedimento acha-se disciplinado pelos arts. 334 a 336 do Reg. Interno do STF, sendo de 15 dias o prazo para sua interposição. Há exigência de preparo (art. 335, § 2º).

Os requisitos da demonstração da divergência são, segundo o art. 331, as mesmas do recurso extraordinário por dissídio pretoriano, isto é, são aquelas

constantes do art. 322 do Regimento.

Ao julgar os embargos de divergência, o Plenário julgará toda a matéria que deveria ter sido decidida pelo acórdão embargado, mesmo que nele não tenha sido apreciada por inteiro. Somente não haverá tal julgamento quando se tratar de agravo contra o não recebimento de recurso, caso em que se determinará a subida do recurso principal (Reg. Interno, art. 335, § 3º).

A Súmula 599/STF, que inadmitia embargos de divergência de decisão da Turma em agravo regimental, e que já não vinha sendo observada pelo STJ, foi revogada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. O fundamento adotado foi o de que, ao tempo de sua edição, os decisórios singulares do relator não tinham como objeto o recurso extraordinário, que jamais poderia ser julgado singularmente. Com a atual competência atribuída ao relator, cabe-lhe enfrentar o mérito do extraordinário, dando-lhe provimento (CPC, arts. 544, § 4º, e 557, § 1º-A); tornou-se, porém, necessária a revogação da Súmula 599, pois o acórdão do agravo regimental passou a conter verdadeiro julgamento do Colegiado sobre o mérito do recurso. Certo, portanto, tornou-se o cabimento dos embargos de divergência em face do acórdão com que se decide o agravo regimental na espécie.[340]

Tal como no STJ, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de não cabimento dos embargos de divergência quando o recurso extraordinário não foi conhecido, sem exame de questão de mérito.[341]

576-q. Reclamação perante o STF e o STJ

Em face da relevante função que toca ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, de tutelar a unidade e autoridade da Constituição e das leis federais, a Carta Magna prevê um remédio processual específico, sob o nome de "reclamação" (arts. 102, I, l, e 105, I, *f)*, cujo objetivo é fornecer aos interessados um instrumento para denunciar àquelas Cortes Superiores atos ou decisões ofensivas à sua competência ou à autoridade das suas decisões.

A disciplina da reclamação consta dos arts. 13 a 18 da Lei nº 8.038, de 28.05.1990, e pode ser assim resumida:

a) são legitimadas a intentar a reclamação a parte interessada (isto é, aquela beneficiada pela decisão do STJ ou do STF) e o Ministério Público (art. 13);

b) a petição deverá ser dirigida ao Presidente do Tribunal e será instruída com prova documental, para demonstrar o teor do ato ofendido e do ato que o ofendeu (art. 13, parág. único);

c) funcionará como relator o mesmo que desempenhou tal função na causa originária, sempre que possível (art. 13, parág. único);

d) despachando a reclamação, o relator requisitará informações da autoridade a que se atribui a prática do ato impugnado, e a quem caberá o prazo de 10 dias para prestá-las (art. 14, I);

e) cautelarmente, poderá ordenar a suspensão do processo ou do ato impugnado, se houver necessidade de evitar dano irreparável (art. 14, II);

f) a reclamação poderá ser impugnada por qualquer interessado (art. 15);

g) o Ministério Público oficiará nas reclamações que não forem de sua iniciativa (art. 16);

h) acolhida a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência (art. 17);

i) antes mesmo da lavratura do acórdão, o Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão (art. 18).

Portanto, com a reclamação, que alguns qualificam como recurso, outros como ação e outros, ainda, como simples incidente processual,[342] o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça ficam adequadamente preparados para tornar efetivas suas decisões em recurso extraordinário e em recurso especial, fazendo com que sejam devidamente acatadas e cumpridas pelas autoridades que lhe devem respeito e execução.

Na ordem prática, o julgamento da reclamação, quando procedente, pode resultar na anulação de decisões de outros tribunais ou juízes, ou mesmo de atos administrativos, que se revelem ofensivos ao conteúdo do acórdão de um dos dois maiores tribunais do País. Quando a ofensa for apenas à competência das referidas cortes judiciárias, a reclamação, conforme o caso, poderá provocar o trancamento do processo em curso indevido perante o tribunal inferior, ou a avocação dele para julgamento pelo tribunal superior, conforme previsão constitucional. De uma forma ou de outra, garante-se a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, evitando que casos de sua indelegável atribuição sejam submetidos a julgamento de outros órgãos judiciários.[343]

Se, porém, o ato impugnado revestiu-se da autoridade de coisa julgada, não mais é possível discuti-lo pela via da reclamação, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não lhe cabe força de ação rescisória. Mesmo, portanto, que o decisório ofenda a autoridade do mais alto Tribunal da República, após a *res iudicata* somente por via da ação do art. 485 do CPC será

possível desconstituí-la.

O instituto da reclamação, embora muito útil na defesa das decisões de recurso extraordinário e especial, não se limita a esse terreno. Quaisquer julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça encontram-se sob o amparo do remédio constitucional em exame, sejam os tomados em via recursal, sejam os proferidos em procedimentos de competência originária. Tampouco se admite que a reclamação seja manejada para obter uniformização de jurisprudência ou como sucedâneo de recurso ou rescisória, não utilizados tempestivamente pelas partes.[344] Nessa linha de orientação, não se admite o uso da reclamação para atacar ofensa cometida contra os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo STF, nem mesmo se argumentando com a "teoria da transcendência dos motivos determinantes", aplicável às ADINs. O mesmo pode se dizer dos julgamentos de acórdão paradigma em casos de recursos repetitivos, quando algum tribunal volte a decidir de maneira diversa da tese consagrada pelo STF ou pelo STJ. O fundamento é o de que, na divergência entre o decisório de Tribunal inferior e a motivação do acórdão da ADIN ou da decisão do recurso repetitivo, não ocorre a "usurpação de competência" das aludidas Cortes Superiores.[345]

Não basta, outrossim, para acolher-se a reclamação, que o recurso tenha tramitado pelos referidos Tribunais. Para tal é necessário que a ofensa se refira à matéria realmente decidida pelo STF ou pelo STJ.[346] Além disso, a jurisprudência do STF já assentou que não cabe reclamação se a decisão judicial questionada já tiver transitado em julgado, visto que não se lhe pode atribuir função de ação rescisória.[347]

A recorribilidade do ato hostil à autoridade do STF, porém, "não impede que, desde logo, seja ajuizada a ação de reclamação perante esta Corte (CF, art. 102, I, l). Precedente citado: Recl. 329-SP (RTJ 132/620)".[348]

Casos de indiscutível cabimento da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal são aqueles de violação à sumula vinculante (CF, art. 103-A, § 3º) e ofensa à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pronunciada em sede de controle concentrado (Lei nº 9.868, de 10.11.1999, art. 28, parágrafo único).[349]

Outra hipótese de cabimento da reclamação, desta vez perante o Superior Tribunal de Justiça, é a de decisão tornada por Turma Recursal dos Juizados Especiais Estaduais, que contrarie a jurisprudência, súmula ou orientação (tomada em recurso repetitivo) daquele tribunal, a quem a Constituição confere o poder de controlar a aplicação e de uniformizar a interpretação da lei federal

infraconstitucional (Resolução nº 12 do STJ, de 14.12.2009).[350] Diante da inexistência de órgão uniformizador da jurisprudência equivalente ao previsto na estrutura dos Juizados Especiais Federais,[351] o Supremo Tribunal Federal decidiu que a reclamação constitucional seria utilizável, em caráter excepcional, para fazer prevalecer a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando afrontada por decisão final das turmas recursais dos Juizados Especiais dos Estados.[352] Mas a reclamação regulada na Resolução nº 12/2009 não se contenta apenas com a ocorrência de dissídio entre o decidido pelo Juizado Especial e algum precedente do STJ exarado em julgamento de recurso especial. Para que seja manejável a reclamação, na espécie, "é necessário que se demonstre a contrariedade à jurisprudência consolidada" daquela Corte. E como tal só se entende a fixada em: (i) precedentes exarados no julgamento de Recursos Especiais em Controvérsias Repetitivas (art. 543-C do CPC); ou (ii) enunciados de súmulas de jurisprudência desta Corte" (*i.e.*, do STJ).[353]

Além do mais, "para que seja admissível a reclamação [cogitada na Resolução nº 12/2009] é necessário também que a divergência se dê quanto a regras de direito material".[354]

Embora a Constituição só faça referência à reclamação no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a interpretação jurisprudencial é no sentido de que, por lei local, pode ser adotada também pela Justiça dos Estados.[355] Não se permite, todavia, a sua instituição mediante simples norma de regimento interno de tribunal.[356]

576-r. Recurso especial ou extraordinário retido

Firmou-se, de longa data, o entendimento de ser cabível o recurso extraordinário assim como o especial não apenas contra o julgamento final do processo (sentenças terminativas ou definitivas) mas também contra a decisão última dada às questões incidentes (decisões interlocutórias).

A Lei nº 9.756, de 17.12.98, todavia, criou um procedimento especial para os recursos em questão, quando contiverem impugnação a decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou em embargo à execução. O recurso especial ou extraordinário não será imediatamente processado. Ficará retido nos autos e somente terá tramitação se, mais tarde, houver recurso da mesma natureza contra a decisão final da causa, e se, ainda, a parte o reiterar, no prazo para o novo recurso, ou para as contrarrazões (art. 542, § 3º). Trata-se de um regime de certa maneira assemelhado ao do agravo retido (art. 523), segundo o

qual os respectivos processamento e julgamento dependerão de ulterior apelação da decisão final de primeiro grau e ratificação do primitivo recurso.

Dessa maneira, julgado no tribunal de segundo grau o agravo relacionado com a decisão interlocutória, terá a parte sucumbente, para evitar a preclusão, de apresentar seu especial ou extraordinário, conforme o caso. A petição, porém, simplesmente será juntada aos autos, sem qualquer outro ato de tramitação recursal. O processo principal prosseguirá e encontrará seu desfecho natural. Se o recorrente ainda tiver motivo para recorrer ao STJ ou ao STF contra acórdão final, e se ainda lhe interessar o exame do primeiro recurso, deverá reiterá-lo. Se não o fizer, será havido como desistente do recurso manifestado contra a decisão interlocutória. Ocorrendo a oportuna ratificação, o seu processamento se dará em conexão com o novo recurso, isto é, contra o que se produziu diante do julgamento que pôs fim ao processo na instância local.

Embora o tema da decisão interlocutória chegue ao tribunal de segundo grau normalmente por via de agravo, não é raro surgir também por consequência de apelação. Tome-se como exemplo o caso em que o vencido apelou da sentença que pôs termo ao processo. O tribunal, ao prover a apelação, cassou a sentença por nulidade ou qualquer outro motivo de natureza de preliminar, para que novo julgamento de mérito seja proferido pelo juiz *a quo*. Esse acórdão, sem embargo de proferido em segunda instância, será qualificável como decisão interlocutória, já que em lugar de pôr fim ao processo terá ordenado seu prosseguimento. Não é, pois, apanágio do juiz de primeiro grau a prolação de decisões interlocutórias, nem é o agravo o único recurso que leva o tribunal a proferir acórdão de natureza interlocutória. Essa circunstância é relevante para a incidência do recurso retido de que cogita o art. 542, § 3º.

No sistema de recurso retido, é bom lembrar, não pode deixar de haver um recurso também contra a decisão final, porque são os efeitos dessa decisão que revelam o interesse da parte em reiterar o primitivo. É preciso que se recorra da última decisão para que se justifique o exame do antigo recurso contra a interlocutória. Pode, no entanto, ser o fundamento do novo recurso apenas a reiteração dos argumentos do primeiro, se a parte não encontra razão técnica para enquadrar o último apelo nos permissivos constitucionais. Aí pedirá a cassação do acórdão final por efeito das preliminares que motivaram o recurso retido.

Os dois recursos se fundem, na realidade, num único e novo apelo: o retido, reiterado passa a ser parte integrante do recurso contra o julgamento final, assumindo posição de questão preliminar deste. Nisso está uma certa diferença

com o agravo retido, pois em relação a este ocorrem dois recursos diferentes: um agravo e uma apelação. Já na hipótese do § 3º do art. 542, sucedem-se nos autos dois recursos iguais que, no final, se somam, na impugnação voltada contra o resultado último da prestação jurisdicional.

Quanto ao recurso reiterado em contrarrazões do novo apelo, trata-se, na verdade, de impugnação condicional. Se o principal houver de ser provido, então é que se examinará o retido como prejudicial.

Dois aspectos dessa sistemática merecem ponderação:

a) A forma retida do recurso especial ou extraordinário foi prevista apenas para as interlocutórias do processo de conhecimento e do cautelar, assim como para as dos embargos à execução. Como também podem ser proferidas decisões interlocutórias no próprio processo de execução (incidente da penhora, da avaliação e remoção de bens, do praceamento, concurso de preferências e tantas outras questões estranhas aos embargos à execução), não há como impedir a tramitação normal do recurso nos incidentes da execução forçada e das ações especiais de cunho mandamental, como, *v.g*., o mandado de segurança e o *habeas data*, que não permitem seu singelo enquadramento na categoria de processo de conhecimento.

b) Quando a decisão recorrida se mostra absurda e a procedência do especial ou extraordinário se torna evidente, a solução para evitar a ruinosa execução provisória do acórdão tem sido a obtenção de medida cautelar junto ao STJ ou STF, com que se obtém efeito suspensivo ao apelo extremo. Como na nova sistemática o recurso retido não será desde logo processado, surgirão sérios obstáculos para se alcançar junto ao STJ ou ao STF o reconhecimento de sua competência para a tutela cautelar. Se o recurso não tem efeito suspensivo e sua falta de curso for entendida como empecilho para legitimar a competência cautelar superior, os casos de risco de dano grave e de difícil reparação terão de ser solucionados pela via peregrina do mandado de segurança a ser impetrado perante o órgão recursal *ad quem*. A meu ver, mais razoável seria que o STJ e o STF reconhecessem aplicável a regra do art. 800, parágrafo único, mesmo em se tratando de recurso retido.[357] Do contrário ter-se-á de abrir a via do mandado de segurança, porque nenhuma lesão de direito pode ser sonegada à apreciação judicial e nenhum abuso de autoridade pode permanecer impune ou insolúvel, mormente quando praticados em procedimentos de eficácia imediata sobre os bens e direitos da parte, como se dá nas medidas cautelares e nos atos de execução forçada.[358]

576-s. Destrancamento dos recursos retidos

O destrancamento dos recursos especial e extraordinário retidos tem sido admitido pelo STF e pelo STJ, em situações excepcionais, justificando-se com a necessidade de evitar consumação de dano de difícil ou incerta reparação. É o que, por exemplo, ocorre nas decisões de deferimento ou indeferimento de liminares ou de antecipação de tutela, quando a retenção prevista no art. 542, § 3º, do CPC, pode redundar em completa perda de utilidade do especial ou do extraordinário caso seja interpretada como absoluta.[359] Contudo, não se chegou ainda a um consenso quanto ao meio processual adequado para se pleitear o destrancamento do recurso retido. Já se admitiu, para tanto, a medida cautelar inominada, o agravo de instrumento, o mandado de segurança, e até mesmo que a providência possa viabilizar-se por via de mera petição.[360]

Parece que a tese mais razoável é a da Corte Especial do STJ, no sentido de que o destrancamento, à falta de regulamentação legal, possa viabilizar-se por meio de "mera petição, agravo de instrumento ou até mesmo mandado de segurança" (MC nº 6.788). A se observar a boa técnica processual, o melhor mesmo será prestigiar a medida cautelar, pleiteada informalmente, ou seja, sem a necessidade de dar-lhe um curso contencioso, limitando-a a um requerimento endereçado ao Presidente do Tribunal local, para que faça subir o recurso ao Tribunal Superior, a fim de que este possa apreciar a arguição da necessidade de destrancamento do recurso retido. Se ocorrer indeferimento no Tribunal de origem, o interessado poderá endereçar-se ao STJ ou STF por qualquer meio (reclamação, agravo ou petição avulsa) para forçar a apreciação do pedido de liberação do curso do especial ou do extraordinário.

A posição do STF, no caso de recurso repetitivo sobrestado, tem sido menos flexível que a do STJ, conforme se pode ver do item 572-h, *retro*. Todavia, em matéria de recurso retido, seu entendimento parece estar consolidado de maneira razoável, nos seguintes termos: "admite-se, na linha da jurisprudência desta Casa, o ajuizamento de ação cautelar para impugnar a retenção de recurso extraordinário fundada no art. 542, § 3º, do CPC". Os requisitos para obtenção da medida de urgência são assim estabelecidos pelo STF: "o excepcional processamento imediato do recurso extraordinário interposto contra decisão de caráter interlocutório supõe seja (i) comprovado o risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação; e (ii) demonstrada a viabilidade processual do recurso extraordinário e a plausibilidade da tese nele defendida".[361]

576-t. Força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal

Força vinculante é a que primariamente compete à norma legal, que obriga todos, inclusive o próprio Estado, tanto nos atos da vida pública como privada, sejam negociais, administrativos ou jurisdicionais. O particular não se esquiva de cumprir a lei, porque fica sujeito à sanção de nulidade, para seus negócios jurídicos. A Administração sofre a vinculação da lei, porque não pode praticar senão os atos que esta prevê e autoriza. E a jurisdição não pode julgar os litígios senão aplicando-lhes a norma legal pertinente, sendo-lhe permitido recorrer aos princípios gerais, à analogia e costumes apenas nas lacunas do ordenamento positivo.

Quando, pois, se cogita de atribuir força vinculante também a julgados de tribunal, o que realmente se quer é atribuir-lhes autoridade para funcionar com força normativa igual à da lei, que a todos obriga e de cujo império não podem fugir os juízes, em suas decisões, a Administração, em seus atos e processos, e os particulares, em sua vida negocial.

Nessa ordem de ideias, o enunciado de um julgamento de tribunal a que a Constituição atribui força vinculante representa preceito geral e abstrato que deve figurar, dentro do respectivo alcance, ao lado das fontes ordinárias do direito positivo (lei e regulamentos). Como, entretanto, a atividade do Judiciário não é, de ordinário, de criação, mas de aplicação da norma legal, a força vinculante da jurisprudência, quando cabível, atua basicamente na esfera de interpretação do direito positivo. Ter-se-á, então, como vinculante (obrigatória) a declaração do julgamento sobre "a validade, a *interpretação* e a *eficácia*" de determinada norma (CF, art. 103-A, § 1º, acrescentado pela Emenda nº 45, de 8.12.2004).

Anteriormente à Emenda Constitucional, já se reconhecia força vinculante às decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal, força que, além da eficácia *erga omnes*, deveria operar pela sujeição normativa ao declarado, capaz de condicionar, de futuro, a atuação dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo (CF, art. 102, § 2º, na redação da Emenda nº 3, de 17.3.1993).[362]

Com a Emenda nº 45, de 2004, o quadro constitucional da força vinculante dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal ampliou-se e passou a compreender duas situações distintas:

a) *nas ações de controle concentrado de constitucionalidade*, a força

vinculante emerge diretamente do julgamento de mérito da causa, que, por natureza, produz "eficácia contra todos" e pela Emenda nº 45 deve produzir "*efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal" (CF, art. 102, § 2º, na redação da Emenda nº 45);

b) *no controle difuso da constitucionalidade*, em que a questão constitucional não é *objeto*, mas motivo, do julgado do Supremo Tribunal Federal, também poderá surgir a força vinculante. Esta, todavia, não emergirá diretamente do julgado, mas dependerá de inclusão do entendimento em Súmula extraída da reiteração de decisões sobre a mesma matéria constitucional (CF, art. 103-A, acrescido pela Emenda nº 45).

Para tanto, a nova regra constitucional impõe a observância dos seguintes requisitos:

a) o tema, para tornar-se objeto da força vinculante, deve envolver sempre *matéria constitucional;*

b) a súmula vinculante terá de ser aprovada por decisão de dois terços dos membros do STF;

c) a aprovação da súmula se dará "após reiteradas decisões" sobre a matéria constitucional enfocada. Não se admite, portanto, a sumulação após o primeiro caso decidido ou *apenas uns poucos pronunciamentos* pelo Supremo Tribunal. É preciso que o tema amadureça;

d) a súmula deve ser publicada na imprensa oficial; a partir do que advém sua força vinculante.

Somente a respeito de norma preexistente se há de instituir súmula vinculante. Não é função do STF fixar súmulas como atividade normativa primária, mas como intérprete que trabalha sobre regras legais trazidas à sua apreciação exegética, para solução de casos concretos. Nesse sentido, a norma constitucional criada pela Emenda nº 45 (CF, art. 103-A, § 1º) é esclarecedora: "A súmula terá por objeto a *validade*, a *interpretação* e a *eficácia* de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica." Mais uma vez se faz presente a ideia inspiradora do *processo justo*, aquele que com efetividade tutela o direito subjetivo ofendido ou ameaçado, com baixo custo (economia processual) e com presteza (celeridade processual). A nova regra do art. 103-A, § 1º, da Constituição, de certa forma se harmoniza com o novo direito fundamental proclamado pelo inciso LXXVIII inserido no art. 5º da mesma

Carta.

Para evitar o engessamento da interpretação constitucional sumulada, foi prevista, no próprio dispositivo que a criou, a possibilidade do STF proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma que a lei estabelecer (art. 103-A, *caput*). Antes mesmo que a lei regulamentadora fosse editada, a Constituição assegurou que a aprovação, revisão ou cancelamento poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103-A, § 2º), ou seja, pelas entidades arroladas no atual art. 103 (modificado, também, pela Emenda nº 45).

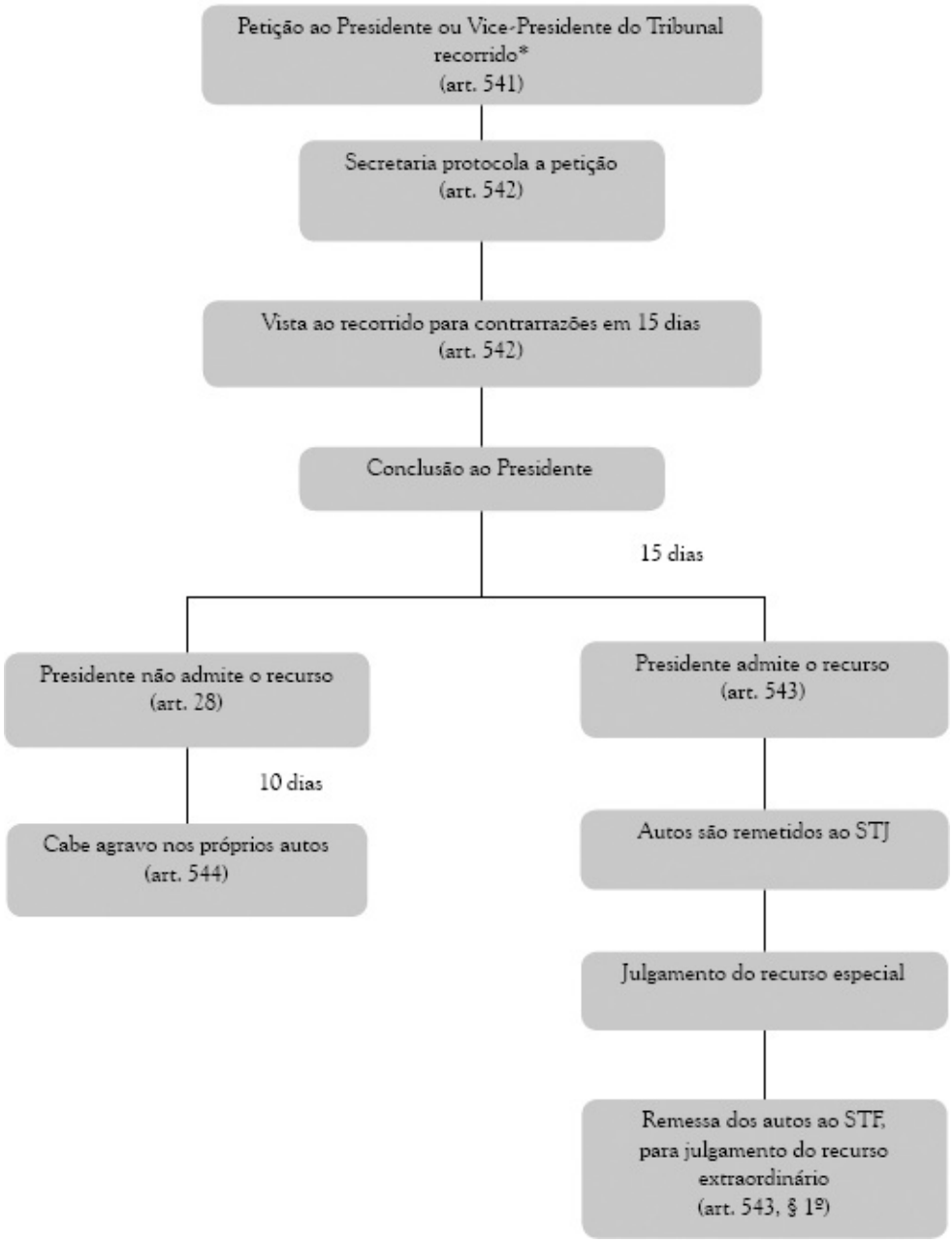
Reforçando a força vinculante da Súmula aprovada na forma do *caput* do art. 103-A, estatuiu seu § 3º o cabimento de *reclamação* ao STF contra o ato administrativo ou a decisão judicial que contrariar a Súmula aplicável ou que a aplicar indevidamente. Julgando-a procedente, o STF "anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso".[363]

Dessa força vinculante, porém, escapa o Poder Legislativo, (salvo em seus atos de natureza administrativa) que não fica inibido de revogar ou modificar a lei que serviu de base à Súmula. Entretanto, a inovação por meio de lei ordinária não pode se contrapor à interpretação dada pelo STF à norma constitucional, porque aí estaria em jogo a competência exclusiva daquela Corte de interpretar e tutelar a Constituição. Também o Supremo Tribunal Federal não se sujeita a uma invencível vinculação às suas próprias Súmulas, mesmo porque existe, a seu cargo, um processo de revisão e revogação legalmente estabelecido. O que não se pode aceitar é a conduta do STF de simplesmente ignorar a súmula vinculante por ele regularmente editada. Para se liberar dela terá de proceder à sua modificação ou revogação, de forma regular, por meio de decisão formal em que justifique a atual insubsistência da súmula.[364]

O art. 103-A da CF foi regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19.12.2006, que disciplinou todo o procedimento para a edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante (v., *retro*, o item 568-b).

Fluxograma nº 22

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL
(arts. 539-546)



* Oportunidade: 15 dias a partir da publicação do acórdão (art. 542).
Forma: Uma petição para cada recurso.
RE: Na petição inicial, é obrigatória a demonstração da repercussão geral (art. 543-A, § 2º).
REsp.: Há retenção de recursos iguais e julgamento único nas causas respectivas (art. 543-C).

§ 88. DIREITO INTERTEMPORAL EM MATÉRIA DE RECURSOS

Sumário: 577. Posição do novo Código. 578. Princípios norteadores do Direito intertemporal dos recursos.

577. Posição do novo Código

O Código de 1973 foi excessivamente avaro no tratamento da questão do direito intertemporal. Limitou-se a dispor que, ao entrar em vigor, suas disposições teriam aplicação desde logo aos processos pendentes (art. 1.211).

Trata-se da consagração do tradicional princípio da "imediatidade" da eficácia das leis de processo frente aos feitos em curso.[365]

No que toca aos recursos, apenas reservou o legislador uma palavra para o caso da legislação extravagante, a fim de esclarecer que subsistiam os recursos extintos pelo Código até que lei especial fizesse a respectiva adaptação ao novo sistema (art. 1.217). Essa providência, aliás, já foi tomada através das Leis n$_{os}$ 6.014, de 27.12.73, e 6.071, de 03.07.74.

Mas, mesmo dentro da matéria tratada pelo Código, há problemas que não podem ser solucionados com a pura aplicação imediata da nova legislação mormente no que diz respeito a recursos. Assim, à falta de regulamentação legal, a transmissão do sistema de um para outro Código haverá de ser tratada à luz dos conceitos doutrinários aplicáveis à espécie.

578. Princípios norteadores do direito intertemporal dos recursos

Fornece-nos a doutrina os seguintes critérios para solucionar o conflito intertemporal das normas de processo sobre recursos:

1$_{o}$ – A recorribilidade regula-se pela lei da data da sentença. "Os recursos não podem ser definidos senão pela lei em vigor no dia do julgamento."[366] Mais precisamente pela lei da data da publicação do julgado, já que é pela publicação que o decisório se integra ao processo e se torna suscetível de impugnação por recurso.

Duas consequências do princípio: *a*) se a lei nova concedeu recurso que não

cabia no Código revogado, a decisão permanece irrecorrível; *b*) se houve no Código novo supressão de recurso admissível pelo sistema revogado, continua interponível o recurso, desde, é claro, que o prazo para impugnação não tenha se esgotado antes da vigência da nova lei.[367]

2º – O processamento e julgamento dos recursos substituídos ou extintos deverão se concretizar sob a égide da lei da data da sentença. Ex.: o recurso de revista, hoje extinto, mas ainda pendente, será julgado de acordo com o Código de 1939. O agravo de petição, ora substituído por apelação, continuará sendo julgado como agravo de petição.[368]

3º – O procedimento alterado para os recursos mantidos, todavia, ficará subordinado à lei nova, já que se trata de simples aplicação do princípio da imediata incidência das leis processuais.[369] Não há direito adquirido a formas processuais.[370]

4º – A competência, também, é de imediata observância. O recurso pendente perante um órgão que perdeu a respectiva competência terá que ser encaminhado àquele que se tornou competente perante o novo Código.[371]

5º – A dilatação de prazos da lei nova não se aplica aos recursos cabíveis contra as sentenças proferidas no regime do Código anterior.[372]

6º – Os efeitos do recurso regulam-se pelo Código novo. Assim, o recurso extraordinário, que agora só tem efeito devolutivo e dá lugar apenas à execução provisória, ainda que interposto na vigência do sistema anterior, atribuirá ao recorrido apenas o exercício de direitos compatíveis com a provisoriedade da decisão impugnada, devendo ser canceladas as providências tomadas em caráter definitivo com base no regime anterior.[373]

7º – A extinção do segundo grau de jurisdição (impropriamente denominado "recurso *ex officio*" no Código de 1939), nos casos de separação amigável, fez desaparecer a competência do Tribunal de 2º grau para o reexame da sentença. Incide imediatamente, impedindo o julgamento dos casos pendentes. Os processos serão simplesmente devolvidos ao juízo de primeiro grau, cuja sentença tornou-se definitiva pelo sistema do novo Código, ainda que proferida anteriormente à sua vigência.[374]

8º – O recurso adesivo não é um recurso novo, mas uma simples prorrogação do prazo de recorrer na hipótese de sucumbência recíproca (art. 500). Como as dilatações de prazo não se aplicam às sentenças publicadas no regime da lei anterior, impõe-se a conclusão da inadmissibilidade do "recurso adesivo" às decisões proferidas no regime do Código de 1939.[375]

1 REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1959, v. III, n. 876.

2 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1973, v. III, n. 694, p. 103.

3 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, n. 135, pp. 232-233.

4 No sistema do Código de Processo Civil há pelo menos quatro casos em que o juiz de 1º grau tem a faculdade de retratar seu decisório, em razão de recurso: a) o agravo, retido ou de instrumento (arts. 523, § 2º, e 529); b) a apelação contra o ato de indeferimento da petição inicial (art. 296); e c) os embargos de declaração, com efeito inovativo (art. 535); d) a apelação contra a decretação liminar de improcedência da demanda, nos casos de ações seriadas (art. 285-A, § 1º). Fora do CPC, há regime recursal específico no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.06.1990), onde se assegura o juízo de retratação de forma ampla, ou seja, em todos os recursos (apelação e agravo), no prazo de cinco dias, antes pois de se determinar a subida dos autos (ECA, art. 198, VII).

5 REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Op. cit*., III, n. 877.

6 REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Op. cit., loc. cit*.

7 BETTI, Emílio. *Diritto Processuale Civile Italiano*. 2. ed., Roma: Società editrice del "Foro Romano", 1936, p. 638.

8 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*., n. 137, p. 236, com apoio em CARNELITTI, ZANZUCCHI, ROCCO, Ugo etc.

9 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1. ed., v. IV, n. 868, p. 20.

10 O texto primitivo do art. 504 falava em "despacho de mero expediente". A Lei nº 11.276, de 07.02.2006, o alterou, e a inovação consistiu em eliminar o qualificativo "de mero expediente" aplicado ao ato judicial do despacho. De fato, o art. 162, que classifica os atos do juiz, prevê *sentença, decisão interlocutória* e *despacho*, não empregando qualificativo algum para este último. O art. 504, ao cuidar do sistema recursal, é que utilizou desnecessariamente a denominação "despacho de mero expediente", dando a falsa impressão de existir outro despacho que não fosse de "mero expediente". É claro, porém, que, se o despacho, na definição do art. 162, § 3º, é o ato do juiz que não configura nem sentença nem decisão interlocutória, somente poderia ser o ato de impulso processual, sem conter decisão de pontos controvertidos ("questões"). Se há solução de questões, ou se terá sentença ou decisão interlocutória (art. 162, §§ 1º e 2º). A reforma do art. 504 foi, como se vê, puramente literal e, em nada, afetou o § 3º do art. 162.

11 As causas de alçada e o sistema de embargos infringentes em primeiro grau de jurisdição foram restaurados pelas Leis nºs 6.825 e 6.830, ambas de 1980, e que versam sobre causas de competência da Justiça Federal e execuções fiscais, respectivamente. Para as primeiras, o limite é de cem ORTN, e para as últimas, é de cinquenta ORTN, de sorte que estando o valor da causa compreendido dentro desses tetos, não cabe recurso algum para a instância superior, nem mesmo o recurso *ex officio*, devendo a causa ser inteiramente julgada em instância única, pelo juiz de primeiro grau de jurisdição. Os embargos infringentes das causas da alçada da Justiça Federal foram extintos pela Lei nº 8.197, de 27.06.91. Prevalecem em primeiro grau, portanto, apenas nas execuções fiscais (Lei nº 6.830, art. 34). Quanto ao valor da causa, o STJ, para atualizá-lo, fixou a seguinte equivalência a ser observada na data de extinção da UFIR (jan./2001): "50 ORTN= 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R$ 328,27 a partir de janeiro/2001". Daí em diante a correção deverá utilizar "o índice substitutivo utilizado para a atualização monetária dos créditos do contribuinte com a Fazenda", isto é, "o IPCA-E, divulgado pelo IBGE (Res. nº 242/2001-CJF)" (STJ, 1ª Seção, REsp nº 1.168.625-MG repetitivo, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 09.06.2010, *DJe* 01.07.2010). Também no processo trabalhista as causas de pequeno valor (até 2 vezes o salário mínimo) são insuscetíveis de recurso para a segunda instância (Lei nº 5.584/1970, art.

2º, § 4º, com a redação dada pela Lei nº 7.402/1985).

12 Com a Lei nº 9.139, de 30.11.95, a nomenclatura alterou-se: o gênero passou a ser *agravo* e as espécies, *agravo de instrumento* e *agravo retido*.

13 O tratamento separado para os embargos de declaração contra sentença, previsto nos arts. 464 e 465, extinguiu-se com a Lei nº 8.950, de 13.12.1994, que revogou aludidos dispositivos do Código. Hoje, a disciplina dos embargos de declaração, seja no caso de recurso contra acórdão, seja contra sentença, é uma só (arts. 535 a 538).

14 A Constituição Federal de 1988 instituiu o recurso especial, que absorveu uma parte da matéria antes cabível no recurso extraordinário (art. 105, inciso III).

15 Com a Lei nº 9.139, de 30.11.95, o relator passou a ter poderes para negar seguimento a qualquer recurso, nas hipóteses que menciona, e não mais apenas ao agravo de instrumento. Da decisão do relator, na espécie, caberá agravo, em cinco dias, para o órgão colegiado competente.

16 STF, Pleno, Rp. 1.092/DF, Rel. Min. Djaci Falcão, ac. 31.10.1984, *RTJ* 112/504.

17 STF, Pleno, ADI nº 2.212/CE, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. por maioria de 02.10.2003, *RTJ* 190/122.

18 STF, *RTJ* 190/122, *cit*.

19 STJ, 1ª Seção, REsp. 863.055/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 27.02.2008.

20 STF, Pleno, RE 405.031/AL, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. un. de 15.10.2008, *Rev. Dialética de Direito Processual*, v. 76, p. 170, jul. 2009.

21 Embora às vezes se atribua à correção parcial a denominação reclamação, não se pode confundi-la com a verdadeira reclamação, de natureza constitucional, instituída para preservar a competência do STJ e do STF e para garantir a autoridade de suas decisões (ver, *retro*, itens 525-A e, *infra*, 576-g).

22 TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual-Processo Civil de Conhecimento-II*. 11.ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1976, p. 343.

23 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*., v. V, n. 267, pp. 485-488.

24 TUCCI, Rogério Lauria, *Op. cit*., p. 346.

25 A rigor, só não há cassação, nem substituição, se não for conhecido o recurso, já que então fica intacta a decisão original (cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 128 e segs.).

26 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed., v. V, n. 138, p. 237.

27 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. IV, p. 210, *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*., p. 240. Embora a dualidade de jurisdição esteja entrevista no sistema constitucional, sua presença não assume o rigor de um princípio rígido, tanto que na própria Carta Magna estão previstos vários casos de competência originária de tribunais superiores, sem previsão de recurso ordinário. “Diante do disposto no inciso II do art. 102 da Carta Política da República, no que revela cabível o extraordinário contra decisão de última ou única instância, o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional” (STF, AgRg. em RE 216.257-4/SP, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 15.09.98, *DJU* de 11.12.98, p. 7). “Não há, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. Prevalência da Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais” (STF, 2ª T., AI nº 513.044 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, ac. 22.02.2005, *DJU* 08.04.2005). No entanto, em matéria de processo penal o STF já decidiu que: “Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação Código de Processo Penal. VI – A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior” (STF, 1ª T., HC nº 88.420, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ac. 17.04.2007, *DJe* 08.06.2007).

28 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1973, v. III, n. 696.

29 O argumento de que o duplo grau não seria princípio constitucional absoluto, porquanto a própria constituição prevê causas de competência originária dos tribunais decididos em instância única, não elide a obrigatoriedade da dualidade a ser observada nos processos que se iniciam ordinariamente no primeiro grau de jurisdição. É que, nos processos de competência privativa dos tribunais, o julgamento final é sempre coletivo, de maneira que o controle e policiamento da observância da justa composição da lide se dá no interior do próprio mecanismo de formação do provimento. Eventuais desvios e omissões são, por outro lado, facilmente contornados ou superados, em regra, por meio dos simples embargos de declaração. Ademais, não se pode afirmar que a parte, no processo de competência originária de tribunal, seja submetida a julgamento único, já que, votando separadamente cada um dos membros do colegiado, a causa acaba sendo apreciada e decidida várias e sucessivas vezes. Por isso é que, nesse tipo de julgamento, não se pode entrever uma violação à ideia justificadora da garantia ordinária do duplo grau de jurisdição.

30 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., IV, n. 697. A circunstância de tratar-se de sentença homologatória de transação não impede que se configure a situação de sucumbência para legitimar o recurso de um dos signatários do próprio acordo. Assim, depois do ajuste, pode surgir controvérsia a respeito de sua legitimidade ou validade, levando uma das partes a divergir da sentença que o homologou indevidamente. Não é a simples denúncia unilateral do acordo, nem a alegação de vícios de consentimento, que pode autorizar a cassação da sentença homologatória. Mas casos ocorrem em que a parte pode perfeitamente obter êxito no ataque à sentença homologatória, pela via recursal, como, por exemplo: acordo mal redigido e impreciso; existência de cláusula nula ou injurídica; incidência do acordo sobre direito indisponível; ilicitude da avença; incapacidade da parte; falta de poderes do representante da parte; ilegitimidade de parte para o acordo etc.

31 TRF, 6ª T., Ag. 57.702/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 26.10.1988, *Boletim do TRF* 160/21. “Os embargos declaratórios não têm caráter substitutivo da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório” (STJ, 1ª Seção, EREsp. nº 234.600/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 28.04.2004, *DJU* 10.05.2004, p. 159).

32 “Havendo litisconsórcio ativo, fundado em comunhão de interesse, o recurso de um litisconsorte aproveita aos demais, ainda que não recorram” (TJPR, Apel. 18/58, Rel. Des. James Macedo, *in Revista Forense*, 194/276). STJ, REsp. 91.517/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 10.09.96, *in DJU* de 21.10.96, p. 40.209. “Apenas na hipótese de litisconsórcio unitário, ou seja, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, quando o julgamento haja de ter, forçosamente, igual teor para todos os litisconsortes, mostra-se aplicável a norma de extensão da decisão, prevista no art. 509, *caput*, do Código de Processo Civil (RMS nº 15.354/SC, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 01.07.2005)” (STJ, 1ª T., REsp. nº 827.935/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 15.05.2008, *DJe* 27.08.2008).

33 STF, 2ª T., RE nº 74.168 Rel. Min. Antonio Neder, ac. 28.05.1973, *DJU* 27.10.1973, p 7.379; STJ, REsp. nº 72.708/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 13.12.95, *in RSTJ* 83/71; STJ, REsp. nº 20.729-4/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, ac. 09.11.94, *in RSTJ* 69/247. “No direito brasileiro, o recurso é admitido contra o dispositivo, não contra a motivação” (STJ, 3ª T., REsp. nº 623.854/MT, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 19.04.2005, *DJU* 06.06.2005, p. 321).

34 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 75. No mesmo sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. III, p. 52.

35 DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso cit*. p. 53; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. V, p. 302.

36 ANDRADE, Luís Antônio de. *Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: F.

Alves, 1974, n. 276. “Para que fique caracterizado o direito de terceiro recorrer, é mister sejam demonstrados, desde logo, a legitimidade de seu direito e a prova do prejuízo” (TJMG, Ag. 10.980, *in Revista Forense*, 227/196). “Assim, se o interesse de recorrer advém de um mero prejuízo de fato, a intervenção não se justifica e deve ser rechaçada. Só o prejuízo jurídico legitima o recurso” (TJSP, Ag. 252.633-2, Rel. Des. Leite Cintra, ac. 23.11.94, *in JTJSP* 162/209). No mesmo sentido: STJ, REsp. 19.802-0/MS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 05.05.92, *in DJU* de 25.05.92, p. 7.397; STJ, 6ª T., AgRg no REsp. nº 782.360/RJ, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, ac. 17.11.2009, *DJe* 07.12.2009.

37 LIEBMAN, Enrico Tullio, nota a CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. III, 3. ed., n. 408, p. 285.

38 STJ – 3ª T., REsp 1.140.511/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 01.12.2011, *Rev. Dialética de Direito Processual*. V. 110, p. 148.

39 “Nos termos da Súmula nº 99 deste Superior Tribunal de Justiça, o ‘Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte’” (STJ, 2ª T., REsp. nº 434.535/SC, Rel. Min. Franciulli Netto, ac. 16.12.2004, *DJU* 02.05.2005, p. 263).

40 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*., n. 165, pp. 295-297.

41 Antes, o art. 506, III, falava em publicação da *súmula* do acórdão; depois da inovação da Lei nº 11.276, de 07.02.2006, passou-se a falar em publicação do *dispositivo* do acórdão como marco inicial do prazo para interposição de recurso. As sentenças (bem como os acórdãos) compõem-se de elementos essenciais, que segundo o art. 458 são o relatório, os fundamentos de fato e de direito e o dispositivo. Este último é, dentro da lógica silogística, a conclusão a que chega o órgão judicial, para resolver, em face da ordem jurídica, as questões que as partes lhe submeteram (art. 458, inc. III). É a resposta com que se acolhe ou rejeita o pedido (mérito) ou se põe fim ao recurso ou à ação por falta de pressuposto processual ou condição de ação. É o fecho do silogismo iniciado com o relatório e desenvolvido com a motivação, no qual, *v.g*., se declara procedente o pedido, ou se dá (ou nega) provimento ao recurso. É essa conclusão que se haverá de divulgar na imprensa oficial. Não é o julgamento inteiro, nem uma síntese da exposição e argumentos do acórdão, mas apenas o seu dispositivo ou conclusão.

42 “O prazo para recorrer começa a fluir com a publicação do acórdão e não com a mera notícia do julgamento (RE 86.936 – RTJ 88/1.012)” (STF, RE 194.090-5-EDcl., Rel. Min. Ilmar Galvão, ac. 12.11.96, *in DJU* de 11.02.97, p. 1.350). “A contagem do prazo recursal se inicia com a publicação do *decisum* no órgão oficial, e não da ciência do patrono em cartório, a teor do artigo 506, inciso III, do Código de Processo Civil” (STJ, 6ª T., AgRg no Ag nº 1.176.009/RJ, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, ac. 29.09.2009, *DJe* 26.10.2009). “A circunstância da ata de sessão de julgamento ser publicada após a divulgação do acórdão embargado não tem o condão de alterar o termo inicial da contagem do prazo recursal” (STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp. nº 604.140/RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, ac. 23.11.2006, *DJU* 18.12.2006, p. 277).

43 “Contra réu revel correm todos os prazos, independentemente de intimação, computando-se o prazo de recurso a partir da audiência de publicação da sentença” (TJMG, Apel. 22.871, Rel. Des. Natal Campos, *in Jurisprudência Mineira*, 41/52). Se não houver publicação em audiência, o prazo fluirá da publicação nos autos feita pelo escrivão, mediante o termo de juntada ou de documentação da deliberação judicial.

44 STJ, REsp. 31.914-0/SP, Rel. Min. Assis Toledo, ac. 24.03.93, *in DJU* de 19.04.93, p. 6.688; STJ, 1ª T., REsp. nº 876.226/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 25.03.2008, *DJe* 14.04.2008.

45 “O prazo para o revel recorrer da sentença se inicia com a sua publicação em cartório, e não a partir de sua publicação na imprensa oficial” (STJ, Corte Especial, ED no REsp. 318.242, Rel. Min. Franciulli Netto, ac. 17.11.2004, *DJU* 27.06.2005, p. 204).

46 *Op. cit*., n. 281.

47 TJMG, Apel. 16.035, Rel. Des. Cunha Peixoto, *in Jurisprudência Mineira*, 24/56; TJMG, Rev. 686,

Rel. Des. Lauro Fontoura, *in Jurisprudência Mineira*, 31/268; TJMG, Apel. 5.530, Rel. Des. Santos Coura, *in Jurisprudência Mineira*, 44/571; TJSP, Ap. 278.488-1, Rel. Des. Guimarães e Souza, ac. 04.03.97, *in JTJ* 196/150; STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 10.491/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 10.06.1991, *DJU* 01.07.1991, p. 9.198.

48 "Não ofende ao art. 465 do Código de Processo Civil o acórdão que deixa de conhecer de apelação interposta antes de concluído o julgamento da causa, se após a rejeição de embargos declaratórios não é reiterada a sua interposição, a significar renúncia tácita do recurso" (STJ, 3ª T., REsp. 9629/SP, Rel. Min. Dias Trindade, ac. 14.05.91, *DJU* de 17.06.91, p. 8.208). "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação (Súmula nº 418/STJ)" (STJ, 1ª T., REsp. nº 903.189/DF, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 16.12.2010, *DJe* 23.02.2011).

49 "A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais)" (STF, Pleno, Emb. Div. na ADIn 2.075-7/RJ, *DJU* de 27.06.2003, *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 6, p. 131). No mesmo sentido: STJ, 6ª T., REsp. 210.522/MS-EDcl., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 23.10.2001, *DJU* de 25.02.2002, p. 456; STJ, 1ª T., AI 242.107/DF-AgRg., Rel. Min. José Delgado, ac. 25.04.2000, *DJU* de 22.05.2000, p. 83; STJ, 5ª T., AgRg no Ag nº 1.387.519/SP, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, ac. 13.09.2011, *DJe* 28.09.2011.

50 STJ, 3ª T., REsp. 2.915/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 28.06.1990, *RSTJ* 24/317; *RT* 661/192; TJSP, 2ª C. Dir. Privado, Ap. 17.791-4, Rel. Des. Cezar Peluso, ac. 03.02.1998, *JTJ* 212/156; STJ, 4ª T., REsp. 84.079/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 10.03.1998, *DJU* de 25.05.1998, p. 120;STJ, 2ª T., REsp. nº 249.895/SC, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, ac. 08.04.2003, *DJU* 26.05.2003, p. 295.

51 STF, 2ª T., RE 98.561/PR, Rel. Min. Djaci Falcão, ac. 20.05.1986, *DJU* de 31.10.1986, p. 20.922; STF, 2ª T., AI nº 204.517 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 21.11.2006, *DJU* 02.02.2007, p. 118.

52 STJ, 2ª T., REsp. 262.316/PR-AgRg-EDcl.-AgRg., Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, ac. 10.09.2002, *DJU* de 07.10.2002, p. 213.

53 "São tempestivos os embargos de divergência protocolizados em data anterior à publicação do acórdão embargado. Entendimento consagrado pela Corte Especial quando do julgamento do Ag. EREsp. nº 492461/MG" (STJ, 1ª Seção, EDcl. nos EREsp. 572.905/SC, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, ac. 13.04.2005, *DJU* de 23.05.2005, p. 140).

54 STJ, Corte Especial, Emb. Div. em Ag. 522.249/RS, Rel. Min. José Delgado, ac. 02.02.2005, *DJU* de 04.04.2005, p. 157.

55 "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem advertido que a simples notícia do julgamento, além de não dar início à fluência do prazo recursal, também não legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta de objeto" (STF, 2ª T., AI 653.882 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 03.06.2008, *DJe* 15.08.2008. No mesmo sentido: STF, 1ª T., AgRg no AI 470.230-6/MG, ac. 21.09.2004 – Rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJU* 03.12.2004 – RT 835/159; STF, 1ª T., AgRg no RE 430.697-2/BA, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, ac. 1.02.2005, *DJU* 1.04.2005 – RT 837/145).

56 Inicialmente, a flexibilização se deu em relação às decisões monocráticas ocorridas na tramitação do processo no STF: O recurso antes havido como "prematuro" passou a ser admitido, já que, *in casu*, as partes têm acesso ao teor da decisão monocrática, nos próprios autos, "antes da respectiva publicação" (STF, Pleno, ACOr 1.133 – AgRg-AgRg, Rel. Min. Carlos Britto, ac. 16.06.2005, *DJU* 17.03.2006, p. 6). Posteriormente, a tese foi ampliada para outras decisões, inclusive as coletivas, em nome da fase instrumentalista atingida pelo moderno Direito Processual: "Embargos de declaração. Recurso interposto antes da publicação do acórdão. Conhecimento. Instrumentalismo processual. Preclusão que não pode prejudicar a parte que contribuiu para a celeridade do processo. Boa-fé exigida do Estado-Juiz. Doutrina. Recente jurisprudência do plenário" (STF, 1ª T., *HC* 101.132 – ED/MA. Rel. Min. Luiz

Fux, ac. 24.04.2012, *DJE* 22.05.2012)

57 A situação é a mesma dos embargos à execução protocolados antes da juntada do auto de penhora. "Apresentados os embargos do devedor antes da penhora, ficará o seu processamento condicionado à efetivação ou regularização daquela, adiando-se a admissibilidade dos embargos para o momento em que for seguro o juízo, atentando-se ao princípio do aproveitamento certo dos atos processuais" (STJ, 2ª T., REsp. 238.132/ MG, Rel. Min. Peçanha Martins, ac. 23.10.2001, *DJU* de 18.02.2002, p. 295). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. 84.856/RS, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 10.06.1997, *DJU* de 04.08.1997, p. 34.744; STJ, 3ª T., REsp. nº 255.080/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 25.05.2000, *DJU* 14.08.2000.

58 A tese da intempestividade do recurso interposto antes da intimação não leva em conta "que o prazo recursal também se inicia com a ciência inequívoca da decisão pelo advogado. Assim, neste caso, se o advogado aguardar a publicação da decisão para interpor o recurso, este pode ser considerado intempestivo; mas, se apresentar o recurso, o mesmo pode não ser conhecido, por ainda não ter sido publicada a decisão" (NEGRÃO, Theotônio *et al. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 35. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 310, nota 2-a ao art. 241). No mesmo sentido: MACHADO, Hugo de Brito. "Extemporaneidade de recurso prematuro. *Revista de Direito Processual*, v. 8, pp. 63-64, nov. 2003.

59 STJ, Corte Especial, REsp. 776.265/SC, Rel. p/acórdão Min. César Asfor Rocha, ac. 18.04.2007, *DJU* 06.08.2007, p. 445.

60 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 141.

61 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit., loc. cit.* O mesmo autor ensinou que "a despeito da inexistência de regra expressa, deve entender-se aproveitável, em princípio, e processar-se como o cabível, o recurso impropriamente interposto no lugar deste" (O *Novo Processo Civil Brasileiro*, 1976, v. I, p. 181). As decisões judiciais, porém, têm considerado erro grosseiro a interposição de um recurso por outro, diante da expressa previsão legal do meio impugnativo da decisão. E, por isso, não se tem tomado conhecimento de agravos interpostos em casos de cabimento de apelação (cf. TJMG, Ag. 13.885, ac. 17.04.75, *in D. Jud. MG*, de 31.05.75; Apel. 39.709, ac. 22.04.74, *in D. Jud. MG*, de 24.08.74; TJSC, Ag. 665, ac. 16.05.74, *in Revista Forense* 246/386); STJ, RMS 7.823/RS, Rel. Min. Adhemar Maciel, ac. 19.02.98, *in RSTJ* 109/77; STJ, REsp. 155.875/PE, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 17.02.98, *in DJU* de 04.05.98, p. 186; STJ, 2ª T., AgRg. no Ag. 533.154/RS, Rel. Min. João Otávio Noronha, ac. 05.10.2004, *DJU* de 22.11.2004, p. 307; STJ, 2ª T., PET no REsp. nº 1.230.072/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 09.08.2011, *DJe* 17.08.2011).

62 "Assim, recurso incabível é aquele incorretamente interposto à luz da decisão recorrida" (STJ, 1ª T., REsp 1.178.060/MG, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 19.10.2010, *DJe* 17.11.2010.

63 A jurisprudência evoluiu e hoje é predominante, até mesmo no STF, no sentido de que prevalece no sistema do Código atual, mesmo sem texto expresso, o princípio da fungibilidade dos recursos, desde que não tenha ocorrido *preclusão* (por esgotamento do prazo do recurso certo), nem seja *grosseiro* o erro cometido na escolha da via recursal inadequada; STJ, REsp. 48.686-6/MG, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 21.06.94, *in DJU* de 24.10.94, p. 28.756; STJ, Emb. Div. em REsp. 51.710-7/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 24.04.96, *in RSTJ* 94/155. Porém, "não incide o princípio da fungibilidade em caso de ausência de qualquer dos requisitos a que se subordina, quais sejam: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível; b) inexistência de erro grosseiro; c) que o recurso inadequado tenha sido interposto no prazo do que deveria ter sido apresentado" (STJ, 2ª T., AgRg no AgRg no Ag nº 1.364.118/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 05.04.2011, *DJe* 13.04.2011).

64 "Os princípios são, normalmente, regras de ordem geral, que muitas vezes decorrem do próprio sistema jurídico e não necessitam estar previstos expressamente em normas legais, para que lhes empreste validade e eficácia" (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4. ed., São Paulo: RT, 1997, p. 109).

65 O erro grosseiro, que impede a fungibilidade, é o que atrita com a literalidade da lei. O erro capaz de justificar a acolhida de um recurso por outro é o que decorre de uma *dúvida objetiva*, ou seja, a que provém de imprecisão dos termos da própria lei ou de controvérsia travada na doutrina ou jurisprudência acerca do recurso correspondente a determinado ato judicial. Fora daí, o erro é imperdoável e o princípio da *adequação do recurso* deve prevalecer em toda linha.

66 STJ, Corte Especial, MS nº 13.454/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 19.11.2008, *DJe* 09.02.2009; STJ, 1ª Seção, EDcl na RCDESP nos EAg nº 1.193.220/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 13.10.2010, *DJe* 20.10.2010; STJ, 2ª Seção, EDcl no CC nº 103.755/RJ, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, ac. 26.08.2009, *DJe* 01.09.2009.

67 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 174-177; REDONDO, Bruno Garcia. Fungibilidade recursal: revisitando seu requisito, *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 100, p. 13; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. Notas a respeito do aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos-direito brasileiro, *Revista de Processo*, v. 48, p. 7-26.

68 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais* – teoria geral dos recursos. 4. ed., São Paulo: RT, 1997, n. 2.1, p. 138-140; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1986, p. 51; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 117.

69 STJ, Corte Especial, AgRg no RO nos EDcl no AgRg no MS nº 10.652/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 12.04.2010, *DJe* 03.05.2010. Ma mesma linha decidiram: STJ, 1ª T. (EDcl no REsp nº 1.106.143/ MG, *DJe* 26.03.2010), 2ª T. (AgRg no REsp nº 599.458/RS, *DJe* 11.11.2009), 3ª T. (AgRg no REsp nº 1.067.946/RN, *DJe* 07.12.2010) e 4ª T. (REsp nº 1.035.169/BA, *DJe* 08.02.2010).

70 STJ, 2ª T., AgRg no REsp. nº 1.207.631/SC, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 09.11.2010, *DJe* 17.11.2010.

71 O preparo dos embargos infringentes, antes determinado pelo Código (art. 533), após a Lei nº 8.950/94, somente será exigido se a lei local o prever, segundo a regra geral do art. 511 do mesmo Código, também inovado pela referida Lei. A situação permanece a mesma após a Lei nº 10.352/01, que deu nova redação ao art. 533, sem formular exigência de preparo para os embargos infringentes.

72 Súmula 483 do STJ: O INSS não está obrigado a efetuar depósito prévio do preparo por gozar das prerrogativas e privilégios da Fazenda Pública.

73 O regime do art. 511 foi afastado das ações da Justiça Federal pela Lei nº 9.289/96, art. 14, II.

74 "A comprovação do preparo deve ser feita no ato de interposição do recurso, conforme determina o art. 511 do Código de Processo Civil – CPC, sob pena de preclusão, não se afigurando possível comprovação posterior, ainda que o pagamento das custas tenha ocorrido dentro do prazo recursal" (STJ, 2ª T., REsp. 655.418/PR, Rel. Min. Castro Meira, ac. 03.02.2005, *DJU* de 30.05.2005, p. 308).

75 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed., v. III, nº 606; TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual*-Processo Civil de Conhecimento-II. 1.ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1976, p. 221; STF, RE 68.710, Rel. Min. Amaral Santos, *in RTJ*, 56/112; STJ, EDcl. no RMS 909/PI, Rel. Min. Adhemar Maciel, ac. 21.10.96, *in RSTJ* 94/93; STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 1.241.594/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 21.06.2011, *DJe* 27.06.2011.

76 Sobre a importância da motivação dos recursos, dentro da garantia do contraditório e ampla defesa, v., *retro*, o nº 24.

77 TJMG, Agr. 11.964, Rel. Des. Helvécio Rosenburg, *in Jurisprudência Mineira*, 47/245 STJ, 1ª T., Resp. nº 1.065.412/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 10.11.2009, *DJe* 14.12.2009; STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 1.239.016/ MG, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 15.06.2010, *DJe* 29.06.2010.

78 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., p. 35; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de*

Processo Civil. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, n. 157, p. 283; NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. 4. ed., São Paulo: RT, 1997, n. 3.5.2.1, p. 379; PINTO, Nelson Luiz. Manual dos Recursos Cíveis. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, n. 7.3, p. 163.

79 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 165.

80 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 165.

81 No sentido do texto são, entre outras, as lições de Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. VII, pp. 84 e 87), de NERY JÚNIOR, Nelson (*Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed., São Paulo: RT, 2004, pp. 414-415 e 423) e FERREIRA FILHO, Manoel Caetano (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, v. 7, p. 63).

82 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 182.

83 FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil. Cit.*, v. 7, p. 63.

84 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 186, p. 343.

85 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 188.

86 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939), v. XI, p. 108. A aceitação tanto pode ser anterior como posterior à interposição do recurso. Se ocorre antes, impede o seu processamento, acarretando-lhe o indeferimento; se ocorre após sua interposição, impede o seu conhecimento pelo Tribunal. O TJMG considerou como aceitação tácita da sentença a transação feita entre as partes a respeito do cumprimento da condenação, o que foi havido como causa de extinção do recurso pendente (Apel. nº 49.150, Rel. Des. Humberto Theodoro). Para o STJ, a "efetivação do depósito, sem ressalva, quando intimada da homologação do cálculo, caracteriza a aceitação tácita do resultado da decisão", implicando "a renúncia do direito de recorrer" (STJ, REsp. 1.931/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 13.03.90, *in RSTJ* 15/329). Nesse sentido: STJ, 4ª T., Resp. nº 708.188/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 04.08.2009, *DJe* 02.09.2009.

87 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 189.

88 A jurisprudência do STJ tem sido liberal na interpretação da sucumbência recíproca de que fala o art. 500 do CPC, de maneira a admitir uma aplicação teleológica da norma, evitando inteligências restritivas incompatíveis com a celeridade e economia perseguidas na solução dos litígios. Assim, "julgadas extintas a ação e a reconvenção, por ausência de condição da ação, não descaracteriza a sucumbência recíproca apta a propiciar o manejo do recurso adesivo, pois [a] 'sucumbência recíproca' há de caracterizar-se à luz do teor do julgamento considerado em seu conjunto; não exclui a incidência do art. 500 o fato de haver cada uma das partes obtido vitória total neste ou naquele capítulo" (STJ, 4ª T., REsp 1.109.249/ RJ, Rel. Min Luis Felipe Salomão, ac. 07.03.2013, *DJe* 19.03.2013).

89 ANDRADE, Luís Antônio de. Aspectos e inovações do Código de Processo Civil. 1. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1974, n. 298.

90 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 173.

91 ARAGÃO, Paulo César. *Do Recurso Adesivo no Processo Civil Brasileiro*, n. 54.

92 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 179.

93 "O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário" (STJ, *Súmula* 253).

94 A regra não se aplica quando a questão tratada no recurso envolver matéria controvertida na doutrina ou na jurisprudência. "Havendo dúvida, o relator não poderá indeferir o recurso nem julgá-lo improcedente, devendo remetê-lo ao julgamento do órgão colegiado" (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 6. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 930).

95 Segundo entendimento adotado pelo STJ, o julgamento singular do relator autorizado pelo art. 557, § 1º-A, do CPC, só tem cabimento quando não há necessidade de "revalorização da prova" no julgamento de segunda instância (STJ, 3ª T., REsp 1.261.902/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 16.08.2012, *DJe*

22.08.2012).

96 STF, 2ª T., RE 222.285 no AgRg/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, ac. 26.02.2002, *DJU* 22.03.2002, *RTJ*, 181/1.133; STF 1ª T., AI 159.892 – AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 24.04.1994, *DJU* 28.04.1995.

97 Min. Celso de Mello, decisão de 16.12.2010 no HC 102.147/GO, *DJe* 03.02.2011.

98 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Do agravo regimental. *Revista dos Tribunais*, 315/130; FAGUNDES, Seabra. *Dos Recursos Ordinários em Matéria Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 372; TALAMINI, Eduardo. "Decisões Individualmente Proferidas por Integrantes dos Tribunais: Legitimidade e Controle – Agravo Interno", *Informativo Incijur*, n. 25, ago./2001, p. 9.

99 MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Do Agravo Regimental, *RT* 315/130. O agravo regimental, *in casu*,é "um meio de promover a integração da vontade do colegiado que o relator representa" (STF, 1ª T., AI-AgRg. 247.591/RS, Rel. Min. Moreira Alves, ac. 14.03.2000, *DJU* de 23.02.2001, p. 84).

100 STF, Pleno, Repres. nº 1.299/GO, Rel. Min. Célio Borja, ac. 21.08.56, *RTJ* 119/980; STF, 1ª T., RE 85.201/ MT, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, ac. 06.05.77, de *RTJ* 83/240; STF, 1ª T., RE 112.405/GO, Rel. Min. Oscar Corrêa, ac. 24.03.1987, *RTJ* 121/373. No mesmo sentido: STJ, Corte, AgRg., no MS 1.622-0/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 09.04.92, *RSTJ* 40/202; STJ, Rel. 316/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* de 18.03.96, p. 7.497; STJ, Ag. no MS 4.464/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, *DJU* de 01.02.97, p. 62.657; STJ, RMS 7.542/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* de 10.11.97, p. 57.766; STF, Tribunal Pleno, MS nº 28.097 AgR, Rel. Min. Celso De Mello, ac. 11.05.2011, *DJe* 30.06.2011.

101 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual* (*sétima série*). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 76.

102 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, v. III, n. 708.

103 TAMG, Apel. 5.893, Rel. Juiz Amado Henrique, *in D. Jud. MG*, de 10.12.74. As causas de alçada, em lei posterior ao Código de 1973, foram restabelecidas nas execuções fiscais de valor até 50 ORTN e nas ações de competência da Justiça Federal de valor até 100 ORTN (Leis nºs 6.830 e 6.825, de 1980). Com o advento da Lei nº 8.197, de 1991, que revogou a Lei nº 6.825, as causas de alçada ficaram restritas às execuções fiscais. De acordo com o art. 34 da Lei nº 6.830/80, só se admite, contra a sentença proferida na execução fiscal, o recurso de embargos infringentes, que deve ser julgado pelo próprio juiz de primeiro grau. Quanto ao valor da causa, as 50 ORTN's, em face da extinção do respectivo indexador, devem ser "convertidas, sucessivamente, em OTN's, em BTN's e em UFIR's" (STJ, REsp. 85.541/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 18.06.98, *in DJU* de 03.08.98, p. 175). Dessa maneira: "50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos) a partir de janeiro/2001, quando foi extinta a UFIR e desindexada a economia" (STJ, 2ª T., REsp. nº 607.930/DF, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, ac. 06.04.2004, *DJU* 17.05.2004, p. 206; STJ, 1ª Seção, REsp. nº 1.168.625/ MG, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 09.06.2010, *DJe* 01.07.2010).

104 STJ, 3ª T., REsp. 66.674/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 28.11.1995, *in DJU* de 29.04.1996, p. 13.415; STJ, 4ª T., REsp. nº 323.405/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 11.09.2001, *DJU* 04.02.2002, p. 386.

105 TJMG, Agr. 11.964, Rel. Des. Helvécio Rosenburg, *in Jurisprudência Mineira*, 47/245; TJSP, Ap. 16.980-0, Rel. Des. Nigro Conceição, ac. 04.08.94, *in JTJ* 166/137; STJ, 1ª T., REsp. nº 1.065.412/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 10.11.2009, *DJe* 14.12.2009.

106 STF, RE 68.710, Rel. Min. Amaral Santos, *in RTJ*, 56/112; STJ, REsp. 62.466-5/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 28.08.95, *in DJU* de 09.10.95, p. 33.553; STJ, 1ª T., REsp. nº 1.065.412/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 10.11.2009, *DJe* 14.12.2009.

107 STJ, REsp. 71.813/RJ, Rel. Min. Costa Leite, ac. 14.11.95, *in RSTJ* 83/190. A jurisprudência atual adota posição mais liberal, entendendo que as restrições dos arts. 396 e 397 só se aplicam, a rigor aos

documentos tidos como pressupostos da causa, de sorte que quanto aos demais podem ser produzidos a qualquer tempo, desde que não haja má-fé e se respeite a regra do contraditório (STJ, 4ª T., REsp. nº 431.716/PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 22.10.2002, *DJU* 19.12.2002, p. 370; STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 785.422/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 05.04.2011, *DJe* 12.04.2011).

108 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 206. O STF decidiu que "a norma excludente da suscitação de novas questões de fato, na apelação, não impede que se juntem documentos às razões, para que os aprecie a instância recursal" (RE 75.946, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, *in RTJ*, 67/852). "A juntada de documentos com a apelação é possível, desde que respeitado o contraditório e inocorrente a má-fé, com fulcro no art. 397 do CPC" (STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 785.422/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 05.04.2011, *DJe* 12.04.2011).

109 Se o recurso se restringe a um determinado ponto, "não é lícito à Superior Instância se pronunciar sobre assunto extravagante ao âmbito do pedido de nova decisão" (TJMG, Apel. 13.444, *in D. Jud. MG*, de 27.04.60). Pela mesma razão, "não pode o tribunal pronunciar, no seu julgamento, nulidade não arguida na respectiva interposição" (STF, RE 77.360, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *in D. Jud. MG*, de 26.04.74). "A apelação transfere ao conhecimento do tribunal a matéria impugnada, nos limites dessa impugnação, salvo matérias examináveis de ofício pelo juiz" (STJ, REsp. 48.357/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 13.02.96, *in DJU* de 15.04.96, p. 11.537). No mesmo sentido: STJ, REsp. 52.991-3/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 04.10.94, *in DJU* de 14.11.94, p. 30.962; STJ, REsp. 7.143-0/ES, Rel. Min. César Rocha, ac. 16.06.93, *in DJU* de 16.08.93, p. 15.955; STJ, 2ª T., REsp. nº 761.534/PR, Rel. Min. Castro Meira, ac. 01.10.2009, *DJe* 09.10.2009.

110 Se o julgamento de primeiro grau se restringiu a questões preliminares, não pode o tribunal, por força da apelação, apreciar desde logo o mérito da causa. É que, na espécie, não houve sequer *início* do exame da questão de mérito. Julgá-la originariamente em segundo grau importaria abolir o duplo grau de jurisdição. A decisão do tribunal não poderá, pois, ir além do plano das preliminares (STF, RE 71.515, 72.352, 73.716 e Ação Resc. 1.006, *in RTJ*, 60/207, 60/828, 62/535 e 86/71. Assim também: STJ, REsp. 28.515-3/RJ, Rel. Min. Dias Trindade, ac. 03.11.92, *in DJU* de 23.11.92, p. 21.891; STJ, REsp. 34.391-8/RJ, Rel. Min. Hélio Mosimann, ac. 15.03.95 *in DJU* de 03.04.95, p. 8.122. No mesmo sentido: Barbosa Moreira, *Comentários ao Cód. Proc. Civil*, vol. V, nº 244, p. 444; Frederico Marques, *Manual de Dir. Proc. Civil*, vol. III, 1ª ed., p. 620). Esse entendimento sofreu algum abalo depois que a Lei nº 10.352 /2001 acrescentou o § 3º ao art. 515. O alcance, porém, do novo parágrafo deve ser definido em harmonia com o *caput* do artigo, onde se define o objeto da apelação, cujo conhecimento é devolvido ao tribunal. Adiante, no texto principal, essa harmonização será melhor explicada (v. item nº 543-a e segs.).

111 "Por força da amplitude e profundidade do efeito devolutivo da apelação, todas as questões suscitadas e discutidas no processo devem ser objeto de apreciação do Tribunal quando do julgamento da apelação, mesmo que o Juiz tenha acolhido apenas um dos fundamentos do pedido ou da defesa (art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC)" (STJ, 2ª T., REsp. nº 1.008.249/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 15.10.2009, *DJe* 23.10.2009).

112 Questões de ordem pública são aquelas que envolvem interesses que escapam à disponibilidade das partes, por afetarem "interesses públicos", cuja inobservância conduz, no caso do processo, a nulidades absolutas e cuja decretação independe de provocação da parte. Podendo, ou devendo ser examinadas de ofício pelo tribunal, há quem veja, a seu respeito, um efeito recursal distinto do efeito devolutivo, que, por sua vez, ficaria restrito ao pedido formulado pelo recorrente. Fala-se em efeito *translativo*. O problema, porém, é apenas terminológico. Se é efeito devolutivo o fenômeno de deslocar o conhecimento da causa, no todo ou em parte, do juízo *a quo*, para o tribunal *ad quem*, não há pecado lógico na inclusão das matérias de ordem pública no âmbito da devolução de competência operada por força do recurso. Quando muito, se poderia especificar um efeito devolutivo em sentido *estrito*, compreendendo o pedido formulado pelo recorrente e um efeito devolutivo em sentido *lato* abarcando, genericamente, a extensão do conhecimento transferido, em suas múltiplas dimensões, de modo a

compreender o suscitado pela parte e tudo o mais que a lei permite ao tribunal apreciar, em razão do conhecimento do recurso. Assim, o efeito dito translativo não seria mais do que um dos aspectos do efeito devolutivo *lato sensu*.

113 O exame dos "demais" fundamentos a que alude o art. 515, § 2º, do CPC, "independe de recurso próprio ou de pedido específico formulado em contrarrazões" (STJ, 1ª T., REsp. nº 1.201.359/AC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 05.04.2011. *DJe* 15.04.2011).

114 A nova regra tem evidente caráter de economia processual, com o fito de abreviar a solução do processo. Também o novo Código de Processo Civil francês, de 1975, contém norma de igual sentido (art. 568).

115 Quanto às questões de fato alegáveis originariamente na apelação, ou até mesmo depois de sua interposição, devem ser incluídas as autorizadas pelo art. 462 do CPC, ou seja, as relativas a fato superveniente. A regra em referência é de aplicar-se não só ao juízo de 1º grau, mas também ao tribunal (STJ, 4ª T., REsp. 12.673-0/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 01.09.1992, *RSTJ* 42/352; STJ, 3ª T., REsp. 75.003/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 26.03.1996, *RSTJ* 87/237; STJ, 4ª T., REsp. nº 500.182/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 03.09.2009, *DJe* 21.09.2009).

116 TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual*. – Processo Civil de Conhecimento-II. 1. ed. São Paulo: J. Bushastsky, 1976, p. 247.

117 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.*, n. 711.

118 Hipótese excluída pela Lei nº 11.232, de 23.12.2005, cuja vigência iniciou-se em 24.06.2006.

119 "Em ambos os casos teremos um julgamento de mérito pelo tribunal sem que o mérito houvesse sido julgado pelo juiz inferior (mérito da causa como um todo na primeira hipótese e mérito de um dos pedidos, na segunda delas)" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 175). No mesmo sentido: (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 153).

120 STJ, 1ª T., RMS 15.877, Rel. Min. Teori Zavascki, ac. 18.05.2004, *DJU* 21.06.2004, p. 163; STJ, 5ª T., RMS 17.891, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, ac. 24.08.2004, *DJU* 13.09.2004, p. 264; STJ, 2ª T., RMS 17.220, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, ac. 28.09.2004, *DJU* 13.02.2004, p. 266; STJ, 1ª T., RMS nº 20.675/RJ, Rel. Min. José Delgado, ac. 14.03.2006, *DJU* 03.04.2006, p. 225.

121 STF, 1ª T., RO em MS 24.789/DF, Rel. Min. Eros Grau, ac. 26.10.2004, *DJU* 26.11.2004, *RT* 834/176; STF, 1ª T., RE nº 621.473, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 23.11.2010, *DJe* 23.03.2011.

122 O STJ, todavia, tem decidido que a discussão sobre questão de fato não impede a aplicação do § 3º do art. 515, bastando que o tema já esteja esclarecido pela prova coletada (REsp. 533.980/MG, 4ª T., Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. 21.08.2003, *DJU* 13.10.2003, p. 374; REsp. 714.620, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, ac. 09.08.2005, *DJU* 12.09.2005, p. 270; *Revista Forense* 384/270); STJ, 2ªT., REsp. 894.767/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 19.08.2008, *DJe* 24.09.2008. A 5ª Turma, porém, adota orientação diversa: "A aplicação da 'teoria da causa madura', nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, pressupõe que a questão a ser apreciada pelo Tribunal de origem seja exclusivamente de direito" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp. nº 1.102.907/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 02.03.2010, *DJe* 29.03.2010. No mesmo sentido: STJ, 1ª T., REsp. nº 703.091/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 23.05.2006, *DJU* 28.06.2006, p. 243; STJ, 2ª T., AgRg no REsp. nº 1.194.849/RJ. Rel. Min. Humberto Martins, ac. 02.12.2010, *DJe* 14.12.2010; STJ, 4ª T., REsp. nº 615.012/RS, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, ac. 01.06.2010, *DJe* 08.06.2010; STJ, 2ª T., REsp. nº 930.920/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 01.06.2010, *DJe* 23.06.2010; STJ, 3ª T., AgRg no Ag 510.416/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina, ac. 04.02.2010, *DJe* 23.02.2010).

123 STJ, 4ª T., REsp. nº 1.179.450/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 15.05.2012, *DJe* 28.05.2012; *RT* 926/840. No mesmo sentido: STJ, 3ª T., AgRg no Ag 836287/DF, Rel. Min. Humberto Gomes De Barros, ac. 18.10.2007, *DJU* 31/10/2007 p. 325; STJ, 2ª T., REsp. nº 797989/SC, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 22.04.2008, *DJU* 15.05.2008, *LEXSTJ*, v. 227, p. 108 STJ; STJ, 5ª T., AgRg no Ag

878646/ SP. Rel. Min. Laurita Vaz, ac. 18.03.2010, *DJe* 12.04.2010; STJ, 1ª T., REsp. nº 1113408/SC. Rel. Min. Luiz Fux, ac. 28.09.2010, *DJe* 08.10.2010; STJ, 6ª T., AgRg nos EDcl no REsp. nº 1142225/PA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, ac. 19.06.2012, *DJe* 29.06.2012.

124 "Nós nos inclinamos a dizer que se trata de dispositivo que encerra um dever, como, aliás, são quase todos os dispositivos que dizem respeito à atividade do juiz. Tratando-se de um dever, isto significa dizer que, estando presentes os pressupostos, deve o juiz, necessariamente, por economia processual, decidir o mérito da causa" (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários, cit*., p. 97).

125 "O pedido do apelante para que o tribunal julgue o mérito da causa é requisito intransponível para que seja aplicado o novo § 3º do art. 515, sob pena de violação ao art. 2º do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente aos recursos. A incidência do princípio dispositivo, e consequentemente do efeito devolutivo, neste caso é plena e obrigatória" (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 268). DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2006, v. III, n. 4.2, p. 88.

126 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Inovações no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2002, n. 6.4, p. 85.

127 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit*., n. 6.4, p. 85.

128 CUNHA, Leonardo José Carneiro *Op. cit*., n. 6.4, p. 85.

129 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352. de 26.01.2001, Lei nº 10.358, de 27.12.2001*. São Paulo: RT, 2002, p. 60.

130 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 160.

131 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma, cit*., pp. 159-160. O STJ, porém, já decidiu que, à luz do art. 515, § 3º, do CPC, o tribunal pode, independente de requerimento da parte, analisar o mérito da causa, ou determinar a baixa dos autos para que o juiz de 1º grau o faça (REsp. 657.407, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, ac. 21.06.2005, *DJU* 05.09.2005, p. 365). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp. 836.932/RO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 06.11.2008, *DJe* 24.11.2008; STJ, 3ª T., AgRg. no Ag. 836.287/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 18.10.2007, *DJU* 31.10.2007, p. 325. No sentido de ser necessário o pedido da parte: STJ, 5ª T., REsp. 645.213/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, ac. 18.10.2005, *DJU* de 14.11.2005, p. 382; STJ, 5ª T., RMS 18.910/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 06.09.2005, *DJU* de 10.10.2005, p. 398.

132 STJ, 1ª T., REsp. 6.130-0/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. 23.08.93, p. 16.560; STJ, 2ª T., REsp. 21.008/BA, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 14.03.1996, *in DJU* de 22.04.1996, p. 12.556; STJ, 4ª T., REsp. 6.643/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 11.09.1991, *RSTJ* 26/445; STJ, 5ª T., REsp. 97.251/SP, Rel. Min. José Dantas, ac. 24.09.1996, *in DJU* de 29.10.1996, p. 41.683.

133 STJ, 3ª T., REsp. 2.306/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 19.06.1990, *in DJU* de 24.09.1990, p. 9.978; STJ, 4ª T., REsp. 141.595/PR, por maioria, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. 23.11.1999, *in DJU* de 08.05.2000, p. 95.

134 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Inovações no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2002, n. 6.4, pp. 84-85. STJ, 6ª T., REsp. nº 300.366/SC, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 11.03.2003, *DJU* 06.10.2003, p. 335.

135 Também no novo Código de Processo Civil francês, de 1975, há regra similar à do atual § 4º do art. 515 de nosso Código, conferindo ao tribunal, no caso de reconhecimento da nulidade de sentença, o poder de, em grau de apelação, conhecer do pedido e julgar a causa (NCPC, art. 562).

136 TJDF, AI 8.741/97, Rel. Des. Mário Machado, *Revista Jurídica*, v. 246/74; STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 1.217.740/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 17.06.2010, *DJe* 01.07.2010.

137 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit*., n. 6.6, pp. 89-90.

138 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro:

Forense, v. V, n. 252.

139 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, nº 258.

140 STF, RE 67.311, Rel. Min. Djaci Falcão, *in RTJ*, 52/129; STJ, REsp. nº 6.446/RJ, Rel. Min. Dias Trindade, ac. 10.12.90, *in DJU* de 18.02.91, p. 1.040; 2º TACiv.-SP, Ag. 385.383/9-00, Rel. Juiz João Batista Lopes, ac. 09.08.93, *in JTACiv.-SP* 145/254; STJ, 2ª T., REsp. nº 135.520/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, ac. 19.04.2001, *DJU* 13.08.2001, p. 85.

141 2º TACiv.-SP, M. Seg. 3.894, Rel. Juiz Marino Falcão, *in RT*, 452/151; 1º TACiv.-SP, Ap. 711.410-7, Rel. Juiz Cyro Bonilha, ac. 11.03.98, *in JTACiv.-SP* 171/90.

142 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 348, p. 636. No mesmo sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, p. 753: "Da sentença que julga ações conexas, para as quais estão previstos recursos com efeitos diferentes (para uma: só devolutiva; para outra: duplo efeito), deve ser recebida também (a apelação) com efeitos diferentes para cada capítulo. É comum o juiz julgar, na mesma sentença, ação principal e cautelar. Como o CPC, 520, V, prevê apenas o efeito devolutivo da sentença da cautelar, deve receber o recurso, nessa parte, somente no efeito devolutivo e no duplo efeito na parte que julgou a ação principal." Este entendimento também tem sido adotado pelo Superior Tribunal de Justiça: "Julgados concomitantemente a ação principal e a cautelar, interposta apelação global, ao Juiz cabe recebê-la com efeitos distintos, a correspondente medida cautelar tão somente no efeito devolutivo (art. 520, inciso IV, do CPC)" (REsp. 81.077, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 26.06.96, RF, 339/298). No mesmo sentido: STJ, REsp. 61.609-3/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 23.04.96, *in DJU* de 03.06.96, p. 19.249; STJ, 4ª T., AgRg no REsp. nº 707.365/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 27.09.2005, *DJU* 13.02.2006, p. 823.

143 A súmula a que se refere o § 1º do art. 518 não é necessariamente a de efeitos vinculantes (CF, art. 103-A). Basta a existência de súmula nos moldes comuns do STF ou do STJ.

144 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 219. O prazo de 10 dias, para preparo da apelação, foi reduzido para 5 dias, pela Lei nº 6.032/74, art. 10, nº II, nas causas de competência da Justiça Federal. As custas do preparo são somente as do recurso e não todas as vencidas no processo. Mas o recorrente está sujeito ao pagamento dos gastos de primeira e segunda instâncias, relacionados com a tramitação do recurso, segundo o regimento de custas, e não apenas os de remessa e retorno dos autos (TJMG, AI 17.207, Rel. Des. Humberto Theodoro). STJ, 2ª T., REsp. nº 1.216.685/SP, Rel. Min. Castro Meira, ac. 12.04.2011, *DJe* 27.04.2011.

145 STJ, REsp. 124.141/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 23.09.98, *in DJU* de 18.12.98, p. 361; 1º TACiv.-SP, AgI 694.661-8, Rel. Juiz Roberto Midolla, ac. 03.09.96, *in RT* 735/298; STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 981.459/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), ac. 26.04.2011, *DJe* 06.05.2011.

146 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 1995, n. 124, pp. 166-167. Nesse sentido tem decidido a 3ª Turma do STJ: "A deserção não ocorre quando, a apelação interposta no prazo, o recolhimento deu-se no dia imediatamente posterior, mas antes da consumação daquele prazo. Interpretação teleológica e sistemática do art. 511, CPC. Precedentes do STJ. Recurso conhecido e provido" (REsp. 98.692-PR, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. unân., de 28.04.1997, *DJU* de 12.08.1997, p. 36.277).

147 STJ, 3ª T., AgRg. no Ag. 94.973/MG, Rel. Min. Costa Leite, ac. 11.03.1997, *DJU* de14.04.1997, p. 12.740; STJ, 3ª T., AgRg no Ag nº 1.273.757/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 14.12.2010, *DJe* 03.02.2011.

148 "Admissível o pagamento do preparo no dia subsequente ao da interposição do recurso, quando o expediente bancário se encerra antes do forense, caso dos autos. Deserção que se afasta" (STJ, 4ª T., REsp. 605.328/MT, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, ac. 02.08.2005, *DJU* de 22.08.2005, p. 285). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. 122.664/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 17.06.1997, *DJU* de 04.08.1997, p. 34.762. Súmula 484 do STJ.

149 STJ, 2ª T., REsp. nº 200.482/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 01.04.2003, *DJU* 28.04.2003, p. 181; STJ, 3ª T., REsp. nº 1.191.059/MA, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, ac. 01.09.2011, *DJe* 09.09.2011; STF, HC 48.877, Rel. Min. Thompson Flores, *in RTJ*, 63/339. "Não constitui motivo relevante para impedir o início da fluência do prazo recursal a falha atribuída à empresa encarregada na remessa dos cortes do Diário Oficial" (STJ, REsp. 155.086/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 03.02.98, *in DJU* de 04.05.98, p. 186).

150 TJMG, Apel. 28.130, Rel. Des. Natal Campos, *in D. Jud. MG*, de 14.02.68; STJ, REsp. 34.288-4/PR, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, ac. 01.09.93, *in DJU* de 27.09.93, p. 19.826. "Não deve ser considerada intempestiva a protocolização da Apelação, no prazo legal, em Vara diversa do mesmo Foro, inexistindo má-fé ou intuito de conseguir vantagem processual" (STJ, 2ª T., AgRg no Ag nº 775.617/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 27.05.2008, *DJe* 13.03.2009).

151 STF, *Súmula* 428.

152 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V, n. 272.

153 "A exigência da forma oral para a interposição de agravo retido contra decisão interlocutória proferida em audiência limita-se à audiência de instrução e julgamento, não incidindo quanto à audiência de tentativa de conciliação" (STJ, 3ª T., REsp 1.288.033/MA, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 16.10.2012, *DJe* 19.10.2012).

154 A regra é a mesma, tanto para as audiências do procedimento ordinário, como do procedimento sumário e dos procedimentos especiais.

155 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001*. São Paulo: RT, 2002, p. 66.

156 "Agravo de Instrumento. Autenticação dos documentos. Instâncias ordinárias. Trata-se de formalidade que, a juízo desta Turma, não tem amparo legal nem se justifica pela experiência" (STJ, 4ª T., REsp. nº 248.341/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. unânime de 02.05.2.000, *in DJU* de 28.08.2000. No mesmo sentido: STJ, 1ª T., REsp. nº 1.122.560/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 23.03.2010, *DJe* 14.04.2010). A Lei nº 10.352, de 26.12.2001, que deu nova redação ao § 1º do art. 544, autorizou o próprio advogado a declarar a autenticidade das cópias utilizadas para formação do instrumento de agravo contra a decisão que inadmite o recurso extraordinário ou especial. A regra, obviamente, deveria ser estendida a todos os agravos, como, aliás, já vinha decidindo o STJ, antes mesmo da inovação do art. 544 pela Lei nº 10.352. Foi, finalmente, o que fez a Lei nº 11.382, de 06.12.2006, ao acrescentar o inc. IV ao art. 365, para reconhecer ao advogado o poder de autenticar qualquer cópia reprográfica extraída de peças do processo, inclusive, pois, as destinadas à formação do agravo de instrumento, em todas as situações em que este recurso seja admissível. Deve-se notar que a partir da Lei nº 12.322/2010, deixou de existir o agravo de instrumento no caso de inadmissão do recurso extraordinário e do recurso especial no tribunal de origem. O agravo passou, *in casu*, a ser processado dentro dos próprios autos do processo, os quais deverão subir para o STF ou STJ, sem necessidade de formar-se instrumento em separado.

157 "A jurisprudência do STJ pacificou entendimento no sentido de que aviar *mandamus* ao escopo de emprestar efeito suspensivo a recurso ou a medida cautelar só tem guarida quando se possa vislumbrar presentes no ato judicial os princípios do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*" (STJ, 3ª T., RMS nº 5.576-0-RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. unân. de 13.06.95, *DJU* de 09.10.95, p. 33.547). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., Ag nº 784.662/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 07.11.2006, *DJU* 14.12.2006, p. 332.

158 "Segundo passou a entender o Tribunal, o descumprimento da norma do art. 526 do CPC não impede o conhecimento do agravo" (STJ, Emb. Div. no REsp. 172.411/RS, Corte Especial, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 15.12.99, *DJU* de 28.02.2000, p. 29). No mesmo sentido: STJ, REsp. 299.064/MA, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 20.02.2001, *DJU* de 16.03.2001, p. 630. STJ, 5ª T., REsp. nº 307.575/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, ac. 07.11.2002, *DJU* 02.12.2002, p. 332.

159 STJ – 5ª T., REsp 629.441/DF, Rel. Min. Felix Fischer, ac. 17.06.2004, *DJU* 13.09.2004, p. 285; STJ – 1ª T., REsp 917.564/RS, Rel. Min. José Delgado, ac. 28.08.2007, *DJU* 13.09.2007. p. 173. Só não há necessidade de ouvida do agravado, quando o pronunciamento singular é de rejeição ou improvimento do agravo, já que, *in casu*, a decisão é dada em seu benefício. Todavia, "a intimação para a resposta é condição de validade da decisão monocrática que vem em prejuízo do agravado, ou seja, quando o relator acolhe o recurso, dando-lhe provimento (art. 557, § 1º-A)" (STJ – 1ª Seção, EREsp 1.038.844/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 08.08.2008, *DJe* 20.10.2008).

160 Apesar de a jurisprudência mais recente do STJ (prestigiada pela Corte Especial) inclinar-se para a facultatividade da providência do art. 526, parágrafo único, do CPC, a reforma qualificou-a como requisito extrínseco da interposição do agravo de instrumento, de tal modo que sua inobservância pode conduzir ao não conhecimento do recurso. Como bem observa Tucci, a reforma, nesse passo, deu ênfase ao formalismo em detrimento da finalidade do ato, impondo uma obrigação que não teria consequência alguma para o julgamento do recurso, caso descumprida (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos. Op. cit*., p. 68). O entendimento atual é no sentido de que a aplicação do novo parágrafo único do art. 526 não é automática, dependendo de alegação de prejuízo pelo agravado. "*A contrario sensu*, não havendo manifestação da parte agravada, pressupõe-se a ausência de prejuízo, razão pela qual o agravo de instrumento deve ser conhecido, ainda que não observada a diligência estabelecida no artigo 526 do CPC" (STJ, 2ª T., REsp. nº 664.824/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 27.10.2009, *DJe* 09.11.2009).

161 No Tribunal de Justiça de Minas Gerais prevalece a praxe de remeter os autos do agravo já julgado para arquivamento na comarca de origem.

162 "... a ausência de apelação constitui comportamento incompatível com a vontade de dar seguimento ao agravo, o qual, por isso mesmo, seria de ser havido por renunciado, a exemplo do que se verifica na hipótese prevista no art. 522, § 1º, do CPC" (STJ, 2ª T., REsp. 2.855/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, ac. 18.06.1990, *DJU* de 06.08.1990; *RT* 661/190). "A não interposição do recurso de apelação contra a sentença faz coisa julgada material, não obstante pendente de julgamento ou provido o agravo, já que a situação determinada pela sentença permanecerá imutável" (STJ, 2ª T., REsp. 204.348/PE, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, ac. 27.04.2004, *RSTJ* 181/147). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp. 292.565/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 27.11.2001, *DJU* 05.08.2002, p. 347; TJSP, AI 30.228-0, Rel. Des. Dirceu de Mello, ac. 04.07.1996, *JTJSP* 187/129. Em sentido contrário: STJ, REsp. 182.562, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 27.04.1999, *RSTJ* 121/112). Em doutrina, merece destaque a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, no sentido de que não pode prevalecer o agravo, na espécie, porque, "escoados os quinze dias dentro dos quais a apelação deveria ter sido interposta, há o trânsito em julgado" (in: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: RT, 2003, v. 7, p. 697).

163 "O efeito devolutivo do agravo de instrumento, interposto contra o despacho saneador, faz com que a sentença, proferida na causa, fique com sua eficácia condicionada ao desprovimento do agravo, no que concerne às questões nele ventiladas" (STF, 1ª T., RE 89.980/SP, Rel. Min. Soares Muñoz, ac. 24.10.1978, *DJU* 10.11.1978, p. 8.950; *RTJ* 91/320). No mesmo sentido: STF, 1ª T., RE 94.344/BA, Rel. Min. Soares Muñoz, ac. 16.06.1981, *RTJ* 101/386.

164 A sentença, quando proferida na pendência de recurso interposto contra decisão interlocutória, é considerada doutrinariamente "como um dos mais notáveis casos de *sentença condicional*" (VASSALI, Filippo E. *La Sentenza Condizionale: Studio sul Processo Civile*. Roma: Athenaeum, 1916, n. 14, p. 45. *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. Parecer *in Revista de Processo*, v. 130/168).

165 Os embargos infringentes, contra sentença de juiz de primeiro grau de jurisdição, foram restabelecidos pelas Leis nºs 6.825 e 6.830, ambas de 1980, para as causas de competência da Justiça Federal e para as execuções fiscais em geral, observando-se, no primeiro caso, o limite do valor da causa de cem ORTNs, e, no segundo, cinquenta ORTNs. Sobre o tema, veja-se nosso *A Nova Lei de Execução Fiscal*.

São Paulo: LEUD, 1982, nos 62 a 64, pp. 70-75. O recurso de embargos infringentes em causas de alçada da Justiça Federal foi extinto pela Lei nº 8.197, de 27.06.91, de maneira que atualmente subsiste, em primeiro grau, apenas nas execuções fiscais disciplinadas pela Lei nº 6.830.

166 Das sentenças de primeiro grau de jurisdição, não sujeitas à apelação, não cabe recurso especial para o STJ, mas o STF admite a interposição de recurso extraordinário se houver, no decisório singular, ofensa à Constituição. "A recorribilidade extraordinária diretamente de decisão singular em embargos infringentes, nas causas de alçada, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por decisão majoritária ocorrida no julgamento do RE 136.154-9. Nesse precedente, ficou estabelecido que a existência de contencioso constitucional, a ser dirimido pela Corte, viabiliza a interposição de recurso extraordinário contra decisão emanada de juízes de primeiro grau" (STF, 1ª T., RE 140.781-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, ac. 22.09.1992, *in DJU* de 30.10.1992, p. 19.518). No mesmo sentido: STF, Pleno, RCL 508/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 23.02.1995, *in DJU* de 12.05.1995, p. 12.987; STF, 2ª T., Ag. 114.709-1-AgRg./CE, Rel. Min. Aldir Passarinho, ac. 29.05.1987, *in DJU* de 28.08.1987, p. 17.578.

167 STJ, 1ª T., REsp. nº 361.688/SP, Rel. Min. José Delgado, ac. 05.02.2002, *DJU* 18.03.2002, p. 185; STJ, 1ª T., REsp. nº 709.743/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, ac. 06.12.2005, *DJU* 06.03.2006, p. 200.

168 Não cabem, por exemplo, embargos infringentes contra decisão de incidente de inconstitucionalidade decidido pelo plenário dos tribunais (STF, Súmula 293). Nem mesmo contra o julgamento da apelação se pode manejar o recurso de embargos infringentes, a respeito da matéria constitucional antes apreciada pelo plenário (STF, Súmula nº 455). "Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes" (STJ, Súmula nº 390)

169 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, v. III, n. 752; TJSP, Embs. na Ap. 169.939-2, Rel. Des. Nélson Schiesari, ac. 01.03.94, *in JTJSP* 158/232. "Se o pedido de embargo visa a alcançar objetivo oposto ao voto vencido, deve ser considerado inepto e, consequentemente, impõe-se o desconhecimento do recurso" (TAMG, Apel. 230, Rel. Juiz Lamartine Campos, *in Revista Forense*, 215/152). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., AgRg no Ag nº 1.379.657/MS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 05.04.2011, *DJe* 11.04.2011.

170 STF, *Súmula nº 354*.

171 Com a inovação do § 3º do art. 515 do CPC que permite ao Tribunal, na apelação contra a sentença terminativa, julgar originariamente o mérito da causa, tornam-se cabíveis os embargos infringentes, se o acórdão não for unânime, mesmo que a sentença reformada não fosse de mérito (v., adiante, o item nº 557-b). Nesse sentido: STJ, 3ªT., REsp. 832.370/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 02.08.2007, *DJU* de 13.08.2007, p. 366.

172 "Admitem-se embargos infringentes em agravo retido, quando a questão neste versada estiver inafastavelmente vinculada ao próprio mérito da apelação" (STJ, 4ª T., REsp. 26.899-4/RJ, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. 09.11.92, *DJU* de 17.12.92, p. 24.251; 2ª T., REsp. 36.005/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, ac. 12.12.96, *DJU* de 10.03.97, p. 5.941).

173 "Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito" (STJ, *Súmula* nº 255).

174 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, n. 287.

175 STJ, 3ª T., AgRg no Ag 1.416.144/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, ac. 21.06.2012, *DJe* 28.06.2012.

176 A exigência de ser a petição redigida sob a forma de artigos foi eliminada pela Lei nº 8.950, de 13.12.94, que alterou a redação do art. 531.

177 WAMBIER Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários, cit.*, pp. 139-140.

178 STJ – 4ª T., REsp 304.629/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 09.12.2008, *DJe* 16.03.2009.

179 No caso do art. 515, § 3º, não há propriamente reforma de sentença de mérito, porque o julgamento sobre o mérito ocorre originariamente em segunda instância. Mas pelo princípio da isonomia, o vencido, qualquer que seja ele, terá contra si um acórdão com apenas dois votos desfavoráveis, merecendo, por isso, o mesmo tratamento previsto no art. 530. Trata-se de solucionar, na base principiológica, uma situação criada pela inovação do art. 515, § 3º, que o legislador não enfrentou ao instituir o julgamento de mérito em apelação contra sentença terminativa. Mas que, pela isonomia, merece a mesma solução do art. 530. No sentido do texto: STJ, 4ª T., REsp. 503.073, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 26.06.2003, *DJU* 06.10.2003, p. 280; STJ, 3ª T., REsp. 627.927, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, ac. 03.06.2004, *DJU* 21.06.2004, p. 233 STJ, 3ª T., REsp. nº 832.370/ MG, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, ac. 02.08.2007, *DJU* 13.08.2007, p. 366, *RSTJ* vol. 208, p. 381.

180 O propósito do legislador, ao reformar o art. 530, foi, sem dúvida, o de restringir o cabimento dos embargos infringentes ao terreno do mérito da causa, de sorte que embargável, atualmente, só é o acórdão que solucione questão de mérito, e nunca o que se limite a apreciar matéria de preliminar, como as pertinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação (cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 202; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O novo regime dos embargos infringentes. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2003, v. 7, p. 617; CARMONA, Carlos Alberto. O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica. *In:* ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de *et al*. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2000, p. 40.

181 Após a Lei nº 10.352/2001, não é admissível a oposição de embargos infringentes contra acórdão que em preliminar "cassa a sentença e extingue a demanda sem resolução do mérito" (STJ, 2ª T., AgRg no REsp. nº 1.307.516/DF, Rel. Min. Castro Meira, ac. 07.08.2012, *DJe* 21.08.2012). Mas, "em respeito ao devido processo legal, o art. 530 [do CPC] deve ser interpretado harmoniosa e sistematicamente com o restante do CPC, admitindo-se embargos infringentes contra decisão que, a despeito de ser formalmente processual, implicar análise de mérito. De acordo com a teoria da asserção se, na análise das condições da ação, o Juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da controvérsia. A natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou *nomen iuris* atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva. Entendida como de mérito a decisão proferida, indiscutível o cabimento dos embargos infringentes" (STJ, 3ª T., REsp. nº 1.157.383/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 14.08.2012, *DJe* 17.08.2012).

182 No regime primitivo do Código de Processo Civil de 1939, que também só admitia embargos infringentes contra acórdão que reformasse a sentença, ensinava Odilon de Andrade que "para os efeitos do recurso levam-se em conta essas unidades em que a sentença se subdivide. E por isso a sentença é suscetível de ser confirmada em parte e em parte reformada. Sob o aspecto formal ela é uma só, mas se fraciona em tantas sentenças quantas são as questões decididas" (DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, v. IX, n. 182, p. 208).

183 DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Embargos infringentes – recentes modificações. *Revista Jurídica*, v. 298, p. 11.

184 "Desse modo, havendo modificação da sentença e dissidência do tribunal quanto à prescrição, faz-se necessária a interposição de embargos infringentes para que, esgotada a instância ordinária, seja possível realizar a impugnação do acórdão por meio do recurso especial, a teor do preceituado na Súmula 207/STJ" (STJ, 2ª T., EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp. nº 790.318/RS, Rel. Min. Castro Meira, ac. 04.05.2010, *DJe* 25.05.2010).

185 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, v. III, n. 761.

186 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, n. 306.

187 Caso interessante de contradição foi reconhecido pelo STJ, num acórdão em que, a um só tempo, proclamava a necessidade de prova pericial como indispensável à elucidação da controvérsia, e se concluía julgando a causa, em sentido contrário ao apurado na prova técnica, sem fazer qualquer apreciação em torno da existência do laudo técnico e de suas conclusões. Suscitada a contradição, o STJ reconheceu a "violação do art. 535, I, do CPC, por permanecer omisso [o Tribunal *a quo*] no ponto, mesmo após a interposição dos aclaratórios". O Recurso Especial foi provido "para cassar o acórdão" e determinar que outro fosse proferido "em atenção às conclusões exaradas no laudo pericial" (STJ – 3ª T., REsp 1.143.851, Min. Rel. Nancy Andrighi, ac. 24.05.2011, DJe 02.08.2011).

188 "Os embargos declaratórios não são cabíveis para a modificação do julgado que não se apresenta omisso, contraditório ou obscuro" (STJ, 2ª T., EDcl no AgRg no REsp. nº 1.230.127/SP, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 24.05.2011, *DJe* 01.06.2011. Nesse sentido: STF, 2ª T., RE nº 567.673 AgR-ED, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, ac. 14.12.2010, *DJe* 07.02.2011. Já se decidiu, contudo, que "Os embargos declaratórios são cabíveis nas hipóteses de omissão, obscuridade, contradição, ou ainda, quando verificado erro material no julgado" (STJ, 2ª T., EDcl no REsp. nº 1.177.092/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 02.06.2011, *DJe* 09.06.2011; STF, Pleno, AI nº 775.798 AgR-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, ac. 23.02.2011, *DJe* 11.04.2011. Advirta-se, porém, que "a dúvida que enseja a declaração não é a dúvida subjetiva, residente tão só na mente do embargante, mas aquela objetiva resultante de ambiguidade, dubiedade ou indeterminação das proposições, inibidoras da apreensão do sentido" (STF, AI nº 90.344, Rel. Min. Rafael Mayer, *in RTJ*, 105/1.047; RE 94.988, Rel. Min. Moreira Alves, *in RTJ*, 104/360). STJ, 1ª Seção, PET nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp. nº 611.938/RS, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 10.12.2008, *DJe* 19.12.2008.

189 "Os embargos de declaração só podem ter efeitos infringentes quando estes resultarem diretamente de omissão ou contradição do acórdão" (STJ, EDcl. em AGMC 1.228/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 23.09.98, *in DJU* de 16.11.98, p. 3). No mesmo sentido: STJ, EDcl. no Emb. Div. no REsp. 19.683/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, ac. 06.11.98, *in DJU* de 29.03.99, p. 59 STJ, 3ª T., EDcl no AgRg no CC nº 98.778/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, ac. 24.08.2011, *DJe* 02.09.2011.

190 STJ – 4ª T., REsp 888.044/MG, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 08.11.2011, *DJe* 29.11.2011.

191 "Seria excessivo rigor processual restabelecer um acórdão incorreto, meramente para privilegiar a aplicação pura do art. 535 do CPC. Tal medida obrigaria a parte, que atualmente sagrou-se vitoriosa no processo, a interpor um novo recurso especial, movimentando toda a máquina judiciária, para atingir exatamente o mesmo resultado prático que já obteve. Isso implicaria um desperdício de tempo e de recursos públicos incompatível com a atual tendência em prol de um processo efetivo" (STJ – 3ª T., REsp 970.190/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 20.05.2008, *DJe* 15.08.2008). O aresto apoiou-se na mesma linha de praticidade e efetividade anteriormente adotada pela mesma Turma julgadora, a propósito das nulidades processuais em geral: "O processo civil foi criado para possibilitar que se profiram decisões de mérito, não para ser, ele mesmo, objeto das decisões que proporciona. A extinção de processos por meros óbices processuais deve ser sempre medida de exceção" (STJ – 3ª T., REsp 802.497/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 15.05.2008, *DJe* 24.11.2008).

192 BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 75.

193 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 182-183.

194 Teresa Arruda Alvim Wambier cita exemplo da jurisprudência do STJ em que os embargos de declaração foram admitidos para corrigir decisão acerca de correção monetária, que, se prevalecesse, geraria intolerável enriquecimento sem causa. O erro cometido foi qualificado de "manifesto" (STJ, 4ª T., EDREsp 259.260/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 26.06.2001, DJU, 20.08.2001, p. 472; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 97).

195 STJ, 5ª T., EDREsp 255.709/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, ac. 13.09.2000, *DJU* 23.10.2000, p. 169.

196 STJ, 5ª T., REsp. nº 199.046/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, ac. 16.03.2000, *DJU* 10.04.2000, p. 108.

197 STJ, 1ª T., AgRg nos EInf nos EDcl no REsp. nº 912.564/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 08.04.2008, *DJe* 17.04.2008; STJ, 3ª T., REsp. nº 883.119/RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 04.09.2008, *DJe* 16.09.2008. O TJMG já teve oportunidade de adotar a orientação traçada pelo STJ: "É permitido ao julgador, em caráter excepcional, atribuir efeitos infringentes aos embargos de declaração, para correção de premissa equivocada, com base em erro de fato, sobre o qual tenha se fundado o julgado embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento" (TJMG, 10ª Câm. Cív., ED-Cv nº 1.0024.01.566861-9/004, Rel. Des. Paulo Roberto Pereira da Silva, j. 26.02.2013).

198 O STJ, por exemplo, reconheceu contradição, num acórdão em que, a um só tempo, proclamava a necessidade de prova pericial como indispensável à elucidação da controvérsia, e concluía julgando a causa, em sentido contrário ao apurado na prova técnica, sem fazer qualquer apreciação em torno da existência do laudo técnico e de suas conclusões. Suscitada a contradição, o STJ reconheceu a "violação do art. 535, I, do CPC, por permanecer omisso [o Tribunal *a quo*] no ponto, mesmo após a interposição dos aclaratórios". O recurso especial foi provido "para cassar o acórdão" e determinar que outro fosse proferido "em atenção às conclusões exaradas no laudo pericial" (STJ, 3ª T., REsp. nº 1.143.851, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 24.05.2011, *DJe* 02.08.2011).

199 "Embargos declaratórios – Erro material – Prescrição. 1 – Demonstrado o erro material, deve o recurso de embargos de declaração ser acolhido para integrar o acórdão. 2 – Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para reduzir o julgamento aos termos do pedido formulado no recurso especial" (STJ, 2ª T., EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp. nº 357.317/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJU* 22.11.2007). "Embargos de declaração – Equívoco – Existência – Efeitos infringentes – Cabimento. I – Constatado equívoco na decisão embargada, é possível a concessão de efeitos modificativos aos embargos de declaração. II – Tempestividade do agravo demonstrada por meio de documento trazido na formação do instrumento, em razão de feriado municipal. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao agravo de instrumento, determinando sua convolação em recurso especial" (STJ, 3ª T., EDcl no AgRg no Ag 640.808/PR, Rel. Min. Castro Filho, *DJU* 10.09.2007).

200 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 306.

201 Mesmo no caso de não conhecimento por serem considerados incabíveis os embargos, o prazo para interposição dos outros recursos sofrerá interrupção (STJ, REsp. 153.324/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 29.04.98, *in DJU* de 22.06.98, p. 94). Quando, porém, o recurso for extemporâneo, não haverá aquela interrupção, mesmo porque o prazo teria vencido antes da manifestação dos declaratórios (STF, AgRg. em RE 160.322-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 25.05.93, *in DJU* de 18.06.93, p. 12.118). STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 816.537/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 25.09.2007, *DJU* 15.10.2007, p. 258.

202 O novo prazo começa a ser contado no primeiro dia útil seguinte ao que foi publicado o aresto dos embargos (STJ, 4ª T., REsp. nº 107.212/DF, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 17.06.1997, *DJU* 08.09.1997, p. 42.509). Reinicia-se a contagem do prazo, observando-se o art. 184, isto é, "com a exclusão do dia em que se deu a intimação da decisão proferida nos embargos" (STF, RE 92.781, Pleno, Rel. Min. Cunha Peixoto, ac. 23.10.1980, *in Boletim Jurídico da CEF*, nº 22 março/81, pp. 2-3).

203 "Pelas peculiaridades da espécie, não se tem por extemporânea a apelação interposta antes do julgamento dos declaratórios apresentados pela parte contrária, uma vez que os pontos da sentença que foram atacados na apelação em nada foram alterados pelo *decisum* dos aclaratórios, que, por ser meramente integrativo, apenas complementou o primeiro decisório, sem dar-lhe qualquer outro conteúdo, principalmente modificativo, no atinente àqueles tópicos" (STJ, 4ª T., REsp. 280.427/RJ, Rel. Min. César Rocha, ac. 19.02.2002, *DJU* de 26.08.2002, p. 226).

204 Se os dois recursos tiverem o mesmo objeto, a apelação não pode, em regra, ser interposta antes do julgamento dos embargos, principalmente se estes exercerem algum tipo de eficácia modificativa sobre o decisório embargado. Nesse caso, "não ofende o art. 465 do CPC (hoje art. 538) o acórdão que deixa de conhecer de apelação interposta antes de concluído o julgamento da causa, se, após a rejeição de embargos declaratórios, não é reiterada a sua interposição, a significar a renúncia tácita do recurso" (STJ, 3ª T., REsp. 9.629/SP, Rel. Min. Dias Trindade, ac. 14.05.1991, *DJU* de 17.06.1991, p. 8.205). "É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal" (STJ, Corte Especial, REsp. 776.265/SC, Rel. p/ acórdão Min. César Asfor Rocha, ac. 18.04.2007, *DJU* 06.08.2007).

205 "Os embargos de declaração com a finalidade de pedido de reconsideração não interrompem o prazo recursal" (STJ, 2ª T. REsp. nº 1.073.647/PR, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 07.10.2008, *DJe* 04.11.2008. No mesmo sentido: STJ, 1ª T., REsp. nº 984.724/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 20.05.2008, *DJe* 02.06.2008; STJ, 6ª T., AgRg no REsp. nº 1.108.166/SC, Rel. Min. Og Fernandes, ac. 20.10.2009, *DJe* 09.11.2009; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.214.060/GO, Rel. Min. Mauro Campbell, ac. 23.11.2010, *DJe* 28.09.2010; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.214.060/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 23.11.2010, *DJe* 04.02.2011; STJ, 1ª T., AgRg no Ag no REsp 187.507/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 13.11.2012, *DJe* 23.11.2012).

206 STJ, 2ª T., REsp. nº 964.235/PI, Rel. Min. Castro Meira, ac. 20.09.2007, *DJU* 04.10.2007, p. 226.

207 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, nº 306, p. 559.

208 "Descabimento de embargos protelatórios que constitui abuso do direito de recorrer e autoriza a imediata devolução dos autos à origem para a imediata execução do acórdão no recurso especial embargado. Precedentes do Supremo Tribunal Federal" (STJ, 5ª T., EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 731.024/RN, Rel. Min. Gilson Dipp, ac. 26.10.2010, *DJe* 22.11.2010. No mesmo sentido: STJ, 3ª T., EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 720.839/GO, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 07.06.2011, *DJe* 08.06.2011). "A reiteração de embargos de declaração, sem que se registre qualquer dos pressupostos legais de embargabilidade (CPC, art. 535), reveste-se de caráter abusivo e evidencia o intuito protelatório que anima a conduta processual da parte recorrente (...) constitui fim ilícito que desqualifica o comportamento processual da parte recorrente e que autoriza, em consequência, o imediato cumprimento da decisão emanada desta Colenda Segunda Turma, independentemente da publicação do acórdão consubstanciador do respectivo julgamento e de eventual interposição de novos embargos de declaração ou de qualquer outra espécie recursal. Precedentes" (STF, 2ª T., AI 222.179 – AgR-ED-ED-ED-ED, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 09.03.2010, *DJe* 09.04.2010).

209 STJ, 1ª T. EDcl no REsp. nº 15.072/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 17.02.1993, *DJU* 22.03.1993, p. 4510, *DJ* 31.05.1993, p. 10628).

210 "Conceber-se um acórdão pertinente aos embargos declaratórios como autônomos, sem liame algum com o originário da apelação, é tarefa evidentemente impossível, ante o sistema processual vigente." (voto condutor do ac. dos EDcl no REsp. nº 15.072/DF, cit.)

211 Segundo jurisprudência do STJ, "a parte final do parágrafo único do art. 538 do CPC, que condiciona ao prévio depósito da multa a 'interposição de qualquer outro recurso', deve ser interpretada restritivamente, alcançando apenas 'qualquer outro recurso' da mesma cadeia recursal. É que a sanção prevista na norma tem a evidente finalidade de inibir a reiteração de recursos sucessivos sobre a questão *já decidida* no processo. Não é legítima, portanto, a sua aplicação à base de interpretação ampliativa, para inibir também a interposição de recursos contra novas decisões que venham a ser proferidas no processo". Assim, "a falta de depósito da multa imposta em face de reiteração de embargos declaratórios de acórdão que julgou decisão interlocutória não inibe a interposição de apelação contra a superveniente sentença que julgou a causa" (STJ – 1ª T., REsp 1.129.590/MS, Rel.

Min. Teori Zavascki, ac. 20.10.2011, *DJe* 25.10.2011). Em doutrina NELSON MONTEIRO NETO, invocando precedentes do STF, critica a interpretação restritiva do STJ, com argumentação consistente (Reiteração de embargos protelatórios, multa processual e admissibilidade "de qualquer outro recurso". *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 107, p. 65-70).

212 STJ, *Súmula* 98.

213 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit., loc. cit*. Uma vez que os embargos declaratórios se destinam a aperfeiçoar a prestação jurisdicional, não se deve aplicar, com excessivo rigor, a pena prevista para recurso manifestamente protelatório. "A multa cominada no art. 538, parágrafo único, do CPC, reserva-se à hipótese em que se faz evidente o abuso" (STJ, 1ª T., REsp. 8.970/SP, Rel. Min. Gomes de Barros, ac. 18.12.91, *RSTJ* 30/379). Mas é cabível a aplicação da multa por expediente protelatório quando "o embargante não demonstrou qualquer dos vícios do art. 535 do CPC, mas apenas revelou a intenção de rediscutir, com efeitos infringentes, a tese lançada no voto" (STJ, 1ª Seção, EDcl no REsp. nº 1.104.775/ RS, Rel. Min. Castro Meira, ac. 14.10.2009, *DJe* 22.10.2009).

214 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, nºs 7-8.

215 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*., n. 11.

216 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. III, p. 203, nota 3.

217 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo Processo Civil Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. I, p. 265.

218 Tanto na Lei nº 10.259/2001 como na Lei nº 12.153/2009, a previsão do incidente de uniformização de jurisprudência se restringe às questões de direito material.

219 Art. 105 da CF: "Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: (....) *f*) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões".

220 STF, Pleno, EDcl no RE n. 571.572-8/BA, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. 26.08.2009, *DJe* 27.11.2009.

221 STJ, *DJe* 16.12.2009.

222 "Quem quiser conhecer o Direito tal como é realmente aplicado e 'vive', não pode contentar-se com as normas, tem de se inquirir do entendimento que lhe é dado pela jurisprudência. Os precedentes são, pois, uma fonte de conhecimento do Direito. Não, porém, uma fonte de normas jurídicas imediatamente vinculativas" (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1969, p. 499). Por isso, salvo as constitucionalmente vinculantes, "súmula é cristalização de jurisprudência", não constituindo, em si mesma, uma "norma jurídica" (STF, 1ª T., RE 116.116/MG, Rel. Min. Moreira Alves, ac. 02.09.1988, *DJU* 07.10.1988, p. 25.713).

223 "O fato de ser incluída na súmula do Tribunal não confere à tese jurídica a eficácia vinculativa própria das normas legais" (2º TACivSP, MS 209.567-4, Rel. Juiz Franklin Neiva, ac. 1.9.1987, RT, 623/144).

224 A súmula vinculante é de efeito imediato e se aplica aos processos pendentes de julgamento, mesmo aqueles referentes a fatos ocorridos anteriormente a sua edição (STF, Tribunal Pleno, Rcl nº 8.321, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, ac. 13.04.2011, *DJe* 02.06.2011).

225 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, v. III, n. 779. Pode haver recurso extraordinário de decisão de qualquer outro tribunal, até mesmo do Superior Tribunal de Justiça. Por outro lado, a Constituição revogada somente admitia recurso extraordinário contra acórdãos de tribunais. A Carta 1988, no entanto, de um lado limita o recurso à matéria constitucional apenas, e de outro fala genericamente em "causas decididas em única ou última instância" (art. 102, III). Logo, passou a caber o apelo extremo contra qualquer sentença de instância única, inclusive de juiz singular, em hipótese de julgamento irrecorrível (causas de alçada) desde, é claro, que o objeto da impugnação recursal seja matéria constitucional federal.

226 "É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um

fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles" (STF, *Súmula* nº 283).

227 "Interposto recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no art. 101, nº III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros" (STF, *Súmula* nº 292). Na CF atual a referência da Súmula corresponde ao art. 102, III.

228 A hipótese da letra *d* foi acrescida pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004. Prevaleceu, na inovação, o critério de tratar como *questão constitucional* o conflito de lei local com lei federal. Anteriormente, o tema figurava na competência do STJ (CF, art. 105, III, b). "Ora, se entre uma lei federal e uma lei estadual ou municipal, a decisão optar pela aplicação da última por entender que a norma central regulou matéria de competência local, é evidente que a terá considerado inconstitucional, o que basta à admissão do recurso extraordinário pela letra *b* do art. 102, III, da Constituição, como aliás ocorreu neste processo" (STF, Pleno, AI 132.755, QO/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/acórdão Min. Dias Toffoli, ac. 19.11.2009, *DJe* 26.02.2010).

229 "*Inadmissibilidade* de reexame de provas e fatos *em sede* recursal extraordinária (Súmula nº 279/STF)" (STF, 2ª T., AgR no RE c/Ag 705.643/MS, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 16.10.2012, *DJe* 13.11.2012, p. 34)

230 "Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007" (STF, Pleno, AI 664.567 QO/RS, Rel. Mi. Sepúlveda Pertence, ac. 18.06.2007, *DJU* 06.09.2007, p. 037).

231 STF, 2ª T., RE 447.090, AgRg, Rel. Min Carlos Velloso, ac. 31.5.2005, *DJU* 24.06.2005, p. 68; STF, 1ª T., AI 742.611, AgRg, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ac. 23.03.2011, *DJe* 13.04.2011.

232 STF, 1ª T., RE nº 140.075/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, ac. 06.09.1995, *DJU* de 22.09.95, p. 30.599; 2ª T., AI nº 153.367-AgRg, Rel. Min. Carlos Velloso, ac. 04.10.1993, *RTJ* 156/644, 2ª T., RE nº 140.427/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, ac. 31.05.1994, *RTJ* 159/963. Também dos julgados dos Juizados Especiais, que não desafiam apelação ou agravo para os Tribunais de Justiça, cabem recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (STF, Pleno, Recl. nº 476/GO, Rel. Min. Carlos Velloso, ac. 20.09.95, *RTJ* 162/830). A matéria já se acha sumulada: "É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal" (STF, Súmula nº 640). Mas é indispensável que, contra a sentença, antes se tenha interposto o recurso interno para a turma de que cogita o art. 41, § 1º, da Lei nº 9.099, de 26.09.1995, pois sem isso não se terá configurado o julgamento "em última instância", exigido pela CF para viabilizar o recurso extraordinário (art. 102, *caput*).

233 STF, Súmulas nºs 282 e 356. AI nº 141.223/BA, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, ac. 28.08.92, RTJ, 144/344-345; AI nº 120.682/RJ, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, ac. 25.09.1987, *RTJ* 123/383. "É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, se a ofensa à Lei Maior exsurgir com a prolação do acórdão dissentido, faz-se necessária a oposição de embargos declaratórios para propiciar o debate da matéria perante o juízo *a quo*. Tendo sido observada essa providência pela embargante, não há que falar na impossibilidade de se conhecer do recurso extraordinário devido à ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada" (STF, EDcl. no RE 223.521-1/RS, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* de 09.04.99, p. 33). "A teor da Súmula 456, o que se reputa não pré-questionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual 'não foram opostos embargos declaratórios'. Mas, se opostos, o Tribunal *a quo* se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte" (STF, RE 176.626-3/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 11.12.1998. No mesmo sentido: RE 210.638-1/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 19.06.98, p. 11). STF, 1ª T., RE nº 231.452, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 31.08.2004, *DJU* 24.09.2004, p. 43.

234 STF, 1ª T., RE nº 230.109 AgR, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, ac. 18.03.2003, *DJU* 04.04.2003.

235 “Questão não decidida na instância inferior não enseja revisão por meio de RE: o que não foi decidido não pode ser redecidido (revisto). Daí por que tem razão o STF quando exige o prequestionamento da questão constitucional, para que possa conhecer do RE (STF 282 e 356)” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 924).

236 STF, Pleno, AI-AgRg 621.919/PR, Rel. Min Ellen Gracie, ac. 11.10.2006, *DJU* 19.12.2006, p. 35; STF, 2ª T., AI 680.906/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, ac. 25.11.2008, *DJe* 19.12.2008.

237 STF, Pleno, RE 536.881/MG – AgRg, Rel. Min. Eros Grau, ac. 08.10.2008, *DJe* 12.12.2008.

238 STF, Pleno, AgRg no RE 626.358/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, ac. 22.03.2012, *DJe* 23.08.2012.

239 STJ, Corte Especial, AgRg no Ag no REsp 137.141/SE, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, ac. 19.08.2012, *DJe* 15.10.2012.

240 No âmbito da legislação trabalhista ocorreu, anteriormente, introdução na CLT do art. 896-A, pela Medida Provisória nº 2.226, de 04.09.2001, que instituiu o requisito da “transcendência” da matéria tratada no Recurso de Revista interposto para o TST. Há, porém, a ADI nº 2.527 interposta pela OAB contra dita Medida Provisória, ainda não julgada pelo STF.

241 PISANI, Andrea Proto. Principio d’eguaglianza e ricorso per cassazione. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 191, pp. 201-210, jan. 2011.

242 Como a aplicação da exigência da repercussão geral ficou subordinada a estabelecimento de normas necessárias a serem introduzidas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.418/2006, art. 3º), entendeu aquela Corte que o referido pressuposto de admissibilidade seria exigido apenas para os recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados a partir de 3 de maio de 2007, data da entrada em vigor da Emenda Regimental 21/07 ao RISTF (QO AI Nº 664567/RS), que estabeleceu as normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais sobre o novo instituto. Assim, os recursos extraordinários anteriores não devem ter seu seguimento denegado por ausência da demonstração da repercussão geral. No entanto, os recursos extraordinários anteriores e posteriores, quando múltiplos, sujeitam-se a sobrestamento, retratação e reconhecimento de prejuízo, podendo ser devolvidos à origem, se já pendentes no STF, sempre que versarem sobre temas com repercussão geral reconhecida pelo STF (art. 543-B, §§ 1º e 3º, RE-QO AI 715.423, Min. Gilmar Mendes; RE-QO 540.410, Rel. Min. Cézar Peluso). Nesse sentido: STF, 2ª T., RE nº 478.450, Rel. Min. Cezar Peluso, ac. 11.01.2008, *DJe* 05.12.2008.

243 TUCCI, José Rogério Cruz e. A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista dos Tribunais*, v. 848, p. 62; ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. A repercussão geral dos recursos extraordinários. In: GIANNICO, Maurício; MONTEIRO, Vitor José de Mello (Coords.). *As novas reformas do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 294.

244 De acordo com o STF, não basta ao recorrente alegar que a matéria ventilada no recurso extraordinário tem repercussão geral. “Cabe à parte recorrente demonstrar de forma expressa e clara as circunstâncias que poderiam configurar a relevância – do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico – das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário”, sob pena de inviabilizá-lo (STF – 1ª T., AgRg no RE c/ Ag nº 637.634/GO, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 07.02.2012, *Rev. Jurídica LEX*, 55/212).

245 Tomando como exemplo os casos mais frequentes de repercussão geral admitida, o STF tem reconhecido a relevância jurídica da questão sobre tributos, quase sempre “tendo em conta os princípios constitucionais tributários da isonomia e da uniformidade geográfica”, princípios esses que, obviamente, envolvem interesses gerais, e que transcendem o interesse individual do recorrente (STF, Pleno, QO no AgRg no RE nº 614.232/RS e no RE nº 614.406/RS, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, ac. 20.10.2010, *DJe* 04.03.2011; STF, Pleno, RE nº 540.829/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, ac. 26.08.2010, *DJe* 15.10.2010).

246 As instâncias locais que poderão apreciar os recursos sobrestados e, eventualmente, exercitar o juízo de retratação são os Tribunais Federais ou Estaduais, as Turmas de Uniformização de Jurisprudência, nos

Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001, art. 14, § 2º), e as Turmas Recursais, nos Juizados Especiais Federais ou Estaduais (Lei nº 9.099/1995, art. 41, § 1º; Lei nº 10.259/2001, art. 14, *caput*).

247 STF, Tribunal Pleno, Questão de Ordem no Ag. nº 760.358/SE, Rel. Min. Gilmar Mendes, ac. 19.11.2009, *DJe* 03.12.2009, republicado em 19.02.2010.

248 STF, Questão de Ordem no Ag. nº 760.358/SE, *cit*.

249 STJ, Corte Especial, AgRg no RE-EDcl-AgRg no Ag nº 1.170.265/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 18.08.2010, *DJe* 03.11.2010.

250 STJ, 3ª T., MC 2.411/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 04.05.2000, *DJU* 12.06.2000, p. 102. No mesmo sentido: STJ, 2ª. T., AgRg no Ag 266.834/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 22.02.2000, *DJU* 20.03.2000, p. 68; STJ, 3ª T., MC 2.361/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 08.02.2000, *DJU* 13.03.2000, p. 176; STJ, 1ª T., MC 9.989/SP, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 05.10.2006, *DJU* 30.10.2006, p. 246.

251 STJ, 2ª T., MC 15.142/SP, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 04.11.2010, *DJe* 17.11.2010.

252 STF, Pleno, Rcl 7.569, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. 19.11.2009, *DJe* 11.12.2009.

253 STF, Pleno, AC nº 2.177-MC-QO/PE, Rel. Min Ellen Gracie, ac. 12.11.2008, *DJe* 035, 20.02.2009; *RTJ* 209, p. 1021.

254 STF, Pleno, Rcl 7.569 já citada. No mesmo sentido: STF, Pleno, Rcl 7.547/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. 19.11.2009, *DJe* 11.12.2009; STJ, Corte Especial, AgRg no AgRE no RE nos EDcl no AgRg no Ag 679.745/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 16.12.2009, *DJe* 18.02.2010.

255 RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. A decisão de suspensão de recursos repetitivos em razão de recurso representativo de controvérsia – Impugnabilidade e proteção em face de risco de dano. *Rev. Brasileira de Direito Processual*, nº 79, p. 125, jul./set. 2012.

256 *Idem, ibidem*.

257 PONTES DE MIRANDA. *Apud* AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., n. 784.

258 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., v. III, n. 784.

259 "Não se conhece de recurso extraordinário contra acórdão da justiça local que, examinando fatos e dando as razões de seu convencimento, decide não ter havido simulação na venda de ascendente a descendente" (STF, RE 51.438, Rel. Gonçalves de Oliveira, *in Revista Forense*, 209/86). "Não se conhece do recurso extraordinário contra decisão que, baseada nas provas dos autos, anula nota promissória eivada de simulação fraudulenta" (STF, RE 37.722, Rel. Min. Barros Monteiro, *in Revista Forense*, 202/137). Nesse sentido: STF, RE 140.979-7/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 22.04.97, *in DJU* de 27.06.97, p. 30.244; STF, RE 171.419-1/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, ac. 03.12.96, *in DJU* de 14.03.97, p. 6.914; STF, 2ª T., RE nº 632.973 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 02.08.2011, Processo Eletrônico *DJe* 31.08.2011.

260 ANDRADE, Luiz Antônio de. *Op. cit*., nº 327.

261 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*., nº 158.

262 A competência do Presidente do Tribunal local é transitória e cessa tão logo seja concluído o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. Daí em diante, mesmo que o processo não tenha ainda subido, a medida cautelar terá de ser pleiteada perante o STF (CPC, art. 800, parágrafo único).

263 STF, 2ª T., Questão de ordem em Ação Cautelar nº 1.775-1/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, ac. 23.10.2007, *DJU* 23.11.2007, p. 96; *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 60, pp. 120-125.

264 STJ, 3ª T., EDcL no AgRg na Med. Caut. nº 9.978/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 28.06.2007, *DJU* 19.12.2007, p. 1.221.

265 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admitia o protocolo integrado. Em se tratando de prazo de recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal, "a petição deve ser protocolizada na secretaria da corte *a quo*, dentro do prazo legal" (STF, 1ª T., AgRg. em AI 108.716/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, ac. 28.04.1987, *DJU* de 25.03.1988, p. 6.376). Com a nova redação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001,

dada ao art. 542 do CPC, não há mais razão para se recusar eficácia ao protocolo integrado. Contudo, o STF, mesmo depois da Lei nº 10.352/2001, não vinha admitindo a apresentação do RE por protocolo integrado no interior dos Estados (STF, 2ª T., ED no AI 498.801/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, ac. 21.06.2005, *DJU* 12.08.2005, p. 19; 1ª T., AgRg. no RE 408.066/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, ac. 01.02.2005, *DJU* 04.03.2005, p. 21). No entanto, a orientação alterou-se por decisão do Pleno em que se afastou o obstáculo à adoção dos protocolos descentralizados, consagrando a aplicação imediata da Lei nº 10.352/2001, também ao recurso extraordinário (STF, Pleno AgRg. no AI 476.260/SP, Rel. Min. Carlos Britto, ac. 23.02.2006, *DJU* 16.06.2006, p. 5). Nesse sentido: STF, 2ª T., RE nº 420.618 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, ac. 26.04.2011, *DJe* 02.09.2011.

266 STJ, 1ª T., EDcl. no AgRg. no Ag. 454.179/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 21.08.2003, *RSTJ* 172/169; STJ, 2ª T., AgRg no REsp. 231.462/RN, Rel. p/ acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, ac. 15.10.2002, *DJU* 02.06.2003, p. 239; STJ, 1ª T., AgRg no Ag nº 745.954/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 06.06.2006, *DJU* 19.06.2006, p. 111.

267 STJ, Corte Especial, Emb. Div. no AI 496.237/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, ac. 02.06.2004, *DJU* 28.06.2004, p. 276.

268 STJ, Corte Especial, AgRg no Ag nº 792.846/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, ac. 21.05.2008, *DJe* 03.11.2008.

269 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos, cit*., p. 81.

270 STF, Embs. 31.489, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, ac. 26.10.1987, *Revista Forense*, 227/53; STF, 2ª T., RE nº 122.072, Rel. Min. Paulo Brossard, ac. 24.04.1990, *DJU* 11.05.1990, p. 4.048; STF, 1ª T., AgRg no AI nº 127.021/SP, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 05.12.1995, *RTJ* 190/677; STF, Súmulas nºs 292 e 528. Em relação ao recurso especial, tem sido aplicada também a Súmula nº 528/STF (STJ, 1ª T., AgRg no Ag nº 489.162/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 07.10.2003, *DJU* 28.10.2003, p. 197; STJ, 6ª T., AgRg no Ag nº 427.246/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 07.10.2003, *DJU* 09.12.2003, p. 356).

271 O STJ tem aplicado ao recurso especial a Súmula nº 528 do STF, para reconhecer incabível o agravo de instrumento contra a decisão que admite o recurso apenas em parte, "porquanto, nesta hipótese, o juízo de admissibilidade é integralmente devolvido ao STJ (STJ, 2ª T., REsp. 464.539/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 20.05.2003, *DJU* de 09.06.2003, p. 230; STJ, 1ª T., REsp. 84.002/DF, Rel. Min. José Delgado, ac. 08.02.1996, *RSTJ* 81/132; STJ, 2ª T., REsp. 187.886/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, ac. 08.08.2000, *RSTJ* 137/212; STJ, 3ª T., REsp. nº 979.530/MT, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, ac. 25.03.2008, *DJe* 11.04.2008).

272 STF, Pleno, Emb. no RE 65.619/RS, Rel. Min. Eloy da Rocha, ac. 20.10.1971, *RTJ* 61/682; STF, 1ª T., RE 91.145/RS, Rel. Min. Thompson Flores, ac. 16.11.1979, *RTJ* 95/404.

273 A jurisprudência do STJ tem sido no sentido de recusar, nos recursos que lhe são endereçados, a comprovação do preparo por meio de "comprovantes bancários emitidos pela internet", ao argumento de que esses documentos "somente possuem veracidade entre a agência bancária e o correntista, não possuindo fé pública e, tampouco, aptidão para comprovar o recolhimento do preparo recursal" (STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 55.918/DF, Rel. Min Ricardo Villas Bôas Cueva, ac. 21.3.2013, *DJe* 26.03.2013). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., AgRg no AREsp 315.018/MG, Rel. Min. Castro Meira, ac. 27.08.2013, *DJe* 04.09.2013; STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 200.925/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 02.05.2013, *DJe* 08.05.2013. No entanto, a 4ª Turma diverge, para reconhecer a possibilidade da comprovação do preparo por meio de guia (GRU simples) paga por meio da internet, como, aliás, se acha autorizado no *site* do Tesouro Nacional, a que se reporta a Resolução do STJ nº 4/2010 (STJ, 4ª T., AgRg no REsp 1.232.385/ MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, ac. 06.06.2013, *DJe* 22.08.2013).

274 STF, Resolução nº 344/2007: *Art. 15*. O Recurso Extraordinário ingressará no *e-STF* instruído com as seguintes peças, segundo o que couber no caso: I – decisões proferidas em primeira instância; II – recursos para a segunda instância; III – decisões proferidas em segunda instância; IV – recursos para os

tribunais superiores; V – decisões proferidas nos tribunais superiores; VI – certidão de intimação da decisão recorrida; VII – Recurso Extraordinário; VIII – contrarrazões ao Recurso Extraordinário ou certidão de sua não apresentação; IX – procurações outorgadas aos advogados das partes e respectivos substabelecimentos. *§ 1º* Os autos originariamente eletrônicos ingressarão no *e-STF* em sua integralidade. *§ 2º* O(A) Relator(a) poderá: I – requisitar a transmissão de outras peças ou a remessa dos autos físicos; II – determinar a exclusão de peças indevidamente juntadas aos autos. *§ 3º* As peças processuais e petições eletrônicas enviadas deverão ser gravadas em formato compatível com o *e-STF*. *§ 4º* Os documentos, cuja digitalização seja tecnicamente inviável em razão do grande volume ou por motivo de ilegibilidade, deverão ser apresentados ao cartório ou à secretaria no prazo de até 10 (dez) dias contado do envio de comunicado eletrônico do fato à parte interessada, sendo eles devolvidos após o trânsito em julgado da decisão.

275 "Para simples reexame de prova não cabe o recurso extraordinário" (STF, Súmula nº 279). "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (STJ, Súmula nº 7).

276 Eduardo Ribeiro, analisando a hipótese em que o acórdão recorrido não havia esgotado as questões de mérito, observou que o STJ, depois de prover o recurso especial, haveria de "prosseguir no exame da causa para saber se o acórdão não deveria ser mantido por alguma outra razão que não foi objeto de consideração na origem". A parte, obviamente, não poderia ser privada da apreciação de "relevante fundamento de seu direito" oportunamente invocado. Daí que, no exemplo analisado, o STJ passou ao exame da referida matéria, "não importando que, para isso, tivesse de examinar matéria de fato". Alertou, todavia, para o limite a ser respeitado: "o que não se pode, no especial é modificar os fundamentos fáticos da decisão recorrida, rever provas já analisadas" (OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Recurso Especial. *In*: FONTES, Renata Barbosa (coord.). *Temas de Direito*: homenagem ao Ministro Humberto Gomes de Barros. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 56).

277 STF, 2ª T., AgR no RE c/ Ag 705.643/MS, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 16.10.2012, *DJe* 13.11.2012, p. 34.

278 O recurso especial ou o extraordinário, quando tenha de ensejar o "julgamento da causa", observará, analogicamente, a regra do § 1º do art. 515 do CPC, traçada para a apelação, segundo o qual, por força de efeito devolutivo, serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal "todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não tenha julgado por inteiro".

279 Recorre-se à regra do § 2º do art. 515 do CPC: "Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento, e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais". Por isso, também nas instâncias extraordinárias, "se o tribunal local acolheu apenas uma das causas de pedir declinadas na inicial, declarando procedente o pedido formulado pelo autor, não é lícito ao STJ, no julgamento de recurso especial do réu, simplesmente declarar ofensa à lei e afastar o fundamento em que se baseou o acórdão recorrido para julgar improcedente o pedido. Nessa situação, deve o STJ aplicar o direito à espécie, apreciando as outras causas de pedir lançadas na inicial, ainda que sobre elas não tenha se manifestado a instância precedente, podendo negar provimento ao recurso especial e manter a procedência do pedido inicial" (STJ, Corte Especial, ED no REsp. 58.265, Rel. p/ ac. Min. Barros Monteiro, ac. 05.12.2007, *DJU* 07.08.2008).

280 STJ, 1ª T., AgRg. no REsp. 988.034/DF, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 22.04.2008, *DJe* 08.10.2008; STJ, 2ª T., EDcl. no REsp. 524.889/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 06.04.2006, *DJU* 22.05.2006, p.179. Há, no entanto, acórdãos do STJ em sentido contrário: STJ. 1ª T., REsp. 761.379, Rel. Min. José Delgado, ac. 16.08.2005, *DJU* 12.09.2005, p. 256; STJ, 3ª T., REsp. 337.094, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 29.11.2005, *DJU* 19.12.2005, p. 393; STJ, 1ª T., EREsp. nº 1.062.962/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, ac. 28.10.2009, *DJe* 06.11.2009.

281 STJ, 2ª T., AgRg. no REsp. 106.3110/SP, Rel. Min. Castro Meira, ac. 06.11.2008, *DJe* 01.12.2008.

282 DINARMACO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996, n. 167, pp. 225-226.

283 STJ, 3ª T., Ag. 12.262/GO, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 09.12.1991, *RSTJ* 36/37; STJ, 6ª T., Ag nº 1.199.659/SP, Rel. Min. Og Fernandes, ac. 14.04.2011, *DJe* 02.05.2011.

284 O Recurso Especial somente é admissível contra acórdão de tribunais. Não se admite sua interposição contra julgamento de juiz singular, mesmo quando proferido em causa de alçada (instância única). Também "não cabe rescurso especial contra decisão proferida, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais" (STJ, *Súmula* nº 203). Diverso é o regime do recurso extraordinário, cujo manejo a Constituição autoriza para impugnação de "causas decididas em única ou última instância" (CF, art. 102, III), sem restringi-las à hipótese de julgados de tribunais, como o faz para o recurso especial (CF, art. 105, III). Daí por que pode caber recurso de turma recursal dos Juizados Especiais (STF, Súmula nº 640) e não se admite recurso especial na espécie (STJ, Súmula nº 203).

285 Tem-se como questão de direito a "qualificação jurídica das situações decorrentes dos fatos provados, o confronto das situações jurídicas resultantes da qualificação com as situações previstas na lei e a determinação do efeito jurídico" (Ada Pellegrini Grinover, "O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros", *in Ajuris* 50/18; VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. VI, pp. 106-107).

286 A Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, alterou a alínea *b* do art. 105, III, da CF, que anteriormente compreendia conflito "de lei ou ato de governo local" com lei federal. O atrito entre leis de esferas diversas de competência foi deslocado para o campo do recurso extraordinário (CF, art. 102, III, nova alínea *d*), recebendo, assim, tratamento de *questão constitucional*. Quando, porém, a decisão recorrida julgar válido ato de governo local contestado em face da lei federal a questão não é considerada constitucional, permanecendo o STJ competente para apreciá-la em recurso especial (CF art. 105, III, *b*).

287 NEGRÃO, Theotônio. *Cód. Pr. Civ. e Leg. Proc. em Vigor*. 19. ed. São Paulo: RT, 1982, pp. 973-974, nota 2 ao art. 321 do RJSTF.

288 STF, RE nº 105.081, RTJ, 113/1.409; RE nº 113-342-2, *DJU* de 26.06.1987, p. 13.250; RE 117.551-6, *DJU* de 15.04.1987; STF, 2ª T., AI nº 804.624 AgR, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, ac. 08.09.2010, *DJe* 22.10.2010.

289 STF, acs. *in RTJ*, 87/222, 92/250, 56/65, 72/472, 91/674; STF, 2ª T., AI nº 563.948 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, ac. 14.09.2010, *DJe* 08.01.2010.

290 STJ, REsp. 1.986-SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 10.04.90, *DJU* de 07.05.90, p. 3.830; REsp. 1.359, *DJU* de 18.06.90, p. 5.680; REsp. 2.064, *DJU* de 26.03.90, p. 2.175; Ag. Reg. no Ag. nº 1.254-DF, *DJU* de 03.04.90; STJ, 2ª T., AgRg no AREsp. Nº 5.219/SE, Rel. Min. Castro Meira, ac. 19.05.2011, *DJe* 02.06.2011.

291 ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Direito Processual Civil. Recurso Especial. Ausência de pre-questionamento. Ocorrência de coisa julgada incidente sobre prejuízos já devidamente apurados, a impedir a realização de uma liquidação. *Revista Autônoma de Processo*, n. 3, p. 372, abr./jun. 2007; STJ, Súmulas nºs 211 e 320.

292 STJ, REsp. 2.336-MG, Rel. Min. Carlos M. Velloso, ac. 09.05.90, *in DJU* de 04.06.90, p. 5.054. "Para que a matéria tenha-se como pré-questionada, não é indispensável que a decisão recorrida haja mencionado os dispositivos legais que se apontam como contrariados. Importa que a questão jurídica, que se pretende por eles regulada, tenha sido versada" (STJ, REsp. 1.871-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 17.04.90, *DJU* de 23.04.90). Em termos gerais, porém, o STJ tem adotado posições que revelam sua fidelidade à antiga orientação traçada para o recurso extraordinário pelo STF. Nesse sentido: "O recurso especial não pode ser conhecido quando a indicação expressa do dispositivo legal violado está ausente" (STJ, 3ª T., AgRg no AREsp. nº 15.412/SC, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, ac. 15.09.2011, *DJe* 20.09.2011).

293 STJ, E. Decl. no REsp. nº 155.944/SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 16.04.98, *DJU* de 10.08.98, p. 74; REsp. 66.963/SP, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 12.12.95, *DJU* de 18.03.96, p.

7.561; STJ, 4ª T., EDcl no REsp. nº 986.779/PR, Rel.ª Min.ª Maria Isabel Gallotti, ac. 13.09.2011, *DJe* 20.09.2011.

294 STJ, 1ª T., REsp. 195.401/SC, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. 23.02.99, *DJU* de 10.05.99, p. 116; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.249.228/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 28.06.2011, *DJe* 03.08.2011.

295 STJ, Corte Especial, EDcl. no REsp. 129.027/SP, Rel. Min. José Arnoldo da Fonseca, ac. 08.04.99, *DJU* de 10.05.99, p. 96; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.255.327/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 18.08.2011, *DJe* 25.08.2011.

296 STJ, 4ª T., REsp. 132.693/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 21.05.98, *DJU* de 29.06.98, p. 193 STJ, 4ª T., REsp. nº 547.358/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 09.05.2006, *DJU* 26.06.2006, p. 149; STJ, 3ª T., AgRg no REsp. nº 908.421/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 04.08.2011, *DJe* 19.08.2011.

297 STJ, REsp. 14.696/BA, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 25.11.91, *RSTJ* 39/496; STJ, REsp. 39.733-2/RJ, 5ª T., Rel. Min. Assis Toledo, ac. 06.04.94, *RSTJ* 79/279.

298 STJ, REsp. 7.191/RJ, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 03.12.96, *RSTJ* 95/271; STJ, REsp. 7.541/SP, 2ª T., Rel. Min. José de Jesus Filho, ac. 12.06.91, *DJU* de 28.10.91, p. 15.234.

299 No entanto, a jurisprudência mais atual do STJ é no sentido da indispensabilidade dos embargos de declaração, mesmo que a questão federal tenha surgido no acórdão recorrido (STJ, Corte Especial, ED no REsp. nº 241.052 AgRg, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 01.08.2003, *DJU* 18.08.2003; STJ, 5ª T., REsp. nº 492.979, Rel. Min. Felix Ficher, ac. 16.03.2004, *DJU* 03.05.2004).

300 "As questões de ordem pública também devem estar pré-questionadas no Tribunal *a quo* para serem analisadas em sede de recurso especial (cf. Agr. Reg. no Agravo nº 309.700-RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, *in DJ* de 24/2/2003)" (STJ, 2ª T., REsp. 426.397/AC, Rel. Min. Franciulli Netto, ac. 05.06.2003, *DJU* de 08.09.2003, p. 282). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., AgRg no REsp. 318.672/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 26.03.2002, *DJU* de 23.09.2002, p. 352; STJ, 4ª T., REsp. 450.248/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 03.10.2002, *DJU* de 16.12.2002, p. 346 STJ, 4ª T., AgRg no AgRg no Ag nº 1.033.070/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 16.09.2010, *DJe* 30.09.2010. Em sentido contrário: "A matéria de ordem pública pode ser suscitada em qualquer fase do processo, até mesmo no recurso extraordinário ou recurso especial e ainda que não pré-questionada. Consoante a doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores, é dever do juiz pronunciá-la de ofício (RTJ 56/642)" (STJ, 3ª T., REsp. 66.567/MG, trecho do voto do Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 25.03.1996, *DJU* de 24.06.1996, p. 22.754). No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp. 173.421/AL, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, ac. 25.04.2000, *DJU* de 28.10.2002, p. 263.

301 "... a posição majoritária da jurisprudência é no sentido de só ser possível reconhecer de ofício matéria de ordem pública se conhecido o recurso. (...) Aberto o juízo de mérito, pelo conhecimento do recurso, de ofício levanto a preliminar de litisconsórcio necessário do agente financeiro com a CEF, o que leva à incompetência absoluta da Justiça Estadual" (STJ, 2ª T., REsp. 698.061/MG, trecho do voto da Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, ac. 08.03.2005, *DJU* de 27.06.2005, p. 337). Nesse sentido: STJ, 1ª T., REsp. nº 869.534, Rel. Min. Teori Zavaschi, ac. 27.11.2007, *DJU* 10.12.2007; STJ, 2ª T., REsp. nº 799.780, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 07.05.2007, *DJU* 08.06.2007; STJ, 5ª T., REsp. nº 906.839, Rel. Min. Arnaldo Esteves, ac. 21.08.2008, *DJE* 29.09.2008.

302 Ruy Rosado de Aguiar Júnior faz minuciosa análise da jurisprudência do STJ para concluir que a posição nela dominante é a de que "aberta a possibilidade de o Tribunal enfrentar o mérito da causa, deverá, antes disso, reconhecer a existência de questão de ordem pública, ainda que não pré-questionada (dispensa de prequestionamento) e ainda que não provocada da parte (reconhecimento de ofício)" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso Especial: questão de ordem pública. Prequestionamento. *Revista de Processo*, 132/285-286). O autor faz, porém, uma judiciosa distinção: "o conhecimento que permite apreciação de questão de ordem pública é o conhecimento do recurso

especial por fundamento que levará à apreciação do mérito da demanda. Se o conhecimento for de questão diferente do mérito, não caberia o reconhecimento da questão de ordem pública (...). Não me parece cabível julgar contra o interesse do único recorrente, fundado em questão de ordem pública, que não foi pré-questionada, nem suscitada pela parte, para piorar a situação do recorrente" (op. *cit*., p. 286).

303 STJ, REsp. 5.011-SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, ac. 17.10.90, *DJU* de 19.11.90, p. 13.251; STJ, REsp. 83.751/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 19.06.97, *in RSTJ* 100/197; STJ, EDcl. no REsp. 8.880-0/SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 03.10.95, *in RSTJ* 78/247. REsp. 2.260-MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 10.04.90, *DJU* de 14.05.90, p. 4.157; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.199.506/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 02.08.2011, *DJe* 09.08.2011.

304 STJ, Ag. Reg. no AI 3.952-PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 23.10.90, *DJU* de 19.11.90, pp. 13.262. Prevalece na jurisprudência do STJ o entendimento antes firmado pelo STF no sentido de que é *erro de direito* o cometido "quanto ao valor da prova abstratamente considerado", porque, em tal conjuntura, se ofende "direito federal sobre prova", justificando-se, assim, o recurso extraordinário ou especial (STF, 1ª T., RE 84699/SE, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, ac. 14.12.1946, *RTJ* 86/554). Nesse sentido: STJ, 5ª T., REsp. nº 730.934/DF, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, ac. 04.08.2011, *DJe* 22.08.2011.

305 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle*. *Cit*., p. 19.

306 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Idem, ibidem*.

307 STJ – 4ª T., REsp 917.531/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 17.11.2011, DJe 01.02.2012. No mesmo sentido: STJ – 1ª T., EDcl no AgRg no REsp 1.043.561/RO, Rel. p/ ac. Min. Luiz Fux, ac. 15.02.2011, *DJe* 28.02.2011; STJ – 2ª Seção, EREsp 41.614/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 28.10.2009, *DJe* 30.11.2009; STJ – 2ª T., AgRg no REsp 1.065.763/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 10.03.2009, *DJe* 14.04.2009; STJ – 1ª T., REsp 869.534/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 27.11.2007, *DJe* 10.12.2007; STJ – 3ª T., EDcl no Ag 961.528/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 21.10.2008, *DJe* 11.11.2008; STJ – 5ª T., AgRg no REsp 1.129.101/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, ac. 01.12.2009, *DJe* 15.12.2009; STJ – Corte Especial, AgRg no EREsp 1.088.405/RS, Rel. Min. Félix Fischer, ac. 17.11.2010, DJe 17.12.2010.

308 No sistema dos recursos extraordinário e especial, o tribunal *ad quem* (STF ou STJ), depois de admitido o recurso, verificada a procedência da alegação de que o tribunal *a quo* infringiu a Constituição ou lei federal, "cassará o acórdão recorrido [juízo de cassação] e, numa segunda fase do julgamento (*juízo de revisão*), aplicará o direito à espécie, podendo ingressar no mérito do caso concreto, apreciar as provas e dar o direito a quem o tem (STF 456)" (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 963, notas 8 e 9).

309 STJ, REsp. 1.333-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, ac. 29.11.1989, *DJU* de 18.12.1989, p. 18.472; STJ, REsp. 58.460-4/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, ac. 25.04.95, *in RSTJ* 73/389; STJ, REsp. 6.318/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 05.08.92, *in DJU* de 14.09.92, p. 14.937; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.207.381/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 09.08.2011, *DJe* 17.08.2011.

310 STJ, REsp. 1.696-SP, Rel. Min. Geraldo Sobral, ac. 19.04.90, *DJU* de 07.05.90; STJ, Corte Especial, EREsp. nº 147.187/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 01.04.2002, *DJU* 12.08.2002, p. 160.

311 STJ, REsp. 79.573/SC, Rel. Min. Peçanha Martins, ac. 18.08.97, *in RSTJ* 103/109; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.260.655/ MA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 23.08.2011, *DJe* 30.08.2011; STJ, Súmula nº 126.

312 STJ, Ag. Reg. no AI nº 2.038-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, ac. 04.04.90, *DJU* de 30.04.90, p. 3.522; STJ, REsp. 10.974/MG, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 12.08.91, *in DJU* de 09.09.91, p. 12.200.

313 STJ, REsp. 5.936/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 04.06.91, *in DJU* de 07.10.91, p. 13.971; STJ, Ag. 5.474/RJ, Rel. Min. Gueiros Leite, *in DJU* de 05.11.90, p. 12.454; STJ, 2ª T., EDcl no REsp. nº 229.189/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, ac. 02.10.2003, *DJU* 19.12.2003, p. 386.

314 STJ, REsp. 2.387, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, ac. 18.04.90, *DJU* de 30.04.90, p. 3.526; STJ, REsp.

102.313/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 09.12.96, *in DJU* de 24.02.97, p. 3.342; STJ, REsp. 45.186/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, ac. 13.09.95, *in DJU* de 20.11.95, p. 39.577; STJ, REsp. 2.511-0/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 17.08.94, *in DJU* de 05.09.94, p. 23.029; STJ, 2ª T., AgRg no REsp. nº 1.257.260/PE, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 23.08.2011, *DJe* 01.09.2011.

315 STJ, REsp. 2.304-DF, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. 10.04.90, *in DJU* de 30.04.90, p. 3.529; STJ, 1ª T., REsp. nº 3.025/AM, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 03.05.1993, *DJU* 31.05.1993, p. 10.623; STJ, 2ª T., REsp. nº 231.992, Rel. Min. Peçanha Martins, ac. 21.02.2002, *DJU* 12.08.2002; STJ, 2ª T., REsp. nº 562.230, Rel. Min. Franciulli Netto, ac. 19.08.2004, *DJU* 01.02.2005 (Os dois últimos acórdãos referem-se a divergência entre decisões monocráticas de desembargadores e ministros).

316 STJ, REsp. 5.332-1/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 16.09.97, *in DJU* de 24.11.97, p. 61.192; STJ, REsp. 140.809/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 24.11.97, *in DJU* de 11.05.98, p. 90; STJ, REsp. 202.826/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 13.04.99, *in DJU* de 24.05.99, p. 178; STJ, 4ª T., REsp. nº 1.065.747/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 15.09.2009, *DJe* 23.11.2009; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.147.513/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 17.08.2010, *DJe* 28.04.2011.

317 STF, Pleno, EDcl. no RE 571.572-8/BA, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. 26.08.2009, *DJe* de 27.11.2009.

318 STJ, 3ª T., REsp. nº 1.344.256/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 28.05.2013, *DJe* 10.06.2013.

319 O Superior Tribunal de Justiça, com certeza, regulamentará o uso das fontes da Internet, para os efeitos previstos no parágrafo único do art. 541, submetendo-as ao regime de credenciamento, quando não forem oficiais.

320 STJ, 2ª T., AgRg. na MC 750/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, ac. 22.05.1997, *RSTJ* 99/99; STJ, 2ª T., MC 4.071/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, ac. 28.05.2002, *DJU* 01.07.2002, p. 267; STJ, 1ª T., MC 2.761/RJ-AgRg., Rel. Min. Garcia Vieira, ac. 17.08.2000, *DJU* 18.09.2000, p. 97.

321 STJ, 2ª T., AgRg. na MC 2.613/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 27.06.2002, *DJU* 12.08.2002, p. 181; STJ, 3ª T., AgRg. na MC 5.399/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 19.02.2002, *DJU* 04.11.2002, p. 193; STJ, 5ª T., AgRg. na MC 5.166/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, ac. 08.10.2002, *DJU* 25.11.2002, p. 246; STJ, 5ª T., AgRg. na MC 6.225/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, ac. 26.08.2003, *RSTJ* 180/487; STJ, 1ª T., AgRg. nos EDcl. na MC 7.780/RJ, ac. 22.06.2004, Rel. Min. Luiz Fux, *DJU* 02.08.2004, p. 301; STJ, 4ª T., AgRg. na MC 11.753/BA, Rel. Min. Jorge Scartezzini, ac. 17.08.2006, *DJU* 11.09.2006, p. 283.

322 STJ, 2ª T., EDcl. no AgRg. na MC 10.713/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 16.03.2006, *DJU* 24.04.2006, p. 383.

323 "Embora ainda não se encontre nesta Corte o Agravo de Instrumento da decisão denegatória de seguimento ao Recurso Especial, interposto pelo ora requerente, já tendo sido superada a fase do juízo de admissibilidade pelo Tribunal Estadual, transfere-se para este Superior Tribunal de Justiça a competência para a apreciação de pedido cautelar." Exige, outrossim, o STJ, que a plausibilidade do direito alegado esteja presente (*fumus boni iuris*), o mesmo ocorrendo com o *periculum in mora* (efeito concreto e imediato do acórdão recorrido, grave e irreparável, ou de difícil reparação). Em relação a esse último requisito, acrescenta-se a exigência de que, "para evitá-lo não haja nenhuma possibilidade recursal nas instâncias originárias" (STJ, 3ª T., AgRg na MC nº 17.254/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 02.12.2010, *DJe* 14.12.2010).

324 STJ, 3ª T., EDcl. no AgRg. na MC 9.978/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 28.06.2007, *DJU* 19.12.2007, p. 1.221.

325 A inovação procedimental, sem dúvida, representa um esforço da redução da demora que aflige a prestação jurisdicional no Brasil, em sintonia com a garantia constitucional de "duração razoável" do processo e de observância de meios que "garantam a celeridade de sua tramitação" (CF, art. 5º, LXXVIII).

326 STJ, Corte Especial, QO no REsp. nº 1.063.343/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 17.12.2008, *DJe*

04.06.2009.

327 STJ, 2ª Seção, REsp. nº 1.067.237/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 24.06.2009, *DJe* 23.09.2009; DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. III, pp. 323-324.

328 NEGRÃO, Theotônio et *al. Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 736, nota 2 ao art. 543-C.

329 Suscitado o incidente previsto no art. 543-C, o julgamento do recurso especial não mais será feito pela Turma, mas pela Seção, se a questão versar sobre matéria afeta a uma das seções especializadas, ou pela Corte Especial, se for o caso de matéria de caráter geral (art. 543-C, § 6º).

330 Contra o novo acórdão também não prosperará o especial acaso manifestado, visto que a definição da questão federal em jogo já teria assentada no pronunciamento anterior do STJ. Assim, a parte vencida não poderá invocar ofensa à lei federal, pois o julgamento de retratação terá consistido, justamente, na aplicação da norma legal no exato sentido adrede definido pelo STJ.

331 STJ, Corte Especial, QO no Ag 1.154.599/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. de 16.02.2011, *DJe* 12.05.2011. "Conforme decidido pela Corte Especial do STJ, no julgamento da QO no Ag. 1.154.599, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 'não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inc. I, do CPC'. O STJ aplica o entendimento de que a mencionada decisão somente pode ser atacada por Agravo Regimental a ser processado e julgado no Tribunal de Origem" (STJ, 2ª T., RMS 35.441/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 06.12.2012, *DJe* 19.12.2012).

332 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos, cit*., p. 55.

333 STJ – 3ª T., REsp 959.505/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 02.10.2007, *DJU* 29.10.2007, p. 236.

334 STF – 1ª T., AgRg no RE 480.041/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, ac, 15.02.2011, *DJe* 06.05.2011; STJ – 3ª T., AgRg no Ag 809.820/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 14.09.2010, *DJe* 22.09.2010; STJ – 1ª T., AgRg no REsp 1.053.521/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 22.03.2011, *DJe* 07.04.2011.

335 STJ – 3ª T., REsp 510.299/TO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac.08.06.2004, *DJU* 13.12.2004, p. 353.

336 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. V, p. 288; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 232.

337 STJ, 1ª Seção, EREsp. 133.541/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, ac. 10.04.2000, *DJU* de 21.08.2000, p. 89. No mesmo sentido: STJ, Corte Especial, EREsp. 258.616/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 07.03.2001, *DJU* de 12.11.2001, p. 121; STJ, Corte Especial, AgRg na Pet nº 3.312/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 03.08.2005, *DJU* 26.09.2005, p. 161.

338 "A Eg. Corte Especial desta Corte já possui pensamento reiterado no sentido de que não são pertinentes os Embargos de Divergência calcados em eventual inobservância de regras técnicas alusivas ao conhecimento do recurso especial" (STJ, Corte Especial, AgRg. nos EREsp. 354.434/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, ac. 17.11.2004, *DJU* 13.12.2004, p. 190). No mesmo sentido: STJ, Corte Especial, AgRg. na Pet. 6.146/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, ac. 01.08.2008, *DJe* 06.10.2008; STJ, Corte Especial, Pet. 5.398/RJ, Rel. p/ acórdão Min. Fernando Gonçalves, ac. 04.06.2008, *DJe* 04.08.2008; STJ, 1ª Seção, AgRg nos EREsp. nº 918.298/ RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 11.02.2009, *DJe* 27.02.2009; STJ, Corte Especial, AgRg na Pet. nº 6.146/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, ac. 01.08.2008, *DJe* 06.10.2008.

339 Em doutrina, Eduardo Ribeiro de Oliveira (Embargos de divergência. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [Coord]. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo:

RT, 2006, v. 9, pp. 148-149) endossa a posição do STJ. Admitem os embargos de divergência também em relação ao juízo de admissibilidade do recurso especial Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, n. 340, p. 640), Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007, pp. 949-950) e Nelson Luiz Pinto (PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 153).

340 STF, Pleno, AgRg. nos REs 285.093, 283.240 e 356.069, Rel. Min. Cezar Peluso, ac. 26.04.2007.

341 "Não se pode, em embargos de divergência, pretender seja reapreciada preliminar de conhecimento do recurso extraordinário. Agravo regimental a que se nega provimento" (STF, Pleno, Emb. no RE 93.861/RJ – AgRg., Rel. Min. Xavier de Albuquerque, ac. 06.05.1982, *RTJ* 101/1.223). STF, Pleno AgRg nos EDiv no AgRg no RE nº 518.813, Rela. Min. Carmen Lúcia, ac. 17.02.2010, *RF* 406/414.

342 Segundo o STF, "a natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal" (STF, Pleno, ADI nº 2.212/CE, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, ac. 02.10.2003, *RTJ* 190/122).

343 "Reclamação – Lei nº 8.038/1990 (art. 13) e RISTJ (art. 187). O descumprimento de ordem judicial afeta a soberania do Estado, porque atingido um dos seus poderes. O instituto da reclamação tem originária sede constitucional restrita. A sua finalidade não pode ter elastério órfão da sua própria natureza. Sem disposição objetiva no título sentencial apontado como descumprido, não merece acolhimento, ficando obstado o seu processamento como embargos declaratórios. Reclamação improcedente" (STJ, 1ª Seção, Reclamação nº 553/DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. 25.11.98, *RSTJ* 143/73). "A reclamação tem por finalidade preservar a competência do Superior Tribunal de Justiça ou garantir a autoridade de suas decisões, sempre que haja indevida usurpação por parte de outros órgãos de sua competência constitucional, nos termos do art. 105, inciso I, alínea 'f', da Constituição Federal" (STJ, 2ª Seção, Rcl nº 5.477/ RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 10.08.2011, *DJe* 17.08.2011).

344 STF, Pleno, Rcl. nº 5.684-AgR/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ac. 26.06.2008, *DJe* 15.08.2008; STF, Pleno, Rcl. nº 5.465-ED/ES, Rel. Min. Cármen Lúcia, ac. 25.06.2008, *DJe* 15.08.2008; STF, Pleno, Rcl. nº 603/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, ac. 03.06.1998, RTJ 168/718; STF, Pleno, Rcl. nº 724 AgR, Rel. Min. Octavio Gallotti, ac. 26.03.1998, *DJU* 22.05.1998, p. 10; STJ, 2ª Seção, AgRg na Rcl nº 4.360/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 13.10.2010, *DJe* 28.10.2010.

345 STJ, 2ª Seção, AgRg na Rcl 10.805/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 04.02.2013, *DJe* 07.02.2013.

346 "Quando o STJ deixa de conhecer recurso especial, por falta de pressupostos, não está confirmando o acórdão sob desafio do apelo desconhecido. Assim eventual desacato ao acórdão do Tribunal *a quo* não significa desacato ao STJ" (STJ, 1ª Seção, AgRg. na Recl. nº 1.092/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 11.09.2002, *RSTJ* 165/55).

347 STF, Pleno, AgRg. na Recl. nº 1.108/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, ac. 15.02.2001, *RTJ* 191/797; STF, Súmula 734; STF, Tribunal Pleno, Rcl nº 2.795 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ac. 03.08.2006, *DJU* 13.10.2006.

348 STF, Pleno, AgRg. na Recl. nº 655/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 10.04.1997, *in DJU* 27.06.1997, p. 30.243; STF, Tribunal Pleno, Rcl nº 8.478 AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, ac. 01.08.2011, *DJe* 22.08.2011.

349 "Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua" (STF, Pleno, Recl. nº 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, ac. 01.10.2003, *DJU* 21.05.2004, p. 33). A Recl. nº 6.318/SP, v.g., foi acolhida pelo

STF porque o TJSP, contrariando o decidido na ADIn nº 2.591, deixara de aplicar o CDC a determinada operação bancária, enquanto o assentado pela Corte Suprema, na aludida ADIn, fora que todas as operações bancárias estão "alcançadas pela incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor" (Decisão do Rel. Min. Eros Grau, de 15.09.2009, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 47, p. 388-399, jan. /mar. 2010).

350 A Resolução nº 12, de 14.12.2009 "dispõe sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte" (i.e, do STJ).

351 A Lei nº 10.259/2001 criou a turma de Uniformização da Jurisprudência, no âmbito federal, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ.

352 O fundamento do decisório do STF é o de que, não havendo via recursal para acesso ao Superior Tribunal de Justiça em relação aos julgamentos dos Juizados Especiais Estaduais, o risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal geraria "insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la" (STF, Pleno, EDcl no RE nº 571.572-8/BA, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, ac. 26.08.2009, *DJe* 27.11.2009). Entende, porém, o STJ que a reclamação, *in casu*, não tem força para rescindir decisões transitadas em julgado. "A ideia que norteou a Resolução nº 12/2009 é a de, suspendendo os processos em trâmite perante os juizados estaduais, permitir que, após julgada a reclamação, as Turmas Recursais conformem suas decisões ao que ficar estabelecido no Tribunal Superior. Se a causa já foi julgada, a suspensão do processo não estará apta a cumprir esse objetivo. A Resolução nº 12/2009 não pretendeu dar à Reclamação uma exorbitante eficácia de ação rescisória *sui generis*, com eficácia *erga omnes* e hipótese de cabimento mais ampla que a prevista pelo art. 485 do CPC" (STJ, 2ª Seção, MC nº 16.568/TO, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, ac. 10.03.2010, *DJe* 06.05.2010).

353 STJ, 2ª Seção, Rcl 4858/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Min.ª Nancy Andrighi, ac. 23.11.2011, *DJe* 30.11.2011.

354 Não de admite a reclamação que "discuta regras de processo civil, à medida que o processo, nos juizados especiais, orienta-se pelos peculiares critérios da Lei nº 9.099/1995. As hipóteses de teratologia deverão ser apreciadas em cada situação concreta" (Recl. nº 4.858/RS, cit.).

355 STF, Pleno, ADI nº 2.212/CE, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. 02.10.2003, *RTJ* 190/122; STF, Tribunal Pleno, ADI nº 2.480, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 02.04.2007, *DJU* 15.06.2007).

356 STF, Pleno, REsp 405.031/AL, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. unânime de 15.10.2008, *Rev. Dialética de Dir. Proc.*, v. 76, p. 170, jul./2009.

357 A respeito da sustação dos efeitos da decisão recorrida, Athos Gusmão Carneiro informa que no STJ a jurisprudência dominante é no sentido de que, com base no art. 800, parágrafo único, do CPC, a medida cautelar pode ser proposta desde a propositura do recurso especial, sem necessidade de aguardar-se a sua admissão. Já no STF, só se tem deferido cautelar para atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário após o juízo positivo de sua admissibilidade (CARNEIRO, Athos Gusmão. Inovações da Lei nº 9.756, de 17.12.98, no âmbito do Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 93, p. 12).

358 Se se não admite que o mandado de segurança seja interposto perante os Tribunais Superiores contra atos de Tribunais inferiores, "é possível que a ação cautelar acabe fazendo estas vezes" (SCARPINELLA, Cássio. Observações iniciais sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC – Lei nº 9.756, de 17.12.98. *Revista de Processo*, v. 93, p. 21).

359 STJ, 1ª T., REsp. nº 791.292/MT, Rel.ª Min.ª Denise Arruda, ac. 07.08.2007, *DJU* 06.09.2007, p. 200.

360 STJ, 2ª T., MC nº 6.788/MT, Rel.ª Min. Eliana Calmon, ac. 19.12.2003, *DJe* 15.03.2004, p. 218. No STF, não há, também, uma posição definitiva, constatando-se uma oscilação entre a reclamação, a medida cautelar ou o agravo de instrumento (1ª T., Pet. nº 2.460 AgR/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 30.10.2001, *DJU* 14.12.2001, p. 32; 1ª T., Rcl nº 2.510 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 02.12.2003, *DJU* 21.05.2004, p. 43; Decisão monocrática, AI nº 498.260, Rel. Min. Carlos Velloso ac.

30.08.2004, *DJU* 13.10.2004, p. 15; Decisão monocrática, AI nº 455.842/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, ac. 26.02.2004, *DJU* 19.03.2004, p. 44.

361 STF, 1ª T., AgRg na AC 3.189/DF, Rel. Min. Rosa Weber, ac. 25.09.2012, *DJe* 09.10.2012.

362 O texto do § 2º do art. 102 da CF fala em efeito vinculante "relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário", o que parece, à primeira vista, excluir desse efeito o próprio STF, o qual teria liberdade, no futuro, de decidir a mesma questão constitucional de maneira diversa. Essa, porém, não pode ser a inteligência do dispositivo constitucional, primeiro porque o efeito do julgado em ação de controle constitucional opera *erga omnes*, dele não ficando excluído, portanto, o STF. Segundo, porque a estrutura do controle direto da constitucionalidade se dá por meio de ação, cujo provimento se recobre de coisa julgada. Logo a indiscutibilidade e imutabilidade são atributos normais e necessários do julgamento definitivo do STF nas ações da espécie. Nenhum outro julgamento poderá voltar a ser proferido sobre o objeto do pronunciamento final da ação de controle de constitucionalidade, seja por qualquer tribunal inferior, seja pelo próprio STF (CPC, art. 471).

363 A reclamação cabe, porém, no caso de ato contrário ao assentado nas ações diretas de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade; e sendo acolhida a reclamação o Supremo Tribunal Federal desconstituirá o ato de desrespeito à sua autoridade (STF, Pleno, ADC 8/DF-M. Caut., Rel. Min. Celso de Mello, ac. 13.10.1999, *DJU* de 04.04.2003, p. 38; STF, Pleno, Recl. 847-3/RJ, ac. 05.06.2002, Rel. Min. Celso Mello, *RT* 807/177).

364 MARCATO, Antônio Carlos. *Crise da Justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro* (Tese), São Paulo: Fac. de Dir. da USP, 2008, pp. 182-184.

365 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939), 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. XV, p. 245. "Os recursos judiciais constituem matéria de ordem pública e se regem pela lei do tempo da sua *interposição*" (TJMG, Apel. 24.598, Rel. Des. Aprígio Ribeiro, *in Jurisprudência Mineira*, 41/75); STJ, REsp. 36.578-2/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 24.08.93, *in RF* 325/155; TJSP, Ag. 272-041-1, ac. 19.10.95, Rel. Des. Toledo Silva, *in JTJSP* 176/207.

366 ROUBIER, Paul. *Les Conflits de Lois dans le Temps*, Paris: Recueil Sirey, 1929, v. II, p. 728; CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, v. X, n. 593. "O direito ao recurso, com todos os seus predicamentos, é o da lei vigente na data em que é proferida a decisão, visto considerar-se direito adquirido o que 'o seu titular, ou alguém por ele possa exercer'" (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 2º) (TFR, Apel. Cív. 32.228, Rel. Min. Décio Miranda, *in Rev. Lemi*, 69/218); STJ, REsp. 6.187/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 04.06.91, *in RF* 320/79; STJ, CComp. 1.133/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 11.03.92, *in LEX JSTJ* 39/22; STJ, 2ª T., REsp. nº 1.205.159/ES, Rel. Min. Castro Meira, ac. 15.02.2011, *DJe* 28.02.2011.

367 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, n. 150-151.

368 TJMG, Rev. nº 1.410, Rel. Des. Horta Pereira, *in Rev. Lemi*, 84/192; STJ, Corte Especial, EREsp. nº 600.874/SP, Rel. Min. José Delgado, ac. 01.08.2006, *DJU* 04.09.2006, p. 201.

369 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit., loc. cit*.

370 LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, vol. I, n. 278.

371 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit., loc. cit*; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1936, v. I, p. 98.

372 LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 85.

373 LACERDA, Galeno. *Op. cit*., p. 88.

374 LACERDA, Galeno. *Op. cit*., p. 82.
375 LACERDA, Galeno. *Op. cit*., p. 85.

Parte VIII
O Processo nos Tribunais

Capítulo XXI
NOÇÕES GERAIS

§ 89. O PROCESSO NOS TRIBUNAIS

Sumário: 579. Duplo grau de jurisdição. 580. Competência dos tribunais. 581. Características dos processos de competência originária dos tribunais. 582. Casos de competência originária dos tribunais. 583. Posição da matéria no novo Código de Processo Civil. 584. O funcionamento dos tribunais. 585. O sistema de julgamento dos tribunais. 585-a. Inovações da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, sobre os julgamentos pelos tribunais. 585-b. Adiamento e retomada do julgamento de tribunal.

579. Duplo grau de jurisdição

Para a generalidade dos casos decididos pelos juízos de 1º grau, em nosso sistema processual, vigora o princípio da dualidade de jurisdição, segundo o qual as causas decididas pelos juízes de direito são passíveis de reexame e novo julgamento pelos Tribunais de 2º grau, mediante provocação por meio da apelação. Há, também, na sistemática do nosso Código, além do voluntário, um duplo grau de jurisdição necessário, que ocorre nos casos do art. 475 (antigo recurso *ex officio*).

Certos processos, porém, acham-se excluídos da competência dos juízes de 1º grau. Considerações em torno da natureza especial da lide, e da condição das pessoas em litígio, bem como razões de ordem política, levam o legislador a atribuir alguns feitos à apreciação originária (ou direta) dos Tribunais.

580. Competência dos tribunais

Os Tribunais, os órgãos colegiados do 2º grau de jurisdição, exercem sua competência, portanto, em três situações distintas: *a*) em grau de recurso; *b*) em reexame no duplo grau de jurisdição necessário; e *c*) em processos de competência originária.

Particularmente, o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário nacional, decide em matéria recursal tanto a título ordinário como extraordinário.

São ordinários os recursos de agravo e apelação interpostos pelo vencido em decisão de juiz de 1º grau para obter reexame da matéria decidida em seu prejuízo. O pressuposto objetivo de admissibilidade do recurso ordinário é a inconformação do vencido com a decisão.

Diz-se extraordinário o recurso interposto com base em permissivo constitucional, das decisões dos Tribunais para o Supremo Tribunal Federal, visando apenas e tão somente à apreciação da tese de direito federal aplicada no julgamento do órgão judiciário local. É extraordinário porque não cabe na generalidade dos casos decididos por tribunais, mas apenas nas situações específicas previstas na Carta Magna da República. O fim dessa especial modalidade de recurso é essencialmente político e se prende à tutela que a Federação exerce para manter o respeito à Constituição e preservar a unidade das leis federais.

Da mesma natureza e objetivo é o recurso especial, previsto pela nova Constituição Federal de 1988, interponível para o Superior Tribunal de Justiça.

A diferença está em que o recurso extraordinário, manejável perante o Supremo Tribunal Federal, cuida de solucionar questão federal no terreno das normas constitucionais, enquanto o especial, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, versa sobre questões travadas em torno da legislação federal infraconstitucional.

581. Características dos processos de competência originária dos tribunais

Não vigora, em princípio, para os processos de competência originária dos tribunais o princípio da dualidade de jurisdição. São eles julgados em uma única instância, isto é, não desafiam recursos ordinários[1] em decorrência do simples fato da sucumbência.

Dão ensejo, porém, em circunstâncias especiais, à interposição do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal ou de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, impugnação essa que é típica dos julgamentos de

Tribunais locais (Constituição Federal, arts. 102, nº III, e 105, nº III).

Note-se porém, que o recurso extraordinário tanto é cabível contra os acórdãos proferidos em grau de recurso como nos de processos de competência originária. O mesmo se dá com o recurso especial.

Há, porém, previsão excepcional de recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, de julgamentos em única instância dos Tribunais Superiores, quando ocorrer denegação de mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injução (Constituição Federal, art. 102, II, *a*). Há, igualmente, recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, de julgamentos em única instância proferidos em mandados de segurança pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios (Constituição Federal, art. 105, II, *b*).

582. Casos de competência originária dos tribunais

I – Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal, em matéria civil, processar e julgar (Constituição Federal, art. 102, I):

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

b) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

c) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, e União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

d) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

e) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

f) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

g) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

h) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

i) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

j) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

l) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.

II – É da competência originária do Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, em matéria civil (Constituição Federal, art. 105, I):

a) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal;

b) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, *o*, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

c) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

d) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

e) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

f) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

g) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

III – É da competência originária dos Tribunais Regionais Federais (Constituição Federal, art. 108, I):

a) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;

b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;

c) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal.

IV – Para os Tribunais Estaduais, dispõe o art. 93 do Código de Processo Civil que a respectiva competência será regida pela Constituição da República e pelas Normas da Organização Judiciária. A Constituição Federal, todavia,

remeteu a matéria para as Constituições estaduais e leis de organização judiciárias (art. 125, § 1º). De maneira que, em questões cíveis, a competência originária é aquela traçada pelas respectivas organizações judiciárias.

Vigora no Estado de Minas Gerais a Lei Complementar nº 59, de 18.01.2001, que contém a Organização Judiciária, na qual se atribui à Corte Superior a competência privativa para processar e julgar os seguintes feitos civis (art. 21):

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual e de lei ou ato normativo municipal, em face da Constituição do Estado;

b) o mandado de segurança contra ato do Governador do Estado, da Mesa e da Presidência da Assembleia Legislativa, do próprio Tribunal ou de seus órgãos diretivos ou colegiados e do Corregedor-Geral de Justiça;

c) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Governador do Estado, da Assembleia Legislativa ou de sua Mesa, do próprio Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça Militar ou do Tribunal de Contas;

d) o *habeas data* contra ato de autoridade diretamente sujeita à sua jurisdição;

e) julgar, em feito de sua competência, suspeição oposta a Desembargador ou ao Procurador-Geral de Justiça;

f) julgar reforma de autos perdidos e outros incidentes que ocorrerem em processos de sua competência;

g) julgar recurso interposto contra decisão jurisdicional do Presidente do Tribunal;

h) executar sentença proferida em causa de sua competência originária, delegando a Juiz de Direito a prática de ato ordinatório;

i) julgar embargos em feito de sua competência;

j) decidir dúvidas de competência entre o Tribunal de Alçada e o Tribunal de Justiça;

l) julgar agravo contra decisão do Presidente que suspender medida liminar ou execução de sentença concessiva de mandado de segurança.

A competência dos Grupos de Câmaras e das Câmaras Isoladas foi delegada pela Lei de Organização Judiciária ao Regimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

583. Posição da matéria no novo Código de Processo Civil

O novo Código reservou dois Títulos do Livro I (Processo de Conhecimento)

(IX e X) para regular o processamento dos feitos de competência dos Tribunais.

No Título IX foram regulados o incidente da "Uniformização da Jurisprudência" (Capítulo I), a "Declaração de Inconstitucionalidade" (Capítulo II), a "Homologação de Sentença Estrangeira" (Capítulo III) e "Ação Rescisória" (Capítulo IV).

No Título X foram minuciosamente definidos e disciplinados os recursos cabíveis, tanto em decisões de 1º grau como de graus superiores de jurisdição, através de seis capítulos. No Capítulo VII fixou-se a "ordem dos processos no Tribunal", com pertinência à matéria de recurso e feitos de competência originária. As normas desse capítulo não se aplicam, porém, ao Supremo Tribunal, em virtude do disposto na Constituição da República (art. 119, § 3º, c), que assegura, àquela Corte, o poder normativo para estabelecer em seu Regimento Interno o procedimento a ser observado nos feitos "de sua competência originária ou de recurso".[2]

O Código anterior tratava, juntamente com os temas acima, do "Conflito de Jurisdição". O atual Estatuto preferiu abordar o assunto como incidente da fase inicial do processo em que se determina a competência do órgão judicial para seu conhecimento e julgamento (arts. 115 a 124). Trata-se, no entanto, de procedimento típico de competência originária dos Tribunais.

O incidente da "uniformização da jurisprudência" já foi apreciado juntamente com os "recursos". Os mais tópicos serão examinados diante.

584. O funcionamento dos tribunais

No sistema processual civil brasileiro, os juízes de 1º grau são singulares e os órgãos de 2º grau são coletivos.

O modo de julgar, portanto, pela própria natureza de cada espécie de juízo, há de ser muito diverso: enquanto no primeiro caso será a manifestação de vontade unipessoal do juiz singular, no segundo será a conjugação das opiniões dos vários membros do Tribunal. Daí a denominação de "acórdão" (derivado do verbo acordar) que se aplica às decisões dos colegiados de grau superior de jurisdição.

Os tribunais nem sempre decidem pela totalidade de seus membros. Na prática, há uma divisão de trabalho e função entre seus membros, que se agrupam em Câmaras Cíveis e Câmaras Criminais. Referidas Câmaras poderão, conforme a natureza das decisões a proferir, funcionar como Câmaras isoladas ou como Câmaras Reunidas. Quando atua o tribunal como um todo tem-se o

Tribunal Pleno.

A Lei de Organização Judiciária fixa a competência do Pleno, das Câmaras isoladas e das Câmaras Reunidas. O Regimento Interno, por sua vez, determina o sistema de processamento e julgamento dos feitos perante cada órgão do tribunal.

Como adverte Lopes da Costa, cada um desses órgãos "não representa um juiz colegiado diverso do Tribunal, mas é o mesmo Tribunal de Justiça. A divisão em órgãos não quebra a unidade do organismo".[3]

É sempre o Tribunal que decide, seja pelo Pleno, seja apenas por uma Câmara isolada. Tanto é assim que os recursos são endereçados ao Tribunal e não às Câmaras. O presidente é que, após o recebimento, o distribui ao órgão competente para conhecer da medida pleiteada, de conformidade com o Regimento.

Em alguns casos, o Código atribui ao relator competência para decidir, singularmente, questões incidentais durante a tramitação do feito no tribunal, como, *v.g*., a atribuição de efeito suspensivo a agravo e apelação que normalmente não o tenham (art. 558 e parágrafo), ou de negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior (art. 557).

Também no conflito de competência é permitido o julgamento singular do relator quando sobre a questão suscitada já houver pronunciamento da jurisprudência dominante do Tribunal (art. 120, parág. único).

585. O sistema de julgamento dos tribunais

Tanto o Pleno como cada uma das Câmaras em que se subdivide o Tribunal têm o seu presidente, que é o magistrado que dirige os trabalhos da sessão de julgamento do órgão colegiado.

Durante a tramitação do processo há um membro do colegiado que assume posição de relevo, por caber-lhe a direção do feito, inclusive no que toca à coleta das provas. Trata-se do *relator*, que é escolhido por sorteio (distribuição) entre os componentes do órgão julgador.

Compete ao relator: *a*) ordenar as intimações; *b*) receber contestação; *c*) despachar os requerimentos das partes; *d*) delegar competência a juiz de 1º grau para ouvida de testemunhas ou realização de perícia; *e*) fazer o relatório geral do processo.

A última função é de grande importância para o julgamento da causa. Na

verdade, não são todos os membros do órgão colegiado que examinam os autos antes do julgamento. Esse minucioso exame é feito apenas pelo relator, que faz o histórico do caso *sub judice* perante os demais julgadores.

Para evitar enganos ou omissões, em hipótese de maior relevância, funciona um revisor que fiscaliza o trabalho do relator. De acordo com o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, não haveria revisor em agravo, conflito de jurisdição, mandado de segurança, embargos declaratórios e suspeição (art. 91).

O Código de Processo Civil foi expresso, determinando que revisor funcionará apenas no julgamento de apelação, de embargos infrigentes e da ação rescisória (art. 551). Acrescentou, mais, que "nos recursos interpostos nas causas de procedimento sumário não haverá revisor" (art. 551, § 3º).

A Lei nº 8.950, de 13.12.1994, ampliou a previsão do dispositivo do Código, incluindo entre as causas que prescindem da figura do revisor as de despejo e todas aquelas que se encerram por ideferimento liminar da petição inicial.

O rito de julgamento dos Tribunais pode ser assim resumido:

a) os autos recebidos são registrados no protocolo (art. 547);

b) procede-se à distribuição para Câmara (se for o caso) e relator pelo princípio da publicidade, alternatividade e sorteio (art. 548);

c) 48 horas após a distribuição, os autos vão conclusos ao relator, que "fará nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso" (art. 549 e parágrafo único), devolvendo-os, com o respectivo "visto", à secretaria;

d) quando funcionar revisor, após a devolução do relator, os autos passam ao primeiro, que deve ser o "juiz que se seguir ao relator na ordem descendente de antiguidade" (art. 551, § 1º). O revisor porá seu "visto" e pedirá designação de dia para julgamento (art. 551, § 2º);

e) a seguir, o autos vão ao presidente do órgão, que designará o dia de julgamento, mandando publicar a pauta no órgão oficial (art. 552);

f) em casos de embargos infringentes e ação rescisória, após a devolução dos autos pelo relator, a secretaria expedirá cópias autenticadas do relatório a todos os juízes que irão participar do julgamento (art. 553);

g) na sessão de julgamento, exceto em casos de embargos declaratórios e agravo de instrumento, os advogados das partes poderão fazer sustentação oral de suas razões, pelo prazo improrrogável de 15 minutos para cada uma (art. 554);

h) após a sustentação oral, procede-se à votação dos juízes, podendo

qualquer deles pedir vista se não estiver habilitado a proferir imediatamente o seu voto (v., adiante, item nº 585-b). O primeiro voto é o do relator, que é proferido após a leitura do relatório. Segue-se o do revisor, se houver, e, após, o do vogal, ou dos demais juízes. Note-se que o julgamento da Turma ou Câmara será tomado apenas pelo voto de três juízes (art. 555, *caput*);[4]

i) a causa é apreciada e decidida por etapas, segundo a ordem lógica das questões ventiladas no processo: primeiro, as questões preliminares ou prejudiciais, e depois o mérito. Votam-se separadamente aquelas e este (art. 560). Em preliminar, o órgão julgador decidirá *conhecer* ou não do caso. Só depois é que julgará o mérito, dando pela *procedência*, ou não, da pretensão do promovente. Se se tratar de feito recursal, a decisão será de *provimento*, ou não, do recurso; ou seja: *improvendo* o recurso, a decisão recorrida ficará "confirmada" ou "mantida"; *provendo-o*, a decisão de origem será "reformada" ou "invalidada", conforme o caso;

j) proferidos os votos, o presidente anuncia o resultado do julgamento, devendo o acórdão ser redigido pelo relator. Se este ficar vencido, designa-se o autor do primeiro voto vencedor para a função de redigir o acórdão (art. 556). O resultado da votação é apurado pela maioria dos votos no mesmo sentido. Normalmente, basta a maioria relativa (isto é, dois votantes). No caso de decretação de inconstitucionalidade, exige-se, porém, a maioria absoluta (isto é, mais da metade dos membros do Tribunal) (Constituição Federal, art. 97). Os juízes vencidos nas preliminares voltam a votar na solução do mérito (art. 561). Quando a preliminar acolhida versar sobre nulidade suprível, o julgamento será apenas convertido em diligência, ordenando-se o encaminhamento dos autos ao juiz *a quo*, a fim de ser sanado o vício (art. 560, parágrafo único);

l) uma vez completo o julgamento, o acórdão será redigido pelo relator ou por quem suas vezes fizer, segundo o regimento interno do tribunal. Para facilitar futuras pesquisas de precedentes jurisprudenciais, todo acórdão conterá ementa que sintetize a matéria decidida (art. 563, com a redação da Lei nº 8.950, de 13.12.94). Assinado o acórdão, dar-se-á a publicação de suas conclusões no órgão oficial dentro de dez dias (art. 564). As partes serão consideradas intimadas pela referida publicação (art. 236) e dela passará a fluir o prazo para eventual recurso (art. 506, II).

Há dois atos de publicação no julgamento colegiado de Tribunal: o primeiro se dá quando se completa a votação e o presidente proclama, na sessão de julgamento, o resultado a que a turma julgadora chegou (isto é, a conclusão do "acórdão"); nesse momento se tem por cumprida e acabada a prestação

jurisdicional a cargo do Tribunal, motivo pelo qual não mais poderão os juízes alterar seus votos (art. 556). O segundo ato de publicação se dá depois que o relator redige o texto do acórdão já proclamado na sessão pública de julgamento, e consiste na divulgação das respectivas conclusões pela imprensa oficial (art. 564). Sua função não é a de dar existência e eficácia ao julgamento, mas apenas a de intimar as partes, para efeito de abrir-lhes o prazo para eventual recurso.

A documentação do julgamento do tribunal e a redação do acórdão poderão ser grandemente simplificadas se o Tribunal sistematizar suas sessões pelas regras do processo eletrônico autorizadas pela Lei nº 11.419, de 19.12.2006. Em função dessa nova perspectiva, o parágrafo único adicionado ao art. 556 pela referida lei prevê que os votos, acórdãos e demais atos processuais praticados durante a tramitação do feito perante o tribunal poderão ser imediatamente registrados em arquivo eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, sempre que o processo for eletrônico, nos termos da citada Lei nº 11.419/2006.

Se o processo ainda não for totalmente eletrônico, mesmo assim o Tribunal poderá se valer dos recursos da informática para documentar os atos da sessão de julgamento. Nessa última hipótese, depois de armazenados eletronicamente em arquivo inviolável, os votos e o acórdão serão impressos para juntada aos autos do processo de feitio tradicional (art. 556, parágrafo único, em sua redação posterior à Lei nº 11.419).

585-a. Inovações da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, sobre os julgamentos pelos tribunais

A Lei nº 10.352 alterou o texto dos arts. 547 e 555, para introduzir as seguintes inovações na sistemática dos julgamentos pelos tribunais:

a) o novo parágrafo único do art. 547 veio permitir que os feitos e recursos remetidos aos tribunais possam se valer de protocolos descentralizados. Para tanto, terá cada tribunal, dentro de sua circunscrição, de delegar o processamento de atos de seu protocolo a ofícios de justiça de primeiro grau. Implantada a descentralização, o recurso, a petição ou os autos que forem protocolados no ofício de 1º grau com endereçamento ao tribunal serão havidos como protocolados no próprio tribunal, para todos os efeitos, inclusive os de controle dos prazos recursais;

b) o julgamento de apelação ou de agravo, em qualquer tribunal, será feito por decisão, na câmara ou turma, pelo voto de três juízes (art. 555, *caput*);

c) o relator, todavia, pode propor o julgamento de tais recursos por órgão colegiado maior previsto no regimento interno (órgão especial, seção, grupo de câmaras etc.) (art. 555, § 1º);

d) o deslocamento dependerá de ocorrer "relevante questão de direito" em discussão, de modo a tornar conveniente a *prevenção* ou a *composição* de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal (art. 555, § 1º); o novo mecanismo processual que já é conhecido nos procedimentos do STF e do STJ agora se amplia para os julgamentos de todos os Tribunais. Trata-se de instrumento que cumpre função equivalente à "da uniformização da jurisprudência" (arts. 476 a 479), que, entretanto, não foi abolida. Há, doravante, dois caminhos utilizáveis para tentar-se a pacificação das divergências jurisprudenciais. A legitimidade para suscitar a divergência, nos novos padrões do art. 555, § 1º, é exclusiva do relator do recurso, não cabendo tal iniciativa nem às partes nem ao Ministério Público;[5]

e) caberá ao órgão colegiado para o qual se deslocou o recurso reconhecer o interesse público na assunção da competência, caso em que julgará o recurso (§ 1º); a proposta de deslocamento é examinada, em primeiro lugar, pelo órgão que tem competência normal para julgar o recurso; em seguida, sendo deferida por aquele órgão, passará ao crivo do órgão colegiado maior, a quem caberá a decisão final sobre a conveniência ou não de julgar o recurso deslocado. Se acolhê-la, julgará o recurso; caso contrário, devolverá o feito ao órgão de origem, para o respectivo julgamento;

f) o pedido de vista, com interrupção do julgamento já iniciado, não se restringe apenas às câmaras e turmas, como parecia indicar o texto original do art. 555, parágrafo único. Com a alteração promovida pela Lei nº 10.352, ficou claro que a faculdade toca a qualquer juiz integrante de órgão coletivo, no âmbito do tribunal, sempre que não se sentir habilitado a proferir imediatamente o seu voto. É óbvio, outrossim, que não é qualquer juiz do tribunal, ou mesmo do órgão que está em sessão de julgamento, que tem o poder de vista dos autos, mas apenas aqueles que compõem o órgão no momento do julgamento do feito e, na mesma ocasião, não se consideram aptos a votar.[6]

585-b. Adiamento e retomada do julgamento de tribunal

A Lei nº 11.280, de 16.02.2006, alterou o § 2º do art. 555 e acrescentou-lhe o § 3º, com que criou significativas alterações na técnica do adiamento e retomada do julgamento, após o pedido de vista.

A primeira inovação consistiu em detalhar o prazo que o juiz tem para devolver os autos quando pedir vista, por não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto. Antes, deveria fazê-lo a tempo de propiciar o prosseguimento do julgamento na sessão seguinte do órgão julgador. Com a redação do § 2º do art. 555, alterada pela Lei nº 11.280, o juiz terá dez dias para restituir os autos à secretaria. Os autos serão sempre conclusos àquele que pediu a vista, e o prazo de devolução somente começará a ser contado a partir da data em que os houver recebido.

Nos julgamentos de apelação e agravo, que ordinariamente se realizam em sessões semanais, não mais ocorrerá a suspensão pelo antigo intervalo de uma sessão. Com a criação do prazo de dez dias e a fixação do *dies a quo* num ato de secretaria posterior à interrupção do julgamento, várias semanas se transcorrerão, fatalmente. A quebra da sistemática que o Código consagrava em seu texto primitivo, e que sempre vigorou na praxe dos tribunais, não contribuirá, em nada, para o escopo de celeridade processual, apontado como justificativa da reforma levada a efeito pela Lei nº 11.280. Pelo contrário, longa e de difícil controle será a dilatação do julgamento colegiado provocado pelo pedido de vista.

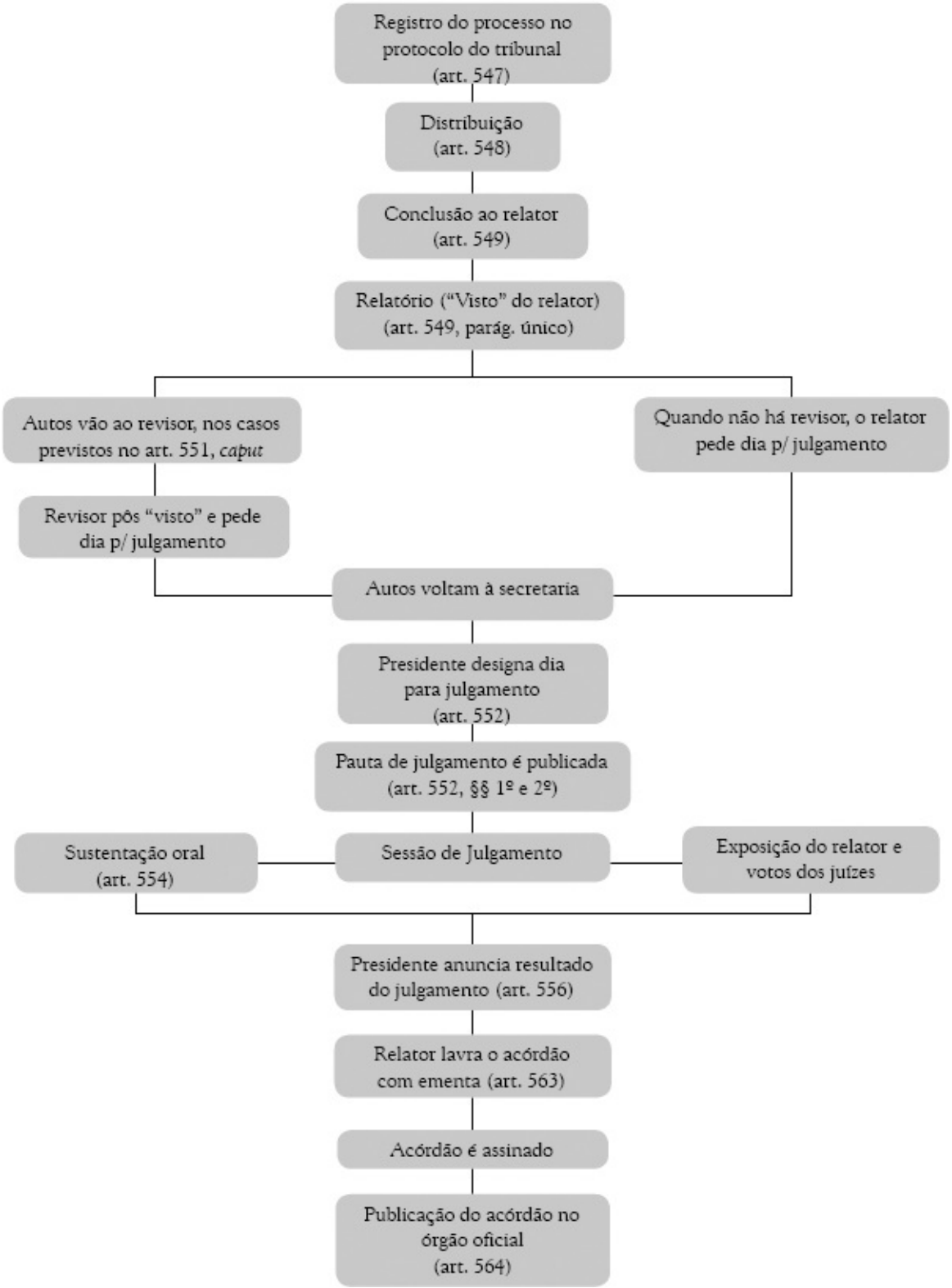
Além da inovação ocorrida na duração do adiamento da conclusão do julgamento, a Lei nº 11.280 regulou, com precisão, o sistema da retomada do julgamento do colegiado após o incidente do pedido de vista do processo, estatuindo disciplina diferente para duas situações previstas nos §§ 2º e 3º do art. 555:

a) Se os autos são restituídos dentro dos dez dias de que trata o § 2º, o julgamento reiniciar-se-á na primeira sessão ordinária do órgão competente posterior à devolução. Nesse caso, dispensa-se nova publicação em pauta (§ 2º, *in fine*); o prazo de vista admite prorrogação, desde que o juiz o solicite expressamente (§ 3º), e, se tal ocorrer, o regime de retomada do julgamento continuará sendo o do § 2º.

b) Se os autos não retornam à secretaria no prazo legal, e não há solicitação expressa de prorrogação por parte do juiz que pediu a vista, o presidente do órgão julgador requisitará o processo. O julgamento terá seu reinício na primeira sessão ordinária seguinte ao retorno dos autos. Nesse caso, porém, ter-se-á de proceder à reinclusão em pauta, com a necessária publicação (§ 3º, *in fine*).

Fluxograma nº 23

JULGAMENTO NOS TRIBUNAIS
(arts. 547-565)



§ 90. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

Sumário: 586. A eficácia da sentença estrangeira. 587. O sistema nacional. 588. A homologação da sentença estrangeira. 589. Natureza da decisão homologatória. 590. O procedimento. 591. A execução.

586. A eficácia da sentença estrangeira

Uma das formas de manifestação da soberania do Estado é a jurisdição, que se realiza através do processo, onde, em face de situações reais da vida, "o direito dita o preceito concreto que os indivíduos estão obrigados a observar".[7]

Tal como a soberania de onde promana, "a jurisdição do Estado tem por limite o seu próprio território".[8] A sentença, que é o instrumento pelo qual se exterioriza o comando jurisdicional, vale como ato de soberania, produzindo os efeitos que lhe são próprios, dentro das fronteiras do Estado em que foi proferida.[9]

Diante do problema da sentença estrangeira, a posição das nações não é uniforme, havendo as que admitem um reconhecimento imediato de eficácia da jurisdição estrangeira e outras que negam qualquer validade em seus territórios aos pronunciamentos jurisdicionais de outros Estados.

A Holanda, por exemplo, nenhum efeito atribui às decisões proferidas em tribunais de outros países. A Alemanha e a Espanha, por outro lado, apenas exigem a reciprocidade, isto é, reconhecem a eficácia da sentença estrangeira, desde que o país de origem adote critério recíproco. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, a sentença dos juízes estrangeiros é havida como prova do direito por ela declarado. Mas o interessado terá que obter novo julgamento pelos juízes locais.[10]

587. O sistema nacional

No direito brasileiro adotou-se o sistema proveniente da Itália, denominado

"juízo de delibação", ao qual a sentença estrangeira deve ser submetida para que possa gozar de eficácia no País.

Verifica-se, por meio desse crivo por que passa o julgado, se está ele regular quanto à forma, à autenticidade, à competência do órgão prolator, bem como se penetra na substância da sentença para apurar se, frente ao direito nacional, não houve ofensa à ordem pública e aos bons costumes.

Esse exame ocorre mediante um processo, no qual a Justiça do país, através do Superior Tribunal de Justiça, confere à sentença estrangeira a plena eficácia em nosso território, proferindo uma decisão homologatória.

Não há revisão de mérito do julgado.[11] Pela homologação, o Estado "não indaga da justiça ou injustiça da sentença estrangeira"; verifica apenas se preenche determinadas condições, frente às quais "a nacionaliza e lhe confere eficácia no seu território".[12]

588. A homologação da sentença estrangeira

Dispõe o art. 483 do novo Código de Processo Civil que "a sentença proferida por Tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal".

Essa competência, porém, foi alterada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, que a deslocou do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, nova alínea *i*).

Segundo o art. 483, parágrafo único do CPC, o processo de homologação deveria obedecer ao disposto no Regimento Interno do STF. Enquanto o Superior Tribunal de Justiça não criar regimentalmente normas para substituir as recomendadas pelo Código, deverão as homologações permanecerem regidas pelo procedimento do Regimento Interno do STF, porque a inovação de competência já está em vigor e não pode deixar de ter um mecanismo procedimental para atuar.

No texto constitucional anterior à Emenda Constitucional nº 45, constava, expressamente, a possibilidade de o regimento interno do STF atribuir ao seu Presidente a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias. Ao deslocar esses processos para a competência do STJ, o novo dispositivo constitucional silenciou-se acerca do papel do Presidente. Uma vez que a medida não foi expressamente proibida, o simples silêncio do texto constitucional não deve ser interpretado como inadmissão dela no âmbito do STJ. É que, pela própria Constituição, compete privativamente aos tribunais

elaborar seus regimentos internos, "dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos" (art. 96, I, *a*).

Essa autonomia de partilha interna de competência, por via regimental, só encontra limite naquilo que já for objeto de leis de processo e nas garantias processuais das partes, como se vê do dispositivo constitucional referido. Logo, se a Constituição não proíbe, e tampouco o CPC o faz, pode regimentalmente o STJ continuar a manter o regime de homologação pelo Presidente, com recurso para o Colegiado. Foi o que afinal prevaleceu na regulamentação transitória baixada pela Resolução nº 9, de 04.05.2005, da Presidência do STJ.[13]

Os requisitos para eficácia da sentença estrangeira no Brasil estão, porém, traçados no art. 15 da Lei de Introdução (Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.42) e são os seguintes:

a) haver sido proferida por juiz competente;

b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificada a revelia;

c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;

d) estar traduzida por intérprete autorizado;

e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal (atualmente, Superior Tribunal de Justiça, por força da EC 45/2004).

Dispensa-se a homologação das sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas (Lei de Introdução, art. 15, parágrafo único).[14]

Não serão, outrossim, homologadas as sentenças estrangeiras quando, embora apoiados na legislação do país de origem, ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (*idem*, art. 17).[15]

589. Natureza da decisão homologatória

O processo de homologação de sentença estrangeira é de natureza jurisdicional.[16] Não é meramente gracioso ou de jurisdição voluntária. Confere a um julgado estrangeiro força e eficácia de decisão nacional. Trava-se, inclusive, um contraditório entre o que pede a atribuição de eficácia à sentença estrangeira e a parte contrária que pode negá-la, revelando, assim, a "lide" ou "conflito de interesses por pretensão resistida".

Nesse sentido, ensina Pontes de Miranda que "a ação de homologação de sentença estrangeira é em exercício da *pretensão à homologação*. Não é continuação da ação exercida no estrangeiro; é *outra ação*".[17]

Há sempre decisão de mérito, portanto, quando o Supremo examina os requisitos legais da homologação para acolher, ou não, a pretensão de atribuir eficácia em nosso país à sentença estrangeira.[18]

Quanto à decisão que acolhe o pedido homologatório, entende a doutrina dominante que se trata de sentença constitutiva, pois não só reconhece a validade do julgado como lhe acrescenta um *quid novis*, uma eficácia diferente da original e que consiste em produzir efeitos além dos limites territoriais da jurisdição do prolator.[19]

É declaratória negativa a decisão que nega a homologação.

Em ambos os casos, haverá o efeito da coisa julgada. Homologada a sentença estrangeira, não será lícito às partes discutir novamente a lide em processo promovido perante a Justiça nacional.

Também, se já houver decisão brasileira transitada em julgado sobre a mesma controvérsia, não será viável a pretensão de homologar decisão estrangeira sobre a questão.

Mas a decisão que simplesmente nega a homologação não impede que a Justiça nacional venha a examinar a lide em processo originário, porque, *in casu*, o que transitou em julgado "foi apenas a declaração da inexistência da *pretensão a homologar*, e não a declaração da existência ou inexistência do *direito* postulado no processo alienígena, estranho ao objeto do *juízo de delibação*".[20]

590. O procedimento

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, para comprovação da autenticidade da sentença estrangeira, exige que o documento esteja não só acompanhado de tradução oficial, como também seja autenticado "pelo cônsul brasileiro" (art. 212, nº IV).

Estando devidamente formalizado, determinar-se-á a citação do réu para contestar a pretensão em 15 dias (art. 213).

Dar-se-á o indeferimento da petição inicial quando for inepta ou quando o requerente não promover, no prazo fixado, os atos e diligências que lhe cumprir (art. 213, § 2º).

A contestação só poderá versar sobre a autenticidade dos documentos, a inteligência da sentença e a observância dos requisitos legais da homologação (art. 213, § 1º). Não é admissível, pois, reapreciar o mérito da decisão alienígena, a sua justiça ou injustiça.

Deixando o promovido de contestar o pedido ou se for incapaz, ser-lhe-á

dado curador à lide (art. 214). Havendo contestação, o promovente será ouvido sobre ela em cinco dias (art. 215). Haja ou não defesa, o procurador-geral opinará no processo (art. 215, parágrafo único).

O julgamento, que competia ao Tribunal Pleno (art. 7º, I, *g*, do Regimento Interno), passou, com a Emenda Constitucional nº 7, de 13.04.77, à atribuição do Presidente do Supremo Tribunal Federal (Reg. Interno atual, art. 13, IX).

Da decisão do Presidente que conceder ou negar a homologação, cabe agravo regimental para o Tribunal Pleno, no prazo de cinco dias (art. 222, parág. único, do Reg. Interno, com a redação da Emenda nº 1/81, combinado com art. 317 do mesmo Reg.).

591. A execução

Depois de homologada a sentença estrangeira, sua execução será feita por meio de carta de sentença extraída dos autos da homologacão (art. 484 do Código de Processo Civil). Com o juízo de delibação cria-se um título executivo judicial (art. 475-N, VI). E a execução, no País, será promovida segundo as regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza (art. 484, *in fine*).

A carta de sentença conterá, de acordo com o art. 308 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, as peças indicadas na lei processual e outras que o requerente mencionar; será autenticada pelo funcionário encarregado e pelo Diretor-Geral da Secretaria e assinada pelo Presidente ou Relator. No Código de Processo Civil, em seu texto atual, não há mais regulamentação de carta de sentença, mas apenas a indicação de peças que o credor deverá juntar ao seu pedido de execução provisória (art. 475-O, § 3.º), e que consistem em: "I – sentença ou acórdão exequendo; II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; III – procurações outorgadas pelas partes; IV – decisão de habilitação, se for o caso; V – facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias". Esse rol, que não é destinado diretamente à execução da sentença estrangeira, deverá ser adaptado às peculiaridades desse tipo de procedimento executivo.

O processamento da execução será da competência, em 1º grau de jurisdição, dos juízes federais, segundo o art. 109, X, da Constituição da República.

§ 91. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Sumário: 592. O controle da constitucionalidade no direito brasileiro. 593. Regulamentação legal. 594. O incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais. 595. Objeto da arguição de inconstitucionalidade. 596. Iniciativa de arguição. 597. Momento da arguição. 598. Competência para apreciar o cabimento do incidente. 599. O julgamento da arguição.

592. O controle da constitucionalidade no direito brasileiro

No direito brasileiro, o controle da constitucionalidade das leis é feito de duas maneiras distintas pelo Poder Judiciário: pelo controle *incidental* e pelo controle *direto*. Dá-se o primeiro quando qualquer órgão judicial, ao decidir alguma causa de sua competência, tenha que apreciar, como preliminar, a questão da constitucionalidade da norma legal invocada pela parte. A segunda espécie de controle é da competência apenas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais dos Estados e refere-se à apreciação da lei em tese. Aqui, o vício da inconstitucionalidade é diretamente declarado; por isso, fala-se em "ação declaratória de inconstitucionalidade".

Ao Supremo Tribunal Federal compete a declaração direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais, em face da Carta Magna federal (Constituição Federal, art. 102, inc. I, *a*, alterado pela Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993). E aos Tribunais de Justiça dos Estados, a de leis ou atos normativos estaduais e municipais, em face da Constituição local (Constituição Federal, art. 125, § 2º). Na competência do Supremo Tribunal Federal, figuram duas ações: uma de natureza impugnativa, que é a *ação direta de inconstitucionalidade* e outra de feitio afirmativo, que vem a ser a *ação declaratória de constitucionalidade*.[21] Para a Justiça estadual, a Constituição apenas prevê a ação repressiva, ou seja, a de declaração de inconstitucionalidade.

593. Regulamentação legal

O controle direto ou por via principal, de competência do Supremo Tribunal, era subordinado, ao tempo da Constituição de 1967, à representação privativa do Procurador-Geral da República. A disciplina legal dessa representação consta da Lei nº 4.337, de 01.06.64, modificada pela Lei nº 5.778, de 16.05.72. O procedimento acha-se previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal. Agora, pela Constituição de 1988 (art. 103, com as alterações da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004), a legitimação para propor a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, perante a Suprema Corte, foi ampliada para:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Nos casos em que a ação não seja de sua iniciativa, o Procurador-Geral deverá ser previamente ouvido pelo Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, art. 103, § 1º).

A defesa da lei federal arguida de inconstitucionalidade caberá ao Advogado-Geral da União, que, para tanto, será citado (Constituição Federal, art. 103, § 3º).

Esse nosso entendimento, todavia, deve ser aplicado de modo a ajustar-se ao rigor formal preconizado pelo Supremo Tribunal Federal, que não admite a declaração de inconstitucionalidade senão quando o Plenário ou o Órgão Especial tenha se reunido "com o fim específico de julgar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo"[22]. Para se cumprir a orientação do STF, a "reserva de plenário" exigida pelo art. 97 da Constituição só será validamente observada quando a convocação do Pleno ou do Órgão Especial tiver sido feita para o enfrentamento da arguição incidental de inconstitucionalidade. Mesmo, portanto, quando o processo pendente corra perante o Tribunal Pleno, a convocação para a sessão de julgamento haverá de incluir, com destaque, o incidente de declaração de inconstitucionalidade, a ser apreciado e decidido em caráter prejudicial. A aplicação do que nele resultar assentado poderá, por economia processual, dar-se, em sequência na mesma sessão, no julgamento do processo principal, mas sempre depois de ter sido

cumprido o prévio procedimento dos arts. 480 a 482 do CPC. Somente não se procederá à instauração do incidente de inconstitucionalidade, perante o Pleno do Tribunal local, se anteriormente já houver pronunciamento deste ou do Pleno do STF sobre a questão da inconstitucionalidade (CPC, art. 481, parágrafo único), na redação da Lei 9.756/1998.

Aos Estados compete disciplinar a ação declaratória de inconstitucionalidade perante a carta local. A Constituição Federal recomenda apenas que não se pode enfeixar a legitimação para agir em um único órgão (art. 125, § 2º).

594. O incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais

Por disposição da Carta Magna da República, a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 97). Assim, quando a apreciação do caso principal estiver afeto à Câmara, Turma ou outro órgão parcial do tribunal, o incidente de inconstitucionalidade determinará a suspensão do julgamento para a ouvida do Tribunal Pleno, tal como ocorre no incidente da "uniformização da jurisprudência" (art. 476).

Se o caso principal já estiver sob a apreciação do Pleno, é claro que não haverá qualquer protelação do julgamento, pois a preliminar será decidida na própria sessão de julgamento do feito.

Nos Tribunais de Justiça muito numerosos (com mais de 25 membros), autoriza a Constituição que as atribuições do Pleno sejam exercidas por um órgão interno especial, composto de no mínimo 11 e no máximo de 25 juízes, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição do Tribunal Pleno (art. 93, IX, com as alterações da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004).

Se a questão de inconstitucionalidade já houver sido decidida anteriormente pelo colegiado ou pelo Supremo Tribunal Federal, não é necessário reiterá-la em cada novo processo que verse sobre a mesma matéria. Os órgãos fracionários, a que couber a competência para o recurso ou a causa, proferirão o julgamento, sem suscitar o incidente do art. 480 (Lei nº 9.756, de 17.12.98).

595. Objeto da arguição de inconstitucionalidade

A arguição pode ser sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público (art. 480 do Código de Processo Civil). Atingem-se, portanto, a lei

ordinária, a lei complementar, a emenda à Constituição, as Constituições estaduais, a lei delegada, o decreto-lei, o decreto legislativo, a resolução, o decreto ou outro ato normativo baixado por qualquer órgão do poder público.

Para verificação do incidente, não se distingue entre lei estadual, federal ou municipal. E o conflito também pode ser entre a lei local e a Constituição tanto do Estado como da União. O processamento do incidente será sempre da mesma forma.

596. Iniciativa de arguição

Cabe a iniciativa de propor o incidente de inconstitucionalidade às partes do processo, inclusive aos assistentes.

Igual poder assiste ao Ministério Público, seja como parte, seja como *custos legis*.

Finalmente, é legítima também a suscitação *ex officio* do incidente pelo relator, pelo revisor ou por outros juízes do órgão do tribunal encarregado do julgamento da causa principal.

597. Momento da arguição

Enseja a arguição qualquer processo sujeito a julgamento pelos tribunais: recursos, causas de competência originária ou casos de sujeição obrigatória ao duplo grau de jurisdição.

Em se tratando de matéria de direito, não há preclusão do direito de provocar a apreciação da inconstitucionalidade. Pode, pois, a parte argui-la na inicial, na contestação, nas razões de recurso, em petição avulsa e até "em sustentação oral, na sessão de julgamento".[23]

O Representante do Ministério Público poderá formular a arguição em qualquer momento que lhe caiba falar no processo.

Os juízes componentes do tribunal poderão suscitar *ex officio* o incidente como preliminar de seus votos na sessão de julgamento do feito.

Salvo caso em que a provocação seja de sua própria iniciativa, o Ministério Público será sempre ouvido sobre a arguição de inconstitucionalidade, antes da decisão pela Turma ou Câmara, a que tocar o conhecimento do processo (art. 480).

598. Competência para apreciar o cabimento do incidente

A arguição é feita perante o órgão do tribunal encarregado do julgamento do processo (Turma ou Câmara). Esse órgão parcial não tem competência para declarar a inconstitucionalidade, mas pode perfeitamente reconhecer a constitucionalidade da norma impugnada e a irrelevância da arguição dos interessados.

Assim, "se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento" da causa (art. 481). E a decisão é irrecorrível.

Mas, se o órgão judicial der acolhida à arguição, o julgamento do feito será suspenso, lavrando-se acórdão e remetendo-se a questão ao Tribunal Pleno (art. 481), ou ao órgão especial que o representa.

Quando o incidente tiver sido provocado pelas partes com a necessária antecedência, o Ministério Público já terá sido ouvido antes da sessão de julgamento. Mas quando suscitado no voto de algum juiz, na própria sessão, a decisão do incidente terá que ser adiada para cumprir-se o disposto no art. 480, que manda ouvir-se, previamente, o Ministério Público.

599. O julgamento da arguição

Compete ao Tribunal Pleno, ou ao órgão especial que fizer as suas vezes, julgar a prejudicial de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. O julgamento é puramente de direito, em torno da questão controvertida. Não há devolução da matéria de fato, nem de outras questões de direito não atingidas pela arguição de inconstitucionalidade.

O tribunal, no entanto, não fica adstrito aos fundamentos atribuídos à pretensa inconstitucionalidade pelo suscitante do incidente. Como ensina Barbosa Moreira, "não há que cogitar de vinculação do tribunal a uma suposta *causa petendi*, até porque a arguição não constitui pedido em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscitáveis, *ex officio*, pelos órgãos judiciais, na área que lhes toque exercer atividade cognitiva".[24]

Por isso, o tribunal pode não reconhecer a incompatibilidade alegada pela parte, mas declarar a inconstitucionalidade da lei frente a outro dispositivo de natureza constitucional. Os votos dos membros do tribunal para atingirem a maioria absoluta hão de ser homogêneos, pois, como ensina Pontes de Miranda, "não se somam como parcelas quantidades heterogêneas".[25] Só os que tiverem os mesmos fundamentos podem ser somados, portanto.

Não basta, outrossim, que a maioria dos membros do Tribunal participe do julgamento. Para reconhecimento da inconstitucionalidade é indispensável que

haja votos homogêneos em tal sentido proferidos por número de juízes superior à metade do total dos membros do tribunal, ou do órgão especial a que alude o art. 93, XI, da Constituição. Se o reconhecimento for apenas de maioria simples (isto é, maioria dos votantes, mas não do tribunal ou do órgão especial), a lei ou ato impugnado não será declarado inconstitucional.

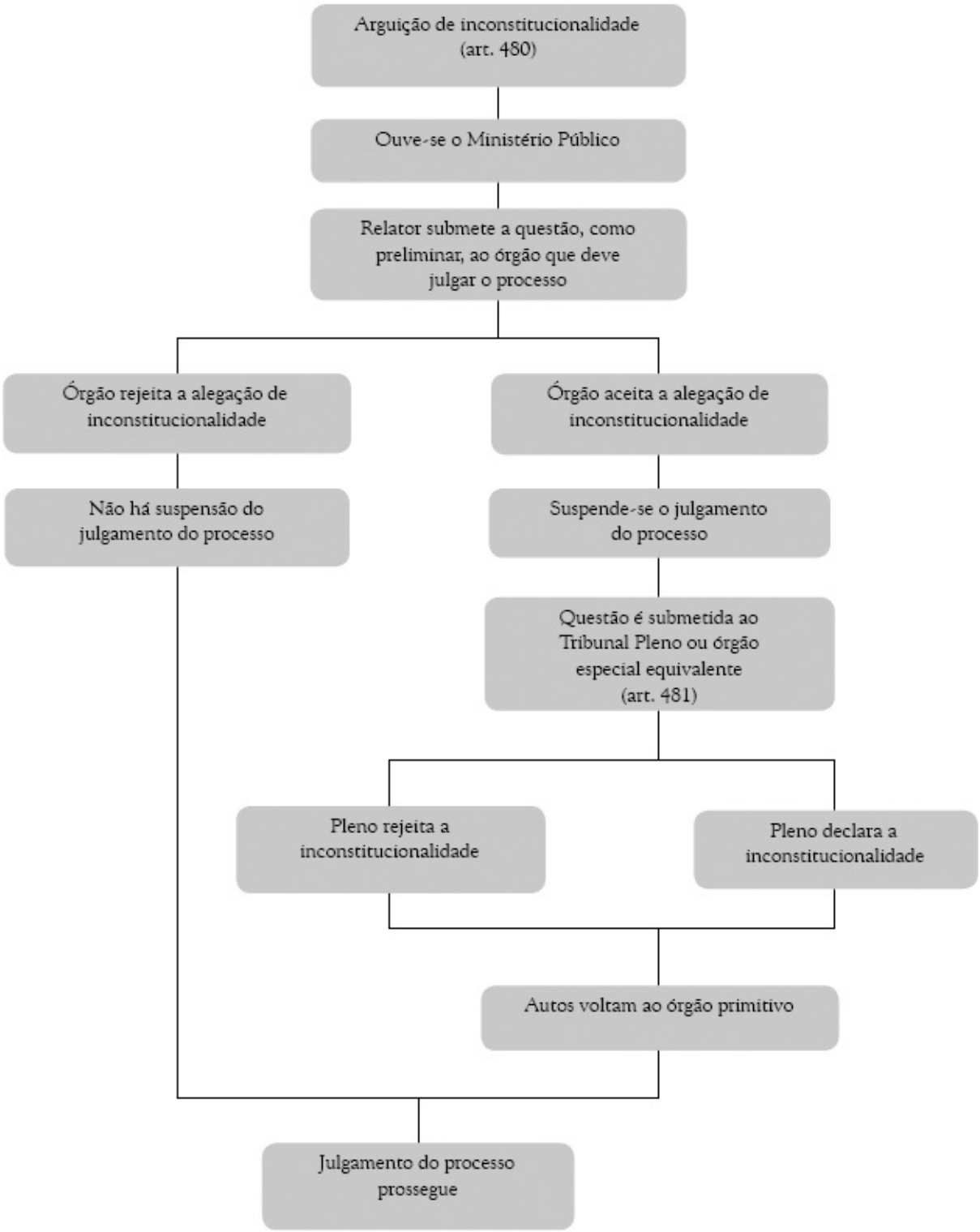
A decisão do Pleno ou do órgão equivalente, que acolhe a arguição de inconstitucionalidade, é irrecorrível. Só caberá recurso da decisão que posteriormente a Turma ou Câmara vier a proferir, com base na tese fixada pelo Pleno (*Súmula* do Supremo Tribunal Federal, nº 513).

O órgão do tribunal encarregado da decisão do caso que motivou o incidente ficará vinculado ao entendimento fixado pelo Tribunal Pleno ou pelo órgão que fizer as suas vezes. O julgamento do incidente figurara como "premissa inafastável" da solução que a Turma ou Câmara vier a dar.

Um aspecto interessante do incidente é aquele previsto pelo § 3º do art. 482, acerca da eventual intervenção de outros órgãos ou entidades no debate em torno da inconstitucionalidade suscitada. Ao relator cabe o poder de admitir, enquanto não posto o caso em julgamento, a manifestação de entes estranhos ao processo, tendo em vista a relevância da matéria e a representatividade do manifestante. Trata-se da figura que, em processo, se denomina *amicus curiae*, que tanto pode ser pessoa física como jurídica, de direito público ou privado, ou até mesmo órgãos despersonalizados, desde que demonstrem o interesse social despertado pelos possíveis reflexos do tema constitucional em discussão. O *amicus curiae*[26] não formula pedido nem pode alterar o objeto da causa ou do recurso. Apenas apresenta sua opinião (manifestação), em busca de colaborar com o Tribunal no equacionamento da questão de ordem constitucional *sub iudice*.

Fluxograma nº 24

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
(arts. 480-482)



§ 92. AÇÃO RESCISÓRIA

Sumário: 600. Conceito. 601. Pressupostos. 602. Casos de admissibilidade da rescisória. 603. Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz (art. 485, I). 604. Impedimento ou incompetência absoluta do juiz (art. 485, II). 605. Dolo da parte vencedora (art. 485, III). 606. Colusão para fraudar a lei (art. 485, III). 607. Ofensa à coisa julgada (art. 485, IV). 608. Violação de literal disposição de lei (art. 485, V). 608-a. Ofensa à norma constitucional (ainda o art. 485, V). 609. Falsidade de prova (art. 485, VI). 610. Documento novo (art. 485, VII). 611. Confissão, desistência ou transação inválidas (art. 485, VIII). 612. Erro de fato (art. 485, IX). 613. Atos judicicais não sujeitos à ação rescisória. 613-a. Sentença homologatória em processo contencioso. 614. Legitimação. 614-a. Competência. 615. O pedido: *judicium rescindens* e *judicium rescissorium*. 616. Multa de 5% sobre o valor da causa. 617. A execução da sentença rescindenda. 618. Indeferimento da inicial. 619. Procedimento. 620. Natureza e conteúdo da decisão. 620-a. A rescisória e os direitos adquiridos por terceiros de boa-fé. 620-b. Preservação de efeitos da sentença rescindida. 621. Rescisória de rescisória. 622. Prazo de propositura da ação rescisória. 622-a. Rescisão de sentença complexa ou de coisa julgada formada progressivamente. 622-b. A Súmula nº 401 do Superior Tribunal de Justiça. 622-c. Prorrogação de competência do STF e do STJ em matéria de rescisória. 623. Sentença nula de pleno direito.

600. Conceito

A sentença pode ser atacada por dois remédios processuais distintos: pelos recursos e pela ação rescisória.

O que caracteriza o recurso é ser, na lição de Pontes de Miranda, uma "impugnativa dentro da mesma relação jurídico-processual da resolução judicial que se impugna".[27] Só cabem recursos, outrossim, enquanto não verificado o trânsito em julgado da sentença. Operada a coisa julgada, a sentença torna-se imutável e indiscutível para as partes do processo (Código de Processo Civil, art. 467).

Mas a sentença, tal como ocorre com qualquer ato jurídico, pode conter um vício ou uma nulidade. Seria iniquidade privar o interessado de um remédio para sanar o prejuízo sofrido. É por isso que a ordem jurídica não deixa esse mal sem terapêutica. E, "quando a sentença é nula, por uma das razões qualificadas em lei, concede-se ao interessado ação para pleitear a declaração de nulidade".[28]

Trata-se da ação rescisória, que não se confunde com o recurso justamente por atacar uma decisão já sob o efeito da *res iudicata*. Estamos diante de uma

ação contra a sentença, diante de um remédio "com que se instaura outra relação jurídica processual", como ressalta Pontes de Miranda.[29]

Recurso, coisa julgada e ação rescisória são três institutos processuais que apresentam profundas conexões.

O *recurso* visa a evitar ou minimizar o risco de injustiça do julgamento único. Esgotada a possibilidade de impugnação recursal, a *coisa julgada* entra em cena para garantir a estabilidade das relações jurídicas, muito embora corra o risco de acobertar alguma injustiça latente no julgamento. Surge, por último, a *ação rescisória* que colima reparar a injustiça da sentença trânsita em julgado, quando o seu grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada pela *res iudicata*.

A ação rescisória é tecnicamente *ação*, portanto. Visa a rescindir, a romper, a cindir a sentença como ato jurídico viciado. Conceituam-na Bueno Vidigal e Amaral Santos como "*a ação* pela qual se pede a declaração de nulidade da sentença".[30] Assim, hoje, não se pode mais pôr em dúvida que a rescisória "é ação tendente à sentença constitutiva".[31]

O termo "nulidade", usualmente empregado pelos processualistas para caracterizar a sentença rescindível, tem, na verdade, um significado diferente daquele que se atribui aos vícios dos demais atos jurídicos. O que é nulo, como se sabe, nenhum efeito produz e não reclama desconstituição judicial.

Não obstante, salvo o caso de sentença inexistente – como aquela à que falta o dispositivo –, a sentença rescindível, mesmo nula, como a classificavam vários doutores, produz os efeitos da *res iudicata* e apresenta-se exequível enquanto não revogada pelo remédio próprio da ação rescisória.[32] Em outras palavras, enquanto não rescindido, o julgado prevalece.[33]

Se fosse o caso de adotar a classificação civilística das invalidades, a mais adequada colocação da rescindibilidade da sentença seria, como adverte Barbosa Moreira, entre os atos anuláveis, pois sua eficácia invalidante só opera depois de judicialmente decretada.[34] Na verdade, porém, não se trata nem de sentença nula nem de sentença anulável, mas de sentença que, embora válida e plenamente eficaz, porque recoberta da coisa julgada, pode ser rescindida. Rescindir, em técnica jurídica, não pressupõe defeito invalidante. É simplesmente romper ou desconstituir ato jurídico, no exercício de faculdade assegurada pela lei ou pelo contrato (direito potestativo). A se comparar com os mecanismos do direito privado, a rescisão da sentença tem a mesma natureza da rescisão do contrato por inadimplemento de uma das partes. Desfaz-se o contrato válido porque, em tal conjuntura, a lei confere à parte prejudicada o direito de desconstituir o

vínculo obrigacional. Assim, também, acontece com a parte vencida por sentença transitada em julgado, se presente alguma das situações arroladas no art. 485.

Nessa ordem de ideias, o Código Buzaid agiu com melhor técnica, substituindo a afirmativa do Estatuto anterior de que "é nula" a sentença rescindível (art. 798) pela de que "a sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida" nas hipóteses que menciona (art. 485). Aboliu-se, assim, a imprópria qualificativa de sentença "nula" à decisão suscetível de revogação em ação rescisória.

Na verdade e com exclusão das sentenças inexistentes, após o trânsito em julgado, há apenas poucos casos em que a sentença, formalmente perfeita, apresenta-se, no entanto, eivada de nulidade absoluta. É, por exemplo, o caso em que a decisão foi proferida sem o pressuposto da citação inicial válida ou mediante citação inicial nula, sendo revel o demandado. Mas, em tal situação, em decorrência da natureza do vício do processo e, em consequência, da sentença, não terá de valer-se, obrigatoriamente, da rescisória, para furtar-se aos efeitos da *res iudicata*. Nos próprios embargos à execução (art. 741, I), ou em simples impugnação (art. 475-L, I), conseguirá a declaração de nulidade de todo o processo, inclusive da sentença.[35]

Sobre a impropriedade da qualificativa de nulidade para a sentença rescindível convergem as lições mais recentes dos processualistas brasileiros, como as de José Inácio Botelho de Mesquita,[36] Sérgio Sahione Fadel[37] e Frederico Marques.[38]

Por afastar o inconveniente de identificar a sentença rescindível com o ato nulo e por abranger a possibilidade de cumulação do *judicium rescindens* com o *judicium rescissorium*, agora expressamente adotada pelo Código, deve-se reconhecer como completa a definição de Barbosa Moreira, para quem:

"Chama-se *rescisória* à ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença trânsita em julgado, com eventual rejulgamento, a seguir, da matéria nela julgada."[39]

601. Pressupostos

Além dos pressupostos comuns a qualquer ação, a rescisória, para ser admitida, pressupõe dois fatos básicos indispensáveis:

a) uma sentença de mérito transitada em julgado;[40]

b) a invocação de algum dos motivos de rescindibilidade dos julgados

taxativamente previstos no Código (art. 485).

A par desses pressupostos, o cabimento da ação rescisória sujeita-se a um prazo decadencial, pois o direito de propô-la se extingue em dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão (art. 495) (v., adiante, o nº 622).

No regime do Código revogado, era possível a rescisão tanto das sentenças de mérito como das de conteúdo meramente processual. Pelo novo Código, a ação rescisória só é viável nos casos de sentença de mérito (art. 485). É que as sentenças *terminativas* não fazem coisa julgada sobre a lide e, por isso, não impedem que a parte renove a propositura da ação (art. 268). E não ocorrendo a *res iudicata* não há como falar em ação rescisória.

Em contrapartida, a coisa julgada não é fenômeno exclusivo da sentença em sentido estrito. Uma vez que questões de mérito podem, eventualmente, ser resolvidas em decisões interlocutórias, também estas podem revestir-se da autoridade de coisa julgada material, e, sendo o caso, podem ser objeto de ação rescisória. Assim, a expressão "sentença de mérito transitada em julgado", a que alude o art. 485, deve ser entendida como compreensiva de um gênero que alcança todas as decisões judiciais definitivas, sejam singular ou coletiva, ocorridas em qualquer grau de jurisdição, compreendendo, pois, sentenças, decisões interlocutórias, acórdãos e julgamentos monocráticos permitidos nas instâncias superiores, desde, é claro, que contenham resolução fatal ou parcial do mérito.

Outrossim, por sentença ou decisão de mérito, em função de seu conteúdo, devem-se entender aquelas proferidas nas hipóteses taxativamente enumeradas pelo art. 269, isto é, as que solucionam o objeto do processo, fato que ocorre quando:

I – o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor;

II – o réu reconhece a procedência do pedido;

III – as partes transigem;[41]

IV – o juiz pronuncia a decadência ou a prescrição;

V – o autor renuncia ao direito sobre que se funda a ação.

Na técnica processual moderna, o mérito da causa é a própria lide, ou seja, o fundo da questão substancial controvertida.

Em outras palavras, a conceituação carneluttiana define a lide como "o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma decisão definitiva de mérito".[42]

O que importa para uma sentença ser qualificada como *de mérito* não é a linguagem usada pelo julgador, mas o conteúdo do ato decisório, ou seja, a *matéria* enfrentada pelo juiz. É comum, na experiência do foro, o uso, por exemplo, da expressão *carência de ação* em situações nas quais o autor não produz prova alguma de seu pretenso direito. O que na verdade se está examinando, *in casu*, não é uma condição de procedibilidade, mas o próprio *pedido*. Embora usando linguagem própria de decisão de preliminar, o que faz o magistrado é *rejeitar o pedido*. Logo, haverá sentença de mérito e cabível será a ação rescisória, malgrado o emprego da expressão "carência de ação".[43]

Por esse mesmo motivo, não importa se ato decisório era atacável por apelação ou por agravo, se foi decisão singular ou coletiva, nem se ocorreu em instância originária ou recursal. Se se enfrentou matéria de mérito (como, *v.g*., o saneador que decreta prescrição parcial da dívida ajuizada, ou que nega o direito de evicção contra o denunciado à lide), mesmo sob a forma de decisão incidental, terá havido, para efeito da ação rescisória, sentença de mérito. Sob esse enfoque, o Supremo Tribunal Federal decidiu que "é cabível ação rescisória contra *despacho do relator* que, no STF, nega seguimento a agravo de instrumento, apreciando o mérito da causa discutido no recurso extraordinário".[44]

Mas, embora a sentença tenha que ser de mérito, o seu vício pode ser de natureza procedimental, como no caso em que o juiz reconhecesse efeito de revelia em causa de estado. A sentença seria, então, rescindível por violação de literal dispositivo de lei processual (art. 485, nº V, c/c art. 320, nº II).

Exige-se, outrossim, apenas o requisito do trânsito em julgado, mas não o esgotamento prévio de todos os recursos interponíveis (*Súmula* 514 do Supremo Tribunal Federal).

Por outro lado, pode acontecer a necessidade de recorrer-se à rescisória, quando a decisão última (rescindenda), embora não sendo de mérito, importou tornar preclusa a questão de mérito decidida no julgamento precedente.

Assim, se, por exemplo, o Tribunal recusou conhecer de recurso mediante decisão interlocutória que violou disposição literal de lei, não se pode negar à parte prejudicada o direito de propor a rescisória, sob pena de aprovar-se flagrante violação da ordem jurídica.

É certo que a decisão do Tribunal não enfrentou o mérito da causa, mas foi por meio dela que se operou o trânsito em julgado da sentença que decidiu a lide e que deveria ser revista pelo Tribunal por força da apelação não conhecida.

Não se pode, outrossim, dizer que se na sentença existir motivo para a rescisória esta deveria ser requerida contra a decisão de primeiro grau e não

contra o acórdão do Tribunal, cujo conteúdo teria sido meramente terminativo.

É que nem sempre é possível fazer-se o enquadramento da sentença nos permissivos do art. 485. Mas, se houve o *error in iudicando* no acórdão, o apelante sofreu violento cerceamento do direito de obter a revisão da sentença de mérito, pela via normal da apelação, que é muito mais ampla do que a da rescisória.

Tendo-se em vista a instrumentalidade do processo e considerando-se que o *error in iudicando*, embora de natureza simplesmente processual, afetou diretamente uma solução de mérito, entendo que, nessa hipótese excepcional, a *mens legis* deve ser interpretada como autorizadora da ação rescisória, a fim de que, cassada a decisão ilegal do Tribunal, se possa completar o julgamento de mérito da apelação, cujo trancamento se deveu à flagrante negação de vigência de direito expresso.

602. Casos de admissibilidade da rescisória

Os casos de rescindibilidade da sentença no Estatuto de 1939 eram os das decisões proferidas: *a*) por juiz peitado; *b*) por juiz impedido; *c*) por juiz incompetente *ratione materiae*; *d*) com ofensa à coisa julgada; *e*) contra literal disposição de lei; e *f*) com fundamento em prova falsa (Código de Processo Civil de 1939, art. 798).

Com nova nomenclatura, o Código Buzaid reproduziu os casos anteriores, e, facilitando o manejo da rescisória, acrescentou-lhes mais cinco hipóteses de admissibilidade, que são:

a) a de resultar a sentença de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida (art. 485, nº III);

b) a de resultar a sentença de colusão entre as partes a fim de fraudar a lei (art. 485, nº III);

c) quando, depois da sentença, o autor obtiver documento novo cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável (art. 485, nº VII);

d) quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença (art. 485, nº VIII);

e) quando fundada a sentença em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa (art. 485, nº IX).[45]

Examinaremos, a seguir, cada um dos casos, observando a nomenclatura do novo Código e a ordem com que foram arrolados no art. 485.

Note-se, outrossim, que os fundamentos da rescindibilidade previstos no art. 485 são taxativos, sendo impossível cogitar-se da analogia para criarem-se novas hipóteses de ataque à *res iudicata*.

Nem, tampouco, se admite que os defeitos que tornam rescindível a sentença possam ser alegados em simples embargos à execução. Só a ação rescisória tem força adequada para desconstituir a coisa julgada.[46]

603. Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz (art. 485, I)

O Código anterior falava apenas em "juiz peitado", que, em sentido lato, corresponde a juiz corrompido por suborno. O Estatuto de 1973 preferiu harmonizar-se com a linguagem do Código Penal e especificou a conduta do juiz subornado segundo a nomenclatura técnica do referido Código. Assim, fala o art. 485, nº I, que será rescindível a sentença de mérito quando "se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz".

Segundo a lei penal, os casos de delito por peita são definidos da seguinte maneira:

a) *Prevaricação* consiste em "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei para satisfazer interesse ou sentimento pessoal" (art. 319);

b) *Concussão* vem a ser a exigência, "para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela", de vantagem indevida (art. 316);

c) *Corrupção* (passiva) é definida como "solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem" (art. 317).

Para que a rescisória seja favoravelmente acolhida não é necessário que o juiz tenha sido previamente condenado no juízo criminal. Permite-se que a prova do vício seja feita no curso da própria rescisória.[47]

Não se deve, também, ater-se rigidamente ao princípio da tipicidade dos delitos, como ocorre no campo do Direito Penal. Para a rescisão prosperar basta que "o comportamento do juiz corresponda a um desses tipos penais".[48]

A procedência da rescisória, nessa hipótese, não acarreta apenas a invalidação da sentença. "Se a peita for reconhecida pelo Tribunal Superior, este deverá anular todo o processo a partir da instrução da causa",[49] porquanto toda a fase de busca e apuração da verdade estará irremediavelmente contaminada da

nódoa de suspeita de irregularidade ou parcialidade.

Por último, ressalte-se que é irrelevante a natureza da vantagem ilícita aproveitada pelo juiz peitado, que, assim, não fica limitada às quantias de dinheiro ou bens equivalentes. Como lembrava Odilon de Andrade, o suborno pode variar desde as promessas de dinheiro, empréstimos, facilidades ou preferências em negócios, promoções na carreira do magistrado, até empregos para seus familiares e outros expedientes similares.[50]

604. Impedimento ou incompetência absoluta do juiz (art. 485, II)

O novo Código distingue claramente entre impedimento e suspeição (arts. 134 e 135).

O impedimento *proíbe* o juiz de atuar no processo e invalida os seus atos, ainda que não haja oposição ou recusa da parte. A suspeição *obsta* a atuação do juiz apenas quando alegada pelos interessados ou acusada pelo julgador *ex officio*.[51]

Para admitir ação rescisória, cogitou o Código apenas do impedimento do juiz (art. 485, nº II). Logo, não há mais razão para a polêmica que se tratava ao tempo do Código de 1939 sobre a possibilidade, ou não, de rescindir-se a sentença proferida por juiz suspeito. Agora, está claro que "só o impedimento, e não a suspeição, torna rescindível a sentença".[52]

Os casos de impedimento do julgador acham-se relacionados nos arts. 134 e 136 do Código vigente.

Quanto à incompetência deve-se distinguir entre a *absoluta* e a *relativa*. A relativa pode ser derrogada, quer por acordo das partes (foro de eleição) (art. 111), quer por prorrogação, em virtude de ausência da oposição da exceção declinatória no prazo legal (art. 114).

Qualquer que seja o critério da fixação da competência absoluta, ela se apresenta sempre como inderrogável pela vontade das partes. Dentre os casos da espécie, o art. 111 cita a competência *ratione materiae* e a de hierarquia.

São exemplos da competência relativa a fixada em razão do valor da causa e a em razão do território (art. 111).

Em matéria de rescisão, somente a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente é que dá lugar à ação do art. 485. A limitação prende-se ao fato de que na hipótese de incompetência apenas relativa cabe à parte interessada o dever de excepcionar o juízo em tempo hábil (art. 112), sob pena de prorrogar-se sua competência (art. 114), tornando-se, assim, o juízo competente por força da

própria lei. Há, na prática, portanto, uma verdadeira impossibilidade de prolação de sentença por juiz relativamente incompetente.

605. Dolo da parte vencedora (art. 485, III)

Compete às partes e seus procuradores proceder, no processo, com lealdade e boa-fé (Código de Processo Civil, art. 14, nº II). Viola esse dever a parte vencedora que "haja impedido ou dificultado a atuação processual do adversário, ou influenciado o juízo do magistrado, em ordem a afastá-lo da verdade".[53]

O dolo da parte vencedora, invocável para rescindir a sentença, "abrange, também, o dolo do representante legal"[54] e, naturalmente, o de seu advogado, ainda quando sem o assentimento ou a ciência do litigante.

Torna-se indispensável, para êxito da rescisória, na espécie em exame, que ocorra nexo de causalidade entre o dolo (violação da lealdade e da boa-fé) e o resultado a que chegou a sentença, como se depreende do texto do art. 485, nº III.

Não se deve ver dolo na simples omissão de prova vantajosa à parte contrária, nem tampouco no silêncio sobre circunstância que favoreça o adversário. Para verificação da situação legal, o vencedor deverá ter adotado procedimento concreto para intencionalmente obstar a produção de prova útil ao vencido.[55]

Deve-se, porém, atentar para o fato de que o dolo autorizador da rescisória não abrange os atos de má-fé anteriores ao processo, mas apenas o *dolo processual*, que vem a ser aquele praticado por meio de ato de litigância maliciosa durante a tramitação da causa em juízo.

606. Colusão para fraudar a lei (art. 485, III)

Cabe ao juiz impedir que as partes utilizem o processo para, maliciosamente, obterem resultado contrário à ordem jurídica. Quando concluir o magistrado que as partes estão manejando a relação processual para "praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei", deverá proferir "sentença que obste aos objetivos das partes" (art. 129). Nem sempre, porém, o juiz tem meios para impedir que os fraudadores atinjam o fim colimado.

Exemplo de processo em tal situação seria a ação movida pela concubina contra o concubinário casado para obter a transferência de um bem móvel valioso que este desejaria doar-lhe com infração do art. 550 do Código Civil.

Deixando o réu que o feito corra à revelia e não havendo meio de o juiz impedir a condenação à transferência do bem litigioso, estaremos diante de uma sentença provocada por conluio em fraude da lei.

Os prejudicados, após o trânsito em julgado, poderão rescindi-la de acordo com o art. 485, nº III, do novo Código.

São comuns, também, os exemplos de colusão para obter anulação de casamento, fora dos limites permitidos pela lei.

Podem promover a rescisória, em tais casos, tanto os sucessores de qualquer das partes do processo fraudulento, o terceiro juridicamente interessado, como também o Ministério Público (art. 487).

607. Ofensa à coisa julgada (art. 485, IV)

A coisa julgada, na definição do Código, é o caráter de que se reveste a sentença já não mais sujeita a recurso, tornando-a imutável e indiscutível (art. 467).

Para as partes do processo, a sentença vem a ter força de lei nos limites da lide e das questões resolvidas (art. 468).

Após o trânsito em julgado, cria-se para os órgãos judiciários uma impossibilidade de voltar a decidir a questão que foi objeto da sentença.

Qualquer nova decisão, entre as mesmas partes, violará a intangibilidade da *res iudicata*. E a sentença, assim obtida, ainda que confirme a anterior, será rescindível, dado o impedimento em que se achava o juiz de proferir nova decisão.

A rejeição da exceção de coisa julgada no curso da ação originária, bem como a ciência da parte vencida da existência de anterior sentença e a omissão de arguir a competente exceção, não são obstáculos ao manejo da ação rescisória com fundamento no inciso IV do art. 485.

Havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não se der sua rescisão para restabelecer a primeira.[56] Duas atitudes poderia o legislador ter adotado diante desse conflito: (i) negar validade à segunda sentença, qualificando-a de nula; ou (ii) tê-la como anulável, e, por isso, desconstituível. O Código de Processo optou pela última saída, quando qualificou como rescindível a sentença que ofende a coisa julgada. Se se trata de sentença rescindível, incorre nulidade, e o segundo decisório permanecerá válido e eficaz enquanto não rescindido.

Que se fazer quando duas sentenças transitadas em julgados resolveram a

mesma lide, e já não é mais cabível a rescisória, pelo decurso do tempo? É óbvio que, sendo contraditórias, não se haverá de admitir ambas como operantes. Também, sendo de igual teor, inadmissível será tê-las como válidas para condenar, por exemplo, duas vezes a parte a cumprir a mesma prestação. Dentro do sistema do Código, a solução somente pode ser uma: apenas a última sentença transitada em julgado representará a solução definitiva da lide. Ela é válida e somente deixaria de sê-lo se tempestivamente rescindida. Como não foi, nem mais poderá ser rescindida, sua validade reconhecida pela lei faz com que a última definição da lide ocupe o lugar da que se adotou no primeiro julgado, que, no conflito, perderá, irremediavelmente, toda sua eficácia.

608. Violação de literal disposição de lei (art. 485, V)

O conceito de violação de "literal disposição de lei" vem sendo motivo de largas controvérsias desde o Código anterior. Não obstante, o novo estatuto deliberou conservar a mesma expressão.

O melhor entendimento, a nosso modo de ver, é o de Amaral Santos, para quem sentença proferida contra literal disposição de lei não é apenas a que ofende a letra escrita de um diploma legal; "é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão é repulsiva à lei (*error in judicando*), como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação (*error in procedendo*)".[57]

Não se cogita de justiça ou injustiça no modo de interpretar a lei.[58] Nem se pode pretender rescindir a sentença sob invocação de melhor interpretação da norma jurídica aplicada pelo julgador.[59]

Nesse sentido, assentou o Supremo Tribunal Federal em sua *súmula* que "não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais" (nº 343).[60] Tampouco se presta o art. 485, V, a propiciar reexame de prova ou reinterpretação de cláusula contratual. A rescisão, na espécie, fica restrita à tese de direito aplicável à causa. Escapam de seu alcance questões fáticas como a da interpretação do contrato.[61]

Fazendo um paralelismo entre o antigo recurso extraordinário (hoje, recurso especial) por negação de vigência à lei federal e a ação rescisória por violação de literal disposição de lei, Sérgio Sahione Fadel conclui pela identidade das duas situações e afirma que "a violação do direito expresso" corresponde ao "desprezo pelo julgador de uma lei que claramente regule a hipótese e cuja não

aplicação no caso concreto implique atentado à ordem jurídica e ao interesse público".[62]

Mas não é necessário que a sentença tenha cogitado da existência de uma regra legal e em seguida se recusado a aplicá-la. Nem se exige que a regra legal tenha sido discutida, de forma expressa, na sentença rescindenda. "A sentença que ofende literal disposição de lei é aquela que, implícita ou explicitamente, conceitua os fatos enquadrando-os a uma figura jurídica que não lhe é adequada."[63] De tal arte, doutrina e jurisprudência estão acordes em que "viola-se a lei não apenas quando se afirma que a mesma não está em vigor, mas também quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está posto, não só quando há afronta direta ao preceito mas também quando ocorre exegese induvidosamente errônea".[64]

608-a. Ofensa à norma constitucional (ainda o art. 485, V)

Quando uma lei enfrenta dissídio interpretativo nos tribunais, não se pode afirmar que a sentença, optando por aplicar um dos diversos entendimentos presentes na jurisprudência, pratique violação literal de lei. As múltiplas correntes interpretativas decorrem ou de deficiência da linguagem da própria norma ou de dificuldade de compreensão oriunda de divergências geradas pelos próprios tribunais. Em ambas as hipóteses, não se pode responsabilizar o sentenciante pelo desfecho dado ao processo, em meio ao ambiente de dúvidas e oscilações reinante na jurisprudência. É em razão desse clima dominado por imprevisões que o Supremo Tribunal Federal assentou em súmula o enunciado de que "não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".[65]

O Estado Democrático de Direito, porém, dispensa ao ordenamento constitucional uma tutela particular e qualificada, segundo a qual dos juízes se exige uma fidelidade e uma observância que assegure sempre aos seus preceitos o máximo de efetividade. Se uma lei comum pode, eventualmente, permitir mais de uma interpretação razoável, o mesmo é inconcebível diante dos textos constitucionais. O juízo acerca da conformidade de uma lei ordinária com a Constituição resulta sempre num juízo sobre a validade da lei. O ato normativo que se contraponha à Constituição simplesmente não vale, é nulo, é despido de qualquer força jurídica.

Não se pode adotar, em matéria de inconstitucionalidade, atitudes de

perplexidade ou dúvida, ou a lei é constitucional ou não o é. No plano da constitucionalidade, portanto, uma lei não pode ter mais de uma interpretação. Uma única exegese é possível e haverá, necessariamente, de ser aquela que conduzir à harmonização com a Constituição ou à sua incompatibilidade com esta.

Não se aplica, por conseguinte, à ação rescisória fundada em ofensa à Constituição a Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal.[66] Invocado o inciso V do art. 485 do CPC, o Tribunal não se escusará de julgar o mérito da rescisória a pretexto de existir controvérsia na jurisprudência. A questão constitucional terá de ser enfrentada, para se firmar a interpretação da norma debatida, que não poderá persistir no estágio de dúvida e imprecisão.[67]

Por outro lado, verifica-se a questão constitucional na rescisória, tanto quando o decisório rescindendo aplica lei inconstitucional, como quando se recusa a aplicar lei constitucional a pretexto de sua inexistente desconformidade com a Constituição.[68]

Enfim, é importante lembrar que o cabimento da ação rescisória por ofensa à Constituição contida na lei aplicada pela sentença rescindenda não depende, necessariamente, de prévia declaração da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo porque o seu pronunciamento costuma ser bastante demorado e, não raro, ocorre depois de já consumido o prazo da rescisória.[69] Além do que, "mesmo não havendo precedente do STF, será admissível a ação rescisória em matéria constitucional, sem os empecilhos da Súmula 343".[70]

609. Falsidade de prova (art. 485, VI)

A sentença é rescindível "sempre que, baseada em prova falsa, admitiu a existência de fato, sem o qual outra seria necessariamente a sua conclusão".[71]

Não ocorrerá a rescindibilidade "se houver outro fundamento *bastante*, para conclusão".[72]

Lembra Pontes de Miranda que, às vezes, a falsidade da prova pode atingir o fundamento apenas da decisão de um dos pedidos. "Então, a rescisão é rescisão parcial. O que foi julgado, sem se apoiar em prova falsa, fica incólume à eficácia da sentença rescindente."[73]

A prova da falsidade tanto pode ser a apurada em processo criminal como a produzida nos próprios autos da ação rescisória. Se houver a sentença criminal declaratória da falsidade, sobre esse vício não mais se discutirá na rescisória. A controvérsia poderá girar apenas sobre ter sido, ou não, a prova falsa o

fundamento da decisão rescindenda.[74]

Toda e qualquer espécie de prova pode ser arguida de falsa.[75] Nem se deve distinguir entre a falsidade material e a ideológica.[76] Também é irrelevante o prequestionamento do fato no processo em que foi prolatada a sentença a rescindir.[77]

610. Documento novo (art. 485, VII)

Inspirado no Código italiano, o art. 485, nº VII, do novo Estatuto Processual, admitiu mais uma hipótese de rescindibilidade da sentença, que consiste na obtenção pelo autor da rescisória, após a existência da decisão rescindenda, de documento novo, "cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável".

A novidade do documento não diz respeito à sua constituição, mas à época de sua produção como prova em face do processo em que se deu a sentença impugnada.[78] Na realidade, e como regra geral, "para admitir-se a rescisória é preciso que o documento já existisse ao tempo em que se proferiu a sentença".[79] A própria lei fala em documento "cuja existência" era ignorada. Logo, refere-se a documento existente e não criado após a sentença. Aliás, como adverte Sérgio Sahione Fadel, "o documento posterior à sentença passada em julgado não a invalida".[80]

Entretanto, pela singular relevância da matéria, o Superior Tribunal de Justiça considera documento novo, para autorizar a rescisória, o exame pericial de DNA realizado após a sentença, quando conclua de maneira contrária ao disposto na ação de paternidade.[81]

Para fundamentar a rescisória, o documento terá que ser de relevante significação diante da sentença. Sua existência, por si só, deve ser causa suficiente para assegurar ao autor da rescisória um pronunciamento diverso daquele contido na sentença impugnada e que, naturalmente, lhe seja favorável.

Note-se que apenas a prova (documento) é que deve ser nova, não os fatos probandos. Não é lícito, portanto, ao vencido, a pretexto de exibição de documento novo, inovar a *causa petendi* em que se baseou a sentença (ex.: provar uma novação quando a sentença se fundou em pedido de compensação ou pagamento).

São pressupostos desse permissivo de rescisória: *a*) ignorância da existência do documento antes da sentença; ou impossibilidade de sua utilização em tempo hábil, como no caso de retenção por terceiros, extravio etc; e *b*) a relevância do

documento para motivar, por si só, conclusão diversa daquela a que chegou a sentença, favorecendo o vencido, total ou parcialmente. Logo, não será lícito pretender completar a força de convencimento do documento novo com outras provas cuja produção se intente realizar, originariamente, nos autos da rescisória.

611. Confissão, desistência ou transação inválidas (art. 485, VIII)

Cabe rescisória quando "houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença" (art. 485, nº VII).

Para o êxito da rescisão não é suficiente que o ato jurídico (confissão, desistência ou transação) seja passível de invalidação. É indispensável que a sentença tenha tido como base o ato viciado. Nas hipóteses de desistência ou transação, nenhuma dificuldade se encontra para a rescisória, porque a sentença, em tais casos, se limita a homologar uma autocomposição da lide. O negócio jurídico realizado pelos interessados será, sempre e forçosamente, a base da sentença, portanto (sobre a jurisprudência, em torno da sentença homologatória de transação, ver, adiante, o nº 613-a).

Já com relação à confissão, torna-se imperiosa a demonstração de que a sentença rescindenda a teve por fundamento. Se a conclusão do julgador foi extraída de convicção que prescinde da confissão, o vício desta não atinge a sentença.

O art. 485, nº VIII, na parte relativa à confissão, deve ser interpretado em conjugação com a regra do art. 352, onde se dispõe que: "A confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação, pode ser revogada: I) por ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita; e II) por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença da qual constituir o *único fundamento*".

Quanto à desistência, há de se notar que se trata de causa de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, nº VIII). Como a rescisória só é admissível contra sentenças de mérito (art. 485, *caput*), a desistência de que fala o inciso VIII do mesmo artigo "só pode ser entendida com o sentido de *renúncia ao direito em que se funda a ação*, ou seja, de renúncia ao direito material".[82]

Na verdade, o sentido que se tem dado ao art. 485, VIII, não é o de entendê-lo aplicável à sentença de homologação do pedido de desistência, mas de entendê-lo como referente às sentenças de mérito que tenham tomado como base a desistência de alguma ação. Por exemplo: a ação ordinária de anulação de um título de crédito foi julgada improcedente em face de o devedor ter anteriormente desistido da ação de embargos à execução em torno do mesmo título. A

desistência de uma ação, portanto, teria servido de fundamento para a rejeição do pedido (mérito) formulado em outra causa. A rescisória se voltaria contra a segunda sentença (a que enfrentou o mérito) e não contra a primeira, que simplesmente decretou a extinção do processo, sem apreciar-lhe o mérito.

612. Erro de fato (art. 485, IX)

A inovação de admitir a rescisória no caso de erro de fato cometido pelo julgador tem merecido censura da doutrina por desnaturar o instituto da coisa julgada.[83]

Deve-se, por isso, interpretar restritivamente a permissão de rescindir a sentença por erro de fato e sempre tendo em vista que a rescisória não é remédio próprio para verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial, nem tampouco meio de reconstituição de fatos ou provas deficientemente expostos e apreciados em processo findo.[84]

Segundo definição do próprio Código, só haverá erro autorizativo da rescisória "quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido" (art. 485, § 1º).[85]

São os seguintes os requisitos para que o erro de fato dê lugar à rescindibilidade da sentença:

a) o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a sentença;

b) o erro há de ser apurável mediante simples exame das peças do processo, "não se admitindo, de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente";[86]

c) não pode ter havido controvérsia, nem pronunciamento judicial no processo anterior sobre o fato (art. 485, § 2º).

Deve-se concluir, com Barbosa Moreira, que "o pensamento da lei é o de que só se justifica a abertura de via para rescisão quando seja razoável presumir que, se houvesse atentado na prova, o juiz não teria julgado no sentido em que julgou. Não, porém, quando haja ele julgado em tal ou qual sentido, por ter apreciado mal a prova em que atentou".[87]

613. Atos judiciais não sujeitos à ação rescisória

Só as sentenças de mérito podem ser objeto da rescisória (art. 485, *caput*). Em consequência, "os atos judiciais, que não dependem da sentença, ou em que

esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil" (art. 486).

Entre os atos judiciais que não dependem de sentença e podem ser objeto de ação ordinária de anulação figuram a arrematação e a adjudicação.[88] Também a remição (que a Lei nº 11.382/2006 transformou em modalidade de adjudicação), mesmo no primitivo regime do Código, em que se falava em deferimento por sentença, não reclamava ação rescisória para invalidação, já que não ocorria julgamento de questão de mérito na sua concessão, mas simples ato executivo, de cunho administrativo.

Quando, porém, após a expropriação dos bens penhorados, o executado opõe embargos à adjudicação, alienação ou arrematação (art. 746), ou o terceiro maneja os embargos do art. 1.046, e tais impugnações são rejeitadas, a desconstituição do ato já passa a depender de ação rescisória. Já então terá havido um processo contencioso em volta da questão, e o julgamento da ação de embargos, assegurando validade à arrematação ou adjudicação, será, realmente, uma sentença de mérito.[89]

Entre as sentenças que não impedem a ação comum de anulação do ato judicial citam-se as de jurisdição voluntária (como a que homologa a separação amigável) e a de partilha em inventário,[90] quando objeto de acordo entre os próprios herdeiros, maiores e capazes. Quando, todavia, a partilha for judicial, a sentença que a homologa é sentença de mérito, posto que o atual Código arrola o inventário e a partilha entre os procedimentos de jurisdição contenciosa.

Os vícios dos atos em que a sentença não resolve questão litigiosa serão apreciados e julgados em ação anulatória. Na realidade, não se ataca o ato judicial propriamente dito, mas os atos das partes praticados no processo, "refletindo-se, *rescindentemente*, no ato judicial".[91]

Os fundamentos da ação anulatória deverão ser procurados no direito material. A expressão "lei civil" do art. 486 deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo todos os ramos do direito material.

No caso de sentença meramente homologatória, estas não têm, como ensina Batista Martins, conteúdo próprio. "Realmente, o seu conteúdo outro não é que o ato jurídico realizado pelas partes." O julgamento é de caráter apenas formal, pois limita-se à fiscalização das formalidades extrínsecas. "Valendo não por si mesmas, mas pelo ato jurídico que certificam, tais sentenças não geram a coisa julgada em sentido formal e material, não sendo, por isso, rescindíveis."[92]

A rescisão, ou anulação, é do ato homologado. Daí a conclusão de Seabra Fagundes, hoje esposada expressamente pelo Código, no sentido de que "para a

anulação das sentenças de caráter meramente homologatório é incabível a ação rescisória".[93]

O prazo para a anulação do negócio jurídico homologado judicialmente não é o da ação rescisória (art. 495), mas aquele previsto na lei civil para a modalidade do ato negocial impugnado e do vício que lhe é imputado. Por exemplo, se se tratar de vício de consentimento, a ação anulatória decairá em quatro anos (Cód. Civ., art. 178). Para os casos de anulabilidade acerca dos quais não haja prazo estipulado em lei, aplica-se prazo genérico do art. 179 do Cód. Civ., qual seja, o de dois anos a contar da data do ato.

613-a. Sentença homologatória em processo contencioso

A ação prevista no art. 486 funda-se em vício no direito material das partes e nas causas de anulabilidade comuns dos negócios jurídicos. Já na ação rescisória o que se julga é o próprio "julgamento anterior", como ato jurisdicional imperfeito. Assim, nas sentenças "meramente homologatórias", a ação do art. 486 vai atingir diretamente o ato das partes homologado pelo juiz, e não propriamente o decisório judicial. Na separação consensual, que é caso típico de jurisdição voluntária, o que se anula é o *acordo de vontade dos cônjuges*.[94]

A rigor, somente em procedimento de jurisdição voluntária seria possível divisar a sentença *meramente homologatória*, porque só aí é que o ato jurisdicional não faria coisa julgada material.

Quando, porém, o acordo de vontades dos litigantes (transação) importa solução de uma lide que já é objeto de um feito contencioso em andamento na Justiça, a sentença que o homologa não deveria ser havida como "meramente homologatória", visto que importa encerramento do processo com *julgamento do mérito* (art. 269, nº III), e, consequentemente, produz a *coisa julgada material* (arts. 467 e 468).

A autocomposição da lide é jurisdicionalizada, *in casu*, pela homologação do juiz, que a encampa e chancela como se fora uma solução dada pela própria sentença. Daí ter antiga exegese assentado que o ataque à *res iudicata* gerada pela sentença que homologa a transação haveria de ser feito somente pela via da *ação rescisória* (art. 485, nº VIII).[95]

Nada obstante, é forçoso reconhecer que a jurisprudência, com o passar do tempo, inclinou-se majoritariamente para tese que admite o cabimento da ação comum de anulação de negócio jurídico para a hipótese de transação homologada em juízo, aplicando-se, portanto, à espécie, o art. 486 e não o art.

485, nº VIII, do CPC.[96]

Segundo a mesma tese, não há contradição entre o art. 485, VIII, e o art. 486, pois o primeiro deles apenas autorizaria a ação rescisória quando a transação servir de base a alguma decisão realmente de mérito, adotada pelo juiz.[97] Se, todavia, nenhum julgamento sobre o conteúdo da lide for proferido e a atividade do magistrado resumir-se à homologação do acordo, a eventual rescisão seria do negócio jurídico e não da sentença homologatória. Daí caber a ação comum do art. 486 e não a rescisória do art. 485, VIII.[98] É hoje o entendimento amplamente prestigiado pela jurisprudência em todos os tribunais do País.

614. Legitimação

O novo Código dispõe de maneira expressa quanto à legitimação de parte para a ação rescisória, afirmando que sua propositura pode partir de:

I – quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;

II – o terceiro juridicamente interessado;

III – o Ministério Público, nos casos de omissão de sua audiência, quando era obrigatória sua intervenção, e quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei (art. 487).

A parte do processo em que se deu a sentença tanto pode ser o autor como o réu e ainda o assistente.

Se houve sucessão *inter vivos* ou *mortis causa* na relação jurídica que foi objeto da sentença, o sucessor da parte também é legitimado a propor a rescisória. Há uma particularidade com relação à sentença baseada em confissão viciada por erro, dolo ou coação. Nesse caso especial, a legitimação é apenas do próprio confitente e só se transfere para os herdeiros se o falecimento ocorrer após a propositura da ação (art. 352, parágrafo único).

O terceiro só será legitimado quando tiver interesse jurídico (cf. arts. 54 e 499 e § 1º). Não é suficiente um simples interesse *de fato*.[99] Sobre o conceito técnico de "terceiro juridicamente interessado", vejam-se, atrás, os nºs 518 e 528.

O Ministério Público pode propor a ação rescisória sempre que tiver sido parte no processo em que se proferiu a sentença. Poderá, ainda, manejar a ação de rescisão, mesmo não tendo sido parte no processo, quando ocorrerem as duas hipóteses do art. 487, nº III.

O réu da ação rescisória será a parte contrária do processo em que se proferiu a sentença impugnada, ou seus sucessores. A circunstância de ter atuado no

processo primitivo um *substrato processual*, no polo ativo ou passivo, suscita um problema no plano da rescisória: da ação de ataque à coisa julgada deverá participar o substituto ou o substituído? Como o substituto, na forma prevista no art. 6º do CPC, não depende de autorização do substituído para promover a ação de conhecimento e fazer executar a respectiva sentença, também se apresentará como detentor de legitimação própria para promover e sofrer a ação rescisória. É o que ensina com maestria Barbosa Moreira:

> "O princípio geral, parece-nos, é o de que devem integrar o contraditório [da rescisória] todos aqueles que eram partes no feito anterior, ao ser proferida a sentença (*lato sensu*) rescindenda... Não necessariamente, observa-se, todos aqueles para quem ela produziu efeitos no plano material: se, no outro processo, havia substituição processual, ocupando algum legitimado extraordinário a posição de autor ou de réu, e subsiste a legitimação extraordinária, é da participação *desse substituto*, que se tem de cogitar na rescisória – sem que fique *a priori* excluída a possibilidade de intervir, como assistente, o titular da relação jurídica substantiva, deduzida no feito precedente (isto é, a pessoa que nele fora substituída)"[100].

Quem, por exemplo, recebe a legitimação constitucional para defender, em nome próprio, os direitos e interesses de uma categoria profissional, não perde essa legitimidade *ad causam*, quando se depara com ação rescisória de sentença pronunciada em razão justamente de demanda proposta e patrocinada pela entidade sindical. Dessa ação rescisória não são, a meu ver, litisconsortes necessários os integrantes da massa formadora da categoria tutelada pelo sindicato. Poderão participar, mas na categoria de litisconsortes facultativos ou assistentes.

Conspira para tal conclusão a circunstância de que o *substituto processual* – no dizer de Manoel Severo Neto – "é titular do direito de ação... não exerce um direito de ação do substituído, mas dele próprio". É por isso que a doutrina majoritária ensina que a coisa julgada se forma tanto em face do substituto como do substituído. E, por conseguinte, se a ação rescisória visa a desconstituir a coisa julgada e a promover um novo julgamento da lide decidida perante o substituto, é ele o primeiro e principal legitimado para o juízo rescisório, seja na posição ativa seja na passiva[101] (sobre o conceito e os efeitos da *substituição processual*, v., *retro*, o nº 68).

614-a. Competência

O Código de Processo Civil coloca a ação rescisória entre os feitos integrantes do "processo nos Tribunais" (Cap. IV do Tít. IX do Livro I). Trata-se, pois, de ação que não se submete aos dois graus ordinários de jurisdição. Sua propositura e julgamento ocorrem em instância única, perante os Tribunais.

Essa sistemática decorre de previsão constitucional, onde se acha expressamente estabelecido que compete: a) ao STF processar e julgar, originariamente, a ação rescisória de seus julgados (CF, art. 102, I, j); b) ao STJ assim proceder em relação aos seus julgados (CF, art. 105, I, *b*); e c) aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar as rescisórias de seus acórdãos e das sentenças dos juízes federais das respectivas regiões (CF, art. 108, I, b). Por simetria, cabe aos Tribunais de Justiça, no âmbito das Justiças Estaduais, a competência para a rescisão de seus acórdãos e das sentenças dos juízes de primeiro grau do respectivo Estado.

Como, em razão do recurso, o julgado do tribunal *ad quem* substitui, para todos os efeitos, a decisão recorrida (art. 512), o objeto da ação rescisória é o acórdão que apreciou o recurso e não a sentença recorrida.

Na instância do STF e do STJ, todavia, o julgamento dos recursos extraordinário e especial nem sempre provoca a substituição em tela, de maneira que, mesmo subindo o processo àquelas Cortes, há situações em que a rescisória continua na esfera de competência do Tribunal de segundo grau (Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça dos Estados). Assim é quando o julgamento do STF ou do STJ não passa do juízo negativo de admissibilidade do recurso, ou seja, quando é inadmitido em razão de preliminares puramente processuais.

Só as sentenças (ou acórdãos) de mérito sujeitam-se à ação rescisória, como se acha previsto no art. 485, *caput*, do CPC. Se, portanto, o último julgamento de mérito foi proferido pelo Tribunal de segundo grau, a competência para processar e decidir a rescisória será sua, e não do STF ou do STJ, ainda que, por força do extraordinário ou do especial, tenha ocorrido julgamento de recurso nas instâncias superiores. Para que surja a competência do STF ou do STJ em matéria de causa submetida à tramitação de recurso especial ou extraordinário é necessário que a questão federal (mérito) tenha *in concreto* sido apreciada e dirimida pelas instâncias superiores.[102]

Diversamente do que ocorre nos Tribunais de segundo grau, que sempre são competentes para a ação rescisória no campo de sua circunscrição territorial,

haja ou não julgamento de recurso contra as sentenças dos juízos de primeiro grau, a competência do STF e do STJ somente alcança seus próprios acórdãos. Sem que o recurso especial ou extraordinário tenha provocado um julgamento de mérito nas instâncias superiores, não surge a competência do STF e do STJ em matéria de ação rescisória.

Em outros termos, pode-se afirmar que os tribunais de segundo grau de jurisdição conservam o caráter de competência hierárquica para a ação rescisória das sentenças dos Juízos de primeiro grau, tal como se passa com os recursos ordinários. Já a competência do STF e do STJ nada tem das feições hierárquicas, haja vista que somente podem rescindir seus próprios julgados e nunca os dos Tribunais inferiores.

É bem verdade que, excepcionalmente, pode ocorrer prorrogação de competência do STJ e do STF, de modo a incluir, na rescisória, questões de mérito que não chegaram a ser examinadas por aquelas Cortes. De qualquer maneira, a competência do STJ ou do STF só se firmará a partir do fato de ser objeto da rescisória alguma questão de mérito por eles enfrentada e decidida (sobre o tema, ver, adiante, o nº 622-c).

615. O pedido: *judicium rescindens* e *judicium rescissorium*

A petição inicial, endereçada ao tribunal, deve satisfazer às exigências comuns de todo pedido inaugural de processo e que são as do art. 282.

O art. 488 impõe, contudo, duas providências especiais ao autor da rescisória: I) cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa; II) depositar a importância de 5% sobre valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

Denomina-se *judicium rescindens* o enfrentamento do pleito de desconstituição do julgamento primitivo, e *judicium rescissorium*, o novo julgamento da causa, para substituir aquele que for invalidado.

Muito se discutiu, no regime do Código anterior, sobre a possibilidade de cumulação do *judicium rescindens* com o *judicium rescissorium*. O novo estatuto pôs fim à controvérsia, criando não apenas a faculdade, mas instituindo a obrigatoriedade de cumular o autor, em sua petição inicial, as duas pretensões, isto é, a de rescisão da sentença e a de nova solução para a causa, em seu mérito, sempre que for o caso. Aliás, na prática só há três hipóteses em que a cumulação não ocorrerá: *a*) a de ofensa à coisa julgada (art. 485, nº IV), onde a ação

rescisória apenas desconstituirá a sentença impugnada; *b*) a de juiz peitado (art. 485, nº I); e *c*) a de juiz impedido ou absolutamente incompetente (art. 485, nº II); porque, nos dos últimos casos, toda a instrução do processo será anulada e o feito terá de ser renovado em primeira instância.

A omissão do autor, na petição inicial, do pedido de rejulgamento da causa, no entanto, não autoriza seu imediato indeferimento por inépcia. Aplica-se à espécie a regra geral do art. 284 que obriga a prévia intimação do autor para suprir deficiências da inicial. Desse modo, "apenas após o transcurso do prazo estabelecido para que o autor emende a inicial, sem que este o tenha feito, é que poderá o relator indeferir a petição inicial".[103]

616. Multa de 5% sobre o valor da causa

Tendo ampliado os casos de admissibilidade e facilitado a sua utilização pelas partes, entendeu o código de coibir abusos na propositura da ação rescisória através de duas medidas práticas: *a)* instituição de uma multa; e *b)* redução do prazo decadencial do direito de postular a rescisória, que ficou limitado a dois anos.

Assim é que o art. 488, nº II, criou a obrigatoriedade para o autor de fazer, *initio litis*, um depósito de 5% sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.[104]

Verificada a situação acima, a multa reverterá em favor do réu, sem prejuízo do direito que este ainda tem, como vencedor de reembolso das custas e honorários advocatícios (art. 494, *in fine*).

Julgada procedente a ação, ou não sendo unânime o julgamento contrário à pretensão do autor, o depósito ser-lhe-á restituído (art. 494, primeira parte).

A União, os Estados e os Municípios não se sujeitam ao depósito em questão. Mas o favor não se estende "aos órgãos de administração indireta dessas entidades públicas, inclusive as respectivas autarquias".[105] Às entidades isentas do depósito inicial também não se pode aplicar, afinal, a pena de multa, mesmo sendo a rescisória julgada improcedente.[106]

Também dos beneficiários da assistência judiciária não se pode exigir o depósito do art. 488, II, para não inviabilizar o pleno acesso à jurisdição assegurado constitucionalmente àqueles cujas disponibilidades econômicas são nulas ou escassas (CF, art. 5º, XXXV).[107]

617. A execução da sentença rescindenda

A propositura da ação rescisória nenhuma consequência tem sobre a exequibilidade da sentença impugnada. Dispõe, expressamente, o art. 489 que "a ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda". A regra, aliás, é da tradição de nosso direito.

Admitir-se o contrário seria violar a garantia constitucional da intangibilidade da coisa julgada enquanto não desconstituída a sentença.

Em caso de gravidade acentuada e de manifesta relevância da pretensão de rescindir a sentença contaminada por ilegalidade, a jurisprudência tem admitido, com acerto, medida cautelar com o fito de suspender, liminarmente, a exequibilidade do julgado rescindendo.[108] A partir, porém, da Lei nº 8.952/94, a medida adequada para se obter dita suspensão, quando presentes os requisitos do art. 273 do CPC, é a antecipação de tutela.[109] Tornou-se, enfim, pacífico que a sentença, por se revestir da autoridade de coisa julgada, não gera efeitos imunes às medidas preventivas manejáveis em torno da ação rescisória.[110]

A Lei nº 11.280, de 16.02.2006, deu nova redação ao art. 489, para esclarecer, de maneira definitiva, que o fato de o ajuizamento da ação rescisória não impedir o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo não exclui "a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela".

O que a regra do art. 489 do CPC deixa claro é que o simples ajuizamento da rescisória não tem o condão de suspender a execução da sentença nela atacada. Uma vez, porém, que os pressupostos da tutela cautelar (art. 798) ou da antecipação de tutela (art. 273) se façam presentes, claro é que a competente medida de urgência haverá de ser tomada, para impedir que o resultado de ação rescisória perca sua utilidade para a parte e para a própria jurisdição.

As tutelas emergenciais não são simples faculdades do órgão judicial; são necessidades inafastáveis do acesso à justiça, quando seus pressupostos se configuram. Não deferi-las, nesses casos, seria uma verdadeira denegação da tutela jurisdicional assegurada constitucionalmente.

618. Indeferimento da inicial

A petição inicial da rescisória pode ser liminarmente indeferida pelo relator do processo nos casos comuns do art. 295 e, ainda, quando não efetuado o depósito, exigido pelo art. 488, II (5% sobre o valor da causa). É o que determina o art. 490. O STJ já decidiu que, para extinguir o processo da rescisória, sem resolução de mérito, mediante indeferimento da petição inicial

por falta de recolhimento do depósito previsto no art. 490 e do preparo inicial aludido no art. 257, não se exige a prévia *intimação pessoal* da parte para regularizar o feito. As únicas hipóteses de extinção do processo em que essa cautela é imposta pela lei são aquelas correspondentes ao abandono da causa pelas partes e que constam dos incisos II e III do art. 267, situação em que não se inclui o indeferimento da petição inicial (inciso I do mesmo dispositivo legal).[111] De fato, não há exigência do Código de que a extinção, na espécie, seja precedida de intimação da *própria parte* para regularizar o processo. Isso, todavia, não exclui a aplicação da regra geral do art. 284, em que se determina que os defeitos da petição não acarretam seu imediato indeferimento, devendo sempre se conceder o prazo de dez dias ao autor para que a emende ou a complete. O indeferimento, outrossim, somente poderá ocorrer se a parte não cumprir a diligência (parágrafo único do mesmo artigo). Assim, a aplicação do art. 490 não exige prévia intimação *pessoal* do autor da rescisória, mas deverá ser precedida de regular intimação ao seu advogado, para os fins do art. 284.

O Código foi omisso quanto ao recurso cabível da decisão de indeferimento da inicial da rescisória. Entende Barbosa Moreira que a questão pode ser solucionada pelo Regimento Interno do tribunal e, se não o for, será admissível a interposição de mandado de segurança contra o ato do relator, na forma do art. 5º, nº II, da Lei nº 12.016/2009.[112]

619. Procedimento

Trata-se de procedimento de competência originária dos tribunais. Seu julgamento se dá, portanto, em uma única instância.

A petição inicial é endereçada ao próprio tribunal que proferiu o acórdão rescindendo ou ao tribunal de 2º grau de jurisdição no caso de sentença de juiz de 1º grau.

Verificando o relator que a petição inicial está em ordem ou que já foram sanadas as irregularidades eventualmente encontradas, mandará citar o réu, com observância das regras comuns de convocação do demandado (mandado, edital etc.).

O prazo de resposta do réu é fixado pelo relator, mas não poderá ser inferior a 15 dias nem superior a 30 (art. 491).

Na resposta, o demandado poderá defender-se amplamente, tanto por meio de contestação, exceção, como reconvenção.

Findo o prazo de defesa, com ou sem resposta, o feito prosseguirá com

observância do rito ordinário, funcionando o relator em posição equivalente ao juiz de 1º grau (art. 491, segunda parte).

Aplica-se o sistema das "providências preliminares" e do "julgamento antecipado da lide" (arts. 323 a 331). Sendo, porém, feito de competência originária do tribunal, a decretação de extinção do processo ou o julgamento antecipado da lide não poderão ser prolatados pelo relator, cabendo-lhe apenas submeter o caso ao colegiado. O saneador, contudo, é proferido pelo relator.

A não contestação da ação rescisória, no prazo assinado ao réu pelo relator, acarretaria a presunção prevista no art. 319 e levaria ao julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, nº II?

A resposta deve ser negativa. Sendo a coisa julgada questão de ordem pública, a revelia do demandado em ação rescisória é inoperante e não dispensa o autor do ônus de provar o fato em que se baseia sua pretensão (art. 320, II).

É que o objeto *imediato* da ação rescisória não é propriamente a lide outrora existente entre as partes e que já foi composta pela sentença rescindenda. O que se ataca na ação rescisória é a *sentença*, ato oficial do Estado, e que se acha sob o manto da *res iudicata*. Apenas *mediatamente*, isto é, por reflexo, é que será atingida a situação jurídica das partes emergentes da antiga lide.

Sobre o objeto imediato da ação rescisória inexiste disponibilidade das partes. Logo, não pode ocorrer confissão, transação ou disposição de qualquer outra forma. Diante da indisponibilidade sobre o objeto da causa, não cabe, na rescisória, a audiência preliminar de que trata o art. 331.

Pela mesma razão, não é admissível o reconhecimento da procedência do pedido rescisório pelo réu, com as consequências a que alude o art. 269, nº II, posto que o ato de vontade incidiria sobre bem jurídico indisponível.

Assim, o julgamento antecipado da lide, em ação rescisória, só será possível "quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência" (art. 330, nº I), tal como se dá nos casos em que a controvérsia gira apenas em torno de elementos documentais.

Se houver necessidade de produção de provas (perícias, testemunhas, depoimentos pessoais etc.), o relator delegará a competência ao juiz de direito da comarca onde devam ser produzidas, marcando prazo de 45 a 90 dias para conclusão da diligência e retorno dos autos ao tribunal (art. 492). A prova documental deve ser produzida perante o próprio tribunal.

Encerrada a instrução, abre-se, no tribunal, um prazo de 10 dias para cada parte apresentar suas razões finais (art. 493).

Vencido o prazo acima, deve-se ouvir o Ministério Público (art. 82, III). Depois os autos irão ao relator, que os prepara para julgamento, na forma do art. 549 e seu parágrafo único. Após o "visto" do revisor (art. 551, § 2º), a secretaria do tribunal expedirá cópia do relatório aos membros do colegiado que proferirá a decisão da rescisória (art. 553).

No julgamento, inclusive quanto à competência interna e atos procedimentais, observar-se-á: I – no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o disposto nos respectivos regimentos internos; II – nos Tribunais dos Estados, a regra traçada pela Organização Judiciária local (art. 493, com a redação da Lei nº 11.382, de 06.12.2006).

620. Natureza e conteúdo da decisão

A forma de julgamento será a determinada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos (art. 493, nº I). Nos tribunais estaduais, observar-se-á a norma de organização judiciária local (art. 493, nº II).

Julga-se a rescisória em três etapas: primeiro, examina-se a admissibilidade da ação (*questão preliminar*); depois, aprecia-se o mérito da causa, rescindindo ou não a sentença impugnada (*judicium rescindens*); e, finalmente, realiza-se novo julgamento da matéria que fora objeto da sentença rescindida (*judicium rescissorium*).

Cada uma das etapas funciona como prejudicial da seguinte, de maneira que a rescisão só será decretada ou repelida no mérito se se reconhecer a admissibilidade da ação; e o rejulgamento do mérito só ocorrerá se a rescisão for decretada.

Para admitir-se a rescisória, basta apurar se o pedido do autor se enquadra numa das hipóteses do art. 485 e se estão atendidos os requisitos processuais para o legítimo exercício da ação.

Para procedência do pedido (mérito), deverá resultar provado que a sentença contém, de fato, um ou alguns dos vícios catalogados no art. 485.

Acolhendo o pedido, a decisão do tribunal pode completar-se com a simples desconstituição da sentença, como ocorre no caso de violação da *res iudicata* (art. 485, nº IV). O mero *judicium rescindens* exaure, assim, a prestação jurisdicional, restaurando a autoridade da primeira sentença trânsita em julgado.

Em outros casos, rescindida a sentença, permanece pendente a questão de mérito do processo em que a decisão impugnada foi proferida. Cumpre, então,

ao tribunal completar o julgamento, decidindo-a, também, através do *judicium rescissorium* (art. 494). Por exemplo: rescindiu-se uma sentença condenatória por erro de fato do juiz que não atentou para a prova de pagamento produzida pelo réu. O tribunal não apenas anulará a sentença como também julgará improcedente o pedido da ação condenatória.

A decisão que nega admissibilidade à pretensão de rescindir sentença é meramente *processual* ou *terminativa*.

No *judicium rescindens*, é *constitutiva* a decisão que acolhe o pedido, pois cria situação jurídica nova, ao desfazer a autoridade da coisa julgada.[113] A que o julga improcedente é de natureza *declaratória* (negativa), pois limita-se a declarar a inexistência do motivo legal para desconstituir a sentença impugnada.

No *judicium rescissorium*, o pronunciamento do tribunal substitui a sentença primitiva e terá, naturalmente, a mesma natureza dela, se coincidir com o seu teor. Mas poderá ser de sentido contrário, hipótese em que as respectivas naturezas serão diversas. A decisão do tribunal, destarte, poderá assumir todas as feições admissíveis, quais sejam: declaratória, constitutiva ou condenatória, conforme a prestação jurisdicional apresentada às partes.

620-a. A rescisória e os direitos adquiridos por terceiros de boa-fé

Rescindida uma sentença, pode sua desconstituição afetar domínio ou outro direito que, antes do juízo rescisório, a parte transmitira a terceiro de boa-fé. Por exemplo: o réu da rescisória havia saído vitorioso numa ação reivindicatória, ou numa ação de petição de herança, ou, ainda, teria obtido sentença de declaração de usucapião extraordinário, tendo sido o julgado base para o registro do imóvel em seu nome do Registro Imobiliário competente.

A invalidação do título do alienante, operada pela rescisória, *in casu*, repercutiria sobre seus sucessores *inter vivos*?

Duas premissas devem ser levadas em conta: *a*) a natureza do defeito que contamina a sentença rescindível; e *b*) a situação do terceiro de boa-fé, em face da teoria da aparência.

Não se aceita mais a velha doutrina que tratava a sentença rescindível como *nula*. Trata-se de sentença *válida* e perfeitamente eficaz enquanto não rescindida. Se se tivesse de enquadrá-la no plano bipolarizado entre *nulidade* e *anulabilidade*, como consta do Código Civil, seria mais adequado aproximá-la dos atos anuláveis do que dos nulos. O caso é, pois, de desconstituição de ato válido e revestido da autoridade de coisa julgada. A *rescisão*, na verdade, é

fenômeno que se passa perante negócio jurídico afetado menos por vício de formação do que por defeito exterior que lhe comprometa a desejada duração no plano eficacial. Por isso, a validade do negócio não está prejudicada desde logo. Os seus efeitos irradiam-se normalmente desde seu aperfeiçoamento e só se extinguem depois que a parte interessada lhe promova a competente desconstituição.

Sendo assim, e porque a rescindibilidade é equiparável à anulabilidade – e não à nulidade –, o vício não se traduz numa falha estrutural que impeça o negócio de produzir seus efeitos naturais e necessários. Para o direito português, nos casos de rescisão, a lei concede ao interessado o *direito potestativo* de impugnar o negócio".[114]

Nesse contexto em que a ineficácia da sentença rescindível somente se opera após judicialmente decretada, produzindo os seus efeitos até então, a sua desconstituição não pode alcançar o terceiro que, de boa-fé e a título oneroso, contrata com a parte afetada pela ulterior rescisão. Trata-se da aplicação necessária, e até mesmo natural, da teoria da aparência, instituto este que já se encontra sedimentado pela legislação e jurisprudência pátrias em casos análogos, como o do herdeiro aparente e do estelionato.

Com efeito, a anulação de um negócio jurídico envolve a nulidade dos negócios subsequentes. Todavia, pelo desdobramento das teorias da aparência e da confiança, que devem reger e nortear todos os negócios jurídicos, os terceiros de boa-fé têm o seu direito resguardado. Isto porque o estado de fato, muitas vezes, não coincide com o estado de direito; todavia, por estar fortemente revestido de uma aparência real, merece tutela.

Nesse sentido o entendimento da 1ª Câmara do TJMG, ao decidir questão análoga:

"No mundo jurídico o estado de fato nem sempre corresponde ao estado de direito; mas o estado de fato, por considerações de ordem diversas, merece o mesmo respeito do estado de direito e em determinadas condições, e, em relação a determinadas pessoas, *gera consequências não diferentes daquelas que surgem do estado de direito. Um desses casos é a aparência do Direito*".[115]

Estas teorias encontram-se muito difundidas em legislações estrangeiras. Para a doutrina portuguesa, a teoria da aparência será utilizada toda vez que existir "um estado de facto não correspondente àquele de direito e a *convicção do terceiro, derivada de um erro desculpável, que o estado de facto espelha a realidade jurídica*".[116]

A tutela da situação jurídica, segundo a teoria da aparência, se justifica,

naquele ordenamento, na legítima e "justificada expectativa do terceiro diante de uma situação não conforme à realidade mas que parece razoalvelmente fundamentada, visto que não poderia ser percebida de outro modo através de suas manifestações exteriores".[117] Em outros termos, quando o terceiro contrata baseado em erro escusável – acreditando que o estado de fato correspondia à realidade jurídica –, não pode ser atingido pela eventual anulação do negócio.

Esse entendimento também é adotado pela doutrina italiana, que tutela o direito do terceiro que contrata de boa-fé confiando na aparência da manifestação de outrem. A teoria da aparência é aplicada, assim, toda vez que o interessado tenha tido justo motivo para acreditar na aparência do negócio celebrado: "La *tutela dell'affidamento si basa specialmente sopra questa valutazione oggettiva delle situazioni, quando l'interessato abbia avuto motivi de credere alle apparenze*."[118]

Para o caso específico da compra e venda de imóveis, em que o comprador se funda na fé pública emanada do competente registro, "vale o artigo 291º: não são prejudicados os direitos de terceiros, adquiridos de boa-fé e a título oneroso".[119]

O ordenamento pátrio não desconhece as teorias da aparência e da confiança, essenciais para a segurança e estabilidade dos negócios jurídicos e a garantia da circulação das riquezas, aplicando-as, entre outros, aos casos de estelionato e de herdeiro aparente, que podem, por analogia, ser perfeitamente utilizadas *in casu*.

Nos casos de estelionato, que corresponde ao dolo civil, para efeito de anulabilidade, onde o bem abusivamente adquirido é repassado a terceiro de boa-fé, é antiga e reiterada a jurisprudência no sentido de que o bem, mesmo após a anulação, não sairá da esfera do terceiro e a reposição do equivalente ficará a cargo de quem cometeu o estelionato. Nesse sentido:

"O art. 521 do CC protege o proprietário do veículo que tenha sido vítima de furto, isto é, que tenha perdido o bem pela tirada do bem contra a sua vontade, podendo reavê-lo das mãos de quem o detenha, ainda que terceiro de boa-fé. No entanto, quando a perda decorre de fraude, para a qual concorreu a vontade do proprietário, ainda que viciada, a prevalência é para a proteção do terceiro de boa-fé, adquirente do veículo, cujo direito de propriedade não deve ser atingido pela apreensão ordenada pela autoridade policial, se esta não apresentar outras razões para a medida excepcional senão o próprio fato da fraude".[120]

O mesmo raciocínio é utilizado nos casos relativos a herdeiro aparente, assim entendido aquele que se encontra na posse de bens hereditários como se fosse o legítimo titular do direito à herança. Se o bem é transmitido a terceiro, de boa-fé

e a título oneroso, o adquirente "não é obrigado a restituí-lo ao herdeiro real (...) *protege-se a boa-fé do adquirente*".[121]

Quem, pois, de boa-fé, adquiriu bem cujo título de origem sofra ulterior invalidação não estará, por meio de ação rescisória, alcançado pelos efeitos reflexos do novo julgado. As partes da sentença desconstituída, diante da impossibilidade da rescisão ser oposta ao terceiro de boa-fé, terão de resolver a questão entre eles em perdas e danos, tal como se passa nos casos de bens transmitidos por estelionatário ou por herdeiro aparente.

Até mesmo nos casos de anulabilidade de contrato (e não pode ser diferente na rescisão), o Código Civil, que manda serem as partes restituídas ao estado anterior ao negócio invalidado, ressalva que, não sendo isto possível, serão as partes "indenizadas com o equivalente" (art. 158). Ou seja: se o bem ou direito a restituir já não mais se encontra na titularidade da parte do negócio anulado, mas foi transferido a terceiro de boa-fé, a anulação (e, com maior razão, a rescisão) se resolve em perdas e danos. Só assim se realiza o moderno princípio da segurança que exige resguardo às situações de aparência e boa-fé no tráfico jurídico.

620-b. Preservação de efeitos da sentença rescindida

Quando se acolhe a rescisória, a sentença atacada se desfaz, cabendo ao tribunal, em regra, proceder a um novo julgamento da causa objeto do processo primitivo (art. 494 do CPC). Esse rejulgamento da causa cria uma nova situação jurídica material para as partes que virá prevalecer em lugar daquela anteriormente definida pela sentença rescindida. Todos os efeitos que esta acaso tenha produzido caem e, em seu lugar, surgem os efeitos da nova resolução do litígio, cuja incidência retroage, naturalmente, ao ajuizamento da causa originária. A consequência desse rejulgamento, portanto, é a invalidação de tudo quanto se estabeleceu em cumprimento da primitiva sentença.

Nem sempre, entretanto, se deve levar essa invalidação aos extremos de uma imposição absoluta. A ordem jurídica, no Estado Democrático de Direito, se encontra subordinada a alguns valores fundamentais, que ao intérprete e aplicador da lei não é dado ignorar. Entre esses valores éticos, assegurados pela Constituição, sobressaem a *justiça* e a *segurança jurídica*, cuja atuação se revela mais veemente quando se põem em jogo a ordem pública, o interesse social e a boa-fé.

Nessa linha ético-política, o mais grave vício jurídico, que é o da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, quando reconhecido em ação

direta pelo Supremo Tribunal Federal, pode ter sua eficácia invalidante modulada no tempo, de modo a preservar efeitos produzidos anteriormente à ação declaratória. É o que permite o art. 27 da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, sempre que se reconheçam *razões de segurança jurídica* ou de *excepcional interesse social*.

Esse critério, sempre em caráter excepcional, merece ser adotado também no rejulgamento da causa cuja sentença veio a ser invalidada em ação rescisória. É, aliás, o que reiteradamente faz o Superior Tribunal de Justiça quando, em nome da boa-fé e da segurança das relações jurídicas, decide não ser devida "a restituição ao erário, pelos servidores públicos, de valores de natureza alimentar recebidos por força de sentença transitada em julgado e posteriormente desconstituída em ação rescisória, por estar evidente a boa-fé do servidor".[122]

O mesmo caráter de segurança jurídica e boa-fé pode ser facilmente reconhecido em outras ações rescisórias, como, *v.g.*, as que envolvem sentença sobre obrigações tributárias, contribuições sociais, prestação de serviços de longa duração, contratos de trato sucessivo em geral, entre outros, justificando, pois, a preservação de alguns efeitos pretéritos do alcance do rejulgamento da causa.

621. Rescisória de rescisória

No Código anterior previa-se, expressamente, a possibilidade de rescindir-se a decisão proferida em ação rescisória, salvo apenas quando fundamento desta fosse a ofensa à literal disposição de lei (Código de Processo Civil de 1939, art. 799).

O dispositivo era duplamente criticado, isto é, pela desnecessidade de previsão específica da rescindibilidade da sentença de rescisória e pela injustificável restrição feita ao caso de ofensa à literal disposição de lei.

O Código de 1973 não tratou do problema e tem merecido elogios da doutrina pela orientação seguida. Conforme ressalta Luís Antônio de Andrade, "andou bem o novo estatuto em silenciar a respeito, tornando, assim, sempre possível a rescisão do julgado que, em ação rescisória, incidir em qualquer dos vícios enumerados no art. 485".[123]

É importante notar, porém, que a rescisória de rescisória não pode se apresentar como simples reiteração da matéria decidida na ação anterior. A pretensão de atacar o acórdão que julgou a primeira ação rescisória somente terá cabimento se algum dos fatos mencionados no art. 485, incisos I a IX, do CPC,

tiver ocorrido na relação processual da ação rescisória antecedente. Fora daí, inadmissível será o ataque ao julgado de uma ação rescisória por meio de nova demanda da mesma natureza.[124]

622. Prazo de propositura da ação rescisória

Não cuidava o Código revogado do prazo para ajuizamento da rescisória, que, assim, era regulado pelo prazo prescricional de cinco anos estatuído pelo Código Civil de 1916 em seu art. 178, § 10, nº VIII.

O Código de Processo Civil de 1973 tratou do problema e fixou o prazo extintivo do direito de promover a ação rescisória em apenas dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda (art. 495).[125] Para definir o momento em que a contagem do prazo deve ter início é preciso distinguir entre as hipóteses de exaurimento dos recursos cabíveis e aquelas em que a parte vencida deixou de recorrer do último decisório do processo. Se foram usados todos os recursos admitidos em lei, o julgamento do último deles terá configurado decisão irrecorível. A coisa julgada terá se aperfeiçoado no próprio momento em que o decisório foi publicado e intimado. Dessa intimação principiará a fluência do prazo decadencial estabelecido para a propositura da rescisória. Se, porém, não se recorreu da última decisão, embora fosse possível fazê-lo, o termo inicial do prazo do art. 495 não será o da intimação, mas aquela em que findou o prazo de interposição do recurso não utilizado, pois foi nele que se aperfeiçoou a coisa julgada.[126]

Quando se recorre da sentença apenas em parte, a coisa julgada forma-se por etapas, em momentos diferentes. O prazo para a rescisória também se contará separadamente para cada uma das partes do julgamento da causa.[127] Isto acontecendo, haverá possibilidade de mais de uma rescisória sobre a mesma sentença, atacando-se em cada uma capítulos distintos do julgado, principalmente quando o recurso parcial não tiver ainda sido definitivamente decidido e o prazo decadencial do art. 495 já estiver preste a escoar em relação ao capítulo da sentença já alcançado pela *res iudicata*.

Ocorre, também, momentos diferentes para a propositura da rescisória quando as partes são intimadas em ocasiões distintas ou contam com prazos diversos para interposição de recurso (é o que se dá, *v.g.*, quando figuram no processo a Fazenda Pública e particulares). O trânsito em julgado, naturalmente, não acontecerá simultaneamente para todos os litigantes e, por isso, o prazo para o ajuizamento da rescisória será contado do término do prazo para interposição

do recurso de cada parte, isto é, levará em conta a situação de cada interessado.[128]

Mesmo nos casos de recurso especial ou extraordinário que venha a ser não conhecido, o prazo em questão será contado a partir do trânsito em julgado da decisão do STJ ou do STF.[129] Só não se fará a contagem dessa maneira se a inadmissão do recurso extremo se deu por intempestividade, caso em que a coisa julgada teria ocorrido antes da própria interposição recursal.[130]

O prazo assinalado para o exercício do direito de propor a rescisória é decadencial e não prescricional, conforme se depreende da emenda que o Congresso introduziu no projeto do Min. Buzaid, para substituir a expressão "prescreve" por "extingue-se" no texto do art. 495.[131]

Não se dá, em face do caráter decadencial, a possibilidade de suspensão ou interrupção do prazo extintivo do direito de propor a rescisória, ao contrário do que ocorre com a prescrição. Como, no entanto, os prazos processuais não vencem em dias não úteis, prevalece o entendimento na jurisprudência de que "concluído o prazo para ingresso da ação rescisória durante as férias forenses, fica o mesmo prorrogado até o primeiro dia útil seguinte ao término daquele período".[132]

A ação anulatória de sentença meramente homologatória não é ação de rescisão de sentença em sentido próprio e, por isso, não se subordina ao prazo de dois anos previsto no art. 495, mas, sim, aos prazos normais de decadência das ações comuns de anulação dos atos jurídicos (ver, *retro*, o nº 613).

Em matéria de direito intertemporal, a boa doutrina entende que o encurtamento do prazo de decadência por lei superveniente não afeta o direito potestativo do titular da situação jurídica definitivamente constituída. Assim, entende Barbosa Moreira, apoiado em Roubier e Maximiliano, que continuarão rescindíveis em cinco anos as sentenças passadas em julgado anteriormente à vigência do atual código.[133]

Adotando, porém, a lição de Galeno Lacerda,[134] o STF tem decidido que, em matéria do prazo decadencial da ação rescisória, o direito intertemporal deve ser aplicado em função do restante do prazo ainda vincendo à época da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

Assim, "se o restante do prazo de decadência fixado na lei anterior for superior ao prazo estabelecido pela lei nova, despreza-se o período já transcorrido para levar-se em conta, exclusivamente, o prazo da lei nova, a partir de sua vigência".[135]

Se, porém, o tempo faltante para completar-se o lapso decadencial da lei

velha for menor do que o prazo instituído pela lei nova, dever-se-á observar por inteiro a lei antiga.

622-a. Rescisão de sentença complexa ou de coisa julgada formada progressivamente

Ao tratarmos da coisa julgada total ou parcial (nº 507, *retro*), demonstramos que a sentença de mérito pode ser simples ou complexa, conforme resolva uma só questão de fundo, ou se componha de vários capítulos, cada um deles contendo solução para questão autônoma em face das demais. O reflexo de tais julgamentos complexos se faz sobre a formação da coisa julgada e sobre a ação rescisória, principalmente quando se pretenda atacar apenas algum capítulo da sentença e não toda sua extensão. É claro que, *in casu*, o interessado poderá, perfeitamente, endereçar a ação rescisória para desconstituir apenas a parte do decisório que entenda enquadrável no art. 485, e terá de ajuizá-la, no Tribunal competente, que será aquele perante o qual se formou a coisa julgada sob ataque.

É longa e consolidada a tradição de nosso direito processual civil, segundo a qual as partes do julgado que resolvam questões autônomas formam de *per si* sentenças que ostentam vida própria, podendo cada qual ser mantida ou reformada sem prejuízo para as demais. Explicava Ramalho, com universal acatamento: "Considera-se no julgado tantas sentenças, quantos são os artigos distintos".[136] Daí acrescentava Amílcar de Castro, em comentário ao Código de 1939, que, "sendo a sentença impugnada em parte (art. 811), ainda que o recurso seja recebido em ambos os efeitos, poderá a parte não impugnada ser executada, uma vez seja possível separá-la da outra". Para o processualista, a possibilidade de separação, para tratamento autônomo, ocorria sempre que a parte exequenda e a parte apelada fossem distintas, "e a execução da primeira nenhuma influência possa ter sobre a segunda".[137]

A separação dos capítulos da sentença torna-se mais significativa, do ponto de vista teórico e prático, quando se depara com recursos manejados apenas contra algum ou alguns tópicos do decisório de mérito, hipótese expressamente prevista nos arts. 505 e 515, *caput*.

Numa hipótese, *v.g.*, de ação indenizatória, em que se pleiteiam verbas para reparação de danos materiais, lucros cessantes e danos morais, as três postulações de mérito podem encontrar soluções definitivas em momentos processuais distintos, assim imaginados:

a) os *danos materiais* podem se tornar certos e líquidos na sentença de

primeiro grau, uma vez que o réu interponha apelação apenas em face da solução relativa aos lucros cessantes e aos danos morais (segundo o art. 515, a apelação somente devolve ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada);

b) os *lucros cessantes*, por sua vez, podem ter sua apreciação judicial encerrada no Tribunal de 2º grau, se o recurso especial levar ao exame do Superior Tribunal de Justiça apenas a matéria relacionada com o dano moral (nesse caso, o acórdão do Tribunal, proferido em grau de apelação, teria substituído, em caráter definitivo, apenas um capítulo da sentença de 1º grau, qual seja, o dos lucros cessantes, conforme a regra do art. 512: "O julgamento proferido pelo Tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida *no que tiver sido objeto de recurso*");

c) finalmente, o Superior Tribunal de Justiça, conhecendo do especial, definirá a solução de mérito, referente aos *danos morais* (única questão cujo conhecimento lhe foi devolvido), e o que decidir substituirá aquilo que a sentença de primeiro grau e o acórdão da apelação haviam estatuído a respeito.

Daí a inevitável conclusão de que três julgamentos de mérito, de natureza definitiva, teriam sido proferidos por juízos distintos e em momentos diversos, dentro de um só processo, provocando preclusões e formando coisas julgadas em estágios diferentes da marcha processual.

Se, conforme adverte Pontes de Miranda, questões de mérito precluíram nas instâncias locais, antes que a terceira e última instância conhecesse da questão restrita ao objeto do recurso especial ou extraordinário, ter-se-á julgamento distinto para cada questão em uma das três instâncias, porque o processo passou e haveria cabimento para "tantas ações rescisórias quanto as instâncias".[138]

A 2ª Turma do STJ, em decisão não unânime, entendeu, certa ocasião, que, em razão de ser una e indivisível a ação, a sentença não haveria de ser fracionada. Por isso, não ocorreria a chamada *coisa julgada parcial*, dando-se a consumação do trânsito em julgado apenas depois de julgados todos os recursos interpostos, quer fossem eles totais ou parciais. Concluiu, então, o aresto do STJ que, "consoante o disposto no art. 495 do CPC, o direito de propor ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa".[139] Trata-se, porém, de julgado que supúnhamos esporádico, divorciado da doutrina e jurisprudência clássicas. Se é evidente que a sentença pode ter capítulos diferentes e que a lei admite recurso parcial, é claro que se tornarão preclusos os capítulos não recorridos. Portanto, não há como fugir da possibilidade de contar-se o prazo da rescisória a partir do trânsito em julgado de cada um dos capítulos em que se dividiu a sentença, se

nem todos foram uniformemente afetados pelos diversos recursos manejados.[140]

O próprio CPC, aliás, prevê, expressamente, no art. 498, parágrafo único, a possibilidade de trânsito em julgado de parte do acórdão, quando não se interpõe embargos infringentes sobre sua parcela não unânime. É, segundo o texto legal, após o trânsito em julgado parcial do acórdão que se interporá o recurso especial ou extraordinário sobre sua porção unânime.

Posteriormente, a Corte Especial do STJ, por julgamento não unânime, endossou a posição da 2ª Turma, apoiando-se no argumento de que não seria possível entrever mais de uma coisa julgada material num só processo.[141] Esta se formaria uma única vez após o julgamento irrecorrível da última instância recursal. Com isto pretendeu-se, na ordem prática, a eliminação do suposto inconveniente da multiplicidade de rescisórias em tempos diversos, em torno de um mesmo processo. Para alcançar tal desiderato, o acórdão se afastou da clássica doutrina das sentenças complexas, onde cada capítulo distinto poderia gerar a coisa julgada material separadamente e ensejar o correspectivo cabimento de ação rescisória também individualizada, como sempre ensinaram, entre outros, Pontes de Miranda e Barbosa Moreira.

De forma inusitada, o aresto do STJ passou a qualificar, ao arrepio das tradições processuais, como coisas julgadas *formais* (e não mais *materiais*) aquelas derivadas das preclusões relativas às questões de mérito decididas ao longo do curso do processo e antes do decisório do Tribunal de última instância. Formando, assim, coisa julgada material apenas o acórdão do STJ que decidisse o recurso especial (mesmo que o seu objeto fosse distinto daquele tema precluído nas instâncias locais), somente a partir de sua irrecorribilidade começaria a fluir o prazo único (de dois anos) para a propositura da ação rescisória acerca de todo o mérito da causa (inclusive, pois, as questões atingidas por preclusão fora e antes do recurso especial).

Barbosa Moreira, em excelente estudo, demonstra, com a costumeira erudição e reconhecida argúcia, a insustentabilidade jurídico-processual, por várias e irrefutáveis razões técnicas, da orientação adotada pelo STJ.[142] Duas objeções, porém, são suficientes para demolir a estranha e inusitada tese (esposada pelo STJ), da *unidade da coisa julgada* e da *unidade da ação rescisória*:

a) Se se admite a formação de coisa julgada apenas formal sobre as questões de mérito não decididas na sentença de 1º grau, ou no acórdão do Tribunal de Justiça, e que não foram devolvidas ao Superior Tribunal de Justiça, contra elas jamais caberia ação rescisória, já que, reconhecidamente, esse tipo de ação se

refere à coisa julgada material (art. 485, *caput)*. Seria um absurdo pretender unificar a ação rescisória para atacar decisões que não teriam sido objeto de coisa julgada material e que, assim, mesmo versando sobre o mérito da causa, ficariam imunes à rescisão do art. 485 do CPC (outro absurdo).

No exemplo já aventado de ação indenizatória, ter-se-ia coisa julgada material apenas sobre os danos morais. Os danos materiais emergentes e os lucros cessantes teriam sido objeto apenas de coisa julgada formal e, por conseguinte, não poderiam ensejar ação rescisória, ainda que presente alguma situação enquadrável nos incisos do art. 485.

b) De outro lado, se se admitir que as coisas julgadas "formais" também sejam alcançáveis pela rescisória e que só haja um único prazo para a ação do art. 485, a unificação desse prazo a contar do trânsito em julgado ocorrido no Superior Tribunal de Justiça, não impediria, por si só, a multiplicidade de ações rescisórias, se questões de mérito houvessem precluído nas instâncias locais e apenas alguma ou algumas delas tivessem sido devolvidas à instância especial. Como o STJ não tem competência para rescindir acórdãos de outros tribunais ou juízos, a teoria da unidade da rescisória tornaria irrescindíveis todas as decisões de mérito que não chegassem a ser objeto de recurso especial, o que se mostra de todo incompatível com o regime do CPC.

Se é, portanto, o suposto inconveniente de múltiplas ações rescisórias em face de um só processo que se pretende obter com a exegese do prazo único esposada pelo STJ, isto jamais será atingido, ainda que se adote a estranha e insustentável tese de unidade da coisa julgada material.[143]

Convém notar, ainda, que a corrente vencedora no comentado acórdão do STJ fez uma aplicação da ideia de coisa julgada formal completamente divorciada de sua verdadeira natureza jurídica. A coisa julgada, seja formal ou material, é sempre um fenômeno preclusivo, cuja eficácia consiste em tornar imutável e indiscutível uma situação jurídica já apreciada e resolvida em juízo (art. 467). Diz-se *formal* quando a imutabilidade e indiscutibilidade operam internamente, isto é, prevalecem apenas para o processo em que o pronunciamento judicial se deu. Diz-se *material* quando a imutabilidade e indiscutibilidade devem projetar-se além dos limites do processo que ensejou a decisão, de forma a impedir a reabertura da questão em qualquer outro processo que, entre as mesmas partes, possa vir a ser instaurado ou renovado. A distinção entre uma e outra coisa julgada não é de essência, mas de dimensão: a coisa julgada *formal*, como o nome indica, é um fenômeno instrumental, que impede o processo já existente de servir de instrumento para rediscussão do tema vencido

pela preclusão processual. Opera, portanto, no plano da relação processual existente. A coisa julgada *material*, como se deduz do próprio qualificativo, é fenômeno do plano substancial, a impor autoridade à resolução de questão de mérito (ou de fundo) que deva prevalecer, indiscutivelmente, tanto dentro do processo em que foi dada como fora dele.

Daí ser inadequada a qualificação de coisa julgada formal para a resolução de uma questão, que faz parte do mérito da causa, apenas porque consolidada antes que outras questões também de mérito viessem a encontrar solução definitiva no mesmo processo. Se a questão resolvida prende-se ao mérito (*litígio* revelado pelo pedido do autor), a decisão, qualquer que seja o momento em que ocorra, terá de fazer coisa julgada material, porque logicamente assumirá autoridade que impeça sua rediscussão no processo atual ou em outros supervenientes. A solução do pedido (mérito) necessariamente tem de prevalecer dentro e fora do processo. Logo, tem de fazer coisa julgada material, porque material é o plano em que opera, e sendo material não pode restar confinado aos limites instrumentais da coisa julgada apenas formal. Não é, nessa ordem de ideias, o momento da decisão, mas o seu conteúdo que determina a formação da coisa julgada material ou formal. Há, pois, uma contradição *in terminis* na qualificação de coisa julgada formal atribuída pelo acórdão do STJ às decisões de mérito quando preclusas nas instâncias inferiores à do julgamento do recurso especial.

Por isso, sem embargo de reconhecer a autoridade do STJ, Barbosa Moreira continua a ensinar, com acerto, que:

"a) Ao longo de um mesmo processo, podem suceder-se duas ou mais resoluções de mérito, proferidas por órgãos distintos, em momentos igualmente distintos; b) todas essas decisões transitam em julgado ao se tornarem imutáveis e são aptas a produzir coisa julgada *material*, não restrita ao âmbito do feito em que emitidas; c) se em relação a mais de uma delas se configurar motivo legalmente previsto de rescindibilidade, para cada qual será proponível uma ação rescisória individualizada; d) o prazo de decadência terá de ser computado caso a caso, a partir do trânsito em julgado de cada decisão."[144]

É bom lembrar que muitos são os casos em que a própria lei institui o julgamento escalonado do mérito da causa, desdobrando o procedimento em fases ou estágios, cada um deles sujeito à sentença e trânsito em julgado distintos (*v.g.*, ação de prestação de contas, de divisão e demarcação, de inventário e partilha, ação condenatória com parte líquida e parte ilíquida, ação de consignação em pagamento em caso de dúvida quanto ao verdadeiro credor etc.).

Se foi possível encerrar capítulos da lide antes de chegar a causa ao STJ, não haverá inconveniente algum em que as rescisórias tratem separadamente de cada um dos capítulos perante o tribunal competente para apreciá-los. Não haverá contradição ou interferência dos julgados de um nos de outros tribunais, justamente porque a demanda fracionou-se em questões distintas e autônomas. Nada impedirá que a solução de uma persista, mesmo sendo rescindida a de outra.

622-b. A Súmula nº 401 do Superior Tribunal de Justiça

Sem embargo da resistência doutrinária, o STJ, por sua Corte Especial, aprovou a Súmula nº 401, em que se proclama que "o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do *último pronunciamento judicial*". Tomou-se por base, entre outros julgados, o EREsp. nº 441.252, segundo o qual, a sentença é una e indivisível e só transita em julgado depois do último recurso, ainda que este tenha se limitado a decidir questão meramente processual, como, *v.g.*, a tempestividade do apelo. Inadmissível, na ótica do STJ, a existência de várias ações rescisórias no bojo de um só processo, pouco importando que capítulos do mérito da causa tenham sido questionados e solucionados em recursos diferentes, por tribunais diversos e em momentos distintos.

Resta lamentar o grande problema que fatalmente a Súmula nº 401 irá provocar: Se o STJ apenas decidir, em grau de recurso especial, sobre tempestividade de um agravo ou de uma apelação julgados nas instâncias inferiores, quem seria competente para a rescisão do julgamento do mérito? Jamais haveria de ser o STJ, que nunca se pronunciou sobre qualquer parcela do mérito da causa, porquanto, pela Constituição, somente lhe cabe rescindir seus próprios acórdãos (CF, art. 105, I, e). Por mais que tenha querido *unificar* a coisa julgada e sua rescisão, o intento do STJ esbarrará sempre numa barreira constitucional: se capítulos da sentença foram decididos em última instância por outro tribunal, só esse tribunal terá competência para rescindir o respectivo acórdão. O STF e o STJ, por mais altas que sejam suas competências na hierarquia constitucional, não dispõem de poder para rescindir acórdãos de outros tribunais. Eis aí a grande confusão institucional e procedimental criada pela Súmula nº 401 do STJ.

A unicidade da rescisória e do prazo de sua propositura, a partir do trânsito em julgado do último recurso interposto no processo, somente poderá acontecer

quando todos os diversos julgamentos parciais de mérito estiverem encadeados por vínculos de prejudicialidade perante o último decisório recursal, hipótese em que seria indiferente a indagação em torno da matéria nele tratada, se de mérito ou apenas da natureza processual. Tão somente o vínculo lógico e jurídico de subordinação pode justificar que um recurso de conteúdo meramente formal impeça o trânsito em julgado de decisão de mérito contra a qual não se interpôs recurso algum.

É, portanto, no plano da autonomia dos respectivos objetos que se há de reconhecer a ocorrência, ou não, de coisas julgadas múltiplas e independentes. É a autonomia, ou não, dos julgamentos sucessivos e parciais das questões de mérito que, num só processo, autorizará pensar, *in concreto*, em unicidade ou pluralidade de coisas julgadas. Somente assim se encontrará meio de resolver o problema da competência absoluta que cada tribunal tem para rescindir seus próprios acórdãos, quando se apresentem autônomos e independentes em relação à matéria discutida no recurso especial ou extraordinário.

Sem embargo de sumulada a matéria pelo STJ em sentido diverso, continuamos entendendo que a melhor compreensão do problema continua sendo a do STF, segundo a qual é descabida a tese da linear indivisibilidade da coisa julgada e da ação rescisória. Desde que o acórdão se componha de capítulos autônomos, é perfeitamente viável a rescisão de um ou alguns deles, separadamente[145].

622-c. Prorrogação de competência do STF e do STJ em matéria de rescisória

É verdade que, envolvendo a rescisória, questões decididas algumas pelo Tribunal Superior e outras pelo inferior, é, em alguns casos, possível o julgamento pela instância maior.[146] Mas se isto se explica pelas regras de conexão, que provocam a ampliação de competência nos casos de competência territorial (CPC, art. 105), sem maiores dificuldades, o mesmo não se dá em casos de competência absoluta como é o das rescisórias. Aqui somente se há de ampliar a competência do STJ ou do STF quando as questões decididas nos diversos graus de jurisdição estiverem interligadas por prejudicialidade.

Se as questões julgadas definitivamente no tribunal de 2º grau forem autônomas em relação àquelas devolvidas ao STJ ou ao STF, cada tribunal conservará a competência absoluta para rescindir seus próprios acórdãos. Não haverá como pretender que o prazo para propositura dessas distintas rescisórias seja uno e dependa do trânsito em julgado do decisório do último recurso

apreciado na última instância.

Quando se reconhece que o prazo decadencial da rescisória deva ser contado a partir do último ato decisório em recurso apreciado pelo STJ ou STF, a afirmação somente é correta se aquele último recurso tivesse eventual força de prejudicar o resultado do acórdão do Tribunal *a quo*. Aí sim, mesmo que o recurso tivesse como objeto mera questão processual, não seria admissível considerar transitado em julgado, antes dele, o decisório de mérito de onde se originou o recurso levado à última instância.

Não se pode, contudo, generalizar a afirmação de que sempre que houver recurso especial ou agravo pendentes, não terá ocorrido coisa julgada sobre as questões de mérito solucionadas ao longo do processo. O que importa é apurar se as decisões parceladas eram ou não autônomas. Se eram autônomas, transitaram em julgado quando se esgotou a seu respeito a possibilidade de qualquer recurso. Se não eram autônomas, isto é, se mesmo fora do objeto do recurso especial ou do agravo, permaneciam passíveis de efeitos daquilo que eventualmente fosse decidido no recurso pendente, não se configurou a coisa julgada parcial.

No primeiro caso – questões autônomas – não há como condicionar a fluência do prazo decadencial da ação rescisória ao julgamento final do recurso interposto ao STJ ou STF, pela sua total inocuidade diante do decisório transitado em julgado no tribunal inferior. A coisa julgada material irrecusavelmente se aperfeiçoou antes do acesso do recurso ao STJ ou STF. No segundo caso – questões interdependentes – simplesmente não se aperfeiçoa a coisa julgada enquanto não for definitivamente julgado o recurso interposto ao STJ ou STF. Pouco importa tenha esse último recurso objeto ligado ao mérito ou a aspecto de natureza processual. De qualquer modo a questão de mérito estará suscetível à influência do resultado do recurso e, por isso, não terá transitado em julgado. Aí sim, o prazo para a rescisória somente será calculado a partir do esgotamento do recurso processado pelo STJ ou STF. Será esse o momento em que o julgamento de mérito do tribunal *a quo* transitará em julgado, ou será desconstituído pelo eventual efeito prejudicial daquilo que tiver decidido o STJ ou o STF.

Mesmo nesta última hipótese a competência para a rescisória não será do STJ ou do STF, mas do Tribunal *a quo*, se a questão de mérito a ser enfrentada na rescisória não tiver sido objeto de apreciação na instância final.[147]

623. Sentença nula de pleno direito

A rescindibilidade, que autoriza a ação rescisória, nos termos do art. 485, não se confunde com a nulidade da sentença. A rescisória, portanto, não supõe sentença nula, mas, ao contrário, sentença válida, que tenha produzido a coisa julgada. Rescindir, ensina Pontes de Miranda, não é decretar nulidade, nem anular; é partir, partir até embaixo, cindir.[148] Vale dizer: é desconstituir o ato até então válido e eficaz.

A sentença é nula *ipso iure* quando a relação processual em que se apoia acha-se contaminada de igual vício. Para reconhecê-lo não se reclama a ação rescisória, posto que dita ação pressupõe coisa julgada que, por sua vez, reclama, para sua configuração, a formação e existência de uma relação processual válida.

Se a sentença foi dada à revelia da parte, por exemplo, sem sua citação ou mediante citação nula, processo válido inexistiu e, consequentemente, coisa julgada não se formou. Assim, em qualquer tempo que se pretender fazer cumprir o julgado, lícito será à parte prejudicada opor a exceção de nulidade da sentença (art. 741, nº I).

Em regra, as nulidades dos atos processuais observa Liebman "podem suprir-se ou sanar-se no decorrer do processo". E, "ainda que não supridas ou sanadas, normalmente não podem mais ser arguidas depois que a sentença passou em julgado. A coisa julgada funciona como sanatória geral dos vícios do processo".

"Há, contudo" – adverte o processualista – "vícios maiores, vícios essenciais, que sobrevivem à coisa julgada e afetam a sua própria existência. Neste caso a sentença, embora se tenha tornado formalmente definitiva, é coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico."[149]

Dá-se, então, a nulidade *ipso iure*, "tal que impede à sentença passar em julgado" (Lobão, *Segundas Linhas*, I, nota 578). É por isso que "em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma", tal se pode também nos embargos à execução".[150]

Nenhuma necessidade se tem de ação rescisória para se obter o reconhecimento da nulidade *pleno iure* de um julgado.[151] Ensina Liebman que "todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito. A nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretende tirar da sentença um efeito qualquer; assim como pode ser pleiteada em processo principal, meramente declaratório. Porque não se trata de reformar ou anular uma decisão defeituosa, função esta reservada privativamente a uma instância superior (por meio de recurso ou ação rescisória); e sim de reconhecer simplesmente como de nenhum efeito um ato juridicamente inexistente".[152]

Entre outros exemplos de nulidade absoluta da sentença, pode-se citar, além do caso de falta ou nulidade da citação do réu revel, aquele do processo que teve curso e julgamento sem a participação de todos os litisconsortes necessários.[153]

Outra hipótese de sentença *inexistente*, e por isso incapaz de produzir eficácia no mundo jurídico, é a do decisório proferido com violação da partilha constitucional da jurisdição.

Quando um órgão judicante avança além das atribuições que lhe traça a Constituição (um julgamento de causa civil por tribunal trabalhista, ou vice-versa), não estamos diante apenas de uma incompetência absoluta ou *ratione materiae*, mas sim perante uma total e completa ausência de jurisdição. E sem jurisdição não se pode cogitar de processo, e, muito menos, de sentença válida e capaz de gerar a coisa julgada.

A parte prejudicada pela sentença nula *ipso iure* ou inexistente, para se furtar aos seus indevidos efeitos, não precisa usar a via especial da ação rescisória, como bem alerta Liebman. Para tanto, bastará:

a) opor embargos quando a parte vencedora intentar execução da sentença (art. 741, nº I); ou *b*) propor qualquer ação comum tendente a reexaminar a mesma relação jurídica litigiosa, já que a causa anterior é *nenhuma*.[154]

Entre os casos de sentença contaminada por nulidade que a coisa julgada não consegue sanar, está o do decisório ofensivo à Constituição. É que a mácula da inconstitucionalidade torna absolutamente ineficaz o ato, seja ele uma lei, uma providência administrativa ou uma sentença judicial. Por isso, o parágrafo único do art. 741 do CPC, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, incluiu entre as defesas manejáveis por embargos à execução de título judicial a *inexigibilidade* da sentença proferida com base em lei inconstitucional ou com apoio em aplicação ou interpretação tida como incompatíveis com a Constituição Federal (ver, adiante, v. II, nº 909-VIII).

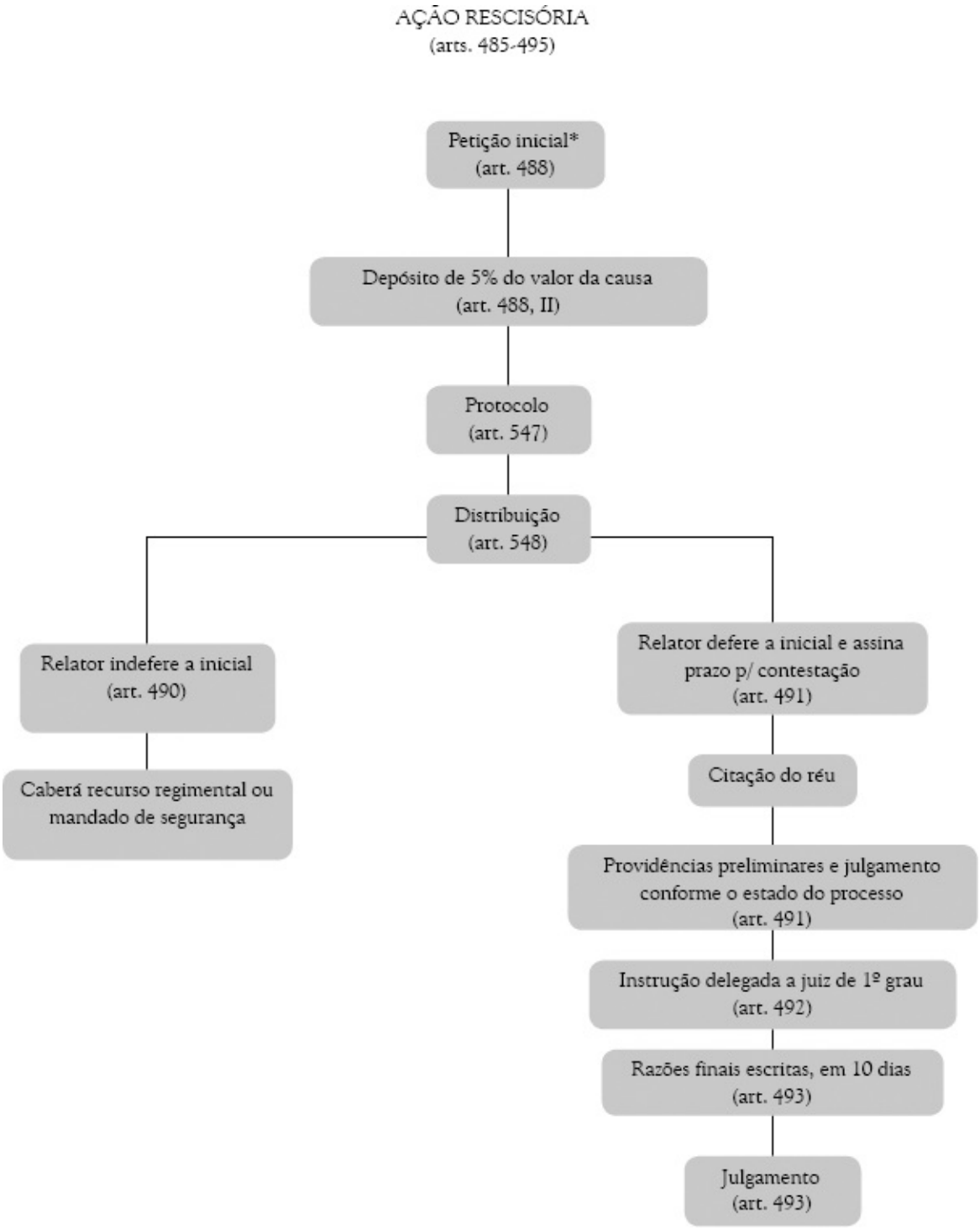
Embora não haja necessidade de se valer da ação rescisória para obter a parte prejudicada o reconhecimento da nulidade ou inexistência do julgado, no caso ora apreciado, não será correto omitir-se o tribunal de apreciar a questão, se a parte lançar mão da ação do art. 485 do Código de Processo Civil. É que as nulidades *ipso iure* devem ser conhecidas e declaradas independentemente de procedimento especial para esse fim, e podem sê-lo até mesmo incidentalmente em qualquer juízo ou grau de jurisdição, até mesmo de ofício segundo o princípio contido no art. 146 e seu parágrafo do Código Civil de 1916 (CC de 2002, art. 168, parágrafo único).

Em semelhante conjuntura, o tribunal conhecerá da rescisória não para

rescindir o julgado *nulo* (pois só se rescinde o que é *válido*), mas apenas para declarar-lhe ou decretar-lhe a nulidade absoluta e insanável, "porque – no dizer de Pontes de Miranda – é o ensejo que se lhe oferece, segundo os princípios".[155]

Para maiores divagações sobre o tema, consultar nosso estudo "Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade da Sentença", *in Revista Juriscível do STF*, v. 95, pp. 20-41.

Fluxograma nº 25



* *Oportunidade*: Dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão a rescindir (art. 495).

1 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil* 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, v. III, n. 931, p. 414.

2 O dispositivo citado no texto é da Constituição anterior, e não foi reproduzido na Constituição atual. No entanto, as disposições regimentais editadas ao tempo da vigência da Carta de 67/69 continuam em vigor até que alguma lei venha revogá-las.

3 LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IV, n. 7, p. 20.

4 No STJ, o julgamento pela Turma se faz pelo voto de todos os seus componentes. Mas não é necessária a presença de todos para que a sessão de julgamento se realize. Pelo menos três Ministros, no entanto, deverão estar presentes. A decisão, por sua vez, será tomada não pelo voto da maioria dos presentes, mas pelo da maioria absoluta dos membros da Turma. Se, pela ausência de alguns, não se lograr dita maioria, será adiado o julgamento até que seja possível configurá-la (*RISTJ*, arts. 179 e 181; Lei nº 8.038, de 28.05.90, art. 41-A, incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.98).

5 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos, cit*., p. 90.

6 Pode parecer que o texto inovado seria desnecessário em face da obviedade do direito de vista só caber a quem tem o direito de voto na sessão. A experiência, todavia, demonstra que situações absurdas acontecem em alguns tribunais. Em certo Tribunal do Norte do País, o presidente do Colegiado, que não tinha direito de voto, diante de um julgamento já encerrado, mas não proclamado, pediu vista, para aguardar (*sic*) a posse de um novo Desembargador, que em seguida foi admitido no processo, após a investidura, e empatou os votos, permitindo assim que o Presidente usasse o voto de minerva e mudasse o teor do julgamento fixado na sessão anterior (!).

7 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Milano: A. Giuffrè, 1952, p. 11.

8 MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*, n. 11, p. 25.

9 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, v. III, n. 936, p. 421.

10 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., III, n. 937, p. 424.

11 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, n. 43, p. 60.

12 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., III, n. 939, p. 426.

13 Em caráter transitório, a Presidência do STJ baixou a Resolução nº 9, de 04.05.2005, que disciplinou a competência e o procedimento para a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, *ad referendum* do Plenário (*DJU* de 10.05.2005, p. 163). Criou-se, assim, procedimento próprio que substituiu as disposições do RISTF, que vinham sendo observadas em caráter provisório (Resolução 22, de 31.12.2004, da Presidência do STJ). Pelo art. 2º da referida Resolução nº 9, "é atribuição do Presidente homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* a cartas rogatórias, ressalvado o disposto no artigo 9º desta Resolução". No caso de contestação, portanto, o processo será afetado à Corte Especial do STJ.

14 Já se entendeu, na jurisprudência, que, diante da amplitude de exigência do art. 483 do CPC, da homologação de toda sentença exequível no Brasil, o parágrafo único do art. 15 da Lei de Introdução teria sido derrogado (Decisão do Min. Celso de Mello, do STF, na Pet. Avulsa nº 11/MG, ac. 01.10.1997, *DJU* 10.10.1997, p. 50.940). No mesmo sentido é a posição doutrinária (Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, 37/11). Observando a mesma orientação, a Resolução nº 9, de 04.05.2005, da Presidência do STJ, que hoje disciplina o procedimento de homologação da sentença estrangeira, não reproduziu a exceção outrora feita pelo parágrafo único do art. 15 da Lei de Introdução

ao CC. Parece claro, portanto, que nenhuma sentença estrangeira se acha livre do requisito da homologação para produzir efeito em nosso território, nem mesmo "as meramente declaratórias do estado das pessoas". No entanto, o STJ, que hoje é o competente para a matéria, decidiu que: "Não há necessidade de homologação de sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas", reafirmando assim a vigência do art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução ao Código Civil (STJ, 3ª T., REsp. nº 535.646/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 08.11.2005, *DJU* 03.04.2006, p. 330. Nesse sentido: STJ, Corte Especial, SEC nº 646/US, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 05.11.2008, *DJe* 11.12.2008).

15 Sobre o procedimento e a competência da execução da sentença estrangeira homologada, v. adiante os nºs 679-e e 669 (vol. II).

16 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 56, p. 83.

17 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939). 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. X, p. 390.

18 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 57, p. 85.

19 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.*, n. 943, p. 433, com apoio em Chiovenda, Liebman, Morelli, Monaco e outros.

20 BARBOSA MOREIRA, *José Carlos. Op. cit.*, nº 62, p. 97, com apoio em Liebman, Morelli e Monaco.

21 A arguição de descumprimento de preceito fundamental é outro remédio de controle da Constitucionalidade em que o Supremo Tribunal Federal pode atuar contra atos ofensivos a Constituição, mesmo quando não se trate de lei, ou seja, quaisquer atos do Poder Público que se venham contrastar com preceitos fundamentais editados pela Lei Suprema. Sua regulamentação consta da Lei nº 9.882, de 3.12.1999. Entre as ações de controle direto da constitucionalidade, há, ainda, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Lei nº 9.868/1999, c/ o acréscimo da Lei nº 12.063, de 27.10.2009).

22 STF – Pleno, Rcl n. 7.218-AgR/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ac. 24.11.2010, *DJe* 11.02.2011.

23 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, n. 28, p. 37.

24 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 35, p. 47.

25 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda nº 1, de 1969. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. III, p. 610.

26 A propósito da sustentação oral decidiu o STJ: "Em questão de ordem, a Corte Especial, por maioria, firmou a orientação de não reconhecer o direito do *amicus curiae* de exigir a sua sustentação oral no julgamento de recursos repetitivos, a qual deverá prevalecer em todas as Seções. (...) o tratamento que se deve dar ao *amicus curiae* em relação à sustentação oral é o mesmo dos demais atos do processo: o STJ tem a faculdade de convocá-lo ou não. Se este Superior Tribunal entender que deve ouvir a sustentação oral, poderá convocar um ou alguns dos *amici curiae*, pois não há por parte deles o direito de exigir sustentação oral" (STJ, QO no REsp. nº 1.205.946-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, em 17.08.2011). *Informativo* 481.

27 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, v. IV, p. 527.

28 MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e Processos de Competência Originária dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, n. 54, p. 78.

29 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit., loc. cit.*

30 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, v. III, p. 446.

31 VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., São Paulo: RT, 1974, v. VI, p. 39.

32 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939),

2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. X, p. 149.

33 VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Op. cit.*, p. 36.

34 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, n. 68, p. 107.

35 Sobre o tema das sentenças inexistentes e absolutamente nulas, veja-se o nº 623, *infra*.

36 MESQUITA, José Inácio Botelho de. *Da Ação Civil*. São Paulo: RT, 1975, p. 99.

37 FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*. 1. ed., Rio de Janeiro: J. Konfino, 1974, v. III, p. 72.

38 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed., Campinas, Bookseller, 1997, v. III, n. 704, p. 257.

39 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 54, p. 95.

40 "A parte não é obrigada a esgotar todos os recursos, para só depois propor a rescisória (*JTA* 98/93)" (NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 461, nota 12 ao art. 495).

41 A jurisprudência, porém, se fixou no sentido de que, sendo atacado o acordo, o objeto da rescisão é um negócio jurídico, que deverá ser invalidado por ação ordinária (CPC, art. 986) e não pela ação rescisória (CPC, art. 485). Ver, adiante, o item 613-a.

42 Buzaid, *Agravo de Petição*, nº 48, p. 103. Entre os julgados de mérito, passíveis de ação rescisória, figuram os que homologam a liquidação de sentença (STF, RE 87.109, Rel. Min. Cunha Peixoto, ac. 18.03.1980, *DJU* de 25.04.1980, p. 2.805, *RTJ* 101/665); TJSP, Emb. Inf. 265.077-2, Rel. Des. Sérgio Pitombo, ac. 27.04.98, *in LEX* 206/233; TACiv.RJ, AR 73/91, Rel. Juiz Pinto Nogueira, ac. 04.05.93, *apud* PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. 7. ed. São Paulo: RT, 1998, v. II, p. 1.960; STJ, 1ª T., REsp. nº 866.298/PA, Rel. Min. José Delgado, ac. 24.04.2007, DJU 15.10.2007, p. 242.

43 "Quando a sentença deu pela carência não por falta de pressuposto processual ou condição da ação, mas tendo em vista a extinção do próprio direito material, é igual à de improcedência, sendo cabível, pois, a ação rescisória" (2º TACiv.SP, AR nº 187.712-1, Rel. Juiz Gildo dos Santos, ac. 02.02.1988, *in RT*, 628/162). Nesse sentido: STJ, REsp. 21.544-8/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 19.05.1992, *in DJU* de 08.06.1992, p. 8.619, *RSTJ* 36/482; STJ, REsp. 1.678, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 13.02.1990, *in DJU* de 09.04.1990, p. 2.744; STJ, 2ª T., REsp. nº 216.478/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 19.04.2005, *DJU* 01.08.2005, p. 370; STJ, 1ª T., REsp. nº 784.799/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 17.12.2009, *DJe* 02.02.2010. O TJSP, diante de caso complexo de extinção do processo sem solução do mérito (ilegitimidade *ad causam*), decidiu, mesmo na ausência de coisa julgada material, mas havendo impedimento à "reabertura do litígio em cognição convencional", ser cabível em caráter excepcional a rescisória, a fim de que se desse oportunidade de decidir as questões de mérito considerados relevantes (TJSP – 2º Gr. Dir. Priv., AR 2 0378962-18.2010.8.26.0000, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, ac. 07.07.2011, *Rev. Jur. LEX*, nº 52, p. 321; jul. /ago./2011).

44 STF, Tribunal Pleno, AR 1352 AgR, Rel. Min. Paulo Brossard, ac. 1º.04.1993, *DJU* 07.05.1993. Nesse sentido: STJ, REsp. 100.902/BA, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. 10.06.97, *in RSTJ* 103/279. Assim, admite-se a rescisória no STJ "quando, negando provimento ao agravo, tenha o relator apreciado a questão federal controvertida" (STJ, AR 311-0/MA, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 22.02.95, *in RSTJ* 82/139). Diante da outorga de poderes ao relator para decidir singularmente os recursos, nas situações indicadas pelo art. 557 do CPC, é forçoso reconhecer que, havendo solução de mérito, essas decisões singulares, tomadas em grau superior de jurisdição, também poderão ser objeto de ação rescisória, se ocorrente uma das hipóteses do art. 485 do CPC. STJ, 3ª Seção, AR. 702/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, ac. 24.05.2000, *DJU* 19.06.2000, p. 102.

45 O STF decidiu que é inadmissível rescindir-se sentença transitada em julgado sob o regime do Código

de 1939, mediante invocação de permissivo novo criado pelo Código de 1973, "porquanto a lei reguladora da ação rescisória é a contemporânea ao trânsito em julgado da sentença rescindenda" (AR nº 944-4, Rel. Min. Soares Muñoz, *DJU* de 28.03.1980, p. 1.773). Nesse sentido: STJ, AR 48/RJ, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 25.04.90, *in DJU* de 28.05.90, p. 4.719.

46 VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Op. cit.*, pp. 39-40.

47 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, v. III, n. 958, p. 450.

48 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, n. 73, p. 121.

49 VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Op. cit.*, p. 60, nota 82.

50 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit., loc. cit.*

51 João Mendes Júnior, citado por VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno *Op. cit.*, p. 63.

52 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 74.

53 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 75, p. 124; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Appunti sulle Impugnazioni*, p. 45.

54 VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno *Op. cit.*, p. 83.

55 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n 75, p. 124.

56 TJSP, MS nº 205.738-1/6, Rel. Des. Costa Manso, ac. 19.04.94, *RT*, 707/51; 2º TACiv.SP, Ap. nº 65.062, Rel. Juiz Oliveira Andrade, ac. 21.12.77, *RF*, 267/217; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, t. VI, p. 212; STJ, 1ª Seção, AR nº 3.248/SC, Rel. Min. Castro Meira, ac. 09.12.2009, *DJe* 01.02.2010; STJ, 6ª T., AgRg no REsp. nº 643.998/PE, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), ac. 15.12.2009, *DJe* 01.02.2010.

57 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.*, n. 962, p. 455. STJ, 3ª Seção, AR nº 2.810/SP, Relª Minª Laurita Vaz, ac. 12.12.2007, *DJU* 01.02.2008, p. 1; STJ, 2ª Seção, AgRg na AR nº 4.180/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. 25.03.2009, *DJe* 02.04.2009.

58 "... a ação rescisória não se presta a novo exame dos fatos colhidos nos autos, a fim de reparar possível injustiça" (STF, Pleno, AR 1.198/DF, Rel. Min. Djaci Falcão, ac. 23.03.1988, *RTJ* 125/928). STF, Tribunal Pleno, AR nº 973, Rel. Min. Néri da Silveira, ac. 19.04.1991, *DJU* 30.04.1992; STJ, 1ª T., EDcl no REsp. nº 934.078/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, ac. 21.06.2011, *DJe* 01.07.2011.

59 Está assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que: "1º) não é rescindível o julgado proferido contra a jurisprudência dominante; 2º) a mera interpretação da lei não dá margens à ação rescisória" (AR nº 825, Pleno, Rel. Min. Barros Monteiro, *in RTJ*, 55/222). Assim, "a ofensa à literal disposição de lei, do art. 798, nº I, *c*, do Código de Processo Civil de 1939, é a que envolve contrariedade estridente com o dispositivo, e não a interpretação razoável ou a que diverge de outra interpretação, sem negar o que o legislador consentiu ou consentir no que ele negou" (AR nº 754, Pleno, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, *in RT-Informa*, 117/29). Também para o STJ "a ação rescisória não se presta a apreciar a boa ou a má interpretação dos fatos formulados pelo aresto rescindendo" (STJ, REsp. 33.898/RS, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. 10.09.96, *in DJU* de 24.05.99, p. 169). É claro, porém, que não se trata de divergência apenas de interpretação quando o acórdão rescindendo adota tese absurda totalmente diversa daquela que a jurisprudência já assentou de forma mansa e pacífica. Cabe a rescisória, sem dúvida, principalmente quando a jurisprudência violada envolve matéria constitucional já interpretada pelo STF, pouco importando a existência anterior de divergência entre os tribunais (STF, Pleno, RE nº 328.812 EDcl, Rel. Min. Gilmar Mendes, ac. 06.03.2008, *DJe* 02.05.2008; STJ, Corte Especial, ED no REsp. nº 687.903, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 04.11.2009, *DJe* 19.11.2009).

60 STJ, 1ª Seção, AR nº 3.525/DF, Relª Minª Eliana Calmon, ac. 08.10.2008, *DJe* 04.05.2009. Não prevalece a Súmula nº 343 do STF quando a divergência se refere a matéria constitucional (STJ, 1ª T.,

REsp. nº 390.287/DF, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 02.04.2002, *DJU* 29.04.2002, p. 189; STJ, 1ª Seção, EREsp. nº 608.122/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 09.05.2007, *DJU* 28.05.2007, p. 280).

61 STJ, 1ª Seção, AR 433/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ac. 31.10.1995, *DJU* 11.12.1995, p. 43.164; STJ, 2ª T., REsp. 142.991/PR, Rel. p/ ac. Min. Franciulli Netto, ac. 21.06.2001, *DJU* 20.08.2001, p. 425; STJ, 1ª Seção, AgRg na AR nº 3.731/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 23.05.2007, *DJU* 04.06.2007, p. 283; STJ, 5ª T., REsp. nº 653.613/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, ac. 26.05.2009, *DJe* 15.06.2009.

62 Sérgio Sahione Fadel, *op. cit*., III, p. 79; STJ, REsp. 9.086/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, ac. 29.04.96, *in RSTJ* 93/416; STJ, AR. 208/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 11.03.92, *in RSTJ* 40/17; STJ, 1ª T., REsp. nº 1.032.814/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 20.10.2009, *DJe* 06.11.2009.

63 TAMG, AR nº 243, Rel. Juiz Corrêa de Marins, ac. 20.11.1985, *in RJTAMG*, 24-25/83, e *DJMG* 24.09.1986. No mesmo sentido: STJ, 3ª Seção, AR nº 3.382/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 23.06.2010, *DJe* 02.08.2010.

64 STJ, AR nº 236-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 31.10.90, *in DJU* de 10.12.90, p. 14.790; STJ, 3ª Seção, AR nº 3.382/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 23.06.2010, *DJe* 02.08.2010.

65 Súmula nº 343/STF.

66 "A jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua Súmula 343, à consideração de que, em matéria constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta" (STJ, 1ªT., REsp. 512.050/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 17.08.2004, *DJU* 30.08.2004, p. 206; RSTJ, 183/102). STF, Tribunal Pleno, AR nº 1.578, Relª. Minª. Ellen Gracie, ac. 26.03.2009, *DJe* 21.08.2009.

67 "Preliminar de descabimento da ação por incidência da Súmula STF 343. Argumento rejeitado ante a jurisprudência desta Corte que elide a incidência da Súmula quando envolvida discussão de matéria constitucional" (STF, Pleno, AR 1.409, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. 26.03.2009, *DJe* 15.05.2009). "A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Cabe ação rescisória por *ofensa à literal disposição constitucional*, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal" (STF, Pleno, ED no RE 328.812/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, ac. 06.03.2008, *DJe* 02.05.2008).

68 "Declarando inconstitucional lei conformada ao texto constitucional, o julgado aplica a Constituição, equivocadamente. É preciso que isso fique claro: a sentença que aplica lei inconstitucional tem a mesma natureza daquela que deixa de aplicar lei constitucional, lesando em ambos os casos a Constituição" (STJ, Pleno, EREsp 687.903/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 04.11.2009, *DJe* 19.11.2009 – voto do relator).

69 STJ, Corte Especial, EDREsp 687.903/RS cit. – voto do relator Min. Ari Pargendler.

70 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001, p. 140-141.

71 VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Da Ação Rescisória dos Julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948, p. 92.

72 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*., n. 79, p. 133.

73 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória*. 5. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1976, § 25, p. 316.

74 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*., nos 79-80, p. 133.

75 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit*., n. 963, p. 457.

76 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*., n. 79, p. 133.

77 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit*., § 25, pp. 308-309.

78 REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: Editora Coimbra, 1948, v. VI, p. 353.

79 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 81, p. 137.

80 FADEL, Sérgio Sahione *Op. cit.*, p. 80.

81 "O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considerase 'documento novo' para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII)" (STJ, 2ª Seção, REsp. 300.084/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 28.04.2004, DJU de 06.09.2004, p. 161; STJ, 4ª T; REsp. 189.306, Rel. Min. Asfor Rocha, ac. 25.06.2002, *DJU* de 14.10.2002, p. 231; *Revista de Processo* 114/257; STJ, 3ª Seção, AR 638, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 12.06.2002, *RSTJ* 167/547; STJ, 3ª Seção, AR 904, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 23.10.2002, *DJU* de 04.08.2003, p. 217; STJ, 3ª Seção, AR 1.418, Rel. Min. Félix Fischer, ac. 12.06.2002, *DJU* de 05.08.2002, p. 197). Essa flexibilização do conceito de "documento novo" foi qualificada por Barbosa Moreira como "perfeitamente razoável" e merecedora de "todos os louvores" por atender à "exigência de justiça", harmonizável com "o respeito ao ordenamento positivo" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Consideração sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 33, pp. 22-23, jan.-fev./2005). É bom registrar que o entendimento em questão já se acha sedimentado no STJ, conforme se proclamou no REsp. 653.942/MG, ac. 15.09.2009, *DJe* de 28.09.2009.

82 ANDRADE, Luís Antônio de. *Aspectos e Inovação do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1974, n. 254, p. 213.

83 ANDRADE, Luís Antônio de *op. cit.*, n. 256, pp. 214-215; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 70, p. 130.

84 A simples adoção equivocada de índice de correção monetária "não pode ser admitida como erro de fato a justificar curso de rescisória" (STJ, AgRg. na AR 533/DF, Rel. Min. José Delgado, ac. 11.02.98, *in DJU* de 01.06.98, p. 23). A aplicação correta do art. 485, IX, se deu no seguinte acórdão: "Como a decisão rescindenda desconsiderou os elementos fáticos colacionados aos autos (...), cabível, a rescisão do aresto com fundamento em erro de fato" (STJ, 3ª Seção, AR nº 4.579/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, ac. 10.08.2011, *DJe* 18.08.2011).

85 "Sem a demonstração, mesmo em tese, desse pressuposto para a rescisória, não há de se dar curso a tal ação, por ausência de pressuposto fundamental: possibilidade jurídica" (STJ, AgRg. na AR 572/DF, Rel. Min. José Delgado, ac. 11.02.98, *in DJU* de 01.06.98, p. 23). Nesse sentido: STJ, 2ª Seção, AR nº 3.118/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 22.06.2011, *DJe* 05.08.2011.

86 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 148, apoiado em Butera e Andrioli; STJ, AR 434/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 26.09.95, *in RSTJ* 81/33; STJ, 1ª Seção, AR nº 3.868/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 09.02.2011, *DJe* 16.02.2011.

87 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 88, p. 152. "A rescisória não se presta a apreciar a boa ou má interpretação dos fatos, ao reexame da prova produzida ou a sua complementação. Em outras palavras, a má apreciação da prova ou a injustiça da sentença não autorizam a ação rescisória" (STJ, REsp. 147.796/MA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 25.05.99, *in DJU* de 28.06.99, p. 117). Nesse sentido: STJ, 1ª Seção, AR nº 1.084/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 10.02.2010, *DJe* 15.03.2010.

88 VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., São Paulo: RT, 1974, v. VI, pp. 161-163.

89 VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Op. cit.*, pp. 162-163.

90 VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Op. cit.*, p. 156. "A ação rescisória, tendo por finalidade elidir a coisa julgada, não é meio idôneo para desfazer decisões proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, não suscetíveis de trânsito em julgado" (STF, RE 86.348, Rel. Min. Cunha Peixoto, ac. 06.06.78, *in RTJ*, 94/677; TAMG, Ap. 112.289-4, Rel. Juiz Francisco Bueno, ac. 11.11.91,

in DJU de 14.05.92, p. 11; TJSP, Ap. 208.733-1, Rel. Des. Alfredo Migliore, ac. 09.08.94, *in JTJSP* 167/126; STJ, Corte Especial, AgRg na IJ nº 114/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 12.04.2010, *DJe* 12.05.2010). "Na jurisdição voluntária, devido à sua própria natureza, já não existe a coisa julgada material" (CASTRO FILHO, José Olympio de. *Coments. ao Cód. Proc. Civ*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. X, n. 23, p. 61). Na jurisdição voluntária, geralmente o que se anula não é diretamente a sentença que autorizou ou homologou o negócio jurídico, mas o próprio negócio realizado defeituosamente (ex.: o acordo da separação consensual, a venda do bem comum indivisível, a alienação do bem do incapaz etc.). Tornando-se contenciosa a questão inicialmente proposta como de jurisdição voluntária, torna-se possível a ação rescisória (STJ, 4ª T., REsp. nº 103.120/ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 01.09.2005, *DJU* 24.04.2006, p. 399).

91 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1964, pp. 292-293, *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. V, n. 74, p. 139.

92 MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e Processos de Competência Originária dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, n. 73, p. 108. No mesmo sentido: RIZZI, Sérgio. *Ação Rescisória*. São Paulo: RT, 1979, p. 4.

93 *Apud* MARTINS, Pedro Batista. *Op. cit.*, p. 109. O TJMG decidiu que, "em se tratando de decisão homologatória de divisão, se revela incabível a ação rescisória intentada contra a mesma cuja jurisdição é de natureza meramente graciosa e, pois, sujeita simplesmente à anulação do respectivo ato judicial" (AR nº 403, Rel. Des. Edésio Fernandes, *in DJMG*, de 27.09.75). Nesse sentido: STJ, REsp. 13.012-0/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. 02.02.93, *in LEX-JSTJ* 47/139-140; STJ, 1ª T., REsp. nº 450.431/PR, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 18.09.2003, *DJU* 20.10.2003, p. 185.

94 "Portanto, a sentença meramente homologatória do desquite amigável deve ser objeto de anulação e não de rescisão" (STF, RE 74.625, ac. 10.03.1981, Rel. Min. Antônio Néder, *in RT*, 554/248). "Não cabe ação rescisória de sentença homologatória de separação consensual, face à inexistência de lide" (STJ, REsp. 2.810/RJ, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. 21.08.90, *in RSTJ* 17/422).

95 TJSP, Apel. 16.959-2, ac. 05.08.1981, Rel. Des. Arruda Alvim, *in RT*, 558/66; 1º TACiv.-SP, Agr. 258.552, ac. 25.04.79, Rel. Felizardo Calil, *in RT*, 548/140; 1º TARJ, Ar. 296, ac. 29.12.77, Rel. Severo da Costa, *in Rev. Forense*, 266/222. No mesmo sentido do texto, é o pensamento de Frederico Marques: "Toda e qualquer sentença homologatória de transação só se rescinde por ação rescisória", porque se trata de "ato que encerra o processo com julgamento de mérito" (MARQUES, José Frederico. A rescisão de sentença que homologa transação". *O Estado de S. Paulo*, de 10.02.1985, coluna "Tribunais"). O STF, no entanto, já decidiu que a transação homologada em juízo pode ser atacada por ação comum de anulação ou nulidade, porque, "na espécie, a ação não é contra a sentença...", mas "insurge-se a autora contra o que foi objeto da manifestação de vontade das partes, a própria transação, alegando vício de coação" (RE nº 100.466-5-SP, ac. 28.02.1986, Rel. Min. Djaci Falcão, *in ADV-Boletim nº 16-1986*, nº 27.317, p. 253).

96 STF, 2ª T., RE 103.303/SP, Rel. Min. Djaci Falcão, ac. 11.06.1985, *RTJ*, 117 /219; STJ, 3ª T., REsp. 9.651-SP, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. 10.09.91, *in DJU* de 23.09.91; TJSP, Embs. 79.463-2, Rel. Des. Torres de Carvalho, ac. 04.02.1986, *in RTJSP*, 99/338; TARS, AR 187.039.292, Rel. Juiz Alceu Binato de Moraes, ac. 21.06.1988, *in JTARS*, 66/169; 2º TACiv.SP, Ap. 178.386-5, Rel. Juiz Camargo da Fonseca, ac. 09.04.1985, *in JTACiv.SP*, 98/301; 1º TACiv.SP, Ap. 363.340, Rel. Juiz Carlos Gonçalves, ac. 21.10.1986, *in JTACiv.SP*, 101/147; TAMG, AR 440-4, Rel. Juiz Abreu Leite, ac. 21.12.90, *in RJTAMG*, 44/53; TAMG, AR 462-0, Rel. Juiz Zulman Galdino, ac. 02.10.91, *RJTAMG*, 46/65; STJ, REsp. 112.049/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 10.03.97, *in DJU* de 28.04.97, p. 15879; TJSP, Ap. 245.914-2, Rel. Des. Pereira Calças, ac. 25.10.94, *in JTJSP* 170/163; TJSP, Ap. 255.516-1, Rel. Des. Guimarães e Souza, ac. 21.05.96, *in JTSP* 181/116; STJ, 1ª T., REsp. nº 450.431/PR, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 18.09.2003, *DJU* 20.10.2003, p. 185.

97 Cabe a rescisória contra decisão judicial homologatória de transação judicial, "desde que ela tenha decidido o mérito da controvérsia" (TJMT, AR 300, Rel. Des. Licinio Carpinelli Stefani, ac. 01.06.1989, *in RF*, 306/213). Para tanto, é preciso que a sentença não seja meramente homologatória, mas que tenha enfrentado "a validade e eficácia de confissão, desistência ou transação, decidindo o mérito" (TJSP, Ap. 273.590-1/2, Rel. Des. Laerte Nordi, ac. 11.03.97, *in RT* 741/262). STJ, 4ª T., REsp. nº 13.102/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. 02.02.1993, *DJU* 08.03.1993, p. 3.119; STJ, 4ª T., REsp. nº 38.434/SP, Rel. Min. Antonio Torreão Braz, ac. 08.03.1994, *DJU* 18.04.1994, p. 8.502, REPDJ 25.04.1994, p. 9.260.

98 STJ, 4ª T., REsp. 13.102-SP, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. 02.02.93, *in DJU* de 08.03.93, p. 3.119. "A ação rescisória a que alude o art. 485, VIII, do CPC, somente é cabível na hipótese em que a sentença apreciando exceção aposta pelo réu decide matéria já transigida, quando tem natureza nitidamente jurisdicional, ou na hipótese em que, antes de homologada a transação, ressurgir conflito entre as partes" (STJ, REsp. 38.434-6/SP, Rel. Min. Antônio Torreão Braz, ac. 08.03.94, *in DJU* de 18.04.94, p. 8.502). No mesmo sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 151.870/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, ac. 19.05.2005, DJU 13.06.2005, p. 287; STJ, 1ª T., REsp. nº 841.066/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 15.08.2006, DJU 31.08.2006, p. 274.

99 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, n. 99, p. 169. Pelo TJ de Sergipe, foi decidido que "na ação rescisória só é parte legítima aquele para quem ou contra quem a sentença faz coisa julgada; se o autor não contestou a ação de usucapião, nela não tendo tomado parte nem a título de terceiro interessado, é parte ilegítima para rescindir tal sentença" (Ac. 21.08.68, *in Revista Forense*, 230/210). Por terceiro juridicamente interessado só se pode entender aquele que, não sendo parte no feito, tem com uma delas um vínculo jurídico dependente do direito debatido e submetido à coisa julgada. O interesse do terceiro, para autorizar a propositura da ação rescisória, tem de ser o de restaurar o direito subjetivo negado à parte vencida, porquanto sem essa restauração não terá condições de exercer o seu direito (não envolvido no processo) contra a parte sucumbente. Se o direito do terceiro pode ser discutido, contra a parte vencedora ou contra o vencido, sem embargo da coisa julgada, por inexistir dependência jurídica entre as duas relações, caso não será de ação rescisória. O terceiro discutirá sua pretensão pelas vias ordinárias. Para admitir a rescisória promovida por terceiro exige-se um inter-relacionamento entre a situação jurídica decidida pela sentença e a invocada por este, de tal modo que não tenha, "perante o direito material, fundamento para recompor a situação anterior por meio de ação própria" (STJ, REsp. 10.220/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 23.06.92, *in DJU* de 03.08.92, p. 11.322. No mesmo sentido: STJ, 1ª T., REsp. nº 867.016/PR, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 05.05.2009, *DJe* 06.08.2009.). É o caso, por exemplo, do promissário comprador que tem legitimidade para propor rescisória contra sentença em ação de reivindicação contrária ao promitente vendedor (TJSP, AR. 110.594-1, Rel. Des. Jorge Almeida, ac. 14.11.90, *in RJTJSP* 131/407).

100 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, n. 101, pp. 174-175). De igual sentido é o pensamento de ASSIS, Araken de. Substituição processual, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 26, p. 61.

101 SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002, pp. 78 e 207.

102 STF, *Súmulas* 249 e 515.

103 STJ, 2ª T., AgRg no REsp. nº 1.227.735/RS, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 22.03.2011, *DJe* 04.04.2011.

104 "Abandonada a causa, julga-se extinto o processo, sem apreciação do mérito, condenando o autor em honorários e perda do valor do depósito prévio" (STF, Pleno, AR 1.035-3/RJ, Rel. Min. Carlos Madeira, ac. 15.03.1989, *DJU* de 14.04.1989, p. 5.457). O mesmo acontece no caso de desistência da ação (STJ, 1ª T., REsp. nº 914.128/RS, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 18.08.2009, *DJe* 10.09.2009).

105 STF, Pleno, AR 1.120, Rel. Min. Rafael Mayer, ac. 11.12.1981, *in ADV-Informativo Semanal*, nº 14,

1982, nº 3.976; STJ, REsp. 78.241/SC, Rel. Min. José Dantas, ac. 04.12.95, *in DJU* de 05.02.96, p. 1.434; STJ, REsp. 4.999-0/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. 01.06.95, *in DJU* de 19.06.95, p. 18.634. No entanto, a jurisprudência do STJ, em relação ao INSS, é no sentido de dispensá-lo da medida prevista no art. 488, II, do CPC: "Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS" (Súmula STJ, nº 175).

106 STJ, 1ª T., REsp. 4.999-0/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, ac. 01.06.1995, *DJU* de 19.06.1995, p. 18.634; STJ, 1ª Seção, AR nº 419/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, ac. 24.10.2001, *DJU* 13.05.2002, p. 138.

107 STJ, 3ª T., REsp. 40.794-0/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. 28.11.94, *RT*, 718/274; STJ, 1ª Sec., AR 43/SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, ac. 10.04.90, *DJU* de 30.04.1990, p. 3.518; STJ, 4ª T., REsp. 4.001/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. 12.08.91, *DJU* de 09.09.91, p. 12.204; STJ, REsp. 92.760/SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, ac. 09.06.98, *DJU* de 10.08.98, p. 87; STJ, 3ª T., REsp. nº 1.052.679/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 08.06.2010, *DJe* 18.06.2010. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, § 8.6, p. 67; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, t. VI, p. 408; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*., 11. ed., n. 106, p. 181.

108 STF, Pet. nº 147/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, ac. 19.09.97, *in* Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil*, 30ª ed., p. 485, nota 4 ao art. 489; STJ, 3ª T., Pet. nº 441-3/SP, Rel. Min. Nilson Naves, ac. 25.05.93, *DJU* de 14.06.93, p. 11.782; STJ, 2ª T., REsp. 79.919/CE, Rel. Min. Antônio Pádua Ribeiro, ac. 18.03.97, *DJU* de 14.04.97, p. 12.710; STJ, 6ª T., EDcl. REsp. 45.174-4/RJ, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, ac. 13.06.94, *DJU* de 26.09.94, p. 25.670; STJ, 5ª T., REsp. nº 396.450/CE, Rel. Min. Edson Vidigal, ac. 02.04.2002, *DJU* 29.04.2002, p. 309.

109 STJ, 2ª T., REsp. 81.529/PI, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 16.10.97, *DJU* de 10.11.97, p. 57.734; STF, 3ª Seção, AgRg na AR nº 2.130/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, Rel. p/ Acórdão Min. Hamilton Carvalhido, ac. 13.08.2003, *DJU* 24.10.2005, p. 168.

110 "Não possui a garantia constitucional da coisa julgada valor absoluto capaz de opor-se à legitimidade do instituto da ação rescisória ou medida cautelar destinada a garantir-lhe a eficácia" (STF, 1ª T., AgRg. no Ag. nº 216.676-2/RS, ac. 25.08.98, *DJU* de 20.11.98, p. 6). "A concessão da antecipação da tutela em ação rescisória é possível quando presentes cumulativamente os requisitos autorizadores do art. 273 do CPC (art. 489 do CPC)" (STJ, 2ª Seção, AgRg na AR nº 4.490/DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), ac. 25.08.2010, *DJe* 01.09.2010).

111 STJ, 3ª T., REsp. nº 1.286.262/ES, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 18.12.2012, *DJe* 04.02.2013 (precedente citado: STJ, Segunda Seção, AgRg na AR 3.223, *DJe* 18.11.2010).

112 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit*., n. 109, p. 189.

113 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit*., 5. ed., § 16, n. 6, p. 117.

114 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2000, t. I, p. 647.

115 TJMG, Ap. 42.106, Rel. Des. Helvécio Rosenburg, ac. 30.06.1974, *RF* 249/237. Na mesma linha de entendimento reconhece-se que "pela aplicação da teoria da aparência, é válido o pagamento realizado de boa-fé a credor putativo" (STJ, 4ª T., REsp. nº 1.044.673/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ac. 02.06.2009, *DJe* 15.06.2009). Com igual fundamento admite-se "válida a citação feita via mandado no domicílio da ré e lá recebida por funcionária sua, sem qualquer ressalva" (STJ, 4ª T., REsp. nº 931.360/MA, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 02.09.2008, *DJe* 29.09.2008).

116 Comunicação apresentada por Claudio Caponne e Luzia Leite, com base na lição de Guido Alpa, *in* MONTEIRO, Antônio Pinto (coord.). *Contratos: Actualidade e Evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 105.

117 MONTEIRO, Antônio Pinto. *Op. cit*., p. 106.

118 TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 38. ed. Padova: Cedam, 1998, p. 191.

119 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Op. cit*., p. 660.

120 STJ, REsp. 56.952-4/SP, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 25.04.95, *in DJU* de 18.09.95, p. 29.959. A propósito de benfeitorias "construídas de boa-fé até o julgamento da rescisória": STJ, 4ª T., REsp. nº 272.531/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 21.11.2000, *DJU* 05.03.2001, p. 173.

121 Orlando Gomes, *Sucessões*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 241; STF, 1ª T., RE 84.938/MG, Rel. Min. Soares Muñoz, ac. 02.05.78, *RTJ* 87/930; STF, 2ªT., RE 93.998/GO, Rel. Min. Cordeiro Guerra, ac. 17.11.1981, *RTJ* 100/890; STJ, 3ª T., AgRg na MC nº 17.349/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 28.06.2011, *DJe* 01.08.2011.

122 STJ, 2ª T., AgRg no REsp. nº 1.200.437/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, ac. 23.11.2010, *DJe* 01.12.2010. Precedentes: STJ, 6ª T., REsp. nº 828.073/RN, Rel. Min. Celso Limongi, ac. 04.02.2010, *DJe* 22.02.2010; STJ, 5ª T., AgRg no Ag nº 1.127.425/RS, Rel. Min. Felix Fischer, ac. 13.08.2009, *DJe* 08.09.2009; STJ, 6ª T., AgRg no EDcl no REsp. nº 701.075/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, ac. 02.10.2008, *DJe* 20.10.2008; STJ, 5ª T., REsp. nº 673.598/PB, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 17.04.2007, *DJU* 14.05.2007, p. 372.

123 ANDRADE, Luís Antônio. *Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil*. n. 270, p. 223.

124 STF, AR nº 1.130, Rel. Min. Soares Muñoz, ac. 15.02.1984, *in RTJ*, 110/19; AR nº 1.168, Rel. Min. Rafael Mayer, ac. 27.06.1984, *in RTJ*, 110/510; STJ, AR nº 192, Rel. Min. Cláudio Santos, ac. 25.10.1989, *in DJU* de 27.11.1989, p. 17.561; STJ, AR 337-0/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 29.09.93, *in DJU* de 11.10.93, p. 21.276; STJ, 6ª T., REsp. nº 210.356/PE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, ac. 15.03.2007, *DJU* 09.04.2007, p. 280.

125 Lei nº 6.739, de 05.12.1979, art. 8º-C, com a redação da Lei nº 10.267, de 28.08.2001: "É de *oito anos*, contados do trânsito em julgado da decisão, o prazo para ajuizamento de ação rescisória relativa a processos que digam respeito a transferência de terras públicas rurais."

126 Para o STJ, o cálculo do prazo para ajuizamento da rescisória, quando não ocorreu o recurso do último decisório, levará em conta a presença da Fazenda Pública entre as partes do processo. Se tal se deu, a data do trânsito em julgado somente terá ocorrido após o esgotamento do prazo em dobro aplicável ao recurso, "ainda que o ente público tenha sido vencedor na última decisão proferida na demanda". O *dies a quo* será o mesmo, qualquer que seja a parte que venha a propor a rescisória (STJ-1ª T., AREsp 79.082/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. 05.02.2013. Precedentes: STJ-2ª T., AgRg no Ag 724.742/DF, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, ac. 27.03.2006, *DJU* 16.05.2006, p. 206; STJ-5ª T., REsp. nº 551812/ RS, Rel. Min. Felix Fischer, ac. 22.03.2004, *DJU* 10.05.2004, p. 336, *Revista Forense*, v. 376, p. 273).

127 STF, Pleno, AR 903/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, ac. 17.06.1982, *RTJ* 103/472; TJSP, 6º Grupo Câm. Cíveis, AR 93.966-2, Rel. Des. Hermes Pinotti, ac. 27.08.1986, *RJTJESP* 103/379; STJ, 5ª T., REsp. nº 201.668/PR, Rel. Min. Edson Vidigal, 08.06.1999, *DJU* 28.06.1999, p. 143; STJ, 6ª T., REsp. nº 299.029/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 26.05.2004, *DJU* 25.10.2004, p. 399. A jurisprudência não unânime do STJ passou a entender que só há um prazo para a rescisória, ainda quando a sentença se componha de partes autônomas com trânsito em julgado em épocas diferentes (Súmula nº 401/STJ). Sobre o tema, ver adiante os itens 622-a e 622-b.

128 STJ, 3ª Seção, AR 1.275/SP, Rel. Min. José Arnaldo, ac. 09.05.2001, *DJU* de 18.06.2001, p. 111.

129 STJ, 1ª Seção, AR 25/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, ac. 24.10.1989, *DJU* de 18.12.1989, p. 18.454; STJ, 5ª T., REsp. nº 441.591/CE, Rel. Min. Felix Fischer, ac. 22.04.2003, *DJU* 02.06.2003, p. 325.

130 STJ, REsp. 2447/RS, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. 05.11.91, *RSTJ* 28/312. Outros motivos de extinção superveniente do recurso tempestivo, como o seu não conhecimento por deserção, não afetam o biênio do art. 495, que terá início no acórdão que trancou o recurso (STJ, REsp. 170.636/MG, Rel. Min.

Vicente Leal, ac. 16.06.98, *DJU* de 17.08.98, p. 105). Nesse sentido: STJ, 5ª T., REsp. nº 441.591/CE, Rel. Min. Felix Fischer, ac. 22.04.2003, *DJU* 02.06.2003, p 325.

131 Não basta distribuir ou protocolar a petição no prazo do art. 495. É preciso que o autor promova a citação do réu dentro de tal prazo, segundo dispõe o art. 219, § 2º, c/c o art. 220. Mas promover, para o autor, não é sinônimo de realizar, posto que a realização do ato citatório não lhe compete, mas sim aos órgãos auxiliares do Juízo, encarregados da comunicação processual. Se o autor cumpriu tudo que lhe cabia para que a diligência fosse realizada no prazo, e o atraso decorreu apenas do aparelhamento judiciário, não se há de cogitar de decadência da ação rescisória. Só quando a demora decorre de ato dependente do autor (preparo, transporte, fornecimento de endereço etc.) é que o efeito da citação não retroagirá à data do despacho que a deferiu (STF, Pleno, AR 1.030, Rel. Min. Moreira Alves, ac. 07.10.1981, *in RTJ*, 103/485); STJ, 3ª T., REsp. 3029/SP, Rel. Min. Dias Trindade, ac. 08.04.91, *DJU* de 01.07.91, p. 9.189; STJ, REsp. 109.014/BA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 24.03.98, *DJU* de 08.06.98, p. 114; STJ, 3ª T., REsp. nº 1.128.929/PR, Relª. Minª. Nancy Andrighi, ac. 21.09.2010, *DJe* 06.10.2010.

132 STJ, 1ª T., REsp. 51.968-3/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 19.09.1994, *RSTJ* 68/395; *RT* 714/259; STJ, Corte Especial, EREsp. nº 667.672/SP, Rel. Min. José Delgado, ac. 21.05.2008, *DJe* 26.06.2008. Em sentido contrário, pela não incidência da norma que prorroga o vencimento do prazo decadencial, em matéria de ação rescisória: STF, Tribunal Pleno, AR nº 2001 AgR, Relª. Minª. Ellen Gracie, ac. 04.03.2009, *DJe* 27.03.2009, *RDDP* nº 76, 2009, p. 147-149. Uma vez que a interpretação da lei federal infraconstitucional compete ao STJ e não ao STF, penso que no conflito deva prevalecer a jurisprudência do primeiro.

133 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. C*omentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, n. 131, pp. 220-222.

134 LACERDA, Galeno. O *Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 100.

135 AR 905, Rel. Min. Moreira Alves, *in RTJ*, 87/205; STF, Tribunal Pleno, AR nº 956, Rel. Min. Néri da Silveira, ac. 06.11.1992, *DJU* 29.02.1993. No mesmo sentido, decidiu o TJMG, AR 605, Rel. Des. Lamartine Campos, *in DJMG*, de 04.09.1980.

136 RAMALHO, Joaquim Ignácio. *Praxe brasileira*. São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869, § 364, p. 605.

137 CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, v. X, t. I, p. 30.

138 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória, da sentença e de outras decisões*. 5. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1976, p. 353.

139 STJ, 2ª T., REsp. 404.777/DF, Rel. Min. Peçanha Martins, ac. 21.11.2002, *RSTJ* 168/215.

140 Nesse sentido: STJ, 3ª T., REsp. 267.451/SP, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 22.05.2001, *RSTJ* 152/334; STJ, 6ª T., REsp. 237.347/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 14.08.2001, *RSTJ* 153/544; STJ, 5ª T., REsp. 278.614/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, ac. 04.09.2001, *DJU* 08.10.2001, p. 240; STJ, 6ª T., REsp. 212.286/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, ac. 14.08.2001, *DJU* 29.10.2001, p. 276; STJ, 3ª T., REsp. 331.573/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, ac. 13.03.2002, *DJU* 22.04.2002, p. 233.

141 STJ, Corte Especial, Emb. Div. no REsp. 404.777/DF, Rel. p/ acórdão Min. Peçanha Martins, ac. 03.12.2003, *DJU* 11.04.2005, p. 169.

142 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença objetivamente complexa. Trânsito em julgado e rescindibilidade. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 45, pp. 52 a 62.

143 É antigo em nossa doutrina o entendimento de que “a extensão da ação rescisória não é dada pelo pedido. É dada pela sentença em que se compõe o pressuposto da rescindibilidade. Se a mesma petição continha três pedidos e o trânsito em julgado, a respeito do julgamento de cada um, foi em três

instâncias, há tantas ações rescisórias quanto as instâncias" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória, da sentença e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1976, p. 353).

144 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença objetivamente complexa. Trânsito em julgado e rescindibilidade. *Revista Dialética de direito processual*, v. 45, p. 62.

145 STF – Pleno, AR 1.699-AgRg/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, ac. 23.06.2005, *DJU* 09.09.2005, p. 34; STF, Pleno, AR 9.03/SP,, Rel. Min. Moreira Alves, ac. 17.06.1982, *DJU* 17.09.1982, p. 9.097.

146 "Sendo o STF competente para julgar um dos aspectos da rescisória, sua competência se prorroga àqueles que por ele não foram examinados" (STF, Pleno, AR 1.006/MG, Rel. Min. Moreira Alves, ac. 08.09.1977, *RTJ* 86/67). Nesse sentido: STF, Tribunal Pleno, AR nº 1.098, Rel. Min. Soares Munoz, ac. 10.12.1981, *DJU* 06.05.1982, p. 4.222, *RTJ* vol. 104-02 p. 468; STF, Tribunal Pleno, AR nº 1.274, Rel. Min. Sydney Sanches, ac. 28.03.1996, *DJU* 20.06.1997.

147 "Em tema de ação rescisória, é essencial que o acórdão rescindendo, proferido pelo STF, tenha efetivamente apreciado a questão federal controvertida, quer acolhendo-a, quer repelindo-a. É essa circunstância que define, para efeito do procedimento rescisório, a competência originária do STF. Súmula nº 515" (STF, Pleno, AR 1.302-6/SP, Rel. Min. Celso de Mello, ac. 03.06.1992, *RT* 701/224). Nesse sentido: STF, Tribunal Pleno, AR nº 1.778 AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, ac. 23.06.2010, *DJe* 20.08.2010.

148 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória*. 5. ed., p. 148.

149 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 182.

150 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, p. 183.

151 REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. 1952, v. V, pp. 123-124; PACHECO, Silva da. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, v. II, n. 1.657, pp. 428-429.

152 *Op. cit.*, p. 186. Decidiu o TJRJ, a respeito da sentença inexistente: *a)* "há imprescritibilidade da ação de declaração de nulidade absoluta e, *a fortiori*, da existência de atos jurídicos"; *b)* "a sentença inexistente, por lhe faltar o pressuposto essencial, como o dispositivo, independe de ação rescisória para ser anulada" (Ap. 12.033, ac. 24.06.1980, Rel. Des. Olavo Tostes Filho, *in RT*, 550/186). "Nula a citação, não se constitui a relação processual e a sentença não transita em julgado podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se o caso (CPC, art. 741, I)" (STJ, REsp. 7.556/RO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 13.08.91, *DJU* de 02.09.91, p. 18.811). Nesse sentido: STJ, 1ª Seção, AR nº 569/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 22.09.2010, *DJe* 18.02.2011.

153 A falta de litisconsorte necessário já foi qualificada como um dos defeitos processuais "que retiram da sentença a sua sedimentação, tornando-a nula de pleno direito ou inexistente, (e) "podem ser corrigidos, como os demais atos jurídicos, pela relatividade da coisa julgada nula ou inexistente (…). O ataque à coisa julgada nula fez-se (*sic*) *incider tantum*, por via de execução ou por ação de nulidade. Mas só as partes no processo é que têm legitimidade para fazê-lo" (STJ, 2ª T., REsp. 445.664/AC, Rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, ac. 15.04.2004, *Revista Dialética de Direito Processual*, 26/145; *DJU* de 07.03.2005, p. 194). Nesse sentido: STJ, 2ª T., REsp. nº 1.105.944/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 14.12.2010, *DJe* 08.02.2011.

154 Para o caso de falta ou nulidade de citação, "havendo revelia persiste, no direito positivo brasileiro, a *querela nullitatis*, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é cabível para essa hipótese" (STF, RE 97.589, Pleno, ac. 17.11.1982, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 107/778). "Uma sentença dada sem regular citação do réu é insuscetível de ser sanada pelo trânsito em julgado, sendo cabível, nesse caso, a ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença, de competência dos juízes de primeiro grau de jurisdição" (TJSP, AR 257.319-2, Rel. Des. Christiano Kuntz, ac. 23.03.95, *JTJSP* 172/266). Nesse sentido: STJ, REsp. 26.041-7/SP, Rel. Min.

Nilson Naves, ac. 09.11.93, *in DJU* de 13.12.93, p. 27.452; STJ, 1ª Seção, AR nº 569/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. 22.09.2010, *DJe* 18.02.2011.

155 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit*., § 17, pp. 147-148. No mesmo sentido, decidiu o TAMG, na AR nº 177, Rel. Airton Maya, *in RJTAMG*, 11/41. "Nula a citação, não se constitui a relação processual e a sentença não transita em julgado podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se o caso (CPC, art. 741, I). Intentada a rescisória, não será possível julgá-la procedente, por não ser caso de rescisão. Deverá ser, não obstante, declarada a nulidade do processo, a partir do momento em que verificou o vício" (STJ, REsp. 7.556/RO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 13.08.91, *in RSTJ* 25/439). "A sentença proferida em processo nulo por falta de citação deve ser atacada pela ação prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil; mas, sem prejuízo da ação rescisória proposta equivocadamente, o Tribunal pode, nos próprios autos desta, declarar a nulidade da indigitada citação" (STJ, 3ª T., REsp. nº 1.130.91/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 10.04.2000, *DJU* 22.05.2000, p. 105). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp. 74.937/PA, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 25.02.97, *RSTJ* 96/318; STJ, 4ª T., REsp. nº 330.293/SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 07.03.2002, *DJU* 06.05.2002, p. 295.

BIBLIOGRAFIA

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. A repercussão geral dos recursos extraordinários, *in* GIANNICO, Maurício; MONTEIRO, Vitor José de Mello (Coords). *As novas reformas do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2008

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso Especial: questão de ordem pública. Prequestionamento, *Revista de Processo*, 132/285-286.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. 2. ed. Ciudad de México, 1970.

ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJEA, 1963.

ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Compañia Argentina de Editores, 1943.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. I.

ALVIM, J. E. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, v. I

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, v. I, II e III.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. I.

_____. _____. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. _____. 2. ed. Atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008, v. II.

_____. *Prova Judicial no Cível e Comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1966.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: RT, 1974, v. IV.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, v. IV.

_____. *Da reconvenção no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958-1960.

ANDOLINA, Italo Augusto. Il “Giusto Processo” nell’esperienza italiana e comunitaria. *In Annali del seminario giuridico*, Milano: Giuffrè, 2006, v. VI.

_____. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional. *In Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 87, p. 64-65, jul./set. 1997.

ANDRADE, Luís Antônio de. *Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: F.

Alves, 1974.

ANDRANDE, Odilon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, v. VII. ANDRIOLI, Virgílio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1973, v. I.

ARAGÃO, Paulo César. *Recurso Adesivo*. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975, v. V.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

_____. Reflexões sobre o princípio da demanda. *In* Luiz Fux et al (coords.), *Processo e Constituição- Estudo em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para Agir no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo,: RT, 1979.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975-1976, v. I, II e III.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1971.

_____. *Manual de Direito Processual Civil. Parte geral*. São Paulo: RT, 1977, v. I.

_____. Notas atuais sobre a figura da substituição processual. *In Informativo Incijur*, nº 64, p. 1, nov. 2004.

_____. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, v. II.

_____. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

_____. Direito Processual Civil. Recurso Especial. Ausência de prequestionamento. Ocorrência de coisa julgada incidente sobre prejuízos já devidamente apurados, a impedir a realização de uma liquidação. *In Revista Autônoma de Processo*, n. 3, pp. 363-383, abr./jun. 2007.

ASSIS, Araken de. O *contempt court* no direito brasileiro. *Revista Jurídica*, v. 318, abr./2004.

_____. Substituição processual. *Revista Dialética de Direto Processual*, v. 9, p. 22.

_____. _____. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 26

ASSIS, Jacy de. *Processos de Procedimento Edital*. Uberlândia: UFU/Faculdade de Direito, 1974.

_____. *Procedimento Ordinário*. São Paulo: Lael, 1975.

_____. O Ministério Público no processo civil. *In Revista Brasileira de Direito Processual*, v. III, pp. 95-124.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de processo*, v. 163, p. 50-59, set./2008.

_____. *Teoria dos princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZÁRIO, Márcia Pereira. *Dinamização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro* (Dissertação de mestrado). Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Origem e Introdução da Apelação no Direito Lusitano*. São Paulo: FIEO, 1976.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Lei, jurisprudência, filosofia e moral em HART. *In O Sino do Samuel*, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, jan./mar. 2007, pp. 10-11.

BARBERO, Domenico. *Derecho Privado*. Buenos Aires, 1962.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. I.

_____. _____. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. I.

_____. *Ação Declaratória Principal e Incidente*. 4. ed. Rio de Janeiro, 1976.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. V.

_____. _____. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. V.

_____. _____. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V.

_____. _____. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. V.

_____. _____. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1975-1976.

_____. _____. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1975.

_____. Benefício da dilatação do prazo para a Fazenda Pública. *In Revista Forense*, v. 247.

_____. A expressão "competência funcional" no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública. *In Revista Forense*, v. 380, pp. 180-181.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *In Temas de Direito Processual: Sexta Série*, São Paulo, Saraiva, 1997.

_____. Sentença objetivamente complexa. Trânsito em julgado e rescindibilidade. *In Revista Dialética de Direito Processual*, v. 45, pp. 52 a 62.

_____. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. Anotações sobre o título "Da prova" do Novo Código Civil. *In Revista jurídica*, v. 370, pp. 11-27, ago./2008.

_____. O juiz e a prova. *In Revista de Processo*, v. 35, p. 178-184, jul./set. 1984.

_____. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. _____. 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. *In Temas de direito processual*, 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. IX.

BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos Processuais e efetividade do processo civil. Uma tentativa de sistematização. *Revista de Processo v, 214, dez/2012*.

BATISTA MARTINS, Pedro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961, v. I, II e III.

_____. *Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

BAUR, Fritz. Transformações do processo civil em nosso tempo. *In Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 7, pp. 57-68.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização. Tese para concurso de Professor Titular da USP, São Paulo, 2005.

_____. *Código de Processo civil interpretado*. Coordenado por Antônio Carlos Marcato. 3. ed. São Paulo: Atlas 2008.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. _____2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 3. ed. São Paulo, Malheiros: 2003.

BERMUDES, Sergio. *Iniciação ao Estudo do Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1973.

_____. *Comentário ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975, v. VII.

BETTI, Emílio. *Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Roma: Società editrice Del "Foro Romano", 1936.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio F. Alves, 1975.

BIRCHAL, Alice de Souza. "A sentença da parte incontroversa da demanda". Tese de doutoramento, Belo Horizonte, PUCMG, 2005.

BORGES, Marcos Afonso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, 1975-1976, v. I, II e III.

_____. *Da Ação Discriminatória*. 2. ed. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

BOVE, Mauro. *Lineamenti di diritto processuale civile*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006.

BOUVERESSE, Jacques. *Prodígios e vertigens da analogia:* o abuso das belas-letras no pensamento. Trad. De Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. *Apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre a teoria geral do processo (Tese de livre-docência). São Paulo: Fac. de Dire. da Universidade de São Paulo, 2011.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado – Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, t. 1.

_____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BÜLOW, Oscar Von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: EJEA, 1964.

BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos ao Projeto do Código de Processo Civil*. 1972.

_____. *Concurso de Credores*. São Paulo: Saraiva, 1952.

_____. *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. *Estudos de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1972.

_____. Do ônus da prova. *In Revista Forense*, v. 204, out-nov-dez/1963.

_____. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

_____. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1941.

CALDAS, Gilberto. *Recursos Cíveis*. São Paulo: Leud, 1976.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Da Revelia do Demandado*. Salvador: Progresso, 1960.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. III.

_____. _____. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III.

_____. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, v. I.

_____. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. I.

CAMBI, Eduardo. Julgamento *prima facie* [imediato] pela técnica do art. 285-A do CPC. *In Revista dos Tribunais*, v. 854, p. 67, dez./2006.

CAMPOS, Gledson Marques de. A sentença liminar de improcedência, os requisitos para que seja proferida

e os limites da apelação interposta contra ela. *In Revista Dialética de Direito Processual*, v. 46, pp. 46-54, jan./2007.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Estudos de Direito Processual Civil*. Uberaba: Jornal da Manhã, 1974.

_____. *Limites Objetivos da Coisa Julgada*. São Paulo: Leud, 1976.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

CAPONI, Remo; PISANI, Andrea Proto. *Linementi di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*. Buenos Aires: EJEA, 1972.

CARMONA, Carlos Alberto. O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica. *In* ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de. *et al*. (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: RT, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *O Novo Código de Processo Civil nos Tribunais do Rio Grande do Sul e Santa Catarina*. Porto Alegre: Ed. Ajuris, 1976, t. I e II.

_____. A conciliação no novo Código de Processo Civil. *In Revista Forense*, v. 251.

_____. *Intervenção de Terceiros*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Intervenção de Terceiros*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Inovações da Lei nº 9.756, de 17.12.98, no âmbito do Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 93

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: EJEA, 1973.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1936, v. I.

_____. *Diritto e Proceso*. Napoli: Morano, 1958.

_____. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1973.

_____. *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Arayú, 1955.

CARVALHO, Carla Fernanda Rangel Silva. Efeito devolutivo da apelação e capítulos da sentença. *Revista de Processo, v. 217*.

CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo. Eficácia da sentença na denunciação da lide: execução direta do denunciado. *In Revista Jurídica*, v. 325, pp. 70-74.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. II.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, v. X.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. VIII.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Prática Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1974-1975.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. X.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. III.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo, 1969, v. II.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1928.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 1974.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2000, v. IV.

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

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *In Revista de Processo*, RT, v. 116, pp. 97-158, jul./ago. 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006, v. II.

_____. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006, v. I.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, t. I.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Origem do Agravo no Auto do Processo*. Rio de Janeiro, 1976.

_____. *Assistência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

COSTA, Sergio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 4.ed. Torino: UTET, 1973.

COSTA CARVALHO, Luiz Antônio da. *Curso Teórico-Prático de Direito Judiciário Civil*. 5. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.

COSTA E SILVA, Antônio Carlos. *Tratado do Processo de Execução*. Rio de Janeiro: AIDE, 1976.

COUTO, Mônica Bonetti. A nova regra do parágrafo único do art. 112. *In Tribuna do Direito*, São Paulo, julho/2006, p. 20.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974.

_____. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. Chamamento ao processo de devedores solidários. *In Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais*, v. 1, pp. 15-22.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, v. IX.

_____. Embargos infringentes – recentes modificações. *Revista Jurídica*, v. 298

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando. Interpretação jurídica e ideologias: o escopo da jurisdição no Estado Democrático de Direito. *In Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 11.

DEMARCHI, Paolo Giovanni. *Il nuovo rito civile*. II. *Il giudizio di cassazione e i provedimenti speciali*. Milano: Giuffrè, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. *In Revista de Processo*, v. 110, pp. 233 e segs., abr./jun. 2003.

_____. Novas regras sobre incompetência territorial: arts. 112, 114 e 305 do CPC. *In* JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. I.

_____. *et al*. _____. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. II.

_____. CUNHA, Leonardo Carneiro da. _____. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, v. III.

_____._____. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. III.

_____. Multa coercitiva, boafé processual e *supressio:* aplicação do *duty to mitigate the loss no processo civil. Revista de Processo*, v. 171, p. 48, maio 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 1974.

_____. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Direito Processual Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: RT, 1987.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. _____.12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil. Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. II.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. II.

_____. _____. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. II.

_____. *A Reforma da Reforma*. São Paulo, Malheiros, 2002.

_____. _____. 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

_____. *Capítulos da Sentença*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. II.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DUVAL, Hermano. A dimensão jurídica da fita magnética. *In Revista Forense*, v. 251, pp. 385-392.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. Bogotá: ABC, 1974.

_____. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Bogotá: Temis, 2002, t. I.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A Ação Declaratória Incidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1974.

FLAKS, Milton. *Denunciação da lide*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias: La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, v. VII.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. V. FORNACIARI JR., Clito. Citação pelo correio. *In Revista Forense*, v. 252.

_____. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1979.

FRAGA, Affonso. *Instituições do Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1940.

FREITAS, Elmano Cavalcanti. Artigo *in Revista Forense*, v. 240.

GADAMER, Hans Georg. *O problema da consciência histórica*. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GIANICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labor, 1936.

_____. *Princípios Generales del Proceso*. Bueno Aires: EJEA, 1961.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Da denunciação da lide*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei nº 11.232/05. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 36, pp. 70-86, mar./2006.

_____. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981-1985, 3 volumes.

_____. *Da intervenção de terceiros*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 1974.

_____. *Direito Processual Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1974.

_____. *Ação Declaratória Incidental*. São Paulo: RT, 1972.

_____. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975.

_____. *O Processo em sua Unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978-1984, 2 volumes.

GUASP, Jaime. *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madri: Aguilar editor, 1943, v. I.

GUSMÂO, Manuel Aureliano de. *Processo Civil e Comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1934.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação de senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. *In* FUX, Luiz *et al* (org.). *Processo e Constituição:* Estudos em homenagem ao prof. José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo: RT, 2006.

LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. O Código e o Formalismo. *In Ajuris*, 28/10.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1.

_____. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1969.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Civile Tedesco*. Napoli: Morano, 1962.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Embargos do Executado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Efficacia e Autorità della Sentenza*. Reimpressão da 1. ed. Milano: A. Giuffrè, 1962.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Reimpressão da 2. ed. Milano: A. Giuffrè, 1968, v. I.

_____. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. *Corso de Diritto Processuale Civile*. Milano: A. Giuffrè, 1952.

_____. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I.

_____. Fondamento del principio dispositivo. *In Problemi del processo civile*, Napoli, 1962.

LIMA, Cláudio Vianna de. *Procedimento Ordinário*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

LIMA, Herotides da Silva. *Código de Processo Civil Brasileiro Comentado*. São Paulo, 1940, v. I.

LOPES, João Batista. *Manual das Provas no Processo Civil*. Campinas: Kennedy, 1974.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

_____. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. II.

_____. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961.

LORETO, Luis. Artigo *in Revista Forense*, v. 98.

MACHADO GUIMARÃES, Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, v. IV.

_____. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

MAFRA, Jeferson Isidoro. Dever de cumprir ordem judicial. *Revista Forense*, v. 378, mar./abr. 2005.

MAGALHÃES, Marcelo José. Breve estudo sobre a perda de interesse de agir no âmbito recursal (a chamada "perda de objeto"). *In Revista Dialética de Direito Processual*, n. 105, dez. 2011.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. 8. ed., Torino: Giappichelli, 1991, v. I.

_____. *Delle parti e dei difensori. In:* ALLORIO, Enrico. *Commentario del Codice di Procedura* Civile. Torino: UTET, 1973, v. I, t. II.

MARCATO, Antônio Carlos. *Crise da Justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro* (Tese). São Paulo, Fac. de Dir. da USP, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo a Peculiaridade do Caso Concreto. *In Revista dos Tribunais*, v. 862, pp. 11-21, ago./2007.

_____. Classificação das sentenças que dependem de execução. *In Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 351, pp. 57-84, jan./2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed., São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 1.

_____. *Manual do processo de conhecimento*, 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MARIZ, Waldemar. Substituição Processual. Tese de Catedrático da PUC-SP, São Paulo, 1969.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*., Rio de Janeiro: Forense, 1958-1960.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. I.

_____. _____. Campinas: Bookseller, 1997, v.I e v.III.

MARTINEZ SILVA. *Tratado de Pruebas Judiciales*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Parecer. *In* CARVALHO, Milton Paulo de (coord.). *Direito Processual Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 23-49.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boafé no direito privado:* sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e Processos de Competência Originária dos Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MEDINA, José Miguel García; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: RT, 2008.

MEIRA, Sílvio. *Processo Civil Romano*. 2. ed. Belém: Falangola, 1962.

MENDES DE ALMEIDA JR., João. *Direito Judiciário Brazileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1918.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Introdução aos Recursos Cíveis*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976.

MENESTRINA, Francesco. *La Pregiudiciale nel Processo Civile*. Milano: A. Giuffrè, 1963.

MESQUITA, José Inácio Botelho de. *Da Ação Civil*. São Paulo: RT, 1975.

_____. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *In Revista de Processo*, v. 50, pp. 51-71, abr./jun. 1988.

_____. *Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MICHELI, Gian Antonio. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA, 1970.

MILHOMENS, Jônatas. *Hermenêutica do Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. *Manual de Prática Forense*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. *Teoria e Prática do Despacho Saneador*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MILLAR, Robert Wyness. *Los Principios Formativos del Procedimento Civil*. Buenos Aires: Ediar, 1945.

MITTERMAIER. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*. Madrid: Revista Legislación, 1877.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II.

_____. _____. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. II.

_____. _____. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998 v. II.

_____. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Duprat, 1912, v. III.

MONTEIRO NETO, Nelson. Reiteração de embargos protelatórios, multa processual e admissibilidade de "qualquer outro recurso". *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 107.

MONTELEONE, Girolamo. Diritto Procesuale Civile. 2.ed. Padova: CEDAM, 2000.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da sentença e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor:* Princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MORTARA, Lodovico. *Comentário del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*. 4. ed. Milano: F. Vallardi, 1923.

MOURA ROCHA, José de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. IX.

_____. *Há Poder de Polícia no Art. 445 do Código de Processo Civil?* Recife, 1976.

MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

MUÑOZ. Pedro Soares. Da intervenção de terceiros no novo Código de Processo Civil. *In* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1974.

NAVES, Cândido. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1941, v. IV.
NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 5. ed., São Paulo: RT, 1976.

_____. _____. 19. ed. São Paulo: RT, 1982

_____. _____. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. _____. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: RT, 2003, v. 7.

_____. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4. ed., São Paulo: RT, 1997.

_____. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. _____. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante:* atualizado até 17 de fevereiro de 2010. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: RT, 1971.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. VII.

_____. Classificação das Ações. separata da *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. VII.

_____. *Estrutura Fundamental do Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

NORONHA, Carlos Silveira. *Do Agravo de Instrumento*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático:* uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVA SANTOS, Andrés de la; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignácio. *Derecho Procesal Civil – El Proceso de Declaración*. 3. ed. Madrid: Editorial Universitária Ramón Areces, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Alienação da Coisa Litigiosa*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____._____. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Embargos de divergência. *In* NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006, v. 9.

_____. Recurso Especial. *In* FONTES, Renata Barbosa (Coord.). *Temas de Direito:* Homenagem ao Ministro Humberto Gomes de Barros. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, Milena de. O abuso do direito de recorrer como ato atentatório à dignidade da Justiça. *In* NERY JÚNIOR, Nelson. *et al* (coords.). *Aspectos polêmicos a atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, São Paulo: RT, v. 9, p. 347.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O novo regime dos embargos infringentes. *In* NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: RT, 2003, v. 7.

OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição Processual*. São Paulo: RT, 1971.

PACHECO, José da Silva. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976.

PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977, v. I.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: RT, 1976.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil Comparado com o Comercial*. 6. ed., Rio de Janeiro: Garnier, 1901.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*. Rio de Janeiro: Garnier, 1907.

PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, P. *Manuale di diritto civile*. 3. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2002.

PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. IV.

PICARDI, Nicolá. *Jurisdição e processo*. Tradução brasileira de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975, v. III.

PINHO, Luciano Fialho. Ação *de Responsabilidade Civil Proposta em face dos Administradores de Sociedades Anônimas*, Tese, Belo Horizonte, UFMG, 2000.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Napoli: Jovene Editore, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil (de 1939)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958-1961, v. I a XV.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973)*. Rio de Janeiro, 1974-1977, v. I a XIII.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda nº 1, de 1969. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. III.

_____. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970-1974, v. I a V.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954-1969, 60 volumes.

_____. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de outras Decisões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

_____. *Tratado da ação rescisória, da sentença e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1976.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, v. I.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 1. ed. 2ª tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PORTO, Antônio Rodrigues. Do chamamento ao processo no novo Código de Processo Civil. *In RT*, v. 458, pp. 261-262.

PRATA, Edson. *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Civil*. São Paulo: Leud, 1977-1983, 30 volumes.

_____. Simpósio de Processo Civil. *In Revista Forense*, v. 252, out-nov-dez/1975.

_____. *Desquite Amigável*. São Paulo: Leud, 1976.

_____. *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Vellenich, 1974, 3 volumes.

_____. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: Leud, 1989, 2 volumes.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. *Derecho Concursal, Procedimientos Sucesórios, Jurisdicción Voluntaria, Medidas Cautelares*. 1. ed., Madrid: Tecnos, 1974.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Ristampa della 5. ed. Napoli: Jovene Editore, 2010.

PRÜTTING, Hanns. Nuevas tendencias en el Proceso Civil Aleman. *In Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, n. 41, pp. 201-208, jan./jun. 2007.

RAMALHO, Joaquim Ignacio. *Praxe Brasileira*. São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869.

REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Milano: A. Giuffrè, 1959-1954, 3 volumes.

REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: Editora Coimbra, 1948.

RESTIFFE NETTO, Paulo. *Garantia Fiduciária*. São Paulo: RT, 1975.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1959.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1879.

RIZZI, Sérgio. *Ação Rescisória*. São Paulo: RT, 1979.

ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile*. Milano: A. Giuffrè, 1962.

ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1969-1972, v. I, II e III.

ROCHA, José de Moura. *Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, 2 volumes.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. *In* DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Ações constitucionais*. Salvador: Jus Podivm, 2006.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. A decisão de suspensão de recursos repetitivos em razão de recurso representativo de controvérsia – Impugnabilidade e proteção em face de risco de dano. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 79, jul./set. 2012.

ROSA, Eliézer. *Dicionário de Processo Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1973.

_____. *Cadernos de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1973-1975, v. I, II e III.

ROSAS, Roberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1975, v. V.

ROSEMBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA, 1955.

ROSITO, Francisco. *Direito Probatório. As máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ROUBIER, Paul. *Les Conflits de Lois dans le Temps*. Paris: Recueil Sirey, 1929.

SALOMÃO, Jorge. *Da Coisa Julgada nas Ações de Estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Uma abordagem diferenciada acerca da tutela jurisdicional. *In Revista de Processo*, v. 146, pp. 32-48, abr./2007.

SANTIS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJEA, 1978.

_____. Naturaleza de la prueba. *In Revista dos Tribunais*, v. 462, pp. 11-22, abr./1974.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Estudos de Direito Processual Civil*. Uberlândia: Ed. F. Direito Universidade Federal de Uberlândia, 1975.

_____. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Leud, 1976.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1985-1989, 5 volumes.

_____. *Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SANTOS, Marina França. *Fundamentos da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição* [dissertação de mestrado]. Belo Horizonte, Fac. de Direito da UFMG, 2011.

SANTOS, Milton Evaristo dos. *O Novo Código de Processo Civil nos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*. 1. ed. São Paulo: Lex, 1975, 2 volumes.

SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, 2 volumes.

SCARPINELLA, Cássio. Observações iniciais sobre o novo § 3º do art. 542 do CPC – Lei nº 9.756, de 17.12.98. *Revista de Processo*, v. 93.

SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Bosch, 1950.

SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*. Buenos Aires: EJEA, 1968.

SEABRA FAGUNDES, M. S. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 1.

_____. *Exceções Substanciais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante:um* estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Ivan de Hugo. *Recursos no Novo Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Reforma do Processo Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Fabris, 1987-1990, v. I e II.

_____. *Sentença e Coisa Julgada*. Porto Alegre: Fabris, 1979.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. Lei de acesso à informação pública (Lei nº 12.527/2011). Democracia, República e Transparência no Estado Constitucional. *Revista dos Tribunais*, v. 927.

SIMAS, Hugo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. VIII.

SODRÉ, Hélio. *Manual Compacto do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

STEIN, Friedrich. *El Conocimiento Privado del Juez*. Pamplona (Espanha): EUNSA, 1973.

TARUFFO, Michele. Poderes instrutorios de las partes e del juez en Europa. *In Revista Iberoamericana de derecho procesal*, Buenos Aires, n. 10, p. 339, 2007.

_____. Prova (in generale). *In Digesto delle discipline provatistiche. Sezione Civile*. Torino: UTET, 1992, v. 16.

_____. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970.

TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileiras e portuguesas: um estudo comparativo. *In* AMORIM, Felipe Daniel; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coords.). *Constituição e Processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Nova sistemática processual*. 2. ed. Caxias do Sul: Plenum, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1976.

_____. *Processo de Execução*. 3, ed. São Paulo: Leud, 1976.

_____. Execução e coisa julgada. *In Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 8, pp. 57-83.

_____. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. *In Revista dos Tribunais*, v. 665, p. 11-22, mar./1991.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. III, t. II.

TENÓRIO, Oscar. *Lei de introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1944.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1974, v. I

_____. _____. 1975, v. II.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 38. ed. Padova: CEDAM, 1998.

TROCKER, Nicolò. *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali. In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2/383-384.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC:* Lei nº 10.352, de 26.01.2001, Lei nº 10.358, de 27.12.2001. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.

_____. A "repercussão geral" como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. *In Revista dos Tribunais*, v. 848, pp. 60-65, jun./2006.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do Julgamento conforme o Estado do Processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975.

_____. *Da Contumácia no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: J. Bushatsky, 1964.

_____. *Curso de Direito Processual – Processo Civil de Conhecimento – II*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

VALE, Juliana Leite Ribeiro do. *A funcionalidade do ônus da prova no processo civil brasileiro* (Dissertação de mestrado). Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

VALLADÃO, Haroldo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. XIII.

VALLEJOS, Juan Carlos. *Las cargas probatorias dinámicas en el derecho de daños. In* PEYRANO, Jorge. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

VARGAS, Franciely de; PINTO, Rodrigo Strobel. Aspectos constitucionais destacados dos atos processuais eletrônicos. *In Revista de Processo*, v. 141, pp. 128-139, nov./2006.

VASSALI, Filippo E. *La Sentenza Condizionale: Studio sul Processo Civile*. Roma: Athenaeum, 1916. *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. parecer *in Revista de Processo*, v. 130/168.

VINCENT, Jean. *Précis de procédure Civile*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1973.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, v. IV.

WALD, Arnoldo. Contagem de prazo para recurso – Interpretação da Súmula 310 do STF. *In RT*, v. 486, e *Revista Forense*, v. 252.

WAMBIER, Luiz Rodrigues *et al. Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1998, v. I.

WAMBIER, Luiz Rodrigues ; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração. São Paulo: RT, 2005*.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel García. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1987.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. Cargas Probatórias Dinâmicas no Processo Civil Brasileiro. *In Revista Dialética de Direito Processual*, nº 69, p. 17-34, dez./2008.

ZANUTTIGH, Loriana. Verbete *"Litisconsorzio"*. *In Digesto delle Discipline Privatistiche: Sezione Civile*. 4. ed. Torino: UTET, 1987, v. XI, p. 42.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, 4. ed. Milano, Giuffrè, 1946, v. I.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.

_____. Cooperação jurídica internacional e a concessão de *exequatur*. Revista de Processo, v. 183, maio/2010.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

(Os números referem-se aos itens.)

A

ABBUD, A. A. C., 572-a
AGUIAR JÚNIOR, R. R. A., 576-d
ALLORIO, E., 53-a, 500
ALSINA, H., 48, 49
AMARAL SANTOS, M., 18, 19, 23, 58, 92, 108, 215, 233, 334, 353, 361, 380, 393-a, 415, 418, 419, 420, 431, 438, 441, 445, 449, 459, 465, 471, 476, 479, 480, 485, 486, 488, 490, 492, 493, 494, 495, 496, 498, 501, 507, 508, 509, 512, 513, 522, 527, 528, 537, 541, 543, 555, 558, 571, 573, 581, 586, 587, 589, 600, 603, 609
AMERICANO, J., 488
ANDOLINA, I. A., 22-a
ANDRADE, L. A., 528, 532, 540, 574, 611, 612, 621
ANDRIOLI, V., 17, 20, 24, 39, 40, 47, 55, 69, 75, 79, 139, 173, 174, 193, 195, 197, 264, 319, 391
ARAGÃO, P. C., 540
ARENHART, S. C., 416, 493-a, 493-b
ARISTÓTELES, 7
ARRUDA ALVIM, J. M., 21, 36, 37, 48, 52, 53, 74, 518-a, 576-d
ASSIS, A., 518-a
ASSIS, J., 132, 360, 404
ÁVILA, H., 22-a
AZÁRIO, M. P., 422-b

B

BARACHO, J. A. O., 22-b
BARBERO, D., 509
BARBI, C. A., 71, 76, 79, 80, 99, 101, 102, 103, 104, 108, 109, 115, 122, 123, 163, 171, 172, 445, 455
BARBOSA MOREIRA, J. C., 15-b, 27, 30-a, 104, 239, 345, 348, 353, 382, 387, 393-a, 394, 399, 434, 436, 494, 495, 507-a, 522, 523, 526, 527, 529, 534, 535, 538, 539, 540, 540-b, 542, 544, 545, 550, 555, 558, 561, 561-a, 562, 565, 566, 574, 576-m, 576-o, 578, 587, 589, 597, 599, 600, 603, 604, 605, 609, 610, 612, 614, 622, 622-a
BARIONI, R., 120-b
BATISTA MARTINS, P., 213, 469, 470, 586, 600, 613
BATISTA, L. C., 54-b
BAUR, F., 420
BEDAQUE, J. R. S., 15-b, 102, 120, 342-a, 372-c
BENTHAM, J., 9, 462

BERMUDES, S., 8, 13, 14
BETTI, E., 439, 483, 523
BEVILÁQUA, C., 207, 424-a
BONDIOLI, L. G. A, 559-a
BORGES, M. A., 481, 487
BOUVERESSE, J., 21
BOVE, M., 24
BUENO, C. S., 120, 130
BULGARO, 66, 204, 297
BÜLOW, O., 44, 51
BUZAID, A., 23, 28, 42, 44, 53-a, 104, 191, 327, 455, 483, 508, 601

C

CALAMANDREI, P., 35, 36, 42, 44
CALMON DE PASSOS, J. J. 203, 204, 343-a, 368, 371, 376, 377, 382, 386, 388, 391, 393, 493-a, 543-a
CAMARA, A. F., 54-a
CAMBI, E., 27, 357-b, 422-b
CAMPOS, G. M., 357-a-1
CAMPOS, R. C., 482, 513, 516
CAPONI, R., 499
CARMONA, C. A., 557-b
CARNEIRO, A. G., 119, 120, 120-b, 130, 280, 281, 478, 576-r
CARNELUTTI, F., 1, 8, 9, 20, 34, 42, 53-a, 58, 60, 66, 295, 416, 444, 445, 483, 485, 508, 512, 516, 523, 578, 601
CARVALHO, F., 120-b
CARVALHO, P. B., 22-a
CASTRO, A., 142, 265, 505, 578, 622-a
CHIOVENDA, G., 2, 15-b, 28, 51, 58, 203, 206, 207, 217, 446, 482, 483, 485, 493-b, 497, 498, 499, 500, 504, 509, 511, 518
CINTRA, A. C. A., 11, 12, 13, 15-b, 43, 51, 53-a, 56, 133, 138, 145, 416
COMOGLIO, L. P., 5-b, 22, 24, 42, 42-a, 51-b, 54, 54-a, 493-b, 499
COSTA, S., 7, 17, 18, 58, 483
COUTO, M. B., 176-b
COUTURE, E. J., 34, 51, 56, 139, 189, 204, 210, 229, 236, 283, 284, 285, 293, 380, 414, 416, 420, 421, 425, 521
CUNHA PEIXOTO, C. F., 123

D

DALLARI, D. A., 41-b
DEGENKOLB, 51
DELFINO, L., 22
DEMARCHI, P. G., 185
DIDIER JÚNIOR, F., 16, 21, 54-a, 75, 130, 279-a, 372-e, 543-a-2, 576-h-1,
DINAMARCO, C. R., 11, 12, 13, 15-b, 43, 51, 53-a, 54-b, 56, 104, 119, 120, 120-b, 123, 130-a, 133, 138, 145, 279-a, 327, 372-c, 372-e, 485, 493-b, 507-c, 511, 526-a, 543-a, 543-a-2, 557-b, 559-a
DUVAL, H., 452

E

ECHANDIA, H. D., 10, 20, 26, 30, 62, 415, 416, 421

F

FABRÍCIO, A. F., 404
FADEL, S. S., 74, 600, 608, 610
FAZZALARI, E., 40, 43, 327
FERRAJOLI, L., 41-b
FERREIRA FILHO, M. C., 538, 539
FERRI, C., 5-b, 24, 42, 42-a, 51-b, 54, 493-b, 499
FORNACIARI JR., C., 259, 393-a, 394
FRAGA, A., 359, 471, 490
FREITAS, E. C., 511
FULGÊNCIO, T., 521

G

GADAMER, H. G., 35
GAIO, 310
GIANICO, M., 511
GOLDSCHMIDT, J., 297
GOMES, A. G., 422-b
GONÇALVES, A. P., 30-a, 43, 120, 130-a
GRAU, E. R., 486
GRECO, L., 51-b, 101, 219, 516
GRINOVER, A. P., 11, 12, 13, 15-b, 43, 51, 53, 53-a, 56, 133, 138, 145, 308, 320, 329, 404, 455, 457, 458-a, 507, 513, 515, 518-b, 576-b, 576-d, 617
GUASP, J., 206
GUSMÃO, M. A., 51

H

HELLWIG, 51, 296, 297, 507-a

I

IHERING, R., 485

K

KISCH, 421
KNIJNIK, D., 422-b
KOHLER, 297

L

LACERDA, G., 18, 153, 342-a, 352, 511, 517, 578, 622
LARENZ, K., 43, 568
LEAL, R. P., 22-a
LENT, F., 32, 45, 46, 65
LESSONA, 433, 465
LIEBMAN, E. T., 32, 34, 35, 44, 48, 49, 50, 52, 53-a, 54-a, 55, 55-a, 66, 171, 193, 203, 420, 471, 506, 507-

a, 507-c, 509, 513, 516, 518, 521, 528-a, 586, 605, 623
LIMA, C. V., 474
LOPES, J. B., 432, 433, 434, 446
LOPES DA COSTA, A. A., 9, 11, 23, 40, 59, 94, 116, 183, 206, 485, 489, 511, 512, 578, 584
LORETO, L., 500

M

MAGALHÃES, M. J. 320-A
MARCATO, A. C., 576-t
MARINONI, L. G., 355, 372-b, 416, 422-b, 436, 499
MARQUES, J. F., 17, 34, 40, 43, 53-a, 58, 104, 106, 108, 109, 114, 125, 131, 133, 134, 135, 139, 142, 147, 169, 177, 193, 206, 207, 217, 218, 219, 227, 231, 233, 251, 258, 259, 282, 287, 303, 308, 312, 336, 388, 393, 397, 404, 412, 420, 421, 424, 430, 434, 436, 444, 455, 457, 459, 464, 471, 476, 480, 484, 485, 487, 488, 489, 494, 496, 498, 501, 504, 507, 511, 512, 515, 516, 523, 527, 537, 566, 573, 600
MARTINEZ SILVA, 414
MARTINS, I. G. S. M., 15-b, 143
MARTINS-COSTA, J., 43
MELENDO, S. S., 27, 382, 416
MENDES JR., J., 604
MEDINA, J. M. G., 576-m
MESQUITA, J. I. B., 143, 510-b, 600
MICHELI, G. A., 40, 49, 50
MILLAR, R. W., 420
MITTERMAIER, 7, 414
MONIZ DE ARAGÃO, E. D., 204, 206, 213, 217, 218, 221, 234, 237, 239, 255, 259, 261, 267, 281, 294, 302, 304, 308, 316, 330, 332, 511, 518-a, 540-b
MONTEIRO, J., 51, 108, 386, 392, 414, 433, 436, 437, 446, 461, 465, 469
MONTEIRO NETO, N., 562
MONTENEGRO FILHO, M., 279-a, 388
MORAES, P. V. D. P., 422-c
MÜLLER, F., 486
MUÑOZ, P. S., 116
MÜTHER, 51

N

NEGRÃO, T. 173, 343-a, 372-d, 532-a, 576-c, 601, 617
NERY JÚNIOR, N. 71, 120-b, 221, 355, 397, 518-a, 535, 537-a, 538, 540-a, 544, 554-b, 557-b, 572, 576-d, 576-o
NEVES, C., 507-a, 510-b, 521
NONATO, O., 521
NORONHA, C. S., 458
NUNES, D. J. C., 24

O

OLIVEIRA, C. A. A., 24, 416, 485, 520-b
OLIVEIRA, E. R., 575-d, 576-o
OLIVEIRA, M., 30-a
OLIVEIRA, P. M., 557-b

OLIVEIRA JR., W. M., 108

P

PACHECO, J. S., 189, 203, 623
PAULA, A., 74, 239, 280, 348, 382, 391, 392, 394, 397, 413, 462, 463, 464, 472, 477, 478, 481, 530, 537-a
PAULA BATISTA, F., 51, 461, 462, 513
PEREIRA, C. M. S., 73
PESTANA DE AGUIAR, J. C., 419, 444, 455, 457, 458, 459, 462, 472
PICARDI, N., 24
PIMENTEL, W. M., 348, 371, 493, 516
PINTO, N. L., 537-a, 576-o
PINTO, R. S., 209-b
PISANI, A. P., 15-b, 36, 42, 42-a, 54-a, 372-c, 499, 516-a
PLÓSZ, 51
PODETTI, R., 52
PONTES DE MIRANDA, F. C., 37, 103, 108, 130, 180, 219, 233, 270, 331-a, 335, 343-a, 362, 371, 407, 432, 443, 449, 457, 458, 483, 484, 488, 491, 493, 504, 507-a, 516, 537-a, 538, 539, 573, 577, 589, 599, 600, 607, 609, 613, 616, 620, 622-a, 623
POPPER, K., 22-a
PORTANOVA, R., 27
PORTO, A. R., 123
PRATA, E., 85, 87, 88, 100, 123, 159, 231, 257, 271, 345, 394, 459, 478, 479
PRÜTTING, H., 5-b

R

RAMALHO, J. I., 622-a
REDENTI, E., 483
REIS, J. A., 322, 610, 623
REZENDE FILHO, G. J. R., 131, 133, 169, 198, 218, 219, 484, 486, 489, 491, 497, 499, 500, 505, 507, 522, 523
ROCCO, U., 48, 516
RODRIGUES, M. A., 41-b, 279-a, 572-h
ROSA, E., 473
ROSENBERG, L., 27, 471
ROSITO, F., 419
ROSSI, F., 22
ROUBIER, P., 578

S

SALOMÃO, J., 519
SANTIAGO, M. F., 372-c
SANTOS, E. F., 43, 329
SANTOS, M. F., 41-b
SATTA, S., 40, 463
SAVIGNY, 51
SCHÖNKE, A., 20, 66, 70, 360
SEABRA FAGUNDES, 537, 540-b, 613
SERPA LOPES, M. M., 356-a

SIFUENTES, M., 16
SILVA, J. A., 41-b
SILVA, J. M., 279-a

T

TARUFFO, M., 5-b, 24, 27, 42, 42-a, 51-b, 54, 382, 420, 493-b, 499
TAVARES, F. H., 22-a
TESHEINER, J. M. R., 279-a
THEODORO JR., H., 27, 47, 123, 175, 233, 424-b, 440, 455
TORNAGHI, H., 106, 108, 114, 125, 127, 130, 203, 272, 296, 297, 303, 316, 331, 372-a
TRABUCCHI, A., 424-b
TROCKER, N., 22
TUCCI, J. R. C. e, 16, 102, 408-a, 517-a, 543-a-2, 550-b, 553-a, 572-a, 575-a, 576-n, 585-a
TUCCI, R. L., 54, 406, 407, 519, 526, 537, 543

V

VALE, J. L. R., 422-b
VALLEJOS, J. C, 422-b
VARGAS, F., 209-b
VIDIGAL, L. E. B., 407, 576-b, 600, 602, 603, 604, 605, 609, 613

X

XAVIER, J. T. N., 279-a

W

WACH, 51, 297
WALD, A., 233
WAMBIER, T. A. A., 559-a
WATANABE, K., 54-a
WINDSCHEID, 51
WYNESS MILLAR, R., 420

Z

ZANFERDINI, F. A. M., 422-b
ZAVASCKI, T. A., 250, 608-a
ZANZUCCHI, M. T., 53

ÍNDICE ALFABÉTICO DE ASSUNTOS

(Os números referem-se aos itens.)

Ação
– autonomia, 50
– carência de ação, 52
– causa, 55-b
– classificação, 55
– conceito, 48, 49, 51, 51-b
– condições da ação, 52, 53, 53-a
– constitucionalização do direito de ação, 51-b
– defesa do réu, 56
– direito subjetivo à prestação jurisdicional, 49
– elementos, 55-c
– evolução do conceito, 51
– interesses, 53
– inter-relacionamento entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa, 54-a
– legitimidade, 53
– possibilidade jurídica, 53
– prescrição, 331-a
– pretensão, 55-a
– quando se considera proposta, 299

Ação acessória
– prorrogação de competência, 174

Ação cautelar
– assistência provocada, 130-a
– cautelar e antecipação de tutela, 372-b
– destrancamento de recurso especial ou extraordinário retidos, 576-r
– exibitória, 440
– fungibilidade, 372-c
– independência, 47
– instrumentalidade, 47
– obtenção de efeito suspensivo para o recurso extraordinário, 574-a
– posição na classificação das ações, 55

Ação coletiva
– coisa julgada, 518-b
– defesa de interesses difusos, coletivos e individuais, 5-a, 41-a
– jurisdição coletiva, 41-a

Ação cominatória
– pedido cominatório, 364

Ação de controle de constitucionalidade
– limites da coisa julgada, 513

Ação declaratória incidental
– cabimento, 404
– competência, 404
– conceito, 55
– julgamento conjunto com a ação principal, 404
– não cabe nas ações sumaríssimas, na execução forçada e no processo cautelar, 404
– objetivo, 404

Ação incidental
– prorrogação de competência, 174

Ação de indenização
– foro da ação de reparação do dano de ato ilícito, 167
– foro da ação de reparação do dano de delito de automóvel, 167

Ação penal
– conexão com ação civil, 175

Ação pessoal
– competência, 158, 159, 166, 169

Ação possessória
– competência, 162

Ação real imobiliária
– arguição de nulidade, 291
– competência interna, 161, 162
– competência internacional exclusiva, 143
– outorga conjugal, 71

Ação rescisória
– arrematação e adjudicação, 613
– atos judiciais não sujeitos à ação rescisória, 613
– cabimento, 602, 613
– casos de admissibilidade, 602
– colusão para fraudar a lei, 606
– competência, 614-a
– conceito, 600
– confissão, desistência ou transação inválidas, 611
– conteúdo, 620
– direitos adquiridos por terceiro de boa-fé, 620-a
– documento novo, 610
– dolo da parte vencedora, 605
– erro de fato, 612
– execução da sentença na pendência da rescisória, 617

– falsidade de prova, 609
– fixação do prazo de resposta pelo relator, 619
– impedimento ou incompetência absoluta do juiz, 604
– incompetência relativa não autoriza rescisória, 604
– indeferimento da inicial, 618
– instrução, 619
– julgamento de competência originária de tribunal, 619
– legitimação para a rescisória, 614
– multa pela rejeição da rescisória, 616
– natureza da decisão, 620
– ofensa à coisa julgada, 607
– ofensa a norma constitucional, 608-a
– pedido, 615
– prazo de propositura da rescisória, 622
– preservação de efeitos da sentença rescindida, 620-b
– pressupostos, 601
– prevaricação, concussão ou corrupção do juiz, 603
– procedimento, 619
– prorrogação de competência do STF e do STJ, 622-c
– recurso e ação rescisória, 600
– remissão, 613
– renúncia ao direito, 611
– rescisória de rescisória, 621
– sentença homologatória, 613-a
– sentença de jurisdição voluntária, 613
– sentença nula e sentença anulável, 600, 623
– sentença nula de pleno direito, 623
– sentença de partilha, 613
– súmula nº 401 do STJ, 622-b
– suspeição do juiz não autoriza rescisória, 604
– terceiro de boa-fé, 620-a
– violação de literal disposição de lei, 608

Acórdão
– definição, 216
– forma, 221

Administrador
– função, 200
– preposto, 200
– remuneração, 200
– responsabilidade civil, 200

Advogado
– capacidade de postulação, 91
– casos em que se dispensa a representação da parte por advogado, 91
– deveres, 75, 93
– direitos, 93
– extração de cópia dos autos, 93
– mandato judicial, 92

– morte ou perda de capacidade, 305
– multa por inobservância de prazo, 241
– substituição, 95

Agravo
– conceito, 548
– contraditório, 554
– de instrumento, 551, 551-a
– deserção, 553
– efeitos, 552
– espécies, 549, 575-b
– formação da coisa julgada antes de seu julgamento, 554-d
– formação do instrumento, 551-a
– inovações das Leis nos 10.352/2001 e 11.187/2005, 553-a
– juízo de retratação no agravo retido, 550-d
– juízo de retratação no agravo de instrumento, 553 e 554-a
– processamento do agravo de instrumento, 553, 553-a e 554-a
– retido, 550, 550-a, 550-b e 550-c
– retido interposto oralmente, 550-a
– retido após a sentença, 550-c
– vários tipos de agravo, 549

Agravo de instrumento
– v. "Agravo"
– cabimento, 551
– efeitos, 552
– formação, 551-a
– processamento, 553

Agravo interno
– decisões singulares nos tribunais, 540-b

Agravo nos próprios autos
– contra inadmissão do recurso extraordinário ou especial, 575-a

Agravo retido
– v. "Agravo"
– conceito, 550
– agravo posterior à sentença, 550-c
– agravo retido oral, 550-a
– juízo de retratação, 550-b

Antecipação de tutela
– efetivação, 372-d
– fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias, 372-c
– no processo de conhecimento, 372-b
– parcial, 372-e
– recurso, 372-f

Apelação
– conceito, 541

– decadência, 543-a-3
– deserção, 545
– documentos, 459, 542
– efeito devolutivo, 543, 543-a
– efeito substitutivo, 5
– efeito suspensivo, 543, 543-b
– efeitos, 543
– fato novo, 543
– inadmissibilidade de recurso em razão de súmula impeditiva, 568
– inovação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, a respeito do efeito devolutivo da apelação, 543-a, 543-a-1 e 543-a-2
– inovação da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, a respeito do efeito suspensivo da apelação, 543-b
– interposição, 542
– irrecorribilidade da sentença proferida em conformidade com súmula do STJ ou do STF, 544-a
– julgamento em segunda instância, 547
– juízo de retratação, 544-b
– juízo de retratação: reexame da matéria decidida na sentença apelada por ato de seu próprio prolator, 544-c
– nova definição de sentença e sua repercussão na esfera recursal, 541-a
– nulidades sanáveis do processo, 543-a-4
– prazo de interposição da apelação, 546
– prescrição, 543-a-3
– questão de fato e questão de direito, 543-a-1
– recebimento da apelação, 544
– reexame dos pressupostos de admissibilidade da apelação já recebida, 544-b
– requisitos da petição, 542
– sentença única de ações conexas, 544

Arguição das nulidades
– momento, 292
– realização, 291

Assinatura digital
– v. “Processo eletrônico”
– no processo eletrônico, 209-b

Assinatura eletrônica
– v. “Processo eletrônico”
– dos juízes, 221
– no processo eletrônico, 209-b

Assistência
– adquirente do bem litigioso, 94
– assistência litisconsorcial, 127
– cabimento, 128
– coisa julgada, 130
– conceito, 125
– litisconsorcial, 127
– oportunidade, 128
– poderes e ônus do assistente, 130

– pressupostos, 126
– procedimento, 129
– provocada, 130-a
– recurso do terceiro prejudicado, 130-b
– revelia do assistido, 130
– simples, 127

Assistência judiciária
– em que consiste, 90
– procedimento, 90
– recurso, 90
– revogação, 90
Atos de comunicação processual
– citação, 251
– comunicação eletrônica, 244-a
– forma, 244
– intercâmbio processual, 243
– intimação, 269

Atos do escrivão ou do chefe de Secretaria
– atos de comunicação, 222
– atos de documentação, 222
– atuação, 223
– forma dos termos, 225

Atos inexistentes
– conceito, 284
– praticados por advogados sem procuração, 92

Atos do juiz
– assinatura eletrônica, 221
– atividade processual do juiz, 214
– atos decisórios, 215
– atos não decisórios, 220
– decisão interlocutória, 217
– definições legais, 216
– despachos, 218
– forma dos atos decisórios, 221
– sentença, 219

Atos da parte
– classificação, 210
– conceito, 210
– cotas, 213
– eficácia, 211

Atos processuais
– agentes, 204
– atos do processo e atos do procedimento, 205
– classificação, 207
– conceito, 203

– distribuição, 278
– distribuição por dependência como medida de coibição à má-fé processual, 279-a
– documentação e comunicação, 222
– fora dos limites territoriais do juízo, 245
– forma, 207
– implantação do processo eletrônico no Brasil, 209-b
– lugar, 228
– meios de expressão, 209
– processo eletrônico no STF, 209-c
– publicidade, 208
– registro, 277
– sistemas de transmissão de dados, 209-a
– tempo, 226

Atos processuais por carta
– carta de ordem, 245
– carta precatória, 245
– carta rogatória, 245, 250
– cartas urgentes, 248
– cumprimento, 247
– custas, 249
– efeito suspensivo, 308, 426
– *exequatur*, 250
– prazos, 246
– requisitos, 246
– telegrama, radiograma ou telefonema, 249

Audiência
– v. “Audiência de instrução e julgamento”
– v. “Audiência preliminar”
– características, 474
– conceito, 473
– conciliação, 349
– instrução e julgamento, 349-a
– preliminar, 408-a

Audiência de conciliação
– v. “Audiência preliminar”
– no rito sumário, 349

Audiência de instrução e julgamento
– adiamento, 476
– antecipação da audiência, 477
– atos da audiência, 474
– atos preparatórios, 475
– audiência de partes e advogados, 476
– audiência do Ministério Público, 476
– audiência de testemunhas e peritos, 476
– audiência é una e contínua, 474
– audiência em segredo de justiça, 474

– características da audiência, 474
– conciliação, 478, 479
– debates orais, 480
– despesas do adiamento, 476
– documentação da audiência, 481
– essencialidade, 474
– instrução, 480
– julgamento, 480
– memórias, 480
– poder de polícia, 474
– pregão, 475
– produção e armazenamento da documentação por meio eletrônico, 481
– publicidade, 474
– publicação da sentença, 480
– quando cabe, 473
– solenidade, 474

Audiência preliminar, 408-a
Autos
– retirada do cartório por advogado, 93

Autos suplementares
– formação, 212
– função, 212

Autocomposição e autotutela
– métodos extrajudiciais de composição da lide, 43

Autuação
– em que consiste, 223

Auxiliares da justiça
– conceito e classificação, 196
– depositário e administrador, 200
– escrivão, 197
– intérprete, 201
– oficial de justiça, 198
– outros auxiliares eventuais, 202
– penalidades por inobservância de prazo, 240
– perito, 199
– prazos, 238

Bem litigioso
– v. “Coisa julgada”
– alienação, 68, 94
– extensão da coisa julgada ao adquirente, 520-b

Capacidade de postulação
– cabe aos advogados, 91

Capacidade processual

– conceito, 70
– curatela especial, 72
– falta, 74
– incapacidade processual, 74
– não se confunde com capacidade de postulação, 91
– pessoas casadas, 71

Carência de ação
– arguição na contestação, 383
– conceito, 52
– quando ocorre, 320

Carta
– v. “Atos processuais por carta”

Carta de ordem
– v. “Atos processuais por carta”

Carta precatória
– v. “Atos processuais por carta”
Carta rogatória
– v. “Atos processuais por carta”

Causa
– causa e ação, 55-b
– conceito, 55-b
– elementos, 55-c
– inter-relacionamento entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa, 54-a

Causas de alçada
– conceito, 524
– execução fiscal, 524
– processo trabalhista, 524

Causas repetitivas
– direito intertemporal, 576-l
– efeitos do acórdão da Seção ou da Corte Especial do STJ, 576-j
– o recurso especial e as causas repetitivas, 576-g
– procedimento para observância do tribunal de origem, 576-h
– procedimento para observância do STJ, 576-i
– regulamentação regimental, 576-l

Chamamento ao processo
– casos de admissibilidade, 123
– conceito, 122
– em ações do consumidor, 124-a
– em execução, 123
– em seguro de responsabilidade civil, 124-b
– procedimento, 124

Citação

– a força de interpelação reconhecida à citação, 268-a
– citação em comarca contígua, 257
– citação pelo Correio, 259
– citação por edital, 260
– citação com hora certa, 258
– citação por oficial de justiça, 257
– conceito, 251
– constituição em mora, 266
– destinatário, 253
– efeitos da citação, 262
– impedimentos à realização da citação, 255
– interrupção da prescrição, 267, 268
– litigiosidade, 265
– litispendência, 264
– local, 254
– mandatário, administrador, feitor ou gerente, 253
– modos de realizar a citação, 256
– nulidade, 251, 290
– por meio eletrônico, 260-a
– prevenção, 263
– responsabilidade do provimento da citação-edital, 261
– réu enfermo ou demente, 253
– suprimento, 252
Citação com hora certa
– curador especial, 72

Citação por edital
– curador especial, 72

Classificação
– da competência, 141
– da competência funcional, 157
– da confissão, 435
– da intervenção de terceiros, 107
– das ações, 55
– das respostas dos réus, 379
– das sentenças, 219, 484, 497
– do litisconsórcio, 97, 98
– dos atos da parte, 210
– dos atos processuais, 206
– dos auxiliares da justiça, 196
– dos elementos do processo, 60
– dos prazos, 230
– dos recursos, 522

Coisa julgada
– ações coletivas, 518-b
– ações de controle de constitucionalidade, 513
– administrativa, 507-b
– arguição da coisa julgada, 510

– arguição na contestação, 383
– causa de pedir, 510, 510-a, 512
– causas de estado, 519
– causas de extinção do processo sem julgamento do mérito, 319
– causas sujeitas ao duplo grau de jurisdição, 317
– conceituação legal, 507
– decisões interlocutórias, 508
– despachos de expediente, 508
– divisibilidade e indivisibilidade, 507-c
– duplo grau de jurisdição, 517
– efeitos da sentença, 507-a
– efeitos positivos e negativos, 510-b
– eficácia preclusiva da coisa julgada, 516-a
– exceção de coisa julgada, 510-a
– execução forçada, 521
– formação antes do julgamento do agravo, 554-b
– formada progressivamente, 622-a
– formal, 508
– fundamento da autoridade da coisa julgada, 509
– julgamento *rebus sic stantibus*, 520
– limites objetivos, 512
– limites subjetivos, 518, 518-a
– limites temporais, 520-a
– material, 508
– motivos da sentença, 513
– não ocorre na execução forçada, 521
– preclusão, 511
– questões implicitamente decididas, 516
– questões prejudiciais, 515
– relações jurídicas continuativas, 520
– requisitos para acolhimento da exceção, 510
– rescisão de sentença complexa, 622-a
– sentenças de ação de filiação, 508
– sentenças de anulação de casamento e separação, 508
– sentenças de jurisdição voluntária, 508
– sentenças em procedimentos cautelares, 508
– sentenças terminativas, 508
– terceiro adquirente do bem litigioso, 520-b
– terminologia do julgamento de mérito, 508-a
– total e parcial, 507-c
– verdade dos fatos, 514

Coisa litigiosa
– alienação, 68, 69, 94, 520-b
– efeito da citação, 265

Compensação
– alegação em reconvenção, 393-a
– pode ser arguida em embargos (dispensa reconvenção), 393

Competência
– absoluta, 169
– ações acessórias, 174
– ações incidentais, 174
– classificação, 141
– conceito, 139
– conflito de competência, 180
– cumulatividade, 152
– declaração de incompetência, 177
– declinação e foro de eleição (contrato de adesão), 179-a
– distribuição legal, 140
– dos tribunais, 580, 582
– em ação rescisória, 614-a
– em razão da matéria, 155
– em razão do valor da causa, 154
– exceção de incompetência, 178
– foro do domicílio ou residência do alimentando, 165
– foro do domicílio do devedor para ação de anulação de títulos, 165
– foro do local de cumprimento da obrigação, 167
– foro das pessoas jurídicas, 166
– foro relativo à arbitragem, 168
– foro da residência do idoso, 168-a
– foro da residência da mulher, 165
– foro das sociedades de fato, 166
– *forum delicti comissi*, 167
– funcional, 156
– incompetência absoluta, 179
– leis de ordem pública e competência, 176-a
– modificações, 169
– oposição, 109
– órgãos judiciários, 186
– originária dos tribunais, 582
– *perpetuatio iurisdictionis*, 153
– prevenção, 173
– prorrogação de competência, 170
– prorrogação de competência do STF e do STJ em matéria de rescisória, 622-c
– prorrogação em caso de foro de eleição ajustado em contrato de adesão, 176-b
– prorrogação por conexão ou continência, 171
– prorrogação por falta de oposição da exceção declinatória de foro, 176
– prorrogação legal, 171
– prorrogação voluntária, 176
– relativa, 169
– territorial, 158

Competência funcional
– classificação, 157
– conceito, 156

Competência interna
– competência da justiça estadual, 148

– competência da justiça federal, 147
– competência de foro, 150
– competência de juiz, 158
– competência em matéria civil, 146
– competência hierárquica, 145
– competência originária, 145
– critérios de determinação, 149
– cumulatividade de juízos competentes, 152
– divisão da competência de foro, 151
– noções gerais, 145

Competência internacional
– concorrente, 144
– espécies, 143
– exclusiva, 143
– litispendência, 144
– noções gerais, 142

Competência territorial
– ações hipotecárias, 162
– ações possessórias, 162
– ações reais imobiliárias, 162
– conceito, 158
– derrogação de foros especiais instituídos por lei de ordem pública, 176
– foro comum, 159
– foro da sucessão hereditária, 163
– foro da União e dos territórios federais, 164
– foro das pessoas jurídicas, 166
– foro dos Estados e Municípios, 166-a
– foro *ratione loci* em matéria de obrigações, 167
– foro relativo à arbitragem, 168
– foros especiais, 161
– foros *ratione personae*, 165
– foros subsidiários, 160
– foros supletivos, 160
– organização judiciária, 186
– verificação, 177

Compromisso arbitral
– arguição na contestação, 383
– extinção do processo, 321

Comunicação processual
– v. “Atos de comunicação processual”
– v. “Citação”
– v. “Intercâmbio processual”
– v. “Intimação”

Conciliação
– em ações de desquite, 479

– em ações de família, 478
– falta da tentativa de conciliação, 478
– na audiência de instrução e julgamento, 478
– procedimento, 479
– procedimento na audiência de instrução e julgamento, 479
– substitutivo da jurisdição, 41

Condições da ação
– conceito, 52, 53
– interesse de agir, 53
– legitimidade de parte, 53
– limites temporais, 53-b
– possibilidade jurídica, 53
– preclusão, 320, 511
– restrições, 53

Condomínio
– representação, 73

Conexão
– ação penal e ação civil, 175
– arguição na constestação, 383
– causa de pedir, 171, 383
– causa de prorrogação legal de competência, 171
– conexão e prejudicialidade, 309
– distribuição por dependência, 279
– quando autoriza litisconsórcio, 100
– prejudicialidade, 308
– requisito da reconvenção, 393
– reunião das causas conexas, 172

Confissão
– classificações, 435
– conceito, 433
– confissão ficta não se aplica à Fazenda Pública, 382
– efeitos, 436
– indivisibilidade, 437
– não se confunde com o reconhecimento do pedido, 433
– requisitos, 434
– valor da confissão extrajudicial, 438

Conflito de competência
– competência para julgar o conflito, 180
– efeitos, 182
– julgamento singular do relator, 181
– legitimação, 180
– noções gerais, 180
– procedimento, 181

Confusão
– causa de extinção do processo, 324

Cônjuges
– ação possessória, 71
– litisconsórcio necessário, 71
– outorga conjugal, 71
– regime de separação, 71

Consumidor
– ônus da prova nas ações do consumidor, 422-c

Contestação
– carência de ação, 383
– causa de pedir, 383
– coisa julgada, 383
– compromisso arbitral, 383
– conceito, 380
– conhecimento *ex officio* das preliminares, 384
– conteúdo, 381
– defeito de representação, 383
– falta de autorização, 383
– falta de caução ou de outra prestação legalmente exigível, 383
– Fazenda Pública e ônus da defesa especificada, 382
– forma, 381
– incompetência absoluta, 383
– inépcia da inicial, 383
– litispendência, 383
– natureza, 57
– ônus da defesa especificada, 382
– perempção, 383
– preliminares, 383
– presunção de veracidade dos fatos não contestados, 382
– princípio da eventualidade ou da concentração, 391
– reconvenção sem contestação, 394-a
– réplica ou impugnação do autor, 385
– vícios da citação, 383
Continência
– arguição na contestação, 383
– causa de prorrogação legal de competência, 171
– reunião dos processos, 172

Contrato de adesão
– foro de eleição e declinação de competência, 179-a
– prorrogação de competência em caso de foro de eleição, 176-b

Convenção de arbitragem
– v. “Compromisso arbitral”
– v. “Juízo arbitral”

Conversão de procedimentos
– quando é possível, 294

Correição parcial
– competência, 526
– em que consiste, 526
– pressupostos, 526
– requisitos, 526

Cotas marginais e lineares
– não são permitidas nos autos, 213

Cumulação de pedidos
– espécies, 370
– quando é possível, 369

Curador especial
– do réu demente ou enfermo, 253

Curatela especial
– casos, 72

Custas processuais
– atos protelatórios impertinentes ou supérfluos, 80
– cobrança excessiva, 83
– conceito, 77
– dolo ou culpa do vencedor, 80
– em preparo de recurso, 82
– extinção de processo por abandono, 82
– litisconsórcio, 79
– serventuários dispõem de título executivo, 82

Dano processual
– consequências, 76

Debates orais
– em audiência, 480

Decadência
– extinção do processo, 331

Decisão interlocutória
– conceito, 217
– recurso especial/extraordinário retido, 576-r

Decisão singular
– de Relator, cabimento, 540-a
– recorribilidade necessária da decisão singular do relator, 540-b

Declaração de inconstitucionalidade
– competência para admitir o incidente, 598
– competência para o julgamento do incidente, 599
– controle da constitucionalidade, 592
– controle direto, 593

– controle incidental, 593
– declaração *ex officio*, 596
– incidente de inconstitucionalidade nos tribunais, 594
– iniciativa da arguição, 596
– leis ou atos normativos, 595
– momento da arguição, 597
– regulamentação legal, 593

Defensor Público
– intimação pessoal, 275-a

Defesa do réu
– v. “Resposta do réu”
– atitudes do réu, 374
– conceito, 56, 373
– defesa de mérito, 377
– defesa processual, 376
– espécies, 57, 375
– natureza, 56, 373
– reconvenção, 378
– resposta do réu, 374

Denunciação da lide
– casos de não cabimento, 116-a
– conceito, 115
– denunciações sucessivas, 121
– efeitos, 120
– execução da sentença, 120-b
– execução da sentença pelo denunciante, 120-c
– legitimação, 118
– objetivo, 117
– obrigatoriedade, 116
– procedimento, 119
– recursos, 120-a
– responsabilidade civil do Estado, 115-a
– suspensão do processo, 119

Depoimento pessoal
– v. “Confissão”
– conceito, 428
– dispensa do ônus do depoimento pessoal, 429
– legitimação, 430
– objeto, 431
– procedimento, 432
– sanção decorrente do ônus do depoimento pessoal, 429

Depositário
– função, 200
– prepostos, 200
– remuneração, 200

– responsabilidade civil, 200

Deserção
– da apelação, 545
– do agravo de instrumento, 553
– do recurso, 536
– do recurso extraordinário, 575

Desistência
– em matéria de recursos, 538

Desistência da ação
– causa de extinção do processo, 322
– depende de homologação, 211
– requisitos, 322

Despachos
– conceito, 218
– irrecorribilidade, 218
– saneador, 409

Despesas processuais
– antecipação das despesas, 78
– assistência judiciária, 90
– atos requeridos pela Fazenda Pública e pelo Ministério Público, 78
– custas, 77
– extinção do processo por não pagamento das despesas, 78
– extinção do processo por perda do objeto, 80-a
– honorários de advogado, 84
– multas, 83
– ônus financeiro do processo, 77
– pagamento antecipado, 78
– ressalva à sucumbência, 80
– sucumbência, 79
– sucumbência recíproca, 81

Devedor solidário
– chamamento ao processo, 123

Deveres processuais
– conceito, 64
– deveres das partes, 75

Digitalização
– conceito, 450-a

Direito consuetudinário
– juiz pode exigir prova, 416

Direito estadual
– juiz pode exigir prova, 416

Direito estrangeiro
– juiz pode exigir prova, 416

Direito intertemporal
– e as causas repetitivas, 576-l
– em matéria de recursos, 577
– lei processual no tempo, 18
– princípios norteadores, 578
– sistema do código, 577

Direito municipal
– juiz pode exigir prova, 416

Direito processual civil
– autonomia, 2
– busca da efetividade da tutela jurisdicional, 15-b
– definição, 2
– história, 6, 15
– natureza, 3
– novos rumos, 5-a
– objetivo, 5
– relações com outros ramos do direito, 4
– universalidade dos problemas, 5-b

Direito processual civil brasileiro
– códigos estaduais, 13
– códigos unitários, 14
– história, 11
– o novo código, 15
– regulamento, 737, 12

Direito regressivo
– denunciação da lide, 115

Direitos das partes
– conceito, 76-a
– idoso, 76-b

Direitos processuais
– efeito da relação processual, 62

Dissídio jurisprudencial
– decisão disponível em mídia eletrônica, 576-e
– em recurso especial, 576-b-1

Distribuição
– cancelamento por falta de preparo da inicial, 279
– causa de pedir, 279-a
– da reconvenção e da intervenção de terceiros, 279
– dos processos, 278
– por dependência, 279

– por dependência como medida de coibição à má-fé processual, 279-a
– valor da causa, 280

Distribuição dinâmica do ônus da prova
– noção, 422-b

Documento
– v. “Prova documental”
– documento digitalizado, 450-a
– documento eletrônico, 446, 459
– reprodução de documentos arquivados em meios eletromagnéticos, 450-a

Documento digitalizado
– documentos arquivados em meio eletrônico, 450-a
– Lei 12.682/2012, 450-a
– proteção, 450-a
– reprodução, 450-a

Documento estrangeiro
– necessidade de versão para o vernáculo, 209, 445
– quando pode ser dispensada a versão, 209
– registro da versão no Cartório de Títulos e Documentos, 209

Doença grave
– preferência do portador na tramitação processual, 76-b

Duplo grau de jurisdição
– causas sujeitas ao duplo grau de jurisdição, 517
– competência dos tribunais, 579
– inovações da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, sobre reexame necessário, 517-a
– princípio do duplo grau de jurisdição, 527
– recurso *ex officio*, 517

Duração razoável do processo
– direito fundamental, 30
– harmonização com outros direitos fundamentais, 30-a
– proporcionalidade e razoabilidade, 30-a

Economia processual
– duração razoável do processo, 30-a
– princípio, 30

Edital
– v. “Citação”
– intimação, 274

Efeitos da citação
– v. “Citação”
– constituição em mora, 266
– interrupção da prescrição, 267, 268
– litigiosidade, 265

– litispendência, 264
– prevenção, 263

Efeitos da relação processual
– deveres processuais, 64
– direitos processuais, 62
– noções gerais, 61
– obrigações processuais, 63
– ônus processuais, 65

Efetividade
– busca da efetividade da tutela jurisdicional, 15-b
– efetividade da tutela jurisdicional, 15-b, 37-a

Elementos do processo
– classificação, 60
– objetivos, 60
– subjetivos, 60
– visão dinâmica do processo, 58
– visão estática do processo, 58

Embargos de declaração
– Compreensão extensiva do cabimento, 559-a
– conceito, 558
– efeito interruptivo, 561
– efeito suspensivo, 561-a
– em caso de sentença, 496
– multa em caso de embargos manifestamente protelatórios, 562
– pressupostos, 559
– procedimento de embargos a acórdão, 560
– procedimento de embargos à sentença, 560
– protelatórios, 562
– recurso interposto antes do julgamento de embargos de declaração pendentes, 532-b

Embargos de divergência
– no STF, 576-p
– no STJ, 576-o
– procedimento, 576-e, 576-p

Embargos infringentes
– cabimento, 557-a, 557-b
– conceito, 555
– em apelação, 555-a
– embargos adesivos, 557
– exceção de prescrição, 557-d
– indeferimento pelo relator, 556
– inovações da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, sobre os embargos infringentes, 557-b
– legitimação para embargar, 557-c
– outras informações sobre os embargos infringentes, 557-a
– prazo, 556
– princípio da dupla conformidade, 555-a

– pressupostos, 555
– processamento, 556, 557-b
– reformatório *in pejus*, 555

Embargos no STF
– de declaração, 576-p
– de divergência, 576-p
– infringentes, 576-p

Embargos no STJ
– de declaração, 576-o
– de divergência, 576-o
– infringentes, 576-o

Erro de cálculo
– não se inclui na preclusão, 496
– quando ocorre, 496
– retificação da sentença *ex officio*, 496

Erro material
– em que consiste, 496
– retificação da sentença, 496

Escrivão
– fé pública, 197
– responsabilidade civil, 197

Espólio
– representação, 73

Estados
– vara da fazenda pública, 166-a

Evicção

– denunciação da lide, 115

Exceção
– conceito, 386
– efeito, 388
– exceções de impedimento e suspeição, 391
– exceção de incompetência, 389
– natureza, 57
– prazo, 387
– sucumbência, 388

Exceção de impedimento
– condenação do juiz nas custas, 391
– o impedimento pode ser reconhecido *ex officio*, 391
– procedimento da exceção, 391

Exceção de incompetência

– cabimento, 389
– procedimento, 390
– refere-se à incompetência relativa, 389

Exceção de suspeição
– condenação do juiz nas custas, 391
– deve ser reconhecida *ex officio*, 391
– procedimento da exceção, 391

Execução da sentença
– na denunciação da lide, 120-b
– na denunciação da lide, pelo denunciante, 120-c

Execução forçada
– coisa julgada, 521
– não se submete ao efeito da coisa julgada, 521
– repetição do pagamento indevido, 521

Execução hipotecária
– competência, 162

Exequatur
– v. "Atos processuais por carta"

Exibição de documento ou coisa
– conceito, 439
– efeito contra parte, 442
– efeito contra terceiro, 443
– legitimação, 441
– oportunidade, 440
– procedimento da exibição requerida contra parte, 442

Extinção do processo
– cancelamento da distribuição por falta de preparo da inicial, 279
– encerramento da relação processual, 313
– falta de pagamento de custas, 78

Extinção do processo com resolução de mérito
– acolhimento do pedido, 328
– hipóteses, 327
– prescrição e decadência, 331
– quando ocorre, 327
– reconhecimento do pedido pelo réu, 329, 399
– rejeição do pedido, 328
– rejeição liminar do pedido, 328, 357-a, 357-a-1, 357-b, 357-c
– renúncia ao direito, 332
– retratação e rescisão da transação, 330-a
– transação, 330

Extinção do processo sem resolução de mérito
– abandono da causa, 316

– ausência de condições da ação, 320
– ausência de pressupostos processuais, 317
– coisa julgada, 319
– compromisso arbitral, 321
– confusão entre autor e réu, 327
– defeito suprível, 326-a
– desistência da ação, 322
– efeito da extinção, 325
– hipóteses, 341
– indeferimento da inicial, 315
– iniciativa da extinção, 326
– intransmissibilidade da ação, 323
– litispendência, 319
– perda do objeto, 320-a
– perempção, 318, 383
– quando ocorre, 314, 327

Fac-símile
– ato processual por meio de fax, 209-a

Falsidade
– declaração judicial, 454
– ideológica e material, 455
– incidente de falsidade, 457
– ônus da prova, 456

Fato jurídico processual
– conceito, 203

Fato novo
– fato constitutivo, modificativo ou extintivo superveniente à propositura da ação, 488

Fato superveniente
– v. “Fato novo”

Fazenda Pública
– não antecipa despesas processuais, 78
– prazos, 239
– sucumbência e honorários de advogado, 87

Feriados
– atos processuais, 227
– prazos processuais, 312

Férias forenses
– atos processuais, 227
– feitos que correm em férias, 227
– suspensão dos prazos, 323
– suspensão do processo, 312

Fiador

– chamamento ao processo, 123

Fontes do direito processual civil
– a Constituição e os tratados, 17-a
– lei processual, 17
– noções gerais, 16

Forma
– atos decisórios do juiz, 221
– atos processuais, 207
– nulidade, 207

Formação do processo
– formação gradual, 299
– impulso oficial, 298
– início da relação processual, 298

Foro
– ação de alimentos, 165
– ação de anulação de títulos, 165
– ação de reparação do dano de ato ilícito, 167
– ação de reparação do dano de delito de automóvel, 167
– especial, 161
– Estados e Municípios, 166-a
– matéria de obrigações, 167
– pessoas jurídicas, 166
– *ratione personae*, 165
– relativo à arbitragem, 168
– residência da mulher, 165
– residência do idoso, 168-a
– sociedades de fato, 166
– subsidiário, 160
– sucessão hereditária, 163
– supletivo, 160
– União e dos territórios federais, 164

Foro contratual
– prorrogação voluntária de competência, 176

Foro de eleição
– e declinação de competência (contrato de adesão), 179-a
– prorrogação de competência em contrato de adesão, 176-b

Fotografias
– prova documental, 452

Fungibilidade
– das medidas cautelares e antecipatórias, 372-c
– dos recursos, 535

Garantias

– da Magistratura, 190
– do Ministério Público, 138
– da parte, 76-a

Hipoteca judiciária
– efeito da sentença, 505

História do direito processual civil
– Brasil, 11, 12, 13, 14, 15, 15-a
– origens, 6
– processo civil grego, 7
– processo civil moderno, 10
– processo civil romano, 8
– processo comum, 9
– processo no Estado Democrático de Direito, 41-b

Homologação de sentença estrangeira
– carta de sentença, 591
– eficácia da sentença estrangeira, 586
– execução da sentença homologada, 591
– homologação pelo STJ, 588
– natureza da decisão homologatória, 589
– procedimento, 590
– requisitos, 588
– sistema nacional, 587

Honorários de advogado
– advogado de partido, 85
– advogado em causa própria, 85
– assistência judiciária, 90
– cabimento, 85
– cobrança pelo rito sumaríssimo, 343
– condenação não depende de pedido expresso, 85
– contrato não influi na condenação, 84
– dano processual, 76
– dolo ou culpa do vencedor, 80
– em ação de alimentos, 88
– em ação de despejo, 88
– em ação popular, 88
– em execução, 85
– em mandado de segurança, 88
– em pensionamento por ato ilícito, 88
– execução, 89
– fixação, 87
– inclusão dos honorários advocatícios no ressarcimento de perdas e danos, 89-a
– limites de cálculo, 87
– não cabe arbitramento em inventário, 88
– não cabe arbitramento em jurisdição voluntária, 88
– não figura nas decisões intervoluntárias, 79, 84
– pagamento para renovar processo extinto por abandono, 82

– regulamentação legal, 84
– sucumbência, 79
– sucumbência recíproca, 81, 88

Idosos
– preferência na tramitação processual, 76-b

Impedimento do juiz
– casuísmo legal, 194
– exclusão do juiz impedido, 195
– garantia da imparcialidade, 193

Impugnação ao valor da causa
– prazo, 281
– recurso cabível, 281

Incidente de arguição de inconstitucionalidade
– v. "Declaração de inconstitucionalidade"
– competência, 598
– iniciativa, 596
– julgamento, 599
– momento, 597
– objeto, 595
– nos Tribunais, 594

Incidente de falsidade
– em que consiste, 457
– espécies de falsidade, 455
– facultatividade, 458-a
– falsidade documental, 454
– ônus da prova, 456
– procedimento, 458

Incompetência
– arguição em exceção, 178
– arguição em preliminar da contestação, 179
– declaração *ex officio*, 177, 179

Incompetência absoluta
– arguição na contestação, 383

Incompetência relativa
– não pode ser arguida em preliminar da contestação, 383
– não pode ser declarada *ex officio*, 89

Inconstitucionalidade
– v. "Declaração de inconstitucionalidade"
– v. "Incidente de arguição de inconstitucionalidade"

Inspeção judicial
– auto, 472

– conceito, 471
– objeto, 471
– procedimento, 472

Instrução
– em audiência, 480

Instrução do processo
– em que consiste, 414
– poder de instrução do juiz, 420

Intercâmbio processual
– em que consiste, 243

Interesse
– condição da ação, 53
– de terceiro na assistência, 126
– em que consiste, 34

Interesses difusos e coletivos
– coisa julgada nas ações coletivas, 518-b
– jurisdição coletiva, 41-a
– tutela pelas ações coletivas, 41-a

Interesses individuais homogêneos
– v. “Ações coletivas”

Internet
– admissão em recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial, 576-e

Intérprete
– aplicam-se as regras relativas ao perito, 201
– função, 201

Intervenção de terceiros
– anotação na distribuição, 279
– casos, 107
– classificações, 107
– conceito, 106

Intimação
– v. “Atos de comunicação processual”
– aperfeiçoamento da intimação, 372
– certidão, 272
– com hora certa, 274
– conceito, 269
– da sentença “*prima facie*”, 357-a-1
– defensor público, 275-a
– do Ministério Público, 270, 275-a
– do Procurador da Fazenda Pública, 275-a
– efeitos, 275

– eletrônica, 270
– em audiência, 271, 273
– forma, 270
– nulidade, 270, 290
– pela imprensa, 270
– pelo escrivão, 271
– por carta, 271
– por despacho na própria petição, 271
– por edital, 274
– por mandado, 271
– por oficial de justiça, 271

Juiz
– atividade criativa, 191-a
– deveres, 191
– exclusão do juiz suspeito ou impedido, 195
– garantia de imparcialidade, 193
– garantias, 190
– impedimento, 194
– iniciativa da prova, 420
– inobservância de prazo pelo juiz, 242
– órgãos singulares e coletivos, 188
– poder de polícia em audiência, 474
– poderes, 191
– prazos, 238
– quando é arrolado como testemunha, 463, 194-a
– regras a observar no julgamento da lide, 191
– requisitos de atuação, 189
– responsabilidade, 192
– restrições, 190
– uso das máximas de experiência, 419

Juizados Especiais
– reclamação perante o STJ, 576-q
– uniformização de jurisprudência, 567-a

Juízo
– como se forma, 196

Juízo arbitral
– substitutivo da jurisdição, 41

Juízo de retratação
– hipóteses, 522
– no agravo retido, 550-b
– reexame da matéria decidida na sentença apelada por ato de seu próprio prolator, 544-c
– reexame dos pressupostos de admissibilidade da apelação já recebida, 544-b

Julgamento
– adiamento e retomada, 585-b
– princípios a observar, 191

Julgamento antecipado da lide
– hipóteses, 408
– não cabimento, 397

Julgamento conforme o estado do processo
– conceito, 406
– extinção com julgamento do mérito, 407
– extinção sem julgamento do mérito, 407
– julgamento antecipado da lide, 408

Julgamento prima facie
– intimação da sentença, 357-a-1
– rejeição liminar do pedido, 328, 356-a, 357-a
– preservação do contraditório e ampla defesa, 357-c
– recurso, 357-b

Jurisdição
– características, 35
– conceito, 34
– disponibilidade, 36
– imparcialidade, 36
– imperatividade da ordem jurídica, 32
– improrrogabilidade, 38
– indeclinabilidade, 38
– jurisdição civil, 39
– jurisdição coletiva, 41-a
– jurisdição contenciosa, 40
– jurisdição e competência, 139
– jurisdição voluntária, 40
– justiça privada, 33
– monopólio estatal da justiça, 48
– objetivo, 37
– panorama no Estado Democrático de Direito, 41-b
– prestação jurisdicional, 51-a
– princípios fundamentais, 38
– realização da vontade da lei, 34
– substitutivos da jurisdição, 41
– tutela jurisdicional, 51-a

Juros
– pedido implícito, 371

Justiça privada
– resquício no direito moderno, 33

Legitimidade de parte
– condição da ação, 53

Lei processual
– interpretação, 20

– no espaço, 19
– no tempo, 18

Lide
– em que consiste, 34
– o mesmo que mérito, 327, 601

Litigância de má-fé
– casos, 76
– configuração, 76
– sanções: multa e perdas e danos, 76

Litígio
– em que consiste, 34
Litigiosidade
– efeito da citação, 265

Litisconsórcio
– casos legais, 100
– causa de pedir, 98, 100
– classificações, 97, 98
– conceitos, 96
– efeito da sucumbência, 79
– entre cônjuges, 71
– espécies, 98
– facultativo recusável, 103
– inobservância do litisconsórcio necessário, 102
– litisconsórcio facultativo recusável, 103
– não observância do litisconsórcio necessário, 102
– necessário, 101
– prazos processuais, 105
– sistema do Código, 99

Litisconsortes
– autonomia, 105
– citação, 102
– conceito, 96
– posição no processo, 104

Litispendência
– arguição na contestação, 383
– causa de extinção do processo, 319
– causa de pedir, 383
– efeito da citação, 264
– em matéria de competência internacional, 144

Livros comerciais
– exibição, 450
– prova documental, 450

Lugar

– atos processuais, 228
– local da citação, 254

Má-fé
– processual e distribuição por dependência, 279-a

Magistratura
– v. “Juiz”

Mandado
– de citação, 257
– de intimação, 271

Mandato judicial
– poderes, 92
– procuração eletrônica, 92
– renúncia, 95
– requisitos e formas, 92
– revogação, 92

Massa falida
– representação, 73

Máximas de experiência
– conceito, 419
– influência no convencimento do juiz, 419
– quando são utilizáveis no julgamento, 419

Memorial
– em audiência, 480

Mérito
– é o mesmo que lide, 601
– em que consiste, 327

Mídia eletrônica
– admissão em recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial, 576-e

Ministério Público
– ampliação de prazos, 132
– ausência da audiência, 476
– ausência no processo, 136
– conceito, 131
– *custos legis*, 132, 135
– funções, 132
– garantias, 138
– intervenção no processo, 403
– intimação pessoal, 275-a
– legitimação para recorrer, 529
– não antecipa despesas processuais, 78, 134
– não pode ser intimado pela imprensa, 270

– natureza, 133
– organização do MP, 137
– parte, 132, 134
– pode arguir inconstitucionalidade, 596
– pode propor ação rescisória, 614
– prazos, 239
– prazo em dobro para recorrer, 532
– princípios, 138
– provas, 132
– recursos, 132
– sujeito especial do processo, 131

Mora
– efeito da citação, 266

Morte da parte
– suspensão do processo, 305

Multa
– impostas à parte, 83
– inobservância de prazo por advogado, 241
– pela rejeição da rescisória, 616
– por cobrança excessiva de custas, 83
Municípios
– varas da fazenda pública, 166-a

Nomeação à autoria
– conceito, 112
– pressuposto, 113
– procedimento, 114
– recurso, 114-a
– suspensão do processo, 114

Nulidades
– v. “Sentença”
– arguição das nulidades, 291
– atos absolutamente nulos, 285
– atos relativamente nulos, 286
– cominação legal, 289
– conceito, 282
– da citação, 290
– da intimação, 290
– da intimidação pela imprensa, 270
– decretação, 293
– decretação *ex officio*, 285, 291
– efeitos da decretação, 294
– erro de forma ou procedimento, 294
– espécies, 283
– falta de intervenção do Ministério Público, 136
– inobservância de litisconsórcio necessário, 102

– momento da arguição, 292
– necessidade de decretação judicial das nulidades, 293
– noção, 284-a
– nulidade de ato processual, 287
– nulidades da citação e intimação, 290
– nulidades cominadas pelo código, 289
– nulidade parcial, 294
– nulidade do processo, 54-b, 287
– nulidades sanáveis e apelação, 543-a-4
– por falta ou defeito da citação, 251, 285
– por falta de pressupostos processuais, 54-b
– recursos contra a decretação, 293
– sistema legal, 288

Objeto do processo
– v. “Processo”

Obrigações de entrega de coisa
– regras especiais de tutela, 493-a-1

Obrigações de fazer e não fazer
– sentença relativa a obrigações de fazer e não fazer, 493-a

Obrigações processuais
– conceito, 63

Oficial de justiça
– fé pública, 198
– função, 198
– responsabilidade civil, 198

Ônus processuais
– conceito, 65

Ônus da prova
– conceito, 421
– convenção, 423
– distribuição dinâmica, 422-b
– na ações do consumidor, 422-c
– sistema legal, 422

Oposição
– autuação apartada, 108, 110
– competência, 109
– conceito, 108
– incumbência, 111
– julgamento, 111
– oportunidade, 108
– procedimento, 110
– recurso, 111
– revelia, 111

Organização judiciária
– competência, 186
– disciplina da magistratura, 187
– duplo grau de jurisdição, 184
– jurisdição extraordinária, 185
– Poder Judiciário brasileiro, 183
– Supremo Tribunal Federal, 185

Parecer técnico
– pode substituir a perícia, 465, 468

Partes
– alienação do bem litigioso não altera a parte do processo, 94
– capacidade processual, 70
– conceito, 66
– consequência da incapacidade processual, 74
– consequência da irregularidade de representação, 74
– curatela especial, 72
– deveres, 75
– deveres decorrentes da Inovação da Lei nº 10.358, de 27.12.2001, 75-a
– direitos, 76-a
– direito especial do idoso, 76-b
– inobservância de prazos, 241
– morte ou perda de capacidade, 305
– nomenclatura, 67
– pessoas casadas, 71
– pessoas formais, 70
– pessoas jurídicas, 73
– pluralidade, 96
– prazos, 237
– responsabilidade por dano processual, 76
– substituição, 94
– substituição de parte, 69
– substituição processual, 68
– sujeitos da relação processual, 66

Pedido
– acolhimento, 328
– aditamento, 372
– alteração, 301
– alteração quando o réu é revel, 398
– anuência do réu à alteração, 372-a
– causa de pedir, 362, 369
– certeza e determinação, 361
– conceito e conteúdo, 353, 360
– espécies de cumulação, 370
– imediato, 363
– interpretação do pedido, 371
– mediato, 363
– modificação, 372-a

– pedido alternativo, 365
– pedido cominatório, 364
– pedido concludente, 362
– pedido em ação relacionada com contratos financeiros, 354, 361-a
– pedido genérico, 363
– pedidos cumulados, 369, 370
– pedidos de prestação indivisível, 368
– pedidos de prestações periódicas, 367
– pedidos sucessivos, 366
– reconhecimento pelo réu, 329
– rejeição, 328
– requisitos, 361

Perempção
– em que consiste, 318

Perícia
– v. “Parecer técnico”, “Prova pericial” e “Perito”

Perito
– v. “Prova pericial”
– escusa, 199
– função, 199
– remuneração, 199
– responsabilidade civil, 199

Perpetuatio iurisdictionis
– conceito, 153

Pessoas casadas
– capacidade processual, 71

Pessoas formais
– representação, 73

Pessoas jurídicas
– estrangeiras, 73
– foro competente, 166
– representação, 73

Petição inicial
– v. Julgamento *prima facie*
– ação relacionada com contratos financeiros, 361-a
– causa de pedir, 354, 356, 357-a
– demanda e pedido, 353
– despacho, 355
– efeitos do despacho, 262, 299, 358
– função, 359
– indeferimento, 315, 355, 356, 357
– indeferimento com base em prescrição, 356-a
– indeferimento total e parcial, 357

– inépcia, 383
– intimação da sentença *prima facie*, 357-a-1
– julgamento imediato do pedido, 357-a
– preservação do contraditório e ampla defesa no julgamento *prima facie*, 357-c
– recurso, 355
– recurso contra o julgamento *prima facie*, 357-b
– requisitos, 354
– valor da causa, 280

Poder de polícia
– do juiz que preside a audiência, 474

Posse indireta
– denunciação da lide, 115

Possibilidade jurídica
– condição da ação, 53

Prazos
– ampliação para Ministério Público, 132, 134
– ciência inequívoca, 234-a
– classificação, 230
– conceito, 229
– contagem, 233
– contagem em dobro para litisconsortes, 105
– contagem no processo eletrônico, 233-a
– contínuos, 232
– curso, 232
– feriados e férias forenses, 227
– inobservância de prazo pelo juiz, 242
– inobservância de prazo pela parte, 241
– natureza, 231
– peremptórios e dilatórios, 231
– prazos para a Fazenda Pública, 239
– prazos para o juiz e seus auxiliares, 238
– prazos para o Ministério Público, 239
– prazos para partes, 237
– prazos para recursos, 234
– preclusão, 236
– produção eletrônica de ato processual, 226
– prorrogação por indisponibilidade do sistema eletrônico, 235
– resposta do réu, 374
– suspensão, 232
– termo final, 235
– termo inicial, 233
– verificação de prazo dos serventuários e penalidade, 240

Precatória
– v. “Atos processuais por carta”

Preclusão

– conceito, 511
– condições da ação e pressupostos processuais, 317, 320, 511
– consumativa, 511
– decorrente do saneador, 412
– em que consiste, 236
– lógica, 511
– ordem pública, 511
– princípio, 31
– *pro iudicato*, 511
– temporal, 236, 511

Prejudicial
– v. “Ação declaratória incidental”
– v. “Questões prejudiciais”
– conexão, 309
– suspensão do processo, 308

Preliminares da contestação
– causa de pedir, 383
– conhecimento *ex officio*, 384
– espécies, 383

Preparo
– deserção, 536
– em que consiste, 536
– recursos para o STF e para o STJ, 575-b

Prescrição
– antecipação da interrupção da prescrição, 268
– diversos tipos de ação, 331-a
– extinção do processo, 331
– indeferimento da petição inicial, 356-a
– interrompe-se pela citação, 267
– particularidades dos embargos infringentes em face da exceção de prescrição, 557-a

Pressupostos processuais
– v. “Nulidades”
– conceito, 54
– falta, 54-b
– inter-relacionamento entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa, 54-a
– preclusão, 317, 511

Prestação jurisdicional
– conceito, 51-a

Pretensão
– em que consiste, 34
– pretensão e ação, 55-a

Presunção
– Meio de prova, 424-a

– Presunção judicial, 424-a
– Presunção legal, 424-a
– Presunção simples, 424-a

Prevenção
– efeito da citação, 263
– em causas conexas, 173

Princípios
– boa-fé, 26
– celeridade procedimental, 22-b
– congruência, 23, 493-b
– contraditório, 24, 554
– da jurisdição, 38
– demanda, 23, 493-b
– devido processo legal, 22
– dispositivo, 23
– do Ministério Público, 138
– dos recursos, 527, 528
– duplo grau de jurisdição, 25, 84, 517, 527
– duração razoável do processo, 30-a
– economia processual, 30
– eventualidade, 31
– identidade física do juiz, 28 e 191
– informativos do procedimento, 21
– informativos do processo, 21
– inquisitivo, 23
– instrumentalidade efetiva, 22-b
– juiz natural, 38
– lealdade, 26
– legalidade, 22-c
– oralidade, 28
– preclusão, 31
– processo legal e processo justo, 22-a
– publicidade, 29
– recorribilidade, 25
– verdade real, 27

Procedimento
– características, 43-a
– conceito, 43
– demonstração de repercussão geral no STF, 572-c
– inadequação do procedimento, 342-a
– indisponibilidade do rito sumário, 345
– o mesmo que rito, 334
– procedimentos especiais, 336
– procedimentos do processo de conhecimento, 335

Procedimento ordinário
– esquema, 337

– fase decisória, 342
– fase instrutória, 341
– fase postulatória, 339
– fase saneadora, 340
– fases, 338
– inadequação do procedimento, 342-a

Procedimento sumário
– arrendamento rural e parceria agrícola, 343
– assistência, 351
– audiência de conciliação, 349
– audiência de instrução e julgamento, 349-a
– causas de rito sumário, 343
– citação, 348
– dano de acidente automobilístico, 343
– declaratória incidental, 351
– despacho da petição inicial, 347
– despesas de condomínio, 343
– direito intertemporal, 352
– elenco das causas sujeitas ao procedimento sumário, 343-a
– exceções, 348
– hipóteses, 343-a, 344
– honorários profissionais, 343
– indisponibilidade do rito sumário, 345
– intervenção de terceiros, 351
– litisconsórcio, 351
– outras causas de procedimento sumário, 344
– particularidades do procedimento, 346
– petição inicial, 347
– provas, 347, 348
– resposta do réu, 348
– revelia, 350
– valor da causa, 343

Processo
– v. “Atos processuais”
– a importância da definição e estabilização do objeto do processo, 42-a
– aditamento do pedido, 372
– alteração de pedido, 301
– alterações subjetivas, 302
– autonomia, 44
– características do procedimento, 43-a
– causa de pedir, 300
– como relação jurídica, 296
– conceito, 42, 482
– conteúdo, 483
– desenvolvimento, 295
– deveres processuais, 64
– direitos processuais, 62
– espécies, 45

– estabilização do processo, 300
– extinção com julgamento do mérito, 327
– extinção com resolução de mérito, 327
– extinção sem julgamento do mérito, 327
– finalidade, 483
– formação gradual, 299
– funções, 46
– impulso, 298
– independência, 47
– início, 298
– justo, 22-a
– legal, 22-a
– objeto, 42
– obrigações processuais, 63
– ônus processuais, 65
– processo de conhecimento e processo cautelar, 333
– processo e procedimento, 43
– provimentos judiciais, 333
– relação processual, 58, 59
– sujeitos da relação processual, 297
– suspensão, 303
– universalidade dos problemas do processo moderno, 5-b
– visão dinâmica, 58
– visão estática, 58

Processo cautelar
– independência dos processos, 47
– noções, 45, 46

Processo civil grego
– noções, 7

Processo civil moderno
– noções, 10

Processo civil romano
– noções, 8

Processo comum (Idade Média)
– noções, 9

Processo de conhecimento
– noções, 45, 46

Processo de execução
– noções, 45, 46

Processo eletrônico
– acórdão eletrônico, 585
– assinatura digital, 209-b
– assinatura eletrônica, 209-b, 221

– citação por meio eletrônico, 260-a
– contagem dos prazos, 233-a
– digitalização, armazenamento em meio eletrônico ou equivalente, 450-a
– documentação eletrônica do julgamento nos tribunais, 585
– documento eletrônico, 446, 459
– implantação no Brasil, 209-b
– intimação eletrônica, 270
– linhas gerais, 209-b
– no STF, 209-c
– procuração eletrônica, 92
– produção e armazenamento do depoimento, 464
– produção e armazenamento da documentação da audiência de instrução e julgamento, 481
– produção eletrônica de ato processual, 226
– prorrogação do prazo por indisponibilidade do sistema eletrônico, 235
– requisição de documentos públicos, 459
– valor probante da digitalização de documentos, 450-a

Processo justo
– legalidade, 22-c
– noção, 22

Procuração
– v. “Mandato judicial”

Procurador da Fazenda Pública
– intimação pessoal, 275-a

Procuradores
– v. “Advogado”

Prorrogação de competência
– ações acessórias, 174
– ações incidentais, 174
– conceito, 170
– conexão, 171, 171-a
– continência, 171
– efeito prático, 172
– legal, 171
– prevenção, 173
– voluntária, 176

Prova
– características, 415
– conceito, 414
– conflito de versões sobre o fato constitutivo do direito do autor, 422-a
– convenção sobre ônus da prova, 423
– de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, 416
– destinatário, 417
– dever de colaboração com a justiça, 427
– distribuição dinâmica do ônus da prova, 422-b
– fatos que dispensam a prova, 416

– finalidade, 417
– iniciativa do juiz, 420
– instrução através de carta, 426
– máximas de experiência, 419
– meios de prova, 424
– objeto, 4176
– ônus da prova, 421
– ônus da prova nas ações do consumidor, 422-c
– poder de instrução do juiz, 420
– presunção de veracidade decorrente da revelia, 397
– presunção de veracidade dos fatos não contestados, 382
– presunção legal e ficção legal, 424-b
– procedimento probatório, 425
– produzida por litisconsorte, 104
– prova emprestada, 424
– prova por presunção, 424-a
– providências preliminares, 402
– sistema legal do ônus da prova, 422
– sistema de valoração do código, 419
– valoração, 418

Prova documental
– v. “Incidente de falsidade”
– v. “documento digitalizado”; “processo eletrônico”
– abuso de preenchimento, 455
– autenticação pelo advogado, 446, 451
– autenticidade, 445
– cartas e registros domésticos, 449
– certidões, traslados e reproduções, 446
– conceito, 444
– data do documento particular, 448
– desentranhamento de documentos, 460
– documento eletrônico, 446, 459
– documento particular, 447, 448
– documento público, 446
– espécies de falsidade, 455
– entrelinhas, emendas, borrões ou cancelamentos, 453
– falsidade documental, 454, 455
– força probante, 445
– incidente de falsidade, 457
– instrumento, 448
– língua estrangeira, 209, 445
– livros comerciais, 450
– ônus da prova da falsidade, 456
– procedimento do incidente de falsidade, 458
– produção da prova documental, 459
– reprodução de documentos arquivados em meios eletromagnéticos, 450-a
– reprodução de documentos particulares, 451
– reproduções mecânicas de coisas ou fatos, 452
– requisição eletrônica de documentos a repartições públicas, 459

– requisição de procedimentos administrativos, 459
– telegramas, 449
– valor probante do documento digitalizado, 450-a
– valor probante do documento particular, 448
– vícios de forma, 453

Prova pericial
– v. “Perito” e “Parecer técnico”
– admissibilidade, 466
– assistentes técnicos, 467
– conceitos, 465
– esclarecimentos, 468
– escolha do perito, 467
– exame, vistoria e avaliação, 465
– juiz não fica adstrito ao laudo, 469
– laudo pericial, 468
– nova perícia, 470
– outras inovações da Lei nº 10.358, de 27.12.2001, sobre a prova pericial, 464-a
– perícia extrajudicial, 465, 468
– perito, 467
– prazos, 468
– procedimento, 468
– valor probante, 469

Prova testemunhal
– classificações, 461
– conceito, 461
– contratos de forma livre, 462
– direitos e deveres da testemunha, 463, 194-a
– inovação do procedimento testemunhal (Lei nº 10.358, de 27.12.2001), 464-a
– juiz como testemunha, 3, 194-a, 463
– produção da prova testemunhal, 464
– produção e armazenamento do depoimento por meio eletrônico, 464
– taxa legal, 462
– valor probante, 462

Providências preliminares
– ação declaratória incidental, 404
– citação de litisconsorte, 405
– conceito, 400
– intervenção do Ministério Público, 403
– intervenção de terceiros, 405
– réplica do autor, 401

Provimentos mandamentais
– forma de execução, 75-a

Publicidade
– atos processuais, 208
– segredo de justiça, 208

Questões prejudiciais
– ação declaratória incidental, 404
– conceito, 308, 404, 515
– conexão e prejudicialidade, 309
– efeito suspensivo do processo, 308
– quando se incluem na eficácia da coisa julgada, 515

Reclamação
– noção, 525-a
– para uniformização de jurisprudência dos Juizados Especiais, 576-q
– perante STF e o STJ, 576-q
– perante outros tribunais, 576-q

Reconhecimento da procedência do pedido pelo réu
– em que consiste, 399
– extinção do processo, 329

Reconvenção
– anotação na distribuição, 279
– compensação, 393-a
– competência, 393
– conceito, 392
– conexão, 393
– extinção do processo principal, 395
– legitimidade, 393
– meio de contra-ataque, 378
– não cabe nas ações possessórias, 393
– não cabe na execução forçada, 393
– não cabe nas prestações de conta, 393
– não se admite nas ações sumaríssimas, 393
– natureza, 57
– pressupostos, 393
– procedimento, 394
– rito, 393
– sem contestação, 394-a

Recurso adesivo
– cabimento em casos de sucumbência recíproca, 540

Recurso especial
– admissão de decisão disponível em mídia eletrônica e Internet para dissídio jurispruden-cial, 576-e
– cabimento, 569, 576-a, 576-b
– causas repetitivas, 576-g
– conceito, 576-b
– concomitância com o extraordinário, 576-m
– concomitância de embargos infringentes e recursos para o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, 576-n
– desistência de recurso repetitivo, 576-h-1
– direito intertemporal nas causas repetitivas, 576-l
– efeito suspensivo excepcional, 576-f

– efeitos, 576-b
– efeitos do acórdão da Seção ou da Corte Especial do STJ nas causas repetitivas, 576-j
– embargos admissíveis, 576-o
– função, 576-b
– fundado em dissídio jurisprudencial, 576-e
– julgamento do recurso e julgamento da causa, 575-d
– jurisprudência formada antes da Constituição de 1988, 576-c
– jurisprudência do STJ formada após a Constituição de 1988, 576-d
– pertinência das regras do extraordinário, 576-b
– poderes do relator, 576
– preparo, 575-b
– procedimento, 576-b
– procedimento nas causas repetitivas para observância do STJ, 576-i
– procedimento nas causas repetitivas para observância do tribunal de origem, 576-h
– processamento, 575-c
– recurso retido, 576-r, 576-s
– regulamentação regimental nas causas repetitivas, 576-l
– relator, 576
– repetitivo, 572-g, 572-h
– retido, 576-r

Recurso extraordinário
– v. “Súmula vinculante”
– v. “Repercussão geral”
– cabimento, 571
– carta de sentença, 575
– conceito, 569, 571
– conceituação legal de decisão que oferece repercussão geral, 572-b
– deserção, 575
– desistência de recurso repetitivo, 576-h-1
– efeito suspensivo excepcional, 574-a
– efeitos, 574
– enseja execução provisória, 574
– função, 573
– inovações da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, sobre o agravo previsto no art. 544, 575-d
– poderes do relator, 576
– preparo, 575-b
– pressupostos, 572
– procedimento no STF, 572-m
– procedimento regimental de apreciação da arguição de repercussão geral pelo Plenário do STF, 572-e
– processamento, 575, 575-c, 575-d
– recebimento, 575
– reflexos da repercussão geral, 572-d
– reflexos do reconhecimento da falta de repercussão geral, 572-n
– relator, 576
– repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário, 572-a
– repetitivo, 572-g, 572-h
– retido, 576-r, 576-s

Recurso ex officio

– duplo grau de jurisdição, 517

Recurso de revista
– em que consiste, 563
– foi substituído pela “uniformização da jurisprudência”, 563

Recursos
– aceitação da decisão, 538
– adequação, 535
– adesivo, 540
– atos sujeitos a recurso, 524
– causa de pedir, 537, 575-d
– classificação, 522
– conceito, 522
– conceituação legal de decisão que oferece repercussão geral, 572-b
– contagem do prazo no recurso por via eletrônica, 226, 235
– contagem dos prazos, 234
– contra as decisões locais, após o pronunciamento do STF sobre a arguição de repercussão geral, 572-g
– correição parcial, 526
– decisão do relator, 540-a, 540-b
– deserção, 536
– desistência, 538
– direito intertemporal, 577, 578
– efeito substitutivo, 537-b
– efeito suspensivo excepcional para rec. extraord., 574-a
– efeitos, 537-a
– em recurso especial e extraordinário, 576-r
– forma, 537
– fundamento, 523
– fungibilidade, 535
– interposição antes da publicação do julgado, 532-a
– interposição antes do julgamento de embargos de declaração pendentes, 532-b
– interrupção do prazo, 533
– julgamento, 540-a
– julgamento singular do relator, 540-a
– legitimação para recorrer, 528
– legitimidade do Ministério Público, 529
– motivação, 537
– natureza jurídica, 523
– nova definição de sentença e sua repercussão na esfera recursal, 541-a
– ônus processual, 523
– prazo para recurso da Fazenda Pública e do Ministério Público, 532
– preparo, 536
– preparo dos recursos para o STF e para o STJ, 575-b
– pressupostos objetivos do recurso, 530
– princípios, 527
– procedimento no STF, 572-c
– reclamação, 525-a
– recorribilidade da decisão, 531
– recorribilidade necessária da decisão singular do relator, 540-b

– recurso adesivo, 540
– recursos admissíveis, 525
– reflexos da decisão acerca da repercussão geral, 572-d
– *reformatio in pejus*, 526-b
– renúncia, 538
– repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário, 572-a
– singularidade, 534
– técnica de julgamento, 526-a
– tempestividade, 532
– terceiros, 528-a

Recursos repetitivos
– v. “Recurso especial”
– desistência do recurso padrão, 576-h-1
– interesse coletivo no julgamento do recurso, 576-h-1

Reexame necessário
– v. “Duplo grau de jurisdição”

Reformatio in pejus
– conceito, 526-b
– inadmissibilidade na apelação, 543

Registro
– dos processos, 277
– em que consiste, 277

Regras de experiência
– v. “Máximas de experiência” e “Juiz”
– em que consistem, 419

Relação processual
– v. “Processo”
– aditamento do pedido, 372
– alteração do pedido, 301
– alterações subjetivas, 302
– características, 59
– conceito, 61
– desenvolvimento, 298
– efeitos, 61
– estabilização, 300
– extinção, 13
– formação gradual, 299
– início, 298
– natureza, 297
– teoria angular, 297
– teoria linear, 297
– teoria triangular, 297

Relator
– poder de julgar recursos em decisão singular, 540-a e 540-b

Remessa de ofício
– v. “Duplo grau de jurisdição”

Renúncia ao direito
– extinção do processo, 332

Repercussão geral
– v. “Recurso extraordinário”
– ausência de previsão de recurso contra a suspensão dos recursos iguais, 572-h
– cabimento de agravo interno, 572-h
– cabimento de medida cautelar, 572-h
– competência para medida cautelar, 572-h
– conceituação legal de decisão, 572-b
– das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário, 572-a
– destrancamento dos recursos suspensos, 572-h
– formas de solução tácita, 572-f
– fundamentos para atacar a suspensão, 572-h
– procedimento no STF, 572-c
– procedimento regimental no STF, 572-e
– recursos manejáveis contra as decisões locais, após o pronunciamento do STF sobre a arguição de repercussão geral, 572-g, 572-h
– reflexos da decisão sobre sua falta, 572-d
– suspensão dos recursos de objeto igual, 572-h

Réplica do autor
– providências preliminares, 401
– quando cabe, 385

Representação processual
– irregularidade, 74
– pessoas formais, 73
– pessoas jurídicas, 73

Requisitos processuais
– v. “Pressupostos processuais”
Responsabilidade civil
– chamamento ao processo em seguro de, 124-b

Resposta do réu
– contestação, 380
– defesa de mérito, 377
– defesa do réu, 56
– defesa peremptória e dilatória, 376
– defesa processual, 376
– espécies e oportunidade da resposta, 374, 375, 379
– exceções, 386
– julgamento conforme o estado do processo, 619
– ônus da defesa, 373
– providências preliminares, 619
– reconvenção, 378
– resposta do réu pode ser contestação, exceção ou reconvenção, 619

– revelia é inoperante, 619

Réu preso
– curatela especial, 72

Revelia
– alteração do pedido, 398
– citação por edital ou com hora certa, 397
– conceito, 396
– efeitos, 397
– em denunciação da lide, 119
– em oposição, 111
– procedimento sumário, 350
– providências preliminares, 402
– revel pode arrolar testemunhas, 464

Renúncia
– em matéria de recursos, 538

Rogatória
– v. “Atos processuais por carta”

Saneamento do processo
– v “Audiência preliminar”
– cabimento, 410
– conteúdo do saneador, 411
– despacho saneador, 409
– efeito preclusivo, 412
– forma do saneador, 413
– há coisa julgada quando se repele a alegação de prescrição ou decadência, 412
– recurso, 412

Segredo de justiça
– audiência, 474
– em que consiste, 208
– quando ocorre, 208

Segredo profissional
– prova testemunhal, 463

Seguro
– chamamento ao processo em seguro de responsabilidade civil, 124-b

Sentença
– v. “Ação rescisória”
– v. “Coisa julgada”
– v. “Julgamento *prima facie*”
– apelação, 541 a 547
– causa de pedir, 493-b
– *citra petita*, 488, 493-b, 496-a
– clareza, 492

– classificação, 484, 497
– classificação quanto aos efeitos, 504-a
– conceito, 219
– condenatória, 499
– condenatória ilíquida, 493-a-3
– condições formais, 491
– constitutiva, 500
– conteúdo, 487
– correção da sentença, 496
– declaratória, 498
– definição legal, 484
– definitiva, 219, 484
– dispositivo, 490
– efeitos, 502, 503, 506, 620-b
– efeitos da publicação, 495
– efeitos secundários, 506
– embargos declaratórios, 496
– entrega da prestação jurisdicional, 504
– estrangeira, 586, 588
– *extra petita*, 488, 493-b, 496-a
– fato novo, 488
– função da sentença definitiva, 486
– função da sentença terminativa, 486-a
– hipoteca judiciária, 505
– inexatidões materiais, 496
– inexistente, 490
– integração da sentença, 496
– interpretação, 496-b
– intimação, 494
– intimação da sentença *prima facie*, 357-a-1
– irrecorribilidade da sentença proferida em conformidade com súmula do STJ ou do STF, 544-a
– julgamento *ultra*, *extra* e *citra petita*, 488, 496-a
– manisfestação concreta da vontade da lei, 483
– momento de eficácia, 501
– motivação, 489
– multiplicidade de efeitos, 502
– natureza da sentença definitiva, 485
– nova definição e sua repercussão na esfera recursal, 541-a
– nulidade, 488, 489, 496-a
– obrigações de fazer e não fazer, 493-a
– pedido líquido, 493
– precisão, 493, 493-a
– princípio da demanda e princípio da congruência, 493-b
– publicação, 481, 494
– recursos, 484
– regras a observar no julgamento da lide, 191
– regras especiais de tutela das obrigações de entrega de coisa, 493-a-1
– regras especiais de tutela das obrigações de quantia certa, 493-a-2
– relatório, 488
– rescisão de sentença complexa, ou de coisa julgada formada progressivamente, 622-a

– retratação, 544-b e 544-c
– terminativa, 219, 484, 486-a
– *ultra petita*, 496-a

Sentença complexa
– coisa julgada formada progressivamente, 622-a

Sentença determinativa
– efeito sobre a coisa julgada, 520

Sentença estrangeira
– v. "Homologação de sentença estrangeira"

Sistema de transmissão de dados
– uso em atos processuais, 209-a

Sociedade de fato
– foro competente, 166
– representação, 73

Substituição do advogado
– efeitos, 95

Substituição de parte
– alienação do bem litigioso, 94
– em razão de nomeação à autoria, 114
– morte de parte, 94

Substituição processual
– conceito, 68
– pelo Ministério Público, 132

Sucumbência
– inoperância da sucumbência, 86
– recíproca, 81
– responsabilidade pelas despesas processuais, 79
– ressalvas, 80

Sucumbência recíproca
– enseja recurso adesivo, 540

Súmula impeditiva
– v. "Apelação"

Súmula jurisprudencial
– em uniformização da jurisprudência, 568
– irrecorribilidade da sentença proferida em conformidade com súmula do STJ ou do STF, 544-a
– pode autorizar julgamento singular de recurso pelo relator, 568

Súmula vinculante
– jurisprudência do STF, 568-a
– regulamentação, 568-b

Superior Tribunal de Justiça
– v. “Recurso especial”
– embargos admissíveis, 576-o
– reclamação, 576-q
– recurso retido, 576-r
– recursos para o STJ, 576-a

Supremo Tribunal Federal
– v. “Recurso extraordinário”
– avocação de processos, 185
– embargos admissíveis, 576, 576-p
– força vinculante das decisões, 576-t
– processo eletrônico, 209-c
– reclamação, 576-q
– recurso extraordinário, 185, 571
– recurso ordinário, 570
– recurso retido, 576-r
– recursos para o STF, 569
– súmula vinculante, 568-a

Suspensão do processo
– atentado, 311
– causa de pedir, 309
– causas legais, 304, 311
– conceito, 303
– convenção das partes, 306
– em razão de carta precatória ou rogatória, 308, 426
– em razão de exceção, 307
– em razão de oposição, 110
– embargos à execução frustrada, 311
– embargos de terceiro, 311
– execução em que o credor concede prazo ao devedor para cumprir a obrigação, 311
– execução frustrada, 311
– fatos ou provas a ocorrer em outra comarca, 308
– férias forenses, 312
– força maior, 310
– hipóteses legais, 304
– incapacidade processual ou irregularidade da representação da parte, 311
– incidente de falsidade, 311
– intervenção de terceiros, 311
– morte de parte, 94
– morte ou perda de capacidade, 305
– por prejudicialidade, 308

Tempo dos atos processuais
– feriados e férias forenses, 227
– prática dos atos, 226
– produção eletrônica de ato processual, 226
– prorrogação do prazo por indisponibilidade do sistema eletrônico, 235

Termos processuais
– conclusão, 224
– em que consistem, 224
– juntada, 224
– recebimento, 224
– vista, 224

Testemunhas
– v. “Prova testemunhal”
– acareação, 464
– falso testemunho, 463
– impedidos de depor, 463
– incapazes de depor, 463
– Juiz-testemunha, 194-a
– momento da colheita da prova testemunhal, 464
– revel pode arrolar testemunhas, 464
– rol de testemunhas, 464
– testemunhas que são ouvidas fora da audiência, 464
– testemunhas suspeitas, 463

Transação
– extinção do processo, 330
– retratação e rescisão, 330-a
– substitutivo da jurisdição, 41

Transmissão de dados
– uso em atos processuais, 209-a

Tratados internacionais
– a Constituição e os tratados, 17-a

Tribunais
– acórdão, 584, 585
– acórdão eletrônico, 585
– adiamento e retomada do julgamento, 585-b
– características da competência originária, 581
– casos de competência originária, 582
– competência originária regulada pelo CPC, 583
– competência recursal e competência originária, 580
– documentação eletrônica do julgamento, 585
– duplo grau de jurisdição, 579
– funcionamento dos tribunais, 584
– inovações da Lei nº 10.352, de 26.12.2001, sobre os julgamentos pelos tribunais, 585-a
– nulidade, 488, 489, 496-a, 543-a-4
– órgãos internos dos tribunais, 584, 585
– relator, 585
– sistema de julgamento dos tribunais, 585

Tutela antecipada
– v. “Antecipação de tutela”

Tutela cautelar
– v. “Ação cautelar” e “Processo cautelar”

Tutela jurisdicional
– busca da efetividade, 15-b
– conceito, 51-a
– efetividade da tutela jurisdicional, 37-a
– tutela ordinária e tutelas diferenciadas, 47-a
– tutela ordinária e tutela de urgência, 47-b
– tutela sancionatória e tutela inibitória, 47-c

União
– foro, 164

Uniformização da jurisprudência
– apreciação, 567
– incidente, 564
– legitimação, 566
– no âmbito dos Juizados Especiais, 567-a, 576-9,
– pressupostos, 565
– reclamação perante o STJ, 576-q
– súmula, 568
– suspensão, 567

Valor da causa
– conceito, 280
– critérios de fixação, 280
– impugnação, 281
– valores estimativos, 281
– valores legais, 281

Vícios do ato processual
– conceito, 282
– defeito suprível, 326-a
– espécies, 283

ÍNDICE DOS FLUXOGRAMAS

1 – Oposição (arts. 56-61)
2 – Nomeação à autoria(arts. 62-69)
3 – Denunciação da lide pelo autor (arts. 70-76)
4 – Denunciação da lide pelo réu (arts. 70-76)
5 – Chamamento ao processo (arts. 77-80)
6 – Assistência (arts. 50-55)
7 – Conflito de competência (arts. 115-122)
8 – Procedimento ordinário (arts. 282-457)
9 – Procedimento sumário (arts. 275-281)
10 – Exceção de incompetência (arts. 307-311)
11 – Exceção de impedimento ou suspeição (arts. 312-314)
12 – Julgamento conforme o estado do processo (arts. 329-331)
13 – Exibição de documento ou coisa pela parte (arts. 355-359)
14 – Exibição de documento ou coisa por terceiro (arts. 360-363)
15 – Audiência de instrução e julgamento (arts. 444-457)
16 – Apelação (arts. 513-521)
17 – Agravo (arts. 522-529)
18 – Embargos infringentes (arts. 530-534)
19 – Embargos de declaração no 1º grau de jurisdição (arts. 535-536)
20 – Embargos de declaração a julgados de tribunal (arts. 535-538)
21 – Uniformização da jurisprudência (arts. 476-479)
22 – Recurso extraordinário e recurso especial (arts. 539-546)
23 – Julgamento nos tribunais (arts. 547-565)
24 – Declaração de inconstitucionalidade (arts. 480-482)
25 – Ação rescisória (arts. 485-495)