DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES

CONFORME NOVO CPC

Manual de DIREITO PROCESSUAL CIVIL

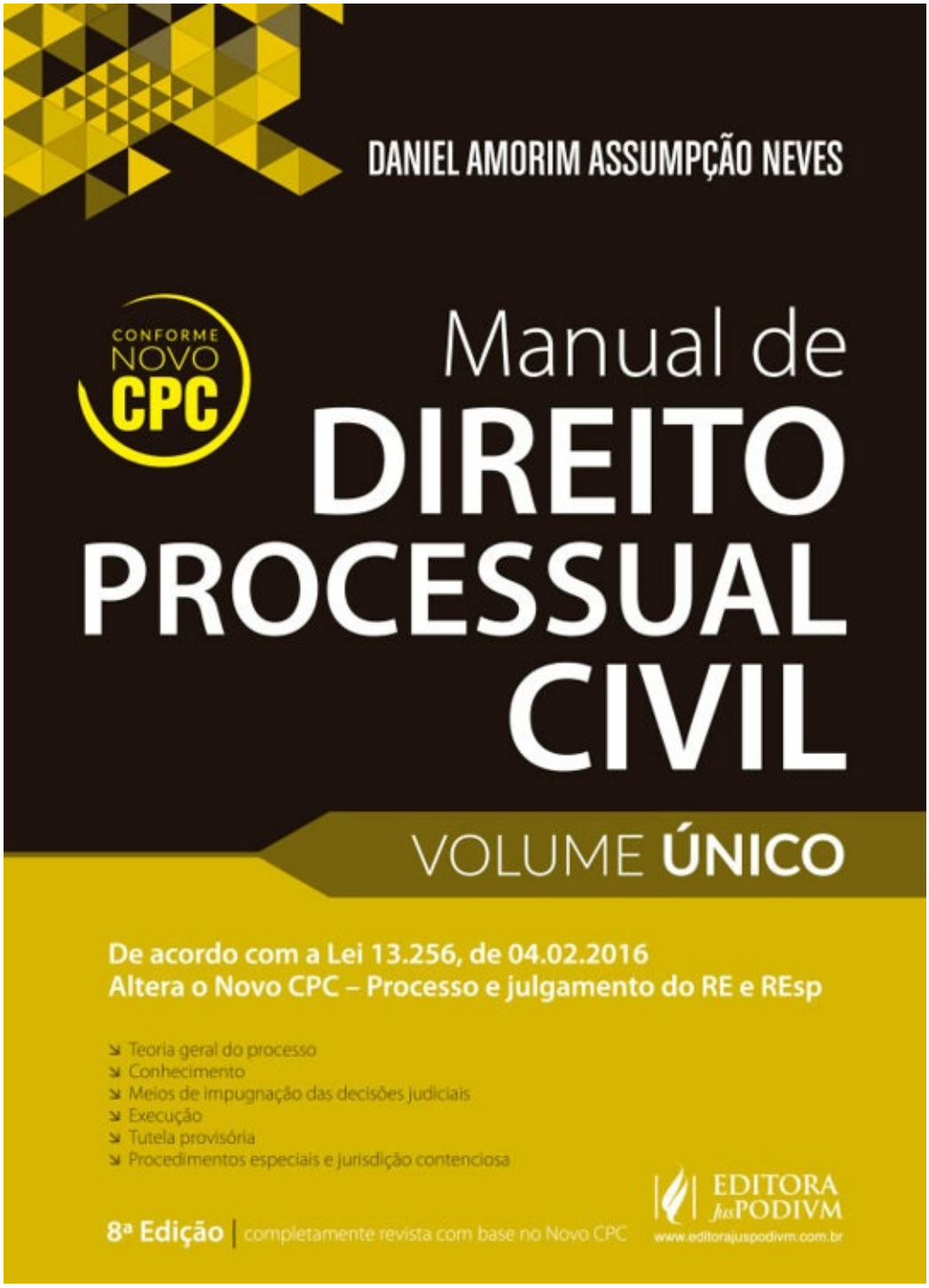
VOLUME ÚNICO

De acordo com a Lei 13.256, de 04.02.2016
Altera o Novo CPC – Processo e julgamento do RE e REsp

- Teoria geral do processo
- Conhecimento
- Meios de impugnação das decisões judiciais
- Execução
- Tutela provisória
- Procedimentos especiais e jurisdição contenciosa

8ª Edição | completamente revista com base no Novo CPC

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br


DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES
CONFORME NOVO CPC
Manual de
DIREITO PROCESSUAL CIVIL
VOLUME ÚNICO
De acordo com a Lei 13.256, de 04.02.2016
Altera o Novo CPC – Processo e julgamento do RE e REsp
Teoria geral do processo
Conhecimento
Meios de impugnação das decisões judiciais
Execução
Tutela provisória
Procedimentos especiais e jurisdição contenciosa
8ª Edição | completamente revista com base no Novo CPC
EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

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 repudiável 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.site*** 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."

DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES

CONFORME NOVO CPC

Manual de DIREITO PROCESSUAL CIVIL

VOLUME ÚNICO

8ª Edição

completamente revista com base no Novo CPC

2016

EDITORA JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim *(www.buenojardim.com.br)*

Diagramação: Linotec Fotocomposição e Fotolito Ltda. *(www.linotec.com.br)*

Versão Digital: Editora Viva Ltda. *(www.editoraviva.com.br)*

Neves, Daniel Amorim Assumpção

N511m

Manual de direito processual civil – Volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

1.760 p.

Bibliografia.

ISBN 978-85-442-0695-9.

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

CDU: 347.91/.95 (81)

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

Como é possível uma pessoa fazer sua vida melhorar tanto?

Como é possível uma pessoa ser tão compreensiva?

Como é possível uma pessoa ser tão companheira?

Como é possível uma pessoa te dar sempre mais,

mesmo quando você acha que já recebeu tudo?

Como é possível gostar até dos defeitos de uma pessoa?

Como é possível se sentir tão seguro só porque ela existe?

Como é possível amar tanto uma pessoa?

Aline, você me ensinou que tudo isso é possível.

Com amor,

Daniel

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS

APRESENTAÇÃO

1. JURISDIÇÃO

1.1. Conceito

1.2. Equivalentes Jurisdicionais

1.2.1. Autotutela

1.2.2. Formas consensuais de solução de conflitos

1.2.3. Arbitragem

1.3. Escopos da jurisdição

1.4. Catacterísticas principais

1.4.1. Caráter substitutivo

1.4.2. Lide

1.4.3. Inércia

1.4.4. Definitividade

1.5. Princípios da jurisdição

1.5.1. Investidura

1.5.2. Territorialidade (aderência ao território)

1.5.3. Indelegabilidade

1.5.4. Inevitabilidade

1.5.5. Inafastabilidade

1.5.6. Juiz natural

1.5.7. Promotor natural

1.6. Espécies de jurisdição
1.6.1. Jurisdição penal ou civil

1.6.2. Jurisdição superior ou inferior

1.6.3. Jurisdição comum e especial

1.7. Jurisdição voluntária
1.7.1. Características

1.7.2. Natureza jurídica

1.8. Tutela jurisdicional
1.8.1. Espécie de crise jurídica

1.8.2. Natureza jurídica dos resultados jurídico-materiais

1.8.3. Coincidência de resultados com a satisfação voluntária

1.8.4. Espécie de técnicas procedimentais

1.8.5. Cognição vertical (profundidade)

1.8.6. Sistema processual

2. AÇÃO
2.1. Teorias da ação
2.1.1. Teoria imanentista (civilista)

2.1.2. Teoria concreta da ação

2.1.3. Teoria abstrata do direito de ação

2.1.4. Teoria eclética

2.1.5. Teoria da asserção

2.2. Condições da ação
2.2.1. Introdução

2.2.2. Possibilidade jurídica do pedido

2.2.3. Interesse de agir

2.2.4. Legitimidade

2.3. Elementos da ação
2.3.1. Introdução

2.3.2. Partes

2.3.3. Pedido

2.3.4. Causa de pedir

3. PROCESSO
3.1. Introdução
3.1.1. Processo como procedimento

3.1.2. Processo como contrato

3.1.3. Processo como um quase contrato

3.1.4. Processo como relação jurídica

3.1.5. Processo como situação jurídica

3.1.6. Processo como procedimento em contraditório

3.1.7. Procedimento animado por uma relação jurídica em contraditório

3.1.8. Conclusão

3.2. Procedimento

3.3. Relação jurídica processual
3.3.1. Composição

3.3.2. Características

3.3.3. Pressupostos processuais

3.4. Princípios processuais
3.4.1. Devido processo legal

3.4.2. Contraditório

3.4.3. Princípios dispositivo e inquisitivo (inquisitório)

3.4.4. Motivação das decisões

3.4.5. Isonomia

3.4.6. Publicidade dos atos processuais

3.4.7. Princípio da economia processual

3.4.8. Princípio da instrumentalidade das formas

3.4.9. Princípio da razoável duração do processo

3.4.10. Princípio da cooperação

3.4.11. Princípio da boa-fé e lealdade processual

3.4.12. Primazia no julgamento do mérito

4. COMPETÊNCIA
4.1. Introdução

4.2. Competência relativa e absoluta
4.2.1. Competência relativa

4.2.2. Competência absoluta

4.2.3. Identidades procedimentais

4.3. Critérios para fixação da competência

4.4. Limites da jurisdição nacional
4.4.1. Introdução – princípio da efetividade

4.4.2. Competência internacional concorrente e exclusiva

4.4.3. Litispendência internacional

4.5. Espécies de competência
4.5.1. Competência territorial

4.5.2. Competência funcional

4.5.3. Competência em razão da matéria

4.5.4. Competência em razão da pessoa

4.5.5. Competência em razão do valor da causa

4.6. Competência da justiça federal
4.6.1. Competência em razão da pessoa (ratione personae)

4.6.2. Competência em razão da matéria (ratio materiae)

4.7. Prorrogação de competência
4.7.1. Conceito

4.7.2. Prorrogação legal

4.7.3. Prorrogações voluntárias

4.8. Prevenção
4.8.1. Conceito

4.8.2. Prevenção de causas conexas em primeiro grau de jurisdição

4.9. Princípio da perpetuatio jurisdictionis – art. 87 do novo CPC

5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
5.1. Introdução

5.2. Sucumbência e causalidade

5.3. Cabimento de condenação em honorários advocatícios

5.4. Fixação de honorários sucumbenciais em recursos

5.5. Valor dos honorários sucumbenciais

5.6. Condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários

sucumbenciais

5.7. Sucumbência recíproca

5.8. Pagamento na pessoa da sociedade de advogados

5.9. Termo inicial dos juros

5.10. Omissão da condenação em honorários advocatícios em sentença transitada em julgado

5.11. Legitimidade para impugnar e executar

5.12. Direito ao ressarcimento dos honorários contratuais

6. GRATUIDADE DE JUSTIÇA
6.1. Beneficiários da assistência judiciária

6.2. Benefício da gratuidade

6.3. Gratuidade e adiantamento de honorários periciais

6.4. Concessão parcial de gratuidade e parcelamento

6.5. Condenação do beneficiário da gratuidade

6.6. Procedimento
6.6.1. Forma do pedido de concessão da gratuidade

6.6.2. Indeferimento do pedido

6.6.3. Deferimento do pedido

6.6.4. Impugnação à decisão concessiva do benefício

6.6.5. Instrução probatória

6.6.6. Revogação do benefício

6.6.7. Recorribilidade

6.7. Trânsito em julgado da decisão que revoga a gratuidade

7. LITISCONSÓRCIO
7.1. Conceito

7.2. Hipóteses de cabimento

7.3. Classificação do litisconsórcio
7.3.1. Litisconsórcio ativo, passivo e misto

7.3.2. Litisconsórcio inicial (originário) ou ulterior (posterior, incidental ou superveniente)

7.3.3. Litisconsórcio necessário ou facultativo

7.3.4. Litisconsórcio unitário e simples

7.4. Limitação do litisconsórcio facultativo
7.4.1. Introdução

7.4.2. Reconhecimento de ofício pelo juiz

7.4.3. Pedido da parte

7.4.4. Litisconsórcio recusável?

7.4.5. Consequência jurídica da limitação do litisconsórcio facultativo

7.5. Litisconsórcio necessário e unitário. Necessárias distinções

7.6. Litisconsórcio ativo necessário?

7.7. Existe a intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro?

7.8. Vício gerado pela ausência de litisconsórcio necessário

7.9. Litisconsórcio alternativo e sucessivo

7.10. Dinâmica entre os litisconsortes
7.10.1. Introdução

7.10.2. Atos de disposição de direito

7.10.3. Presunção de veracidade dos fatos na revelia (art. 345, I, do Novo CPC)

7.10.4. Recurso interposto por somente um litisconsorte (art. 1.005, caput, do Novo CPC)

7.10.5. Produção da prova

7.10.6. A confissão e o litisconsórcio

7.10.7. Prazo para os litisconsortes

8. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS
8.1. Intervenções típicas e atípicas
8.1.1. Processo/fase de conhecimento

8.1.2. Processo/fase de execução

8.1.3. Ação probatória autônoma

8.2. Assistência
8.2.1. Introdução

8.2.2. Assistência simples (adesiva)

8.2.3. Assistência litisconsorcial (qualificada)

8.2.4. Procedimento da assistência

8.2.5. Os poderes do assistente simples

8.2.6. Os poderes do assistente litisconsorcial

8.2.7. Imutabilidade da justiça da decisão

8.2.8. Justiça da decisão e coisa julgada

8.3. Denunciação da lide
8.3.1. Conceito

8.3.2. Hipóteses de cabimento

8.3.3. Facultatividade

8.3.4. Qualidade processual do denunciado

8.3.5. Condenação e cumprimento de sentença diretamente contra o denunciado

8.3.6. Denunciação sucessiva

8.3.7. Procedimento da denunciação da lide feita pelo autor

8.3.8. Procedimento da denunciação pelo réu

8.4. Chamamento ao processo
8.4.1. Conceito

8.4.2. Hipóteses de cabimento

8.4.3. Procedimento

8.4.4. Chamamento ao processo no direito do consumidor

8.5. Amicus curiae
8.5.1. Introdução

8.5.2. Interesse institucional

8.5.3. Requisitos

8.5.4. Aspectos procedimentais

8.6. incidente de desconsideração da personalidade jurídica
8.6.1. Introdução

8.6.2. Momento

8.6.3. Procedimento

8.6.4. Forma de defesa do sócio (ou da sociedade na desconsideração inversa)

8.6.5. Recorribilidade

8.6.6. Fraude à execução

9. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E CALENDARIZAÇÃO PROCEDIMENTAL
9.1. Negócio jurídico processual
9.1.1. Espécies de negócios jurídicos processuais

9.1.2. Negócios jurídicos processuais típicos

9.1.3. Cláusula geral de negócios jurídicos processuais

9.1.4. Objeto do negócio jurídico processual previsto no art. 190 do Novo CPC

9.1.5. Momento

9.1.6. Requisitos formais

9.1.7. Limites à liberdade das partes

9.1.8. Decisão que decreta a invalidade do negócio jurídico processual

9.1.9. Casuística

9.2. Calendário procedimental
9.2.1. Introdução

9.2.2. Negócio jurídico plurilateral

9.2.3. Momento de definição do calendário

9.2.4. Revisão excepcional do calendário

10. ATOS PROCESSUAIS
10.1. Introdução

10.2. Da Prática Eletrônica de Atos Processuais
10.2.1. Introdução

10.2.2. Atos processuais por meio eletrônico

10.2.3. Prática eletrônica de atos notariais e de registro

10.2.4. Garantias dos sistemas de automação processual

10.2.5. Publicidade

10.2.6. Acesso e participação das partes e de seus procuradores

10.2.7. Garantias de natureza técnica

10.2.8. Registro do ato processual eletrônico

10.2.9. Regulamentação da prática e da comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico

10.2.10. Caráter oficial das informações processuais prestada pelos sistemas dos tribunais

10.2.11. Problemas técnicos e erro ou omissão do axiliar da justiça responsável pelo registro dos andamentos

10.2.12. Facilitação no acesso aos autos eletrônicos

10.3. Dos atos das partes
10.3.1. Eficácia imediata dos atos processuais

10.3.2. Direito de exigir recibo

10.3.3. Cotas marginais ou interlineares

10.4. Dos Pronunciamentos do Juiz

10.4.1. Pronunciamentos do juízo de primeiro grau

10.4.2. Pronunciamentos proferidos em tribunal

10.4.3. Requisitos formais dos pronunciamentos judiciais

10.4.4. Publicação dos pronunciamentos

10.5. Dos Atos do Escrivão ou do Chefe de Secretaria
10.5.1. Autuação

10.5.2. Numeração e rubrica das folhas dos autos

10.5.3. Termo de juntada, vista e conclusão

10.5.4. Métodos de registro dos atos processuais

10.5.5. Formalidades materiais dos atos e termos processuais

10.6. Do tempo dos atos processuais
10.6.1. Dias úteis das 06:00 às 20:00

10.6.2. Momento para a prática eletrônica de ato processual

10.6.3. Atos praticados durante as férias forenses e feriados

10.7. Do lugar da prática dos atos processuais

10.8. Dos prazos

10.8.1. Espécies de prazos processuais

10.8.2. Comparecimento em juízo

10.8.3. Ato praticado antes do início da contagem do prazo

10.8.4. Contagem do prazo

10.8.5. Intimação tácita por meio eletrônico

10.8.6. Suspensão e interrupção do prazo

10.8.7. Obstáculo criado pela parte contrária

10.8.8. Foro onde for difícil o transporte

10.8.9. Vedação à redução de prazo sem a anuência das partes

10.8.10. Preclusão

10.8.11. Extinção do direito de emendar o ato processual

10.8.12. Contagem do prazo

10.8.13. Indisponibilidade dos sistemas de informática

10.8.14. Publicação no diário oficial

10.8.15. Renúncia ao prazo recursal

10.8.16. Prazos para o pronunciamento judicial

10.8.17. Prazos para os serventuários da justiça

10.8.18. Termo inicial do prazo

10.8.19. Contagem e fluência do prazo

10.8.20. Atos da parte

10.8.21. Atos praticados por carta

10.8.22. Excesso de prazo pelo serventuário

10.8.23. Restituição dos autos

10.8.24. Excesso de prazo pelo magistrado

10.9. Comunicação dos atos processuais
10.9.1. Formas de comunicação

10.9.2. Citação

10.9.3. Intimação

10.9.4. Cartas

10.10. Ordem cronológica de julgamento
10.10.1. Introdução

10.10.2. Publicidade

10.10.3. Requerimento em processo já incluído na ordem de julgamento

10.10.4. Exceções à ordem cronológica

10.10.5. Dever ou faculdade?

11. Vícios dos Atos Processuais
11.1. Introdução

11.2. Vício e nulidade

11.3. Classificação

11.4. Mera irregularidade

11.5. Nulidades relativas

11.6. Nulidade absoluta

11.7. Inexistência jurídica

11.8. Efeito expansivo e confinamento das nulidades

12. Tutela Provisória
12.1. Introdução

12.2. Disposições gerais da tutela provisória
12.2.1. Introdução

12.2.2. Tutela provisória antecedente ou incidental

12.2.3. Efetivação da tutela provisória

12.2.4. Provisoriedade

12.2.5. Discricionariedade e fundamentação da decisão

12.2.6. Competência

12.3. Comparação entre tutela cautelar e tutela antecipada
12.3.1. Introdução

12.3.2. Identidades

12.3.3. Liquidação e execução

12.3.4. Concessão de ofício

12.3.5. Audiência de justificação

12.3.6. Fungibilidade entre as espécies de tutela de urgência

12.4. Tutela antecipada
12.4.2. Processos e procedimentos compatíveis

12.4.3. Requisito negativo – irreversibilidade

12.4.4. Legitimação

12.4.5. Momento da antecipação

12.4.6. Sentença

12.4.7. Fase recursal

12.4.8. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública

12.5. Tutela cautelar
12.5.1. Autonomia

12.5.2. Sumariedade

12.5.3. Instrumentalidade

12.5.4. Cautelares típicas e generalidade da tutela cautelar

12.5.5. tutela cautelar requerida em caráter antecedente

12.5.6. Coisa julgada material

12.5.7. Pedido cautelar e pedido principal

12.5.8. Cessação da eficácia da tutela cautelar

12.6. Tutela da evidência
12.6.1. Introdução

12.6.2. Hipóteses de cabimento

12.6.3. Procedimento

12.6.4. Tutela da evidência atípica

13. Formação, suspensão e extinção do processo
13.1. Formação do processo
13.1.1. Formação gradual da relação jurídica processual

13.1.2. Momento da propositura da ação

13.1.3. Litispendência

13.2. Suspensão do processo
13.2.1. Suspensão do procedimento

13.2.2. Suspensão própria e imprópria

13.2.3. Decisão de suspensão do processo

13.2.4. Impugnabilidade da decisão de suspensão do processo

13.2.5. Morte ou perda da capacidade processual da parte

13.2.6. Dissolução de sociedade

13.2.7. Morte ou perda de capacidade processual do representante legal

13.2.8. Morte ou perda de capacidade processual do advogado

13.2.9. Convenção das partes

13.2.10. Arguição de impedimento ou de suspeição

13.2.11. Admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas

13.2.12. Prejudicialidade

13.2.13. Necessidade de verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada para outro juízo

13.2.14. Força maior

13.2.15. Acidentes e fatos da navegação de competência do tribunal marítimo

13.2.16. Demais casos regulados pelo novo código de processo civil

13.2.17. Prazo de suspensão

13.2.18. Vedação à prática de atos processuais durante a suspensão do processo

13.2.19. Arguição de suspeição e impedimento do juiz

13.2.20. Verificação da existência de fato delituoso pela justiça criminal

13.3. Extinção do processo
13.3.1. Extinção do processo

13.3.2. Impropriedade do termo “extinção parcial do processo”

13.3.3. Princípio da cooperação e extinção do processo por sentença terminativa

13.3.4. Reconhecimento jurídico do pedido

14. Procedimento sumário
14.1. Introdução

14.2. Sumariedade formal

14.3. Valor da causa (art. 275, I, do CPC/1973)

14.4. Matérias (art. 275, ii, do cpc/1973)
14.4.1. Arrendamento rural e parceria agrícola

14.4.2. Cobranças ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio

14.4.3. Ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico

14.4.4. Ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre

14.4.5. Cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução

14.4.6. Cobrança de honorários de profissionais liberais

14.4.7. Causas que versem sobre a revogação de doação

14.4.8. Demais casos previstos em lei

14.5. Petição inicial

14.6. Citação

14.7. Audiência de conciliação

14.8. Presença das partes e patronos na audiência de conciliação

14.9. Resposta do réu

14.10. Casos de conversão em rito COMUM

14.11. Intervenção de terceiros

15. PETIÇÃO INICIAL
15.1. Introdução

15.2. Requisitos estruturais da petição inicial
15.2.1. Juízo singular ou colegiado a que é dirigida a petição inicial

15.2.2. Indicação das partes e sua qualificação

15.2.3. Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido

15.2.4. Pedido

15.2.5. Valor da causa

15.2.6. Provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados

15.2.7. Opção do autor quanto à realização da audiência de conciliação ou de mediação

15.3. Documentos indispensáveis à propositura da demanda

16. POSTURAS DO JUIZ DIANTE DA PETIÇÃO INICIAL
16.1. Introdução

16.2. Emenda da petição inicial

16.3. Indeferimento da petição inicial
16.3.1. Conceito de indeferimento, recorribilidade e juízo de retratação

16.3.2. Hipóteses de indeferimento da petição inicial

16.4. Julgamento de improcedência liminar
16.4.1. Introdução

16.4.2. Requisitos para o julgamento de improcedência liminar

16.4.3. Conduta do juiz

16.4.4. Julgamento parcial de improcedência liminar?

16.4.5. Julgamento da apelação pelo tribunal

16.5. Citação
16.5.1. Conceito

16.5.2. Efeitos da citação

16.5.3. Modalidades de citação

17. AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO
17.1. Citação do réu para comparecimento à audiência de conciliação ou de mediação

17.2. CONCILIADOR E MEDIADOR

17.3. Número de sessões

17.4. Intimação do autor

17.5. Desinteresse das partes na realização da audiência

17.6. Não realização de audiência quando o direito material não admitir autocomposição

17.7. Desinteresse na realização da audiência e litisconsórcio

17.8. Ato atentatório à dignidade da justiça

17.9. Presença de advogado ou defensor público

17.10. Representante com poderes para negociar e transigir

17.11. Redução a termo da homologação por sentença

17.12. Pauta

18. RESPOSTAS DO RÉU
18.1. Introdução

18.2. Contestação
18.2.1. Prazo

18.2.2. Matérias de defesa

18.2.3. Princípio da impugnação específica dos fatos

18.2.4. Princípio da eventualidade

18.3. Reconvenção
18.3.1. Conceito

18.3.2. Condições da ação

18.3.3. Pressupostos processuais

18.3.4. Procedimento

19. REVELIA
19.1. Conceito

19.2. Efeitos
19.2.1. Fatos alegados pelo autor serão reputados verdadeiros

19.2.2. Desnecessidade de intimação do réu revel

19.2.3. Julgamento antecipado do mérito

19.3. Modificação objetiva da demanda

19.4. Ingresso do réu revel no processo
19.4.1. Participação do réu revel no procedimento probatório

20. Providências preliminares e julgamento conforme o estado do processo
20.1. Providências preliminares

20.2. Julgamento conforme o estado do processo
20.2.1. Introdução

20.2.2. Extinção do processo sem a resolução do mérito

20.2.3. Extinção do processo com a resolução do mérito, fundada no art. 487, II e III, do Novo CPC

20.2.4. Julgamento antecipado do mérito

20.2.5. Julgamento antecipado parcial do mérito

20.2.6. Saneamento e organização do processo

21. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO
21.1. Introdução

21.2. Procedimento
21.2.1. Abertura e pregão das partes

21.2.2. Conciliação (tentativa de autocomposição)

21.2.3. Fixação dos pontos controvertidos

21.2.4. Esclarecimentos do perito

21.2.5. Depoimento pessoal

21.2.6. Oitiva das testemunhas

21.2.7. Debates orais

21.2.8. Prolação da sentença

21.3. Audiência una e contínua

21.4. Adiamento da audiência

22. PROVAS
22.1. Teoria geral das provas
22.1.1. Conceito de prova

22.1.2. Espécies de prova

22.1.3. A verdade possível e a verossimilhança

22.1.4. A caducidade das expressões “verdade formal” e “verdade real”

22.1.5. Direito à prova no processo civil

22.1.6. Objeto da prova

22.1.7. Ônus da prova

22.1.8. A produção da prova de ofício (“poder” instrutório do juiz)

22.1.9. Preclusões para o juiz na atividade probatória

22.1.10. Valoração da prova

22.1.11. Prova emprestada

22.1.12. Prova ilícita

22.1.13. Provas atípicas

22.1.14. Ação probatória autônoma

22.2. Provas em espécie
22.2.1. Ata notarial

22.2.2. Depoimento pessoal

22.2.3. Da confissão

22.2.4. Da exibição de documento ou coisa

22.2.5. Da prova documental

22.2.6. Da prova testemunhal

22.2.7. Da prova pericial

22.2.8. Da inspeção judicial

23. SENTENÇA
23.1. Conceito legal de sentença

23.2. Classificação das sentenças
23.2.1. Conteúdo da sentença

23.2.2. Resolução de mérito

23.3. Elementos da sentença
23.3.1. Relatório

23.3.2. Fundamentação

23.3.3. Dispositivo

23.3.4. Comentários gerais a respeito dos elementos da sentença

23.4. Sentença líquida

23.5. Princípio da congruência

23.5.1. Conceito

23.5.2. Exceções ao princípio da congruência

23.6. Sentença extra petita
23.6.1. Conceito

23.6.2. Recorribilidade da sentença extra petita

23.7. Sentença ultra petita
23.7.1. Conceito

23.7.2. Recorribilidade da sentença ultra petita

23.8. Sentença citra petita (infra petita)
23.8.1. Conceito

23.8.2. Recorribilidade da sentença citra petita

23.9. Situação fática no momento da prolação da sentença

23.10. Modificação da sentença pelo juízo sentenciante

23.11. Ações que tenham como objeto obrigação de fazer e não fazer

23.12. Capítulos de sentença

24. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA
24.1. Natureza jurídica da liquidação

24.2. Conceito de liquidez e obrigações liquidáveis

24.3. Títulos que podem ser objeto de liquidação

24.4. Vedação à sentença ilíquida

24.5. Liquidação na pendência de recurso recebido no efeito suspensivo

24.6. Decisão que julga a liquidação: decisão interlocutória ou sentença?

24.7. Natureza da decisão pela qual a liquidação é julgada

24.8. Liquidação como forma de frustração da execução

24.9. Natureza jurídica da liquidação

24.10. Legitimidade ativa

24.11. Competência

24.12. Regra da fidelidade ao título executivo (art. 509, § 4º, do novo CPC)

24.13. Espécies de liquidação
24.13.1. Introdução

24.13.2. Liquidação por arbitramento

24.13.3. Liquidação pelo procedimento comum

25. COISA JULGADA

25.1. Coisa julgada formal e coisa julgada material

25.2. Coisa julgada total e parcial

25.3. Conceito e natureza jurídica

25.4. Função negativa da coisa julgada

25.5. Função positiva da coisa julgada

25.6. Limites objetivos da coisa julgada

25.7. Limites subjetivos da coisa julgada

25.8. Eficácia preclusiva da coisa julgada

25.9. Coisa julgada nas relações JURÍDICAS DE TRATO CONTINUADO

25.10. Relativização da coisa julgada
25.10.1. Introdução

25.10.2. Coisa julgada inconstitucional

25.10.3. Coisa julgada injusta inconstitucional

25.11. Coisa julgada secundum eventum probationis

25.12. Coisa julgada secundum eventum litis

26. Consignação em pagamento
26.1. Introdução

26.2. Consignação extrajudicial

26.3. Competência

26.4. Legitimidade

26.5. Objeto da demanda consignatória

26.6. Procedimento

26.7. Complementação do depósito

26.8. Consignação de prestações sucessivas

26.9. Ação de consignação fundada na dúvida referente à titularidade do crédito

26.10. Consignatória de aluguéis e outros encargos locatícios

27. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS

27.1. Introdução

27.2. Legitimidade

27.3. Natureza dúplice

27.4. Competência

27.5. Procedimento

28. AÇÕES POSSESSÓRIAS

28.1. Proteção possessória

28.2. Fungibilidade

28.3. Ação dúplice?

28.4. Competência

28.5. Legitimação

28.6. Exceção de domínio

28.7. Cumulação de pedidos

28.8. Procedimento
28.8.1. Reintegração e manutenção de posse

28.8.2. Interdito proibitório

28.8.3. Especialidades procedimentais no litígio coletivo pela posse

29. DIVISÃO E DEMARCAÇÃO DE TERRAS
29.1. Introdução

29.2. Procedimento da ação de demarcação

29.3. Procedimento da ação de divisão

30. Ação de dissolução parcial de sociedade
30.1. Introdução

30.2. Pretensões veiculáveis

30.3. Legitimidade ativa

30.4. Legitimidade passiva

30.5. Procedimento

31. AÇÃO DE INVENTÁRIO E PARTILHA
31.1. Introdução

31.2. Inventário negativo

31.3. Competência e universalidade do foro sucessório

31.4. Questões que dependam de prova não documental

31.5. Administrador provisório

31.6. Inventariante

31.7. Arrolamento sumário

31.8. Arrolamento comum

31.9. Procedimento do inventário

31.10. Colação

31.11. Sonegação

31.12. Pagamento das dívidas

31.13. Herdeiro preterido

31.14. Partilha

32. EMBARGOS DE TERCEIRO

32.1. Conceito

32.2. Legitimação
32.2.1. Legitimidade ativa – a condição de “terceiro”

32.2.2. Legitimação passiva

32.3. Competência

32.4. Prazo para propositura dos embargos de terceiro

32.5. Procedimento

33. OPOSIÇÃO
33.1. Objeto e natureza jurídica

33.2. Procedimento

34. AÇÃO DE HABILITAÇÃO
34.1. Introdução

34.2. Procedimento

35. Ações de família
35.1. Cabimento

35.2. Incentivo às formas consensuais do conflito

35.3. Audiência de mediação e conciliação

35.4. Ministério Público

35.5. Depoimento pessoal do incapaz

36. AÇÃO MONITÓRIA
36.1. Conceito

36.2. Natureza Jurídica

34.3. Admissibilidade

36.4. Fazenda Pública e ação monitória

36.5. Incapaz e ação monitória

36.6. Propositura da monitória

36.7. Citação do réu

36.8. Posturas do réu

36.9. A natureza jurídica do pronunciamento judicial de deferimento do mandado monitório

36.10. O pronunciamento concessivo do mandado monitório como despacho de mero expediente

36.11. O pronunciamento que defere o mandado monitório considerado como sentença – ocorrência da coisa julgada material

36.12. O pronunciamento concessivo do mandado monitório como decisão interlocutória

36.13. O mérito no processo monitório e seu julgamento

36.14. Natureza jurídica dos embargos ao mandado monitório

36.15. Procedimento dos embargos ao mandado monitório

36.16. Fase de cumprimento de sentença

37. HOMOLOGAÇÃO Do PENHOR LEGAL
37.1. Introdução

37.2. Natureza Jurídica

37.3. Homologação Extrajudicial

37.4. Penhor legal e autotutela

37.5. Procedimento

38. REGULAÇÃO DE AVARIA GROSSA
38.1. Declaração de abertura de avaria grossa

38.2. Oferecimento de garantias

38.3. Impugnação à declaração de abertura de avaria grossa

38.4. Levantamento de valores para o pagamento das despesas da alienação

38.5. Apresentação de documentos

38.6. Apresentação do regulamento de avaria grossa

38.7. Impugnação

38.8. Sentença “homologatória”

38.9. Regulador e perito judicial

39. AÇÃO DE RESTAURAÇÃO DE AUTOS
39.1. Introdução

39.2. Legitimidade

39.3. Competência

39.4. Procedimento

40. Formas executivas
40.1. Introdução

40.2. Processo autônomo de execução e fase procedimental executiva

40.3. Execução por sub-rogação (direta) e por coerção (indireta)

41. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO
41.1. Introdução

41.2. Nulla executio sine titulo

41.3. Patrimonialidade

41.4. Desfecho único

41.5. Disponibilidade da execução

41.6. Utilidade

41.7. Menor onerosidade

41.8. Lealdade e boa-fé processual

41.9. Contraditório

41.10. Atipicidade dos meios executivos

42. SUJEITOS PROCESSUAIS na execução
42.1. Introdução

42.2. Diferentes espécies de legitimidade na execução
42.2.1. Polo ativo

42.2.2. Polo passivo

42.3. Legitimação ativa
42.3.1. Credor a quem a lei confere título executivo

42.3.2. Legitimidade do Ministério Público

42.3.3. Legitimidade do espólio, herdeiros e sucessores

42.3.4. Legitimidade do cessionário e do sub-rogado

42.4. Legitimidade passiva
42.4.1. Sujeito que figura no título como devedor

42.4.2. Legitimidade passiva do espólio, herdeiros e sucessores

42.4.3. Novo devedor

42.4.4. Fiador

42.4.5. Responsável titular do bem vinculado por garantia real ao pagamento do débito

42.4.6. Responsável tributário

42.4.7. Legitimidade do responsável secundário

42.5. Intervenção de terceiros na execução
42.5.1. Intervenções típicas

42.5.2. Intervenções atípicas

43. COMPETÊNCIA DA EXECUÇÃO
43.1. Competência do cumprimento de sentença (título executivo judicial)
43.1.1. Introdução

43.1.2. Competência executiva dos tribunais

43.1.3. Competência do juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição

43.1.4. Competência para o cumprimento de sentença arbitral, penal condenatória, decisão homologatória de sentença estrangeira e acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo

43.2. Competência do processo de execução (título executivo extrajudicial)

44. TÍTULO EXECUTIVO
44.1. Introdução

44.2. Requisitos formais da obrigação exequenda

44.3. Títulos executivos judiciais
44.3.1. Sentença proferida no processo civil que reconheça a exigibilidade de uma obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa

44.3.2. Decisão homologatória de autocomposição judicial

44.3.3. Decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza

44.3.4. Formal e certidão de partilha

44.3.5. Crédito de auxiliar da justiça quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial

44.3.6. Sentença penal condenatória transitada em julgado

44.3.7. Sentença arbitral

44.3.8. Sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça

44.3.9. Decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça

44.4. Títulos executivos extrajudiciais
44.4.1. Introdução

44.4.2. Letra de câmbio, nota promissória, duplicata, debênture e cheque

44.4.3. Escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor

44.4.4. Documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas

44.4.5. Instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal

44.4.6. Contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução

44.4.7. Contrato de seguro de vida em caso de morte

44.4.8. Crédito decorrente de foro e laudêmio

44.4.9. Crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como

taxas e despesas de condomínio

44.4.10. Certidão de dívida ativa da fazenda pública da União, Estado, Distrito Federal, território e município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei

44.4.11. Crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas em convenção de condomínio ou aprovadas em assembleia-geral, desde que documentalmente comprovadas

44.4.12. Certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei

44.4.13. Todos os demais títulos, aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva

45. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL
45.1. Obrigação e responsabilidade patrimonial

45.2. Inexistência de responsabilidade pessoal

45.3. Bens que respondem pela satisfação na execução

45.4. Impenhorabilidade de bens
45.4.1. Patrimônio mínimo e dignidade humana

45.4.2. As hipóteses específicas de impenhorabilidade no direito brasileiro

45.5. Responsabilidade patrimonial de imóvel submetido ao regime do direito de superfície

45.6. Responsabilidade patrimonial secundária
45.6.1. Bens do sucessor a título singular

45.6.2. Bens do sócio, nos termos da lei

45.6.3. Bens do devedor, ainda que em poder de terceiros

45.6.4. Bens do cônjuge e do companheiro, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação, respondem pela dívida

45.6.5. Bens alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução

45.6.6. Bens cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores

45.6.7. Bens do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica

45.7. Fraudes do devedor
45.7.1. Fraude contra credores

45.7.2. Fraude à execução

46. cumprimento provisório de sentença
46.1. Conceito

46.2. Caução na execução provisória
46.2.1. Função

46.2.2. Natureza jurídica

46.2.3. Requisitos formais

46.2.4. Momento de prestação da caução

46.2.5. Atuação de ofício?

46.3. Dispensa da caução

46.4. Responsabilidade objetiva do exequente

46.5. Formalização dos autos da execução provisória

46.6. Cabimento de multa pelo não pagamento

46.7. Execução provisória contra a Fazenda Pública

46.8. Honorários advocatícios

47. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA que reconhece a exigibilidade De OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER
47.1. Introdução

47.2. Aspectos procedimentais

47.3. Tutela específica e conversão em perdas e danos
47.3.1. Vontade do exequente

47.3.2. Impossibilidade de obtenção da tutela específica ou resultado prático equivalente

47.3.3. Onerosidade excessiva

47.3.4. Procedimento da conversão em perdas e danos

47.4. Atipicidade das formas executivas
47.4.1. Prisão civil

47.5. Multa coercitiva
47.5.1. Introdução

47.5.2. Valor da multa

47.5.3. Beneficiado pela multa

47.5.4. Fazenda Pública em juízo

47.5.5. Alteração do valor e periodicidade da multa

47.5.6. Exigibilidade da multa

47.5.7. Termo inicial da multa e intimação do devedor

48. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA que reconhece a

exigibilidade DE OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR COISA
48.1. Introdução

48.2. Aspectos procedimentais

49. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA que reconhece a exigibilidade de OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA
49.1. Introdução

49.2. Necessidade de provocação do credor na instauração da fase de cumprimento de sentença

49.3. Requerimento inicial

49.4. Aparente excesso dos cálculos

49.5. Intimação do executado

49.6. Cumprimento da obrigação

49.7. Não pagamento no prazo de 15 dias
49.7.1. Introdução

49.7.2. Fixação de honorários advocatícios

49.7.3. Aplicação de multa de 10% sobre o valor exequendo

49.7.4. Protesto extrajudicial da sentença

49.7.5. Inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes

49.7.6. Expedição do mandado de penhora e avaliação

49.7.7. Termo inicial da contagem de prazo para impugnação

50. processo de EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER
50.1. Introdução

50.2. Execução das obrigações de fazer

50.3. Execução das obrigações de não fazer

51. PROCESSO DE EXECUÇÃO Da obrigação dE ENTREGAr COISA
51.1. Execução de entrega de coisa certa

51.2. Execução de entrega de coisa incerta

52. Processo de Execução da Obrigação de Pagar Quantia Certa
52.1. Início do processo de execução
52.1.1. Petição inicial

52.1.2. Averbação da execução

52.1.3. Pronunciamento que determina a citação do executado

52.1.4. Não localização do executado e de seus bens

52.1.5. Arresto executivo

52.1.6. Posturas do executado citado

52.2. Pagamento parcelado
52.2.1. Introdução

52.2.2. Pagamento parcelado: moratória legal?

52.2.3. Requisitos formais

52.2.4. Procedimento

52.2.5. Inadimplemento das parcelas

52.3. Penhora
52.3.1. Definição e efeitos

52.3.2. Ordem legal da penhora

52.3.3. Da documentação da penhora, de seu registro e do depósito

52.3.4. Do lugar de realização da penhora

52.3.5. Penhora de dinheiro pelo sistema BacenJud (on-line)

52.3.6. Penhora de percentual do faturamento de empresa devedora

52.3.7. Procedimento da penhora

52.3.8. Substituição do bem penhorado

52.3.9. Penhoras especiais

52.4. Avaliação

52.5. Formas de expropriação
52.5.1. Introdução

52.5.2. Adjudicação

52.6. Alienação por iniciativa particular
52.6.1. Introdução

52.6.2. Alienação pelo exequente e a necessidade de seu pedido

52.6.3. Alienação por corretor ou leiloeiro público credenciado perante a autoridade judiciária

52.6.4. Requisitos para a alienação

52.7. Arrematação
52.7.1. Introdução

52.7.2. Requisitos formais do leilão judicial

52.7.3. Publicidade do edital

52.7.4. Comunicações do leilão judicial

52.7.5. Realização do leilão judicial

52.7.6. Leilão judicial por meio eletrônico

52.7.7. Legitimados a arrematar

52.7.8. Procedimento do leilão judicial

52.7.9. Arrematação viciada

52.7.10. Alienação antecipada

52.8. Entrega de dinheiro ao credor

53. EXECUÇÕES ESPECIAIS
53.1. EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA
53.1.1. Introdução

53.1.2. Forma executiva

53.2. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA
53.2.1. Introdução

53.2.2. Forma executiva

53.2.3. Procedimento

53.2.4. Regime dos precatórios

53.2.5. Compensação em favor da Fazenda Pública

53.2.6. Emenda Constitucional 62/2009 (A EC do Calote)

53.2.7. Dispensa de precatório

53.2.8. Preterição no pagamento

54. Defesas do executado
54.1. INTRODUÇÃO

54.2. EMBARGOS À EXECUÇÃO
54.2.1. Natureza jurídica dos embargos

54.2.2. Garantia do juízo

54.2.3. Prazo dos embargos

54.2.4. Competência

54.2.5. Rejeição liminar dos embargos

54.2.6. Efeito suspensivo

54.2.7. Procedimento dos embargos à execução

54.3. IMPUGNAÇÃO
54.3.1. Natureza jurídica

54.3.2. Matérias alegáveis em sede de impugnação

54.3.3. Procedimento

54.4. EXCEÇÃO E OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE
54.4.1. Análise histórica

54.4.2. Problemas de terminologia

54.4.3. Defesa executiva atípica

54.4.4. Requisitos para a admissão da exceção de pré-executividade e objeção

54.4.5. Julgamento da exceção e objeção de pré-executividade

54.4.6. Sobrevivência da exceção e da objeção de pré-executividade

55. SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO
55.1 Introdução

55.2 Suspensão da execução
55.2.1. Causas gerais de suspensão

55.2.2. Defesa típica do executado

55.2.3. Não localização de bens e prescrição intercorrente

55.2.4. Ausência de interessados na aquisição do bem penhorado

55.2.5. Moratória legal

55.3 Extinção da execução

56. PRECEDENTES JUDICIAIS
56.1. precedente, decisão, jurisprudência E SÚMULA

56.2. JURISPRUDÊNCIA ESTÁVEL, ÍNTEGRA E COERENTE
56.2.1. Introdução

56.2.2. Dever de uniformização da jurisprudência

56.2.3. Jurisprudência estável

56.2.4. Jurisprudência íntegra

56.2.5. Jurisprudência coerente

56.3. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 927 DO NOVO CPC

56.4. EFICÁCIA VINCULANTE
56.4.1. Introdução

56.4.2. Controle concentrado de constitucionalidade

56.4.3. Enunciados de Súmulas Vinculantes

56.4.4. Precedentes criados em julgamento de casos repetitivos e no incidente de assunção de competência

56.4.5. Enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional

56.4.6. Orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados

56.4.7. Eficácia ex tunc ou ex nunc da novidade legislativa

56.4.8. Cabimento de reclamação constitucional

56.5. Precedente brasileiro e precedents na tradição da common law

56.6. Ratio decidendi e obter dicta

56.7. Fundamentação

56.8. Divulgação

56.9. Distinção (distinguishing)

56.10. Superação da tese jurídica (overruling)
56.10.1. Introdução

56.10.2. Motivos para superação

56.10.3. Fundamentação da decisão de superação

56.10.4. Modulação dos efeitos da superação

56.10.5. Procedimento

57. ORDEM DOS PROCESSOS E RECURSOS NO TRIBUNAL
57.1. DISTRIBUIÇÃO

57.2. Prevenção

57.3. PODERES DO RELATOR
57.3.1. Introdução

57.3.2. Direção do processo

57.3.3. Tutela provisória

57.3.4. Inadmissibilidade recursal

57.3.5. Decisão monocrática que nega provimento

57.3.6. Decisão monocrática que dá provimento

57.3.7. Vedação de julgamento monocrático do recurso

57.3.8. Julgamento monocrático do reexame necessário e dos processos de competência originária

57.3.9. Demais incumbências

57.3.10. Oportunidade de saneamento de vícios

57.4. FATO SUPERVENIENTE

57.5. Ordem no julgamento

57.6. SUSTENTAÇÃO ORAL

57.7. MATÉRIAS CONHECÍVEIS DE OFÍCIO

57.8. Formalidades do acórdão

57.9. JULGAMENTO VIRTUAL

57.10. Técnica de julgamento substitutiva dos embargos infringentes

57.11. SANEAMENTO DE VÍCIO

58. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA
58.1. CABIMENTO

58.2. PROCEDIMENTO

59. DO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
59.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

59.2. LEGITIMIDADE ATIVA E MOMENTO DE SUSCITAÇÃO

59.3. INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE

59.4. REJEIÇÃO E ACOLHIMENTO DO INCIDENTE PELO ÓRGÃO FRACIONÁRIO

59.5. NÃO CABIMENTO DO INCIDENTE

59.6. PROCEDIMENTO PERANTE O PLENÁRIO OU ÓRGÃO ESPECIAL

59.7. JULGAMENTO

60. CONFLITO DE COMPETÊNCIA
60.1. Conceito

60.2. Legitimidade

60.3. Competência para o julgamento do conflito

60.4. Procedimento

61. HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA E DA CONCESSÃO DO EXEQUATUR À CARTA ROGATÓRIA
61.1. INTRODUÇÃO

61.2. AÇÃO CONSTITUTIVA NECESSÁRIA?

61.3. FORMA PROCESSUAL DE HOMOLOGAÇÃO

61.4. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA ESTRANGEIRA

61.5. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL

61.6. EFICÁCIA EM TERRITÓRIO NACIONAL

61.7. DECISÃO ESTRANGEIRA NÃO JUDICIAL

61.8. HOMOLOGAÇÃO PARCIAL

61.9. TUTELA DE URGÊNCIA

61.10. EXECUÇÃO FISCAL

61.11. DECISÃO ESTRANGEIRA DE DIVÓRCIO CONSENSUAL

61.12. DECISÃO ESTRANGEIRA CONCESSIVA DE MEDIDA DE URGÊNCIA

61.13. TUTELA DA EVIDÊNCIA

61.14. REQUISITOS INDISPENSÁVEIS PARA A HOMOLOGAÇÃO DA DECISÃO

61.15. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA

61.16. COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO

62. AÇÃO RESCISÓRIA
62.1. Natureza jurídica

62.2. Conceito de rescindibilidade

62.3. Objeto da rescisão
62.3.1. Decisão de mérito

62.3.2. Decisão que não é de mérito

62.4. Hipóteses de cabimento
62.4.1. Prevaricação, concussão, corrupção passiva do juiz

62.4.2. Impedimento do juiz e incompetência absoluta do juízo

62.4.3. Dolo ou coação da parte vencedora e simulação ou colusão entre as partes para fraudar a lei

62.4.4. Ofensa à coisa julgada

62.4.5. Violação manifesta de norma jurídica

62.4.6. Prova falsa

62.4.7. Obtenção de documento novo

62.4.8. Erro de fato

62.5. fundamento para invalidar sentença homologatória de mérito

62.6. Legitimidade

62.7. Competência

62.8. Prazo
62.8.1. Prazo e termo inicial gerais

62.8.2. Termos iniciais diferenciados

62.9. Ação rescisória e cumprimento executivo do julgado

62.10. Procedimento
62.10.1. Petição inicial

62.10.2. Reações do juiz diante da petição inicial

62.10.3. Resposta do réu

62.10.4. Atividade saneadora

62.10.5. Fase probatória

62.10.6. Manifestações finais

62.10.7. Julgamento

63. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS
63.1. Cabimento

63.2 Legitimidade para requerer a instauração do incidente

63.3. Competência

63.4. Divulgação

63.5. Sujeitos com legitimidade para participar do incidente

63.6. Instauração

63.7. Admissão do incidente

63.8. Poderes do relator

63.9. Julgamento e seus efeitos

63.10. Julgamento do IRDR e do recurso, reexame necessário e ação de competência originária do tribunal

63.11. Juizados Especiais

63.12. Desistência ou abandono do processo

63.13. Recursos

64. Reclamação Constitucional
64.1. Natureza jurídica

64.2. Cabimento
64.2.1. Forma de preservação da competência do tribunal

64.2.2. Forma de garantir a autoridade da decisão do tribunal

64.2.3. Garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade

64.2.4. Forma de garantir a observância de súmula vinculante

64.2.5. Forma de garantir a observância de precedente proferido em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Incidente de Assunção de Competência

64.2.6. Forma de garantir a observância de precedente proferido em repercussão geral e recurso excepcional repetitivo

64.3. Procedimento
64.3.1. Introdução

64.3.2. Petição inicial

64.3.3. Prazo

64.3.4. Posturas do relator ao receber a reclamação constitucional

64.3.5. Reações dos interessados

64.3.6. Julgamento

65. Conceito de recursos e sucedâneos recursais
65.1. INTRODUÇÃO
65.1.1. Sucedâneos recursais internos

65.1.2.Sucedâneos recursais externos (ações autônomas de impugnação)

66. CLASSIFICAÇÃO DOS RECURSOS
66.1. Introdução

66.2. Objeto imediato do recurso

66.3. Fundamentação recursal (causa de pedir)

66.4. Abrangência da matéria impugnada

66.5. Independência ou subordinação

67. EFEITOS recursais
67.1. Introdução

67.2. Efeito obstativo

67.3. Efeito devolutivo

67.4. Efeito suspensivo

67.5. Efeito translativo

67.6. Efeito expansivo

67.7. Efeito substitutivo

67.8. Efeito regressivo

67.9. Efeito diferido

68. PRINCÍPIOS RECURSAIS
68.1. Duplo grau de jurisdição
68.1.1. Conceito

68.1.2. Vantagens do duplo grau de jurisdição

68.1.3. Desvantagens do duplo grau de jurisdição

68.1.4. O princípio do duplo grau de jurisdição é princípio constitucional?

68.2. Taxatividade (legalidade)

68.3. Singularidade (unirrecorribilidade ou unicidade)

68.4. Voluntariedade

68.5. Dialeticidade

68.6. Fungibilidade
68.6.1. Dúvida fundada a respeito do recurso cabível

68.6.2. Inexistência de erro grosseiro

68.6.3. Inexistência de má-fé – Teoria do prazo menor

68.7. Proibição da reformatio in pejus

68.8. Irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias

68.9. Complementaridade

68.10. Consumação

68.11. Primazia do julgamento do mérito recursal

69. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE
69.1. Introdução

69.2. Pressupostos intrínsecos de admissibilidade recursal
69.2.1. Cabimento

69.2.2. Legitimidade recursal

69.2.3. Interesse recursal

69.2.4. Inexistência de ato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer

69.3. Pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal

69.3.1. Tempestividade

69.3.2. Preparo

69.3.3. Regularidade formal

70. jUÍZO DE MÉRITO
70.1. Introdução

70.2. Causa de pedir: error in procedendo e error in judicando

70.3. Pedido

70.4. Esclarecimento e integração

71. APELAÇÃO
71.1. Cabimento

71.2. Objeto da impugnação

71.2. Procedimento
71.2.1. Introdução

71.2.2. Procedimento no 1.º grau de jurisdição

71.2.3. Procedimento no tribunal de segundo grau

71.3. Novas questões de fato

71.4. Julgamento imediato do mérito da ação pelo tribunal no julgamento da apelação

71.4.1. Introdução

71.4.2. Teoria da causa madura

71.4.3. Hipóteses de novo julgamento do mérito da ação pelo tribunal

72. AGRAVO
72.1. Introdução

72.2. Agravo de instrumento
72.2.1. Cabimento

72.2.2. Instrução do agravo de instrumento – peças processuais

72.2.3. Informação da interposição do agravo perante o primeiro grau

72.2.4. Procedimento

72.3. Agravos contra decisões interlocutórias de segundo grau
72.3.1. Agravo interno

72.3.2. Agravo em Recurso Especial e em Recurso Extraordinário

73. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
73.1. Natureza jurídica

73.2. Cabimento
73.2.1. Pronunciamentos recorríveis

73.2.2. Vícios que legitimam o ingresso dos embargos de declaração

73.3. Procedimento

73.4. Efeito interruptivo dos embargos de declaração
73.4.1. Embargos de declaração intempestivos

73.4.2. Reiteração abusiva de embargos de declaração manifestamente protelatórios

73.5. Embargos de declaração – intempestividade ante tempus

73.6. Manifesto caráter protelatório

73.7. Embargos de declaração atípicos
73.7.1. Embargos de declaração com efeito modificativo

73.7.2. Embargos de declaração com efeitos infringentes

74. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL
74.1. Introdução

74.2.Cabimento
74.2.1.Processos internacionais

74.2.2.Recurso ordinário em mandado de segurança

74.2.3. Recurso ordinário em habeas data e mandado de injunção

75. RECURSO ESPECIAL
75.1. Hipóteses de cabimento
75.1.1. Pressupostos cumulativos

75.1.2. Pressupostos alternativos

76. RECURSO EXTRAORDINÁRIO
76.1. Hipóteses de cabimento
76.1.1. Pressupostos cumulativos

76.1.2. Requisitos específicos

77. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS COMUNS AOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL
77.1. Procedimento

77.2. Confusão entre o juízo de admissibilidade e mérito

77.3. Efeitos dos recursos federais
77.3.1. Efeito devolutivo

77.3.2. Efeito suspensivo

77.4. Julgamento por amostragem
77.4.1. Cabimento

77.4.2. Instauração

77.4.3. Suspensão dos processos que versem sobre a mesma controvérsia jurídica

77.4.4. Procedimento

77.4.5. Eficácia ultra partes e vinculante do julgamento

78. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA
78.1. Introdução

78.2. Cabimento
78.2.1. Acórdão embargado

78.2.2. Acórdão paradigma

78.3. Procedimento

79. LIVRO COMPLEMENTAR DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS
79.1. Vacatio legis

79.2. Aplicação imediata

79.3. Procedimento sumário e procedimentos especiais

79.4. Direito probatório

79.5. Direito de preferência

79.6. Procedimento comum

79.7. Cadastro das pessoas jurídicas de direito público para receberem comunicações por meio eletrônico

79.8. Insolvência civil

79.9. Atos processuais eletrônicos

79.10. Depósitos em dinheiro

79.11. Tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública

79.12. Preparo recursal na Justiça Federal

79.13. Nulidade da sentença arbitral como matéria de impugnação ao cumprimento de sentença

79.14. Juizados especiais

79.15. Embargos de declaração no processo em trâmite na justiça eleitoral

79.16. Pesquisas estatísticas periódicas pelo Conselho Nacional de Justiça

79.17. Usucapião extrajudicial

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRADECIMENTOS

Costuma-se dizer que a tarefa de escrever um livro é sempre um trabalho solitário. Confirmo a tradicional afirmação, lembrando-me das tardes sozinho nos quartos de hotel em Belo Horizonte, Brasília, Vitória ou outras cidades do Brasil; do isolamento no escritório nas manhãs de domingo, na solidão do quarto-escritório em casa enquanto Aline dormia um pouco mais (como gosta de dormir essa menina...); nos aviões e aeroportos, esperando a ida ou a volta.

Escrevi o livro de forma totalmente solitária, de forma que todos os equívocos só podem ser creditados a mim mesmo. A pesquisa jurisprudencial e doutrinária, inclusive. Após o término contei com a inestimável ajuda de Adão, Adriana, Adriano, Anderson, André, Brandão, Carla, Cláudia, Daniela, Eunice, Patrícia, Paula, Rafael, Renata, Roseli e Cláudia Miranda, profissionais da Editora Método. A todos eles, muito obrigado.

Ao Vauledir o agradecimento é óbvio e natural, por ter confiado, muito tempo atrás, em minha capacidade. E também ao fraterno amigo Flávio Tartuce e ao cunhado Felipe Gonzales, maiores incentivadores da elaboração do presente *Manual*; pela amizade e pela força, muito obrigado.

Ainda que a solidão tenha realmente sido a tônica da elaboração do presente Manual, sua preparação se deu de forma bem mais participativa. Se hoje escrevo e lanço um *Manual* (lembra, Vauledir, quando você bancou o lançamento de minha tese

de mestrado, após sucessivas rejeições de editoras à época maiores e mais famosas, e eu te disse: um dia ainda lanço um Manual pela Método...) é porque vivi os últimos 10 anos em um ambiente francamente favorável para a realização dessa empreitada.

Agradeço ao Professor Antonio Carlos Marcato pela oportunidade da vaga no mestrado e no doutorado, sem o que não teria conseguido construir a base teórica necessária para o desenvolvimento de qualquer raciocínio jurídico. Da pós-graduação da USP agradeço também aos professores, funcionários e colegas. Nominá-los seria correr um risco desnecessário de involuntário esquecimento.

Agradeço a todos aqueles que em algum momento desses 10 anos me deram a oportunidade de ministrar aulas. Lembro-me vivamente da primeira aula sobre prisão civil para uma turma de contabilidade na Unicsul, a convite do Professor Akira Chinen, pai de meu grande amigo de classe na faculdade, Emerson Chinen, hoje competente magistrado do Judiciário paulista. O mesmo Professor Akira Chinen me concedeu a oportunidade de ministrar aulas de prática civil e processo civil na Universidade São Marcos, onde, acreditem se quiserem, já tinha ministrado um semestre de direito comercial (assim era chamado à época).

Guardo na lembrança as experiências maravilhosas vividas na UNIP, onde tive minha primeira turma formada no Campus Paz; ficamos quatro anos juntos e ao final me agraciaram com a posição de paraninfo, honraria maior que um professor pode receber. Ali aprendi a ser professor e melhorei como ser humano, ao participar da vida dos alunos e eles da minha. O mesmo ocorreu com a turma

do Campus Vergueiro, novamente com quatro anos de convivência e com a honra de ser paraninfo, em discurso no qual fiz justa homenagem à minha mãe, pela formação sólida e pelo carinho incondicional, e ao meu pai, pelo apoio profissional e lições de vida.

Também tive momentos de extrema felicidade e satisfação na Universidade Mackenzie, onde fiz colégio até a quinta série. Comecei por aulas na pós-graduação em Brasília e Recife, depois em São Paulo, e finalmente o que mais queria, a graduação. Na única turma de processo civil que tive a oportunidade de ministrar aulas conheci a Cristiane, hoje capaz e competente advogada de meu escritório. Só por isso já teria valido a pena. Gostaria de agradecer ao Prof. José Horácio Cintra Pereira, pela sua constante ajuda, companheirismo e cavalheirismo; é a única pessoa que conheço de quem nunca ouvi alguém fazer sequer um comentário levemente negativo.

O primeiro curso preparatório em que ministrei aulas foi o Exord, em São Paulo, em aulas de processo civil na preparação de alunos para a OAB. Marcos Fernandes, Marco Aurélio e Dânia eram os sócios do curso, e a eles ofereço meus sinceros agradecimentos. Lembro-me de que foi a Orlene (minha antiga, competente e querida assistente na UNIP) quem me indicou à Dânia, e ali ganhei considerável experiência. Pude perceber pela primeira vez o prazer verdadeiro de um professor quando um aluno seu alcança seu sonho e lhe diz que foi parcialmente responsável por isso.

Como se esquecer do Curso Robortella, na pessoa da querida

Lucélia, com suas aulas marcadas no maço de cigarro? Ou da Ana ligando e perguntando: “Tá vindo, professor?” Tempos de grande alegria, tínhamos turmas com alunos extremamente preparados para as carreiras jurídicas trabalhistas: Mexicano, Flávia, Elisa, Henrique (hoje no Ministério Público do Trabalho e ministrando aulas comigo no Curso Praetorium), e todos os outros que não menciono nominalmente pela perda do contato mais direto daquele tempo.

Participei do Curso IELF, logo no começo de sua existência, pelo que agradeço ao Professor Luiz Flávio Gomes, e na divisão ocorrida fiquei no DIEX. Apesar de seu final triste e melancólico, guardo a época de DIEX com extremo carinho. Pela primeira vez ministrava aulas em sistema satelitário, e passava a enfrentar a estranha situação de cruzar com alguém na rua que te conhece sendo que você nunca a viu antes em sua vida. As brincadeiras com o pessoal da técnica (Jornal Nacional bizarro), o excelente relacionamento com os funcionários, o companheirismo dos alunos. Boa época, apesar do triste fim.

No Curso FMB agradeço sinceramente ao Professor Flávio Monteiro de Barros, que me deu a oportunidade de participar desde o início de um projeto que inegavelmente deu certo. Regina, Cris, Marly, Tânia, Tamashiro, tantas histórias, tantos momentos agradáveis, tantos alunos aprovados. Só guardo boas lembranças, e ainda hoje penso triste nos amigos que fiz no curso, e com os quais infelizmente tenho contato apenas esporádico.

Em razão das aulas ministradas no Curso Praetorium adotei a cidade de Belo Horizonte como minha segunda casa. Tantas turmas, tantas aprovações, tantos amigos. Agradeço pelo convívio sempre

muito agradável com todos os funcionários do Praetorium, na pessoa do Léo, Eugler, Cristiano, Solange e Marcelo Zampier. Aos invejosos, mentirosos e incapazes, meu profundo desprezo.

Um agradecimento ao pessoal do Curso Forum (Pedro Barreto, Sheila, Habib, Marcos Paulo, Rafael Oliveira, Bruno Zampier e Carlinhos) pela oportunidade de ministrar aulas no Rio de Janeiro. Confesso que no início estava apreensivo, sabe como é: paulista dando aula no Rio de Janeiro... Mas é óbvio que essa suposta rivalidade é ilusória, tendo sido estupenda a experiência de ministrar aulas no Curso Forum; dos funcionários e dos alunos só recebi carinho e aceitação, pelo que agradeço imensamente. Também deixo um abraço para os sócios, atuais e passados do Curso Cejus, pela oportunidade e pela camaradagem.

Os agradecimentos foram direcionados aos cursos ou faculdades nas quais ministrei ou ainda ministro aulas regularmente. Durante todo esse tempo também não poderia deixar de agradecer a todos aqueles que me deram a oportunidade de viajar por este nosso imenso país para ministrar aulas de pós-graduação e palestras. Certa feita, conversando com o Professor Alexandre Freitas Câmara, ele me confidenciou que só não havia estado em três estados brasileiros ministrando aulas (quem sabe atualmente até já tenha completado todos eles); para mim falta bem mais, mas confesso que um de meus sonhos ainda não realizados é ter a oportunidade de conhecer todos os estados do Brasil ministrando aulas de processo civil. Tomara que eu consiga.

Como se nota, tive intensa vida acadêmica nos dez anos seguintes à minha graduação, e sem essa experiência adquirida

nunca conseguiria escrever o presente *Manual*. Dessa forma, ainda que se trate de um trabalho final solitário, toda a ajuda que recebi nesses dez anos, de sócios de cursos, diretores de faculdades, professores, funcionários e alunos, serviram para tornar possível a elaboração da presente obra.

Gostaria também de mais uma vez agradecer aos meus sócios do escritório Assumpção Neves, De Rosso e Fonseca Advogados Associados: Carlos (Santos), Carolina (São Paulo) e Rossana (Natal). Sei que minhas frequentes ausências para ministrar aulas e escrever o *Manual* exigem de vocês mais trabalho e infinita compreensão. Sinceramente agradeço por tudo.

Ainda tenho um objetivo: com mais experiência de vida e de direito, escrever um Curso de Direito Processual Civil, provavelmente com seis ou sete volumes, mas esse é um projeto de vida para um momento de mais maturidade. Por hora, me senti preparado para a elaboração de um *Manual*, suficientemente completo e aprofundado para auxiliar os alunos de concursos preparatórios, de graduação e mesmo como fonte de consulta rápida aos profissionais do Direito. Espero sinceramente que agrade ao leitor.

APRESENTAÇÃO

Um novo Código de Processo Civil exigia um novo *Manual*. E é exatamente isso que apresento nesta 8ª edição.

Não há dúvidas de que se trata de um novo livro, exigência do novo diploma processual. São muitas novidades decorrentes de inovações, supressões e modificações, todas devidamente tratadas na presente obra.

Temas novos como ordem cronológica nos julgamentos, incidente de desconsideração da personalidade jurídica, julgamento antecipado parcial do mérito, cláusula geral de negócio jurídico processual, calendarização do procedimento, procedimentos especiais de dissolução parcial de sociedade e de ações de família, incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), incidente de assunção de competência e precedentes foram incorporados ao *Manual*.

Fenômenos processuais tradicionais, como a competência, a intervenção de terceiros, o procedimento comum, os recursos, a ordem dos processos no tribunal, a execução e a tutela provisória foram significativamente alterados pelo Novo Código de Processo Civil e tais alterações são todas abordadas na presente obra.

O Novo Código de Processo Civil não é totalmente inovador, mantendo institutos e regras do diploma legal revogado (CPC/1973), mas mesmo nessas partes a obra foi inteiramente revista e adaptada às novidades advindas do novo diploma

processual.

É importante registrar que a obra continua com muitas citações jurisprudenciais, já que nem toda nossa jurisprudência será afastada pelo Novo Código de Processo Civil. Nas hipóteses em que entendi que essa seria mantida as citações permaneceram; onde entendo que elas serão superadas as citei justamente para apontar a superação. É natural que os tribunais ainda demorem algum tempo para criar jurisprudência a respeito das novidades do novo diploma processual, mas desprezar totalmente o histórico jurisprudencial não tem sentido.

Não há dúvida de que muitas polêmicas e problemas surgirão da aplicação prática do Novo CPC, e muito ainda será escrito e lido – pelo menos por mim – a respeito do novo diploma processual. Essa edição do *Manual*, que pode ser considerada histórica por ser a primeira à luz do Novo Código de Processo Civil, é o resultado de leituras e meditações, mas não escapa de consagrar minhas primeiras impressões sobre o novo diploma legal. Espero que minhas ponderações possam de alguma forma auxiliar nesse difícil caminho que será a interpretação e aplicação do Novo Código de Processo Civil.

No mesmo momento em que lanço a 8ª edição do *Manual* lanço também a 1ª edição do *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. Ao leitor que me der a honra de ler ambas as obras, perceberá que há pontos de contato entre elas, algo inevitável. Há, portanto, trechos idênticos nas duas obras, ainda que algumas vezes não organizados da mesma forma. São, entretanto, obras distintas. Há conteúdos exclusivos, e mais do que isso, a

estrutura dos dois livros é diferente. O *Novo CPC Comentado* passa por todos os dispositivos da Lei 13.105/2015, o que não ocorre no *Manual*, que aborda apenas os principais temas. Já o *Manual* é mais aprofundado, com diversas discussões doutrinárias a respeito de importantes temas que não se repetem no *Novo CPC Comentado*, que tem uma abordagem mais direta e objetiva, com farta indicação jurisprudencial. Conclusivamente, o *Novo CPC Comentado* é mais extenso e o *Manual* mais profundo, sendo obras que se complementam.

A todos uma excelente leitura e boas reflexões!

O Autor

1. JURISDIÇÃO

Sumário: 1.1. Conceito – 1.2. Equivalentes jurisdicionais: 1.2.1. Autotutela; 1.2.2. Formas consensuais de solução de conflitos; 1.2.3. Arbitragem – 1.3. Escopos da jurisdição – 1.4. Características principais: 1.4.1. Caráter substitutivo; 1.4.2. Lide; 1.4.3. Inércia; 1.4.4. Definitividade – 1.5. Princípios da jurisdição: 1.5.1. Investidura; 1.5.2. Territorialidade (aderência ao território); 1.5.3. Indelegabilidade; 1.5.4. Inevitabilidade; 1.5.5. Inafastabilidade; 1.5.6. Juiz natural; 1.5.7. Promotor natural – 1.6. Espécies de jurisdição: 1.6.1. Jurisdição penal ou civil; 1.6.2. Jurisdição superior ou inferior; 1.6.3. Jurisdição comum e especial – 1.7. Jurisdição voluntária: 1.7.1. Características; 1.7.2. Natureza jurídica – 1.8. Tutela jurisdicional: 1.8.1. Espécie de crise jurídica; 1.8.2. Natureza jurídica dos resultados jurídico-materiais; 1.8.3. Coincidência de resultados com a satisfação voluntária; 1.8.4. Espécie de técnicas procedimentais; 1.8.5. Cognição vertical (profundidade); 1.8.6. Sistema processual.

1.1. CONCEITO

A jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social. Note-se que neste conceito não consta o tradicional entendimento de que a jurisdição se presta a resolver um conflito de interesses entre as partes, substituindo suas vontades pela vontade da lei. Primeiro porque nem sempre haverá conflito de interesses a ser resolvido, e segundo porque nem sempre a atividade

jurisdicional substituirá a vontade das partes, conforme será devidamente analisado em momento oportuno.

Há doutrina que prefere analisar a jurisdição sob três aspectos distintos: poder, função e atividade[1]. O poder jurisdicional é o que permite o exercício da função jurisdicional que se materializa no caso concreto por meio da atividade jurisdicional. Essa intersecção é natural e explicável por tratar-se de um mesmo fenômeno processual, mas, ainda assim, é interessante a análise conforme sugerido porque com isso tem-se uma apuração terminológica sempre bem-vinda. É importante não confundir as expressões "poder jurisdicional", "função jurisdicional" e "atividade jurisdicional".

Entendida como poder, a jurisdição representa o poder estatal de interferir na esfera jurídica dos jurisdicionados, aplicando o direito objetivo ao caso concreto e resolvendo a crise jurídica que os envolve. Há tempos se compreende que o poder jurisdicional não se limita a dizer o direito (*juris-dicção*), mas também de impor o direito (*juris-satisfação*). Realmente de nada adiantaria a jurisdição dizer o direito, mas não reunir condições para fazer valer esse direito concretamente. Note-se que a jurisdição como poder é algo que depende essencialmente de um Estado organizado e forte o suficiente para interferir concretamente na esfera jurídica de seus cidadãos.

Tradicionalmente a jurisdição (*juris-dicção*) era entendida como a atuação da vontade concreta do direito objetivo (Chiovenda), sendo que a doutrina se dividia entre aqueles que

entendiam que essa atuação derivava da sentença fazer concreta a norma geral (Carnelutti) ou criar uma norma individual com base na regra geral (Kelsen). Contemporaneamente, notou-se que tais formas de enxergar a jurisdição estavam fundadas em um positivismo acrítico e no princípio da supremacia da lei, o que não mais atendia as exigências de justiça do mundo atual. Dessa forma, autorizada doutrina passa a afirmar que a jurisdição deveria se ocupar da criação no caso concreto da norma jurídica, resultado da aplicação da norma legal à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais de justiça. Reconhece ainda essa nova visão da jurisdição que não adianta somente a edição da norma jurídica (*juris-dicção*), sendo necessário tutelar concretamente o direito material, o que se fará pela execução (*juris-satisfação*)[2].

Como função, a jurisdição é o encargo atribuído pela Constituição Federal, em regra, ao Poder Judiciário – função típica – e, excepcionalmente, a outros Poderes – função atípica – de exercer concretamente o poder jurisdicional. A função jurisdicional não é privativa do Poder Judiciário, como se constata nos processos de *impeachment* do Presidente da República realizados pelo Poder Legislativo (arts. 49, IX, e 52, I, da CF), ou nas sindicâncias e processos administrativos conduzidos pelo Poder Executivo (art. 41, § 1.º, II, da CF), ainda que nesses casos não haja definitividade. Também o Poder Judiciário não se limita ao exercício da função jurisdicional, exercendo de forma atípica – e bem por isso excepcional – função administrativa (p. ex., organização de concursos públicos) e legislativa (p. ex., elaboração de Regimentos Internos de tribunais)[3].

Como atividade, a jurisdição é o complexo de atos praticados pelo agente estatal investido de jurisdição no processo. A função jurisdicional se concretiza por meio do processo, forma que a lei criou para que tal exercício se fizesse possível. Na condução do processo, o Estado, ser inanimado que é, investe determinados sujeitos do poder jurisdicional para que possa, por meio da prática de atos processuais, exercerem concretamente tal poder. Esse sujeito é o juiz de direito, que por representar o Estado no processo é chamado de “Estado-juiz”.

1.2. EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

O Estado não tem, por meio da jurisdição, o monopólio da solução dos conflitos, sendo admitidas pelo Direito outras maneiras pelas quais as partes possam buscar uma solução do conflito em que estão envolvidas. São chamadas de equivalentes jurisdicionais ou de formas alternativas de solução dos conflitos. Há quatro espécies reconhecidas por nosso direito: autotutela, autocomposição (tradicionalmente chamada de conciliação), mediação e arbitragem.

1.2.1. AUTOTUTELA

É a forma mais antiga de solução dos conflitos, constituindo-se fundamentalmente pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora. Por “força” deve-se entender qualquer poder que a parte vencedora tenha condições de exercer sobre a parte derrotada, resultando na imposição de sua vontade. O fundamento dessa força não se limita ao aspecto físico, podendo-se verificar nos aspectos afetivo, econômico, religioso etc.

É evidente que uma solução de conflitos resultante do exercício da força não é a forma de solução de conflitos que se procura prestigiar num Estado democrático de direito. Aliás, pelo contrário, a autotutela lembra as sociedades mais rudimentares, nas quais a força era sempre determinante para a solução dos conflitos, pouco importando de quem era o direito objetivo no caso concreto. Como, então, a autotutela continua a desempenhar papel de equivalente jurisdicional ainda nos tempos atuais?

Primeiro, é preciso observar que a autotutela é consideravelmente excepcional, sendo raras as previsões legais que a admitem. Como exemplos, é possível lembrar a legítima defesa (art. 188, I, do CC); apreensão do bem com penhor legal (art. 1.467, I, do CC); desforço imediato no esbulho (art. 1.210, § 1.º, do CC). A justificativa é de que o Estado não é onipresente, sendo impossível estar em todo lugar e a todo momento para solucionar violações ou ameaças ao direito objetivo, de forma que em algumas situações excepcionais é mais interessante ao sistema jurídico, diante da ausência do Estado naquele momento, a solução pelo exercício da força de um dos envolvidos no conflito.

Segundo, e mais importante, a autotutela é a única forma de solução alternativa de conflitos que pode ser amplamente revista pelo Poder Judiciário, de modo que o derrotado sempre poderá judicialmente reverter eventuais prejuízos advindos da solução do conflito pelo exercício da força de seu adversário. Trata-se, portanto, de uma forma imediata de solução de conflitos, mas que não recebe os atributos da definitividade, sempre podendo ser revista jurisdicionalmente.

1.2.2. FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

1.2.2.1. Introdução

A valorização das formas alternativas de solução dos conflitos já é demonstrada no art. 3.º do Novo Código de Processo Civil. Nos termos do § 2.º, o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, enquanto o § 3.º prevê que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O Novo Código de Processo Civil, entretanto, não trouxe apenas disposições principiológicas no que se refere às formas consensuais de solução de conflitos. Há uma seção inteira de um capítulo destinada a regulamentar a atividade dos conciliadores e dos mediadores judiciais (arts. 165-175), inclusive fazendo expressamente a distinção entre conciliação (melhor teria sido usar autocomposição) e mediação.

Ainda que por razões óbvias tal seção se limite a regulamentar a mediação ou conciliação quando já instaurado o processo, quando o ideal seria que elas justamente evitassem sua existência, o diploma processual é inovador e sai da abstração do “conciliar é legal” para a criação de uma estrutura e de um procedimento que realmente possa incrementar a conciliação e a mediação como forma de solução do conflito e por consequência a extinção do processo por sentença homologatória da autocomposição.

Entendo extremamente positiva a iniciativa do legislador, até porque, se há essas formas consensuais de solução dos conflitos, é melhor que exista uma estrutura organizada e um procedimento definido e inteligente para viabilizar sua realização da forma mais ampla possível.

Registro, entretanto e uma vez mais, que não vejo a priorização da mediação e, em especial, da conciliação como a panaceia a todos os problemas no campo dos conflitos de interesses. Admito a relevância indiscutível dessas formas de solução de conflitos em determinadas espécies de crises jurídicas, em particular no direito de família e de vizinhança. Admito também que a pacificação social (fim da lide sociológica) pode ser mais facilmente obtida por uma solução do conflito derivada da vontade das partes do que pela imposição de uma decisão judicial (ou arbitral). Considero até que, quanto mais conflitos forem resolvidos fora da jurisdição, haverá menos processos e por consequência o Poder Judiciário poderá funcionar de maneira mais célere e adequada às aspirações do acesso à ordem jurídica justa.

O que me causa extremo desconforto é notar que a valorização da conciliação (a mediação é ainda embrionária entre nós) leve-nos a ver com naturalidade o famoso ditado de que vale mais um acordo ruim do que um processo bom. Ao se concretizar tal estado de coisas, estaremos definitivamente renunciando ao respeito do direito material e decretando a falência do Poder Judiciário.

Por outro lado, em especial em determinadas áreas do direito material, como o direito consumerista, a distância econômica entre o litigante contumaz (fornecedor) e o litigante eventual

(consumidor) gera transações – ou conciliações a depender do sentido emprestado ao termo – absolutamente injustas e que passam longe da tão propalada pacificação social. Se parece interessante por variadas razões para o fornecedor, para o consumidor a transação é muitas vezes um ato de necessidade, e não de vontade, de forma que esperar que ele fique satisfeito pela solução do conflito é de uma ingenuidade e, pior, de uma ausência de análise empírica preocupantes.

E há mais, porque, ao se consolidar a política da conciliação em substituição à jurisdição, o desrespeito às normas de direito material poderá se mostrar vantajoso economicamente para sujeitos que têm dinheiro e estrutura para aguentar as agruras do processo e sabem que do outro lado haverá alguém lesado que aceitará um acordo, ainda que desvantajoso, somente para se livrar dos tormentos de variadas naturezas que o processo atualmente gera. O desrespeito ao direito material passará a ser o resultado de um cálculo de risco-benefício realizado pelos detentores do poder econômico, em desprestígio evidente do Estado Democrático de Direito.

1.2.2.2. Espécies

1.2.2.2.1. Autocomposição

A autocomposição é uma interessante e cada vez mais popular forma de solução dos conflitos sem a interferência da jurisdição, estando fundada no sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvidas no conflito mediante a vontade unilateral ou bilateral de tais sujeitos. O que determina a solução do conflito não é o exercício da força, como ocorre na autotutela, mas a vontade

das partes, o que é muito mais condizente com o Estado democrático de direito em que vivemos. Inclusive é considerado atualmente um excelente meio de pacificação social porque inexiste no caso concreto uma decisão impositiva, como ocorre na jurisdição, valorizando-se a autonomia da vontade das partes na solução dos conflitos.

A autocomposição é um gênero, do qual são espécies a transação – a mais comum –, a submissão e a renúncia. Na transação há um sacrifício recíproco de interesses, sendo que cada parte abdica parcialmente de sua pretensão para que se atinja a solução do conflito. Trata-se do exercício de vontade bilateral das partes, visto que quando um não quer dois não fazem a transação. Na renúncia e na submissão o exercício de vontade é unilateral, podendo até mesmo ser consideradas soluções altruístas do conflito, levando em conta que a solução decorre de ato da parte que abre mão do exercício de um direito que teoricamente seria legítimo. Na renúncia, o titular do pretenso direito simplesmente abdica de tal direito, fazendo-o desaparecer juntamente com o conflito gerado por sua ofensa, enquanto na submissão o sujeito se submete à pretensão contrária, ainda que fosse legítima sua resistência.

> Marina pretende obter 10, mas Aline só está disposta a pagar 5. Havendo um sacrifício recíproco, as partes podem se autocompor por qualquer valor entre 5 e 10 (transação). Marina, por outro lado, pode abdicar do direito de crédito de 10 (renúncia). Finalmente, Aline poderia, mesmo acreditando ser devedora de apenas 5, pagar a Marina os 10 cobrados (submissão).

Cumpre observar que, embora sejam espécies de

autocomposição, e por tal razão formas de equivalentes jurisdicionais, a transação, a renúncia e a submissão podem ocorrer também durante um processo judicial, sendo que a submissão nesse caso é chamada de reconhecimento jurídico do pedido, enquanto a transação e a renúncia mantêm a mesma nomenclatura. Verificando-se durante um processo judicial, o juiz homologará por sentença de mérito a autocomposição (art. 487, II, III, V, do Novo CPC), com formação de coisa julgada material. Nesse caso, é importante perceber que a solução do conflito deu-se por autocomposição, derivada da manifestação da vontade das partes, e não da aplicação do direito objetivo ao caso concreto (ou ainda da criação da norma jurídica), ainda que a participação homologatória do juiz tenha produzido uma decisão apta a gerar a coisa julgada material. Dessa forma, tem-se certa hibridez: substancialmente o conflito foi resolvido por autocomposição, mas formalmente, em razão da sentença judicial homologatória, há o exercício de jurisdição.

Atualmente nota-se um incremento na autocomposição, em especial na transação, o que segundo parcela significativa da doutrina representa a busca pela solução de conflitos que mais gera a pacificação social, uma vez que as partes, por sua própria vontade, resolvem o conflito e dele saem sempre satisfeitas. Ainda que tal conclusão seja bastante discutível, por desconsiderar no caso concreto as condições concretas que levaram as partes, ou uma delas, à autocomposição, é inegável que a matéria “está na moda”. Nesse tocante, é imprescindível que se tenha a exata noção de qual papel desempenham na autocomposição a negociação, a conciliação e a mediação.

Pela negociação as partes chegam a uma transação sem a intervenção de um terceiro, enquanto na conciliação há a presença de um terceiro (conciliador) que funcionará como intermediário entre as partes. O conciliador não tem o poder de decidir o conflito, mas pode desarmar os espíritos e levar as partes a exercer suas vontades no caso concreto para resolver o conflito de interesse.

1.2.2.2.2. Mediação

A mediação é forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, o que é o suficiente para ser considerada espécie de forma consensual do conflito, mas não deve ser confundida com a autocomposição. Há ao menos três razões que indicam aconselhável distinguir essas duas espécies de solução consensual dos conflitos.

Como primeira e principal diferença tem-se a inexistência de sacrifício total ou parcial dos interesses das partes envolvidas na crise jurídica. É nesse sentido a previsão de solução com "benefícios mútuos" presente no § 3º do art. 165 do Novo CPC. Para que seja possível uma solução consensual sem sacrifício de interesses, diferente do que ocorre na conciliação, a mediação não é centrada no conflito em si, mas sim em suas causas.

A mera perspectiva de uma solução de conflitos sem qualquer decisão impositiva e que preserve plenamente o interesse de ambas as partes envolvidas no conflito torna a mediação ainda mais interessante que a autocomposição em termos de geração de pacificação social.

Por outro lado, diferente do conciliador, o mediador não

propõe soluções do conflito às partes, mas as conduz a descobrirem as suas causas de forma a possibilitar sua remoção e assim chegarem à solução do conflito. Portanto, as partes envolvidas chegam por si sós à solução consensual, tendo o mediador apenas a tarefa de induzi-las a tal ponto de chegada[4]. O sentimento de capacidade que certamente será sentido pelas partes também é aspecto que torna a mediação uma forma alternativa de solução de conflitos bastante atraente.

> Numa ação de indenização por dano moral em razão de policial militar armado ser barrado no ingresso à agência bancária, o autor pretende obter R$ 10.000,00 e a instituição financeira não pretende pagar qualquer valor. O conciliador tentará convencer a instituição financeira a pagar algum valor e o policial a receber menos do que pretendia originariamente. Já o mediador induzirá as partes a chegarem, por si só, a outras soluções, como um pedido oficial de desculpas, a fixação de aviso em todas as portas de agências bancárias de como deve proceder o policial que pretenda ingressar armado etc.

A última diferença entre a mediação e a conciliação (autocomposição) está consagrada nos §§ 2º e 3º do art. 165 do Novo CPC e versa sobre as espécies de litígios mais adequados para a atuação do conciliador e do mediador.

O conciliador deve atuar preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes. Significa dizer que a conciliação é mais adequada para conflitos de interesses que não envolvam relação continuada entre as partes, que passaram a manter um vínculo justamente em razão da lide instaurada, como ocorre numa colisão de veículos. Ou ainda para aquelas partes que

têm uma relação anterior pontual, tendo a lide surgido justamente desse vínculo, como ocorre num contrato celebrado para a compra de um produto ou para a prestação de um serviço.

Já o mediador deve atuar preferencialmente nos casos em que tiver havido liame anterior entre as partes. São casos em que as partes já mantinham alguma espécie de vínculo continuado antes do surgimento da lide, o que caracteriza uma relação continuada e não apenas instantânea entre elas, como ocorre no direito de família, de vizinhança e societário.

1.2.2.2.3. Tratamento procedimental da conciliação (autocomposição) e mediação

1.2.2.2.3.1. Introdução

O Código de Processo Civil dedica uma Seção inteira para as formas consensuais de solução de conflitos sob o título “Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais”. Ainda que nos parágrafos do art. 165 do Novo CPC haja a distinção entre a conciliação e a mediação, o diploma processual trata as duas formas consensuais, ao menos em termos de estrutura e procedimento, do mesmo modo, com previsões legais aplicáveis a ambas.

1.2.2.2.3.2. Centros judiciários de solução consensual de conflitos

Segundo o art. 165, *caput*, do Novo CPC, deverão os tribunais criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, que ficarão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

A iniciativa é interessante por duas razões.

Sob a perspectiva microscópica, retira do juiz da causa a tarefa de tentar junto às partes a conciliação e a mediação, ainda que residualmente possa continuar a exercer tal atividade na constância do processo caso seja frustrada a tentativa realizada no início do procedimento pelo centro judiciário de solução consensual de conflitos. Vejo como medida positiva porque o juiz nem sempre é a pessoa mais indicada para exercer tal atividade, primeiro porque pode não ter a técnica necessária e, em segundo, porque pode ser acusado de prejulgamento na hipótese de uma participação mais ativa na tentativa de obter a conciliação ou a mediação. Ao criar um órgão que não pode prejulgar porque não tem competência para julgar e formado por pessoas devidamente capacitadas, tais problemas são superados.

Sob a perspectiva macroscópica, a novidade é interessante porque, além da atuação pontual nos processos, o centro judiciário de solução consensual de conflitos ficará responsável pelo desenvolvimento, publicação e adoção de políticas voltadas à conciliação e á mediação, em atividade essencial para a mudança da mentalidade litigiosa das partes e de seus patronos.

Os centros previstos pelo dispositivo ora comentado serão vinculados a tribunais de segundo grau na Justiça Estadual e Federal, cabendo a eles a definição de sua composição e organização, nos termos do § 1.º do art. 165 do Novo CPC. Para evitar que as regionalidades tornem tais centros excessivamente heterogêneos, o mesmo dispositivo condiciona a atuação dos tribunais locais às normas do Conselho Nacional de Justiça, que

deve regulamentar as diretrizes fundamentais de composição e organização, deixando alguma margem para os tribunais locais atenderem as especialidades regionais. Já há, inclusive, normas nesse sentido na Resolução 125/2010 do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

1.2.2.2.3.3. Local físico da conciliação e mediação

Com a criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, o ideal é que exista espaço físico exclusivo para o desempenho das atividades dos conciliadores e mediadores, o que certamente otimizará a realização do trabalho. Além disso, ao não serem as sessões realizadas na sede do juízo, diminui-se o aspecto de litigiosidade e formalidade associado ao Poder Judiciário, o que poderá psicologicamente desarmar as partes e facilitar a solução consensual.

Acredito que a curto ou médio prazo essa possa a vir a ser a realidade nas comarcas e seções judiciárias que são sede do Tribunal, e até mesmo em foros mais movimentados que não sejam sede do Tribunal. Contudo, acreditar que essa será a realidade, e aí mesmo em longo prazo, para todas as comarcas, seções e subseções judiciárias do Brasil é irrazoável e discrepante de nossa realidade. Se muitas vezes até mesmo a sede do juízo é de uma precariedade indesejável, custa crer que sejam criados espaços físicos com o propósito exclusivo de abrigar os centros judiciários de solução consensual de conflitos.

Nesse sentido, deveria ser interpretada a regra consagrada no projeto de lei aprovado na Câmara ao prever que excepcionalmente

as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderiam realizar-se nos próprios juízos, exceção, inclusive, já consagrada no art. 8.º, § 1.º, da Resolução 125/2010 do CNJ. A interpretação, entretanto, não era a única possível e não excluía a possibilidade de que, mesmo existindo no foro um local específico para a atuação dos centros ora analisado, a sessão ocorresse na sede do juízo sempre que tal local se mostrasse o mais adequado para a realização do ato.

Seja qual for a razão, mesmo realizando-se na sede do juízo, a sessão ou audiência de conciliação ou mediação seria conduzida pelos conciliadores e mediadores, com o que se manteria o afastamento do juiz dessa atividade, pelo menos no momento inicial do procedimento. Segundo o art. 8.º, § 1.º, da Resolução 125/2010 do CNJ, nesse caso caberá a supervisão dos trabalhos dos mediadores e conciliadores ao Juiz Coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

Influenciado por notas técnicas da AGU e da AJUFE, o Senado assim fundamentou a exclusão da regra do texto final do Novo CPC na Emenda 2.3.2.64: “O § 2.º do art. 166 do SCD estabelece uma regra desnecessária e inserta na alçada administrativa do juízo de conveniência e oportunidade do próprio Poder Judiciário, ao fixar que, excepcionalmente, as audiências e as sessões de conciliação poderão realizar-se nos próprios juízos sob a condução de conciliadores e mediadores. Além disso, esse dispositivo termina por inutilizar o espaço dedicado à autocomposição, que são os centros judiciários, ao recomendarem indiretamente a usurpação do local de atuação típica do juiz, o

juízo”.

São insuficientes as razões apresentadas, e a supressão dessa regra no texto final do Novo CPC aprovado pelo Senado tende a ser ineficaz diante do já previsto no art. 8.º, § 1.º, da Resolução 125/2010 do CNJ. Naturalmente seria melhor ter essa regra consagrada em lei, e por isso criticável a postura do Senado a respeito do tema.

1.2.2.2.3.4. Conciliador e mediador

Apesar das diferenças em termos de atuação existentes e já devidamente analisadas entre o conciliador e o mediador, o Novo Código de Processo Civil os equipara em outros aspectos.

Nos termos do § 1.º do art. 167 do Novo CPC, é requisito mínimo para a capacitação dos mediadores e conciliadores a aprovação em curso a ser realizado por entidade credenciada, cujo parâmetro curricular será definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. Entendo que, mesmo havendo convênio formal do Poder Judiciário com entidades privadas, esse requisito deve ser mantido, de forma que mesmo aqueles que não estejam vinculados diretamente às câmaras de conciliação e mediação devam ter certificado do curso supracitado para poderem atuar nas mediações e conciliações judiciais.

Registre-se que o art. 11 da Lei 13.140/2015 cria um novo requisito não previsto no Novo Código de Processo Civil: graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação.

Não há necessidade de os conciliadores e mediadores serem advogados, o que deve ser saudado. As técnicas de conciliação e mediação não dependem de conhecimento jurídico, sendo imprescindível que, além de operadores do Direito, outros profissionais, em especial aqueles acostumados a lidar com pessoas e conflitos entre eles, possam atuar como mediadores e conciliadores.

Sendo advogado, estará impedido de exercer a advocacia nos juízos em que exerça suas funções. O impedimento poderá diminuir o interesse dos advogados naquelas comarcas menores onde o advogado teria que optar entre as atividades: advocacia ou mediação e conciliação, sendo difícil crer que o advogado abrirá mão da advocacia para se limitar à atividade de solução consensual de conflitos. Nesse caso os profissionais de outras áreas serão imprescindíveis. E o art. 172 do Novo CPC prevê que o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes, o que é importante para evitar o aliciamento de clientes.

Parece razoável que tais impedimentos, já que previstos em lei, sejam estendidos à sociedade de advogados a que pertença o conciliador ou mediador, sob pena de se esvaziarem os objetivos pretendidos pelo legislador[5].

Também existe a possibilidade de o tribunal optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido mediante concurso público de provas e títulos. Acredito que nesse

caso a condição formal para a inscrição no concurso seja ser possuidor de certificado emitido por entidade responsável por ministrar o curso de capacitação.

Tratando-se de formas consensuais de solução de conflitos, é natural que a vontade das partes já seja prestigiada desde o momento da escolha do terceiro responsável pela intermediação entre elas. Feliz nesse sentido o art. 168 do Novo CPC ao indicar que cabe às partes escolher o conciliador ou o mediador, inclusive sujeitos não cadastrados junto ao tribunal ou câmara privada, não sendo, inclusive, necessária a qualificação formal exigida para os mediadores e conciliadores cadastrados no Tribunal[6]. Nesse tocante deve ser registrado o previsto no art. 25 da Lei 13.140/2015 ao prever que os mediadores não estão sujeitos à prévia aceitação das partes. Entendo que não haja aceitação prévia, o que não significa dizer que as partes estarão vinculadas a um conciliador ou mediador contra a sua vontade.

O disposto no art. 168, § 3.º, do Novo CPC deve ser aplicado com ressalvas. Segundo o dispositivo legal, sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador. Essa pluralidade de intermediários deve ser reservada para situações excepcionais, nas quais realmente seja imprescindível a presença de diferentes sujeitos com formações distintas. Além do encarecimento gerado pela presença de mais de um mediador ou conciliador, essa multiplicidade pode tornar a mediação ou conciliação mais complexa do que seria necessário, demandando mais tempo para chegar a um resultado positivo.

1.2.2.2.3.5. Princípios das formas consensuais de solução dos

conflitos

1.2.2.2.3.5.1. Introdução

Ainda que notoriamente sejam formas consensuais de solução de conflitos diferentes, a mediação e a conciliação são informadas pelos mesmos princípios, concentrados no art. 166 do Novo CPC. O dispositivo é bastante próximo do art. 1.º do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, ainda que não traga entre os princípios o da competência, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

1.2.2.2.3.5.2. Independência

Os conciliadores e mediadores devem atuar de forma independente, sem sofrerem qualquer espécie de pressão interna ou externa. Nos termos do art. 1.º, V, do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, a independência também permite ao conciliador e ao mediador deixar de redigir solução ilegal ou inexequível, em nítida prevalência da ordem jurídica e da eficácia da solução do conflito em detrimento da vontade das partes. Trata-se do princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes, constante expressamente da norma administrativa, mas não presente no art. 166, *caput*, do Novo CPC.

1.2.2.2.3.5.3. Imparcialidade

O mediador deve ser imparcial, ou seja, não pode com sua atuação deliberadamente pender para uma das partes e com isso induzir a parte contrária a uma solução que não atenda às finalidades do conflito. Também o conciliador deve ser imparcial porque, quando apresenta propostas de solução dos conflitos, deve ter como propósito a forma mais adequada à solução do conflito, e

não a vantagem indevida de uma parte sobre a outra.

Ao tratar do tema da imparcialidade na conciliação e mediação, o inciso IV do art. 1.º do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ prevê o dever de agirem com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.

Segundo o art. 5º, *caput*, da Lei 13.140/2015, aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz, o mesmo se podendo dizer do conciliador. Nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Lei 13.140/2015, a pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

O § 3.º do art. 166 do Novo CPC consagra a importante distinção entre inércia e imparcialidade ao apontar que o emprego de técnicas negociais com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição não ofende o dever de imparcialidade do conciliador e do mediador. Significa que cabe ao terceiro imparcial atuar de forma intensa e presente, valendo-se de todas as técnicas para as quais deve estar capacitado, sem que se possa falar em perda da imparcialidade em sua atuação.

1.2.2.2.3.5.4. Normalização do conflito

Curiosamente, o princípio da normalização do conflito foi suprimido pelo Senado do texto final do art. 166, *caput*, do Novo CPC. Mais uma opção incompreensível de corte ao texto aprovado pela Câmara, mas nesse caso ineficaz, já que os princípios que norteiam a conciliação e a mediação não dependem da vontade do legislador.

A normalização do conflito juridicamente decorre de sua solução, mas sociologicamente o conflito só será "normalizado" se as partes ficarem concretamente satisfeitas com a solução consensual do conflito a que chegaram. O apaziguamento dos ânimos normaliza o conflito no plano fático, resolvendo a chamada lide sociológica. Já demonstrei minha preocupação com a falsa impressão de que o simples fato de a solução resultar da vontade das partes é garantia de pacificação social, quando a situação entre as partes praticamente impõe a vontade de uma sobre a outra, em especial quando uma delas apresenta hipossuficiência técnica e/ou econômica.

Apesar de não estarem expressamente previstos como princípios no *caput* do art. 166 do Novo CPC, entendo que os princípios do empoderamento e da validação podem ser considerados como inseridos no princípio da normalização do conflito. Nos termos dos incisos VII e VIII do art. 1.º do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, os conciliadores e mediadores têm o dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolver seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição (empoderamento) e o dever de estimular os interessados a se perceberem reciprocamente como

seres humanos merecedores de atenção e respeito (validação).

1.2.2.2.3.5.5. Autonomia da vontade

Não há como falar em solução consensual do conflito sem autonomia de vontade das partes. Se houve um consenso entre elas, ele só pode ter decorrido de um acordo de vontade. E a vontade não pode ser viciada sob pena de tornar a solução do conflito nula.

A autonomia da vontade não se limita ao conteúdo da solução consensual do conflito, valendo também para o procedimento da conciliação e mediação, sendo justamente nesse sentido o § 4.º do art. 166 do Novo CPC. Esse poder das partes também é chamado de princípio da liberdade ou da autodeterminação, abrangendo a forma e o conteúdo da solução consensual.

1.2.2.2.3.5.6. Confidencialidade

O princípio da confidencialidade se justifica como forma de otimizar a participação das partes e com isso aumentarem-se as chances de obtenção da solução consensual. Muitas vezes as partes ficam inibidas durante a conciliação ou mediação em fornecer dados ou informações que possam posteriormente lhes prejudicar numa eventual decisão impositiva do conflito ou, ainda sobre questões de sua vida íntima[7]. Retraídas em suas manifestações e desconfiadas de que aquilo que falarem poderá ser usado contra elas, preferem atuar de forma tímida em prejuízo da solução consensual.

Nos termos do § 1.º do artigo ora comentado, a confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim

diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. O dispositivo consagra a confidencialidade plena, atinente a tudo o que ocorreu e foi dito na sessão ou audiência de conciliação e mediação. As partes podem deliberar, entretanto, que o teor da audiência ou sessão seja utilizado para quaisquer fins, em prestígio ao princípio da autonomia da vontade.

Em regra, portanto, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação, o que cria uma singular hipótese de impedimento para funcionar como testemunha no processo em que foi frustrada a conciliação ou mediação ou mesmo em outros que envolvam os fatos tratados na tentativa frustrada de solução consensual do conflito.

Além de deliberação expressa das partes nesse sentido, a confidencialidade também deve ser excepcionada, nos termos art. 1.º, I, Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, na hipótese de violação à ordem pública ou às leis vigentes.

A confidencialidade e suas exceções são reguladas pela Secção IV (arts. 30 e 31) da Lei 13.140/2015.

1.2.2.2.3.5.7. Oralidade

Ao consagrar como princípio da conciliação e da mediação a oralidade, o art. 166, *caput*, do Novo CPC permite a conclusão de que as tratativas entre as partes e o terceiro imparcial serão orais, de forma que o essencial do conversado entre as partes e o conciliador ou mediador não conste do termo de audiência ou da sessão realizada. Nada impede que o conciliador e, em especial o

mediador, se valha durante a sessão ou audiência de escritos resumidos das posições adotadas pelas partes e dos avanços obtidos na negociação, mas estes servirão apenas durante as tratativas, devendo ser descartados após a conciliação e a mediação.

A oralidade tem três objetivos: conferir celeridade ao procedimento, prestigiar a informalidade dos atos e promover a confidencialidade, já que restará escrito o mínimo possível[8].

Naturalmente, a oralidade se limita às tratativas e conversas prévias envolvendo as partes e o terceiro imparcial, porque a solução em si do conflito deve ser sempre reduzida a termo, sendo indispensável a forma documental escrita da solução consensual do conflito. Registre-se corrente doutrinária que defende a dispensa de tal acordo escrito na mediação porque sua necessidade poderia restaurar a desconfiança entre as partes e prejudicar sua relação futura[9]. Acredito que a dispensa do ato escrito se justifica e pode ocorrer na mediação extrajudicial, mas, já havendo processo em trâmite, será preciso algum termo que demonstre terem as partes chegado ao acordo para que o juiz possa extinguir o processo por sentença homologatória da autocomposição. O espírito de não restaurar desconfianças entre as partes pode levar a um simples termo de acordo, sem precisar as obrigações das partes, mas nesse caso a sentença homologatória será inexequível diante do inadimplemento em razão da incerteza da obrigação.

1.2.2.2.3.5.8. Informalidade

A informalidade incentiva o relaxamento e este leva a uma descontração e tranquilidade natural das partes. Todos aqueles

rituais processuais assustam as partes e geram natural apreensão, sendo nítida a tensão dos não habituados a entrar numa sala de audiência na presença de um juiz. Se ele estiver de toga, então, tudo piora sensivelmente. Esse efeito pode ser confirmado com a experiência dos Juizados Especiais, nos quais a informalidade é um dos traços mais elogiados pelos jurisdicionados.

Sendo o objetivo da conciliação ou mediação uma solução que depende da vontade das partes, nada mais natural que eles se sintam tanto quanto o possível mais relaxadas e tranquilas, sentimentos que colaboram no desarmamento dos espíritos e por consequência otimizam as chances de uma solução consensual do conflito.

Por outro lado, diante das variedades de situações a que são colocados os conciliadores e mediadores a cada sessão ou audiência, a necessidade de uma flexibilização procedimental é a única maneira de otimizar os resultados dessas formas de solução de conflitos[10]. Um procedimento rígido engessaria o conciliador e o mediador, prejudicando sensivelmente sua atuação e com isso diminuindo as chances de sucesso. Mesmo no processo, com a adoção da tutela diferenciada, reconhece-se que o juiz deve adequar o procedimento às exigências do caso concreto para efetivamente tutelar o direito material. Na conciliação ou mediação, com maior razão – a decisão é consensual – os conciliadores e mediadores devem adaptar o procedimento às exigências do caso concreto.

1.2.2.2.3.5.9. Decisão informada

Segundo o art. 1.º, II, do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, o princípio da decisão informada cria o dever ao conciliador e

ao mediador de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido. Ainda que as formas consensuais independam do direito material real ou imaginado de cada parte envolvida, devem elas ter a exata dimensão a respeito dos aspectos fáticos e jurídicos do conflito em que estão envolvidas. Esse dever do conciliador e mediador não se confunde com sua parcialidade, porque, ao prestar tais esclarecimentos fáticos e jurídicos às partes, deve atuar com isenção e sem favorecimentos ou preconceitos.

A adoção desse princípio no art. 166, *caput*, do Novo CPC, entretanto, sugere uma intrigante questão. Não há exigência de que o conciliador e o mediador tenham formação jurídica, de forma que profissionais de qualquer área poderão se capacitar para o exercício da função. E essa capacitação, naturalmente, não envolve conhecimentos jurídicos amplos, mas apenas aqueles associados à sua atividade, além das técnicas necessárias para se chegar à solução consensual dos conflitos. Como exatamente exigir dessas pessoas, sem qualificação jurídica, que mantenham o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos?

Consagrado também no art. 1.º, II, do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, o princípio da decisão informada não passava por tal problema, já que o art. 7.º da referida resolução apontava apenas magistrados da ativa ou aposentados e servidores do Poder Judiciário como aptos a compor os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.

1.2.2.2.3.5.10. Isonomia entre as partes

Nos termos do art. 2º, II, da Lei 13.140/2015, a isonomia entre

as partes é um dos princípios da mediação. Independentemente da compreensão de que espécie de isonomia trata o texto legal, o certo é que tal princípio é exclusivo da mediação, não se devendo, portanto, aplicá-lo à conciliação.

Caso se entenda que a isonomia exigida pelo art. 2º, II, da Lei 13.140/2015 é a material, a mediação ficará restrita aquelas hipóteses em que não exista qualquer espécie de hipossuficiência ou vulnerabilidade de uma das partes. Não parece, entretanto, ser a solução mais consentânea com a amplitude pretendida para a mediação dentro das formas de solução dos conflitos.

A outra forma de interpretar a isonomia exigida pelo dispositivo legal ora analisado é a procedimental, ou seja, as partes, mesmo que não tenham a isonomia material, no procedimento de mediação devem ser tratadas igualmente, tendo as mesmas oportunidades de manifestação e com participação equânime. Parece ser esse o melhor entendimento[11].

1.2.2.2.3.5.11. Busca do consenso

Ainda que a mediação não tenha como objetivo único a obtenção de sua solução consensual do conflito, é inegável que chegar a tal resultado tem extrema relevância no plano das soluções consensuais dos conflitos. Não à toa o art. 2º, VI, da Lei 13.140/2015 prevê a busca do consenso como um dos princípios da mediação.

O mediador, portanto, deve buscar de forma cooperativa com as partes a solução consensual do conflito. Como informa a melhor doutrina, deve adotar técnicas de negociação para que o consenso

seja atingido, como o modelo criado pela Escola de Harvard, orientado por quatro diretrizes básicas: (a) separar as pessoas dos problemas; (b) focar em interesses e não em posições; (c) inventar opção de ganhos mútuos; (d) insistir em critérios objetivos para ponderação das opções criadas[12].

1.2.2.2.3.6. Cadastros

Os habilitados a realizar a mediação e conciliação constarão de dois diferentes cadastros: um nacional e outro regional a cargo dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais. Ainda que não haja expressa previsão nesse sentido, tudo leva a crer que o cadastro nacional ficará a cargo do Conselho Nacional de Justiça.

Uma vez realizado o registro dos conciliadores e mediadores, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde ele atuará os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

Essa exigência de distribuição aleatória e alternada de trabalho entre os mediadores e conciliadores prestigia a imparcialidade, evitando-se dessa forma a escolha do mediador e conciliador com objetivos escusos. Havendo acordo das partes a respeito do responsável pela mediação ou conciliação, ainda que recaindo sobre alguém não cadastrado, a vontade das partes deve se sobrepor à regra legal ora analisada, nos termos do § 1.º do art. 168 do Novo CPC.

Além de prever os habilitados para o exercício da mediação e

da conciliação, os cadastros conterão outras importantes informações. Nos termos do § 3.º do art. 167 do Novo CPC do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

Nos termos do § 4.º do art. 167 do Novo CPC, todos os dados referentes à participação dos mediadores e conciliadores, sua taxa de sucesso, as matérias objeto da tentativa de autocomposição e outras que o tribunal entender relevantes serão tornados públicos, ao menos uma vez por ano. A compilação desses dados e sua divulgação têm dois propósitos: dar conhecimento do andamento dos trabalhos à população em geral e permitir uma análise estatística do trabalho individual e coletivamente conduzido. Tal forma de controle tem como mérito a avaliação das formas alternativas de solução consensual de conflitos, dos mediadores e conciliadores e das câmaras que prestarão tal serviço.

1.2.2.2.3.7. Remuneração do conciliador e do mediador

A atividade de conciliação e mediação será em regra remunerada, com pagamento de valores previstos em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. Tal remuneração não será devida se os tribunais criarem quadros próprios mediante concurso público, e também não será devida se o mediador ou conciliador aceitar realizar o trabalho de forma voluntária, observadas a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

Nos termos do art. 13 da Lei 13.140/2015 os mediadores judiciais serão remunerados pelas partes em valores fixados pelos tribunais, sendo garantida aos necessitados a gratuidade (art. 4.º, § 2.º).

Como o pagamento será realizado pelas partes, surge interessante questão a respeito deste quando a parte for beneficiária dos benefícios da assistência judiciária. Tratando-se de serviço prestado pelo Poder Judiciário, o próprio Estado deverá arcar com o pagamento, mas tal solução não pode ser aplicada na hipótese de o serviço ser prestado por câmara privada de conciliação e mediação. Nesse caso, como forma de contrapartida a seu credenciamento, os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas por tais entidades privadas. Na hipótese de serem necessárias mais audiências do que aquelas previstas originariamente, entendo que o Estado deve pagar às entidades privadas pela realização da atividade.

1.2.2.2.3.8. Impedimento do conciliador e do mediador

Não há previsão expressa a respeito das causas que levam ao impedimento e à suspeição do conciliador e mediador, devendo nesse caso ser aplicadas por analogia as causas de parcialidade previstas para o juiz. Apesar de o art. 170 do Novo CPC mencionar apenas o impedimento do mediador ou conciliador, entendo o dispositivo aplicável também para a hipótese de sua suspeição. Havendo causa de parcialidade por impedimento ou suspeição, o mediador ou conciliador comunicará imediatamente sua parcialidade, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz da causa ou coordenador do centro judiciário, quando

caberá uma nova distribuição. O mesmo procedimento deve ser adotado quando a causa da parcialidade seja apurada durante a conciliação e mediação, sendo que nesse caso será lavrada uma ata com relatório do ocorrido e solicitação para a nova distribuição.

O art. 172 do Novo CPC consagra uma hipótese específica de impedimento do conciliador e mediador: contado do término da última audiência em que aturaram, ficam impedidos de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes pelo prazo de um ano. Essa causa de impedimento é interessante porque impede que o conciliador ou o mediador se valha de seu posto para prospectar clientes e com isso ser levado a beneficiar uma das partes em detrimento da outra.

Há outra hipótese de impedimento previsto pelo art. 7º da Lei 13.140/2015, que veda a participação do mediador como árbitro em processo arbitral pertinente a conflito em que tenha atuado como mediador, bem como o torna impedido de testemunhar em processos judiciais ou arbitrais que tenham como objeto o mesmo conflito que foi objeto da tentativa de mediação.

Havendo qualquer causa de impossibilidade temporária do exercício da função, cabe ao mediador ou conciliador informar tal situação ao centro, de preferência por meio eletrônico, solicitando a retirada de seu nome da distribuição enquanto perdurar a impossibilidade.

1.2.2.2.3.9. Causas de exclusão

A exclusão do cadastro de conciliadores e mediadores depende de processo administrativo, sendo duas as causas que a justificam:

agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade, ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1.º e 2.º, do Novo CPC, e atuar em procedimento de mediação ou conciliação apesar de impedido ou suspeito.

Apesar da necessidade de processo administrativo para a exclusão de mediador ou conciliador do cadastro, pelas condutas previstas nos dois incisos do art. 174 do Novo CPC, é possível que o juiz da causa ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação determine a suspensão temporária do conciliador ou mediador pelo prazo máximo de cento e oitenta dias caso verifique atuação inadequada do mediador ou conciliador. O afastamento temporário das atividades depende da prolação de decisão fundamentada, que será precedida de imediata comunicação ao tribunal para a instauração do processo administrativo.

1.2.2.2.3.10. Solução consensual no âmbito administrativo

O art. 174 do Novo CPC prevê a criação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios de câmaras de mediação e conciliação voltadas à solução consensual de conflitos no ambiente administrativo. Tal câmara poderá, entre outras atividades compatíveis com a sua finalidade, dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública, e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A possibilidade de soluções consensuais para conflitos envolvendo órgãos e entidade da administração pública é

irrefutável. E por duas razões: primeiro, porque nem todo direito defendido pela Administração Pública é indisponível, devendo se diferenciar as relações jurídicas de direito material de natureza administrativa e de natureza civil das quais participa a Administração Pública. Segundo, porque mesmo no direito indisponível é possível a transação a respeito das formas e prazos de cumprimento da obrigação, exatamente como ocorre no processo coletivo. Há, inclusive, no inciso III do art. 174 do Novo CPC a menção à possibilidade de promoção de termo de ajustamento de conduta pelas câmaras criadas para a solução de conflitos no ambiente administrativo, que necessariamente compreenderão conflitos coletivos envolvendo a Fazenda Pública.

1.2.2.2.3.11. Conciliação e mediação extrajudiciais

O art. 175 do Novo CPC se preocupa em esclarecer que a seção do CPC destinada à conciliação e à mediação judiciais não exclui outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes. Essas formas extrajudiciais de solução dos conflitos são reguladas pela Lei 13.140/2015, sendo as regras consagradas no Novo Código de Processo Civil a respeito do tema aplicadas apenas no que couber às câmaras privadas de conciliação e medição.

1.2.3. ARBITRAGEM

A arbitragem é antiga forma de solução de conflitos fundada, no passado, na vontade das partes de submeterem a decisão a um determinado sujeito que, de algum modo, exercia forte influência sobre elas, sendo, por isso, extremamente valorizadas suas decisões. Assim, surge a arbitragem, figurando como árbitro o ancião ou o líder religioso da comunidade, que intervinha no conflito para resolvê-lo imperativamente.

Atualmente, a arbitragem mantém as principais características de seus primeiros tempos, sendo uma forma alternativa de solução de conflitos fundada basicamente em dois elementos:

(i) as partes escolhem um terceiro de sua confiança que será responsável pela solução do conflito de interesses e,

(ii) a decisão desse terceiro é impositiva, o que significa que resolve o conflito independentemente da vontade das partes.

A Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) disciplina essa forma de solução de conflitos, privativa dos direitos disponíveis. Registre-se posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que admite a arbitragem em contratos administrativos envolvendo o Estado, tomando-se por base a distinção entre direito público primário e secundário. Nesse entendimento para a proteção do interesse público, o Estado pratica atos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade em prol da coletividade admite a solução por meio da arbitragem[13].

Após alguma vacilação na doutrina e jurisprudência, venceu a

tese mais correta de que a arbitragem não afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5.º, XXXV, da CF. O Supremo Tribunal Federal corretamente entendeu que a escolha entre a arbitragem e a jurisdição é absolutamente constitucional, afirmando que a aplicação da garantia constitucional da inafastabilidade é naturalmente condicionada à vontade das partes[14]. Se o próprio direito de ação é disponível, dependendo da vontade do interessado para se concretizar por meio da propositura da demanda judicial, também o será o exercício da jurisdição na solução do conflito de interesse.

Nesse sentido é elogiável o art. 3.º, *caput*, do Novo CPC ao prever que não se excluirá da apreciação jurisdicional a ameaça ou lesão a direito, salvo os conflitos de interesses voluntariamente submetidos à solução arbitral. Ainda que seja apenas a consagração de uma realidade atualmente incontestável, é interessante o dispositivo explicitar tal realidade.

Questão interessante a respeito da arbitragem diz respeito a sua genuína natureza de equivalente jurisdicional. Ainda que a doutrina majoritária defenda tal entendimento[15], é preciso lembrar que importante parcela doutrinária defende a natureza jurisdicional da arbitragem, afirmando que atualmente a jurisdição se divide em jurisdição estatal, por meio da jurisdição, e jurisdição privada, por meio da arbitragem[16]. Para se ter uma ideia da confusão nesse tocante, registre-se julgado do Superior Tribunal de Justiça que ora trata a arbitragem como equivalente jurisdicional e ora como espécie de jurisdição privada[17], sem qualquer consequência prática significativa. Ao menos em outra oportunidade, o tribunal deu

consequência prática ao tema ao admitir um conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral[18].

Para a corrente doutrinária que entende ser a arbitragem uma espécie de jurisdição privada, existem dois argumentos principais:

(i) a decisão que resolve a arbitragem é atualmente uma sentença arbitral, não mais necessitando de homologação pelo juiz para ser um título executivo judicial (art. 515, VII, do Novo CPC), o que significa a sua equiparação com a sentença judicial;

(ii) a sentença arbitral torna-se imutável e indiscutível, fazendo coisa julgada material, considerando-se a impossibilidade de o Poder Judiciário reavaliar seu conteúdo, ficando tal revisão jurisdicional limitada a vícios formais da arbitragem e/ou da sentença arbitral, por meio da ação anulatória prevista pelos arts. 32 e 33 da Lei 9.307/1996.

Conforme já afirmado, o entendimento foi prestigiado em julgamento do Superior Tribunal de Justiça ao decidir pela possibilidade de existência de conflito de competência entre um órgão jurisdicional e uma câmara arbitral[19].

Não concordo com tal entendimento, a princípio porque nem toda imutabilidade da decisão deriva da coisa julgada material, bastando para confirmar a alegação a lembrança do art. 123 do Novo CPC, que prevê a imutabilidade da justiça da decisão, ou seja, dos fundamentos da decisão, para o assistente que efetivamente atua no processo. Depois porque não há como confundir o juiz e o árbitro. O primeiro, agente estatal, concursado, preocupado com os diversos escopos do processo, enquanto o segundo, particular contratado pelas partes, preocupado exclusivamente em resolver o conflito que lhe foi levado, por vezes até mesmo sem a necessidade

de se ater a legalidade. Isso sem entrar na polêmica questão que envolve a possibilidade de o árbitro resolver conflito fundado em ilegalidade de ambas as partes envolvidas, o que, naturalmente, não seria feito pelo juiz de direito.

O já mencionado art. 3.º, § 1.º, do Novo CPC parece ter consagrado o entendimento de que a arbitragem não é jurisdição, porque, ao prever a inafastabilidade da jurisdição, salvo a arbitragem, fica claro que essa forma de solução de conflitos não é jurisdicional. E no mesmo sentido vai o art. 42 do Novo CPC ao prever que as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

Insisto, entretanto, que a discussão é substancialmente doutrinária, sem reflexos práticos de maior repercussão. Se houve época em que a arbitragem precisava ser considerada espécie de jurisdição para aumentar sua relevância entre as outras formas de solução dos conflitos, essa época ficou no passado. Hoje a arbitragem é uma realidade, muito bem-vinda, de forma de solução de conflito, não maculando em nada sua relevância e nem limitando seu alcance o fato de não ser considerada espécie de jurisdição. A verdade é que, jurisdição ou não, a arbitragem está consolidada.

1.3. ESCOPOS DA JURISDIÇÃO

Por escopos da jurisdição devem-se entender os principais objetivos perseguidos com o exercício da função jurisdicional. Numa visão moderna de jurisdição, amparada no princípio da instrumentalidade das formas, é possível verificar a existência de ao

menos três, e no máximo quatro, escopos da jurisdição: jurídico, social, educacional (que parcela doutrinária estuda como aspecto do escopo social) e político.

O escopo jurídico consiste na aplicação concreta da vontade do direito (por meio da criação da norma jurídica), resolvendo-se a chamada "lide jurídica". Note-se que, diante de uma afronta ou ameaça ao direito objetivo, a jurisdição, sempre que afasta essa violação concreta ou iminente, faz valer o direito objetivo no caso concreto, resolvendo do ponto de vista jurídico o conflito existente entre as partes. Durante muito tempo imaginou-se que seria esse o único escopo da jurisdição, entendendo-se que a jurisdição cumpria a sua missão toda vez que se aplicasse a vontade concreta do direito objetivo. Ocorre, entretanto, que no estágio atual da ciência processual seria de uma pobreza indesejável limitar os objetivos da jurisdição somente ao escopo jurídico. Não que ele não seja importante, pelo contrário, mas certamente não é o único.

O escopo social da jurisdição consiste em resolver o conflito de interesses proporcionando às partes envolvidas a pacificação social, ou em outras palavras, resolver a "lide sociológica"[20]. De nada adianta resolver o conflito no aspecto jurídico se no aspecto fático persiste a insatisfação das partes, o que naturalmente contribui para a manutenção do estado beligerante entre elas. A solução jurídica da demanda deve necessariamente gerar a pacificação no plano fático, em que os efeitos da jurisdição são suportados pelos jurisdicionados. Daí a visão de que a transação é uma excelente forma de resolver a "lide sociológica", porque o conflito se resolve sem a necessidade de decisão impositiva de um

terceiro[21]. Mas mesmo a decisão impositiva é capaz de gerar a pacificação social, desde que seja dada em processo rápido, barato, com amplo acesso de participação e com decisão justa.

O escopo educacional diz respeito à função da jurisdição de ensinar aos jurisdicionados – e não somente às partes envolvidas no processo – seus direitos e deveres. É interessante notar que, com a popularização do Poder Judiciário, aumentou significativamente o contato entre ele e o jurisdicionado, de forma a serem importantes os ensinamentos transmitidos por suas decisões a respeito dos deveres e direitos de todos[22]. Os principais julgamentos são acompanhados por diversos meios de comunicação, ampliando o acesso do cidadão comum a informações derivadas de tais julgamentos. A clareza e a utilização de linguagem simples nas decisões, rejeitando-se o rebuscamento pedante, também contribuem significativamente para a consecução do escopo educacional.

Por fim, o escopo político é analisado sob três diferentes vertentes:

(i) *se presta a fortalecer o Estado*. É claro que, funcionando a contento a jurisdição, o Estado aumenta a sua credibilidade perante seus cidadãos, fortalecendo-se junto a eles. Politicamente, portanto, é importante uma jurisdição em pleno e eficaz funcionamento como forma de afirmar o poder estatal;

(ii) *a jurisdição é o último recurso em termos de proteção às liberdades públicas e aos direitos fundamentais*, valores essencialmente políticos de nossa sociedade[23]. Na realidade, o Estado, como um todo, deve se preocupar com tais valores, mas, quando ocorre a concreta agressão ou ameaça, mesmo provenientes do próprio Estado, é a jurisdição que garante o respeito a tais valores;

(iii) *incentivar a participação democrática por meio do processo*, de forma que o

autor de uma demanda judicial, ou ainda o titular do direito debatido, mesmo que não seja o autor (por exemplo, os direitos transindividuais), possa participar, por meio do processo, dos destinos da nação e do Estado. O exemplo mais claro do que se afirma é a ação popular, por meio da qual qualquer cidadão pode desfazer ato administrativo lesivo ao Erário Público, bem como condenar os responsáveis ao ressarcimento. É o cidadão, por meio do processo, interferindo na administração pública[24]. Por outro lado, nas ações coletivas, em especial nas que tutelam direitos difusos, determina-se a espécie de sociedade em que estaremos vivendo.

1.4. CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS

1.4.1. CARÁTER SUBSTITUTIVO

Por caráter substituto entende-se a característica da substitutividade da jurisdição, ou seja, a jurisdição substitui a vontade das partes pela vontade da lei no caso concreto, resolvendo o conflito existente entre elas e proporcionando a pacificação social. Dessa forma, havendo um contrato de empréstimo inadimplido, e sendo a vontade da lei o pagamento de tal dívida, a jurisdição terá condições de substituir a vontade do devedor (de não pagar) pela vontade da lei (realização do pagamento).

Ainda que se admita que tal característica se encontra em número considerável de atuações jurisdicionais, não é correto afirmar ser essencial à existência da jurisdição. O próprio Chiovenda, responsável maior pela inclusão do caráter substitutivo entre as características da jurisdição, já apontava para hipóteses nas quais a substitutividade não estaria presente. Duas situações demonstram claramente a existência de jurisdição sem a presença do caráter substitutivo.

Nas ações constitutivas necessárias se busca a criação de uma

nova situação jurídica que não poderia ser criada sem a intervenção do Poder Judiciário. Significa dizer que, ainda que as partes não estejam em conflito, precisam obrigatoriamente da jurisdição para que tal situação seja criada. É possível, portanto, existir uma situação na qual as partes que buscam o Poder Judiciário não estejam em conflito; pelo contrário, que a vontade de ambas seja convergente, dado que ambas pretendem criar a nova situação jurídica buscada no processo. Nessa hipótese, não se pode falar em caráter substitutivo da jurisdição, porque não haverá a substituição da vontade das partes pela vontade da lei, servindo a atuação jurisdicional tão somente para atribuir eficácia jurídica ao acordo de vontade entre as partes, única forma de criar a nova situação jurídica pretendida.

> Carlos e Lígia pretendem se divorciar, não havendo qualquer conflito entre eles no tocante a essa pretensão. Ocorre, entretanto, que ambos têm um filho menor de idade (incapaz), de forma que serão obrigados a buscar o Poder Judiciário para a obtenção do bem da vida desejado, nos termos do art. 733 do Novo CPC.

Também não há caráter substitutivo da jurisdição na execução indireta, por meio da qual a obrigação será satisfeita em razão da vontade do devedor, não havendo uma substituição dessa vontade pela vontade da lei. Nesse caso, a vontade originária do devedor é não cumprir a obrigação, enquanto a vontade da lei é que a obrigação seja cumprida. Por meio da execução indireta exerce-se uma pressão psicológica sobre o devedor na esperança de convencê-lo de que o melhor a fazer é mudar sua vontade originária, adequando-se a vontade da lei e, por consequência,

cumprindo a obrigação. Sempre que a execução indireta funciona, o cumprimento decorrerá de ato do devedor, que obviamente não será espontâneo, mas nem por isso deixará de ser voluntário, sem qualquer caráter substitutivo da jurisdição[25].

O tema da execução indireta é tratado de forma exauriente no Capítulo 40, item 40.3, mas já é importante não confundir essa forma de execução com a submissão (forma de autocomposição), considerando-se que o cumprimento voluntário por meio de execução indireta é resultado da pressão psicológica, enquanto a submissão é ato voluntário sem qualquer ingerência do Poder Judiciário. É essa distinção que faz a execução indireta ser atividade jurisdicional e a submissão, ato de autocomposição.

1.4.2. LIDE

Segundo a concepção clássica de Carnelutti, a lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. A ideia, portanto, é de um sujeito que pretende obter um bem da vida, no que é impedido por outro, que lhe cria uma resistência a tal pretensão, surgindo desse choque de interesses (obter o bem da vida e impedir a sua obtenção) o conflito de interesse entre as partes. Afirma o doutrinador italiano que a jurisdição se presta à composição justa da lide, de forma que a provocação ao Poder Judiciário estaria condicionada à necessidade do pretendente ao bem da vida de afastar a resistência criada por outrem.

Como se pode notar da própria definição clássica de lide, trata-se de um fenômeno não processual, mas fático-jurídico (ou ainda sociológico), anterior ao processo. A lide não é criada no processo,

mas antes dele, e também não é tecnicamente correto afirmar que será solucionada no processo, considerando-se que o juiz resolve o pedido do autor e não a lide em si. A solução da lide pelo processo é uma mera consequência dessa solução do pedido, dependendo de sua abrangência para ser total ou parcialmente resolvida.

Ainda que se admita a presença da lide em grande número de demandas judiciais, não parece correto afirmar que a lide é essencial à jurisdição, sendo corrente na doutrina o entendimento de que é possível a existência desta sem aquela. E nem é preciso falar em jurisdição voluntária, porque nessa existe polêmica quanto à sua natureza jurisdicional, tema que será enfrentado em capítulo próprio. Existem exemplos de demandas de jurisdição contenciosa nas quais não se verifica a existência da lide, ao menos não em seu conceito clássico.

Nas ações constitutivas necessárias, já comentadas anteriormente, mesmo que as partes tenham vontades convergentes será indispensável a procura da jurisdição para a obtenção do bem da vida desejado por ambas. Embora nesse caso não exista um conflito de interesse entre as partes, existe uma resistência à pretensão de obtenção de bem da vida, criada pela própria lei ao exigir a intervenção jurisdicional para a obtenção do bem da vida. Parece claro que um sujeito que tem sua pretensão resistida por outro sujeito está tão insatisfeito juridicamente como aquele que sofre tal resistência pela obrigatoriedade legal de buscar a atuação jurisdicional. Dos dois elementos do conceito tradicional da lide, nas ações constitutivas necessárias, não existe o conflito de interesses, mas há a pretensão resistida e, certamente, a insatisfação

jurídica que leva os sujeitos insatisfeitos a procurar a jurisdição[26].

Outras duas hipóteses lembradas pela melhor doutrina de jurisdição sem lide são os processos objetivos (controles concentrados de constitucionalidade)[27] e a tutela inibitória, que, buscando evitar a prática, continuação ou repetição de ato ilícito, volta-se para ato futuro[28].

1.4.3. INÉRCIA

O princípio da inércia da jurisdição é tradicional ("*ne procedat iudex ex officio*"), ainda que exista certa polêmica a respeito de sua extensão. O mais correto é limitar o princípio da inércia da jurisdição ao princípio da demanda (ação), pelo qual fica a movimentação inicial da jurisdição condicionada à provocação do interessado. Significa dizer que o juiz – representante jurisdicional – não poderá iniciar um processo de ofício, sendo tal tarefa exclusiva do interessado. Esse princípio decorre da constatação inequívoca de que o direito de ação, sendo o direito de provocar a jurisdição por meio do processo, é disponível, cabendo somente ao interessado decidir se o exercerá no caso concreto.

A única exceção ao princípio da demanda expressamente consagrada no diploma processual revogado não foi repetida no Novo Código de Processo Civil, de forma que não pode mais o juiz dar início de ofício ao processo de inventário. Na prática nada muda porque a previsão legal era aplicada com extrema raridade na praxe forense, mas, de qualquer modo, é interessante notar a tendência do novo diploma processual em prestigiar, ainda que academicamente, a inércia da jurisdição.

Existem três motivos que justificam a inércia da jurisdição:

(a) o juiz não deve transformar um conflito jurídico em um conflito social, ou seja, ainda que exista uma lide jurídica, as partes envolvidas, em especial a titular do direito material, podem não pretender, ao menos por hora, jurisdicionalizar tal conflito, mantendo uma convivência social pacífica com o outro sujeito. Tudo isso, naturalmente, poderá deixar de existir na hipótese de demanda instaurada de ofício pelo juiz[29];

(b) seriam sacrificados os meios alternativos de solução dos conflitos, porque a ausência de demanda judicial pode significar que o interessado, apesar de pretender resolver o conflito em que está envolvido, prefere fazê-lo longe da jurisdição. Com a propositura da demanda de ofício, haveria automaticamente sua vinculação à jurisdição;

(c) perda da indispensável imparcialidade do juiz, considerando-se que um juiz que dá início a um processo de ofício tem a percepção, ainda que aparente, de existência do direito, o que o fará pender em favor de uma das partes. É natural que, se o juiz, desde o início, desacreditasse na existência de direito material violado ou ameaçado, não ingressaria com a demanda de ofício[30].

Segundo previsão do art. 2.º do Novo CPC, se confirma legislativamente o princípio da inércia da jurisdição. Pela previsão contida no art. 492 do Novo CPC, que consagra o princípio da congruência (correlação/adstrição), nota-se que não só a jurisdição depende de provocação para se movimentar, como o fará nos estritos limites definidos pelo objeto da demanda, que em regra é determinado pelo autor e excepcionalmente também pelo réu (reconvenção/pedido contraposto). Quanto ao que ficar fora do objeto da demanda, a jurisdição continuará inerte, não podendo haver prestação de tutela jurisdicional, salvo nas excepcionais hipóteses de “pedidos implícitos” e de aplicação da regra da “fungibilidade”, circunstâncias previstas por lei que autorizam a concessão de tutela não pedida.

A inércia da jurisdição diz respeito tão somente ao ato de iniciar o processo, porque, uma vez provocada pelo interessado com a propositura da demanda, a jurisdição já não mais será inerte, pelo contrário, passará a caminhar independentemente de provocação, exatamente como determina o art. 2º do Novo CPC. Uma vez provocada a jurisdição, aplica-se a regra do impulso oficial, de maneira que o desenvolvimento do processo estará garantido, até certo ponto, independentemente de vontade ou provocação das partes[31]. Afirma-se que tal desenvolvimento está garantido pela atuação oficiosa do juiz até certo ponto porque existem situações nas quais, sem a indispensável participação das partes, não haverá como aplicar o impulso oficial[32]. Há interessante lição doutrinária a apontar que o impulso oficial pode depender da colaboração das partes em dois aspectos: econômico e prestação de informações[33]. Tome-se como exemplo o entendimento consagrado na Súmula 631 do STF, que determina a extinção do processo de mandado de segurança se o impetrante não promover, no prazo determinado pelo juiz, a citação do litisconsorte passivo necessário.

> Fernanda ingressa com demanda contra um órgão da administração indireta, requerendo sua citação por oficial de justiça, nos termos do art. 247, III, do Novo CPC. Ocorre, entretanto, que não recolhe as devidas custas para a diligência do oficial de justiça. Nesse caso, é natural que se depende de um ato de Fernanda para que a demanda prossiga, não havendo como aplicar o impulso oficial. O mesmo ocorre se Fernanda, derrotada nessa demanda, apelar recolhendo como preparo um valor menor do que o devido. O máximo que o juiz poderá fazer é intimá-la para que em cinco dias complemente o valor do preparo (art. 1.007, § 2.º, do Novo CPC), dependendo exclusivamente de ato a ser praticado por ela para a

> continuidade do procedimento. Ou, ainda, Fernanda ingressar com petição inicial sem qualquer qualificação do réu, o que impossibilitará o prosseguimento do processo por meio da realização da citação.

No tocante às chamadas “ações sincréticas”, fundamentadas na ideia de um mesmo processo se desenvolver em duas fases procedimentais sucessivas, sendo a primeira de conhecimento e a segunda de execução (satisfação), surge interessante questão a respeito da necessidade de provocação do autor para o início da fase de satisfação. Aplicando-se a regra do art. 2º do Novo CPC, não resta dúvida de que, no confronto entre os princípios da inércia e do impulso oficial, aplica-se o segundo. Para tal conclusão basta a verificação de que não se está iniciando um novo processo e que justamente por isso a continuação procedimental – ainda que seja com a instauração de uma nova fase – pode se realizar de ofício pelo juiz.

Esse raciocínio, entretanto, pode ser excepcionado por expressa previsão legal, porque, mesmo sendo o desenvolvimento do processo tarefa a cargo do juiz, pode o legislador criar situações nas quais tal desenvolvimento dependa de uma expressa manifestação da parte interessada.

O art. 513, § 1º, do Novo CPC exige o requerimento da parte interessada quando a obrigação exequenda for de pagar quantia certa, enquanto o art. 536, *caput,* expressamente permite o início de ofício ou a requerimento quando a obrigação exequenda for de fazer e de não fazer. No cumprimento de sentença da obrigação de entregar coisa, não há previsão expressa de exigência de

requerimento ou de atuação oficiosa, mas em razão da regra consagrada no art. 538, § 3º, do Novo CPC, que determina a ela aplicação das disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, não resta dúvida de que possa ser iniciada de ofício.

1.4.4. DEFINITIVIDADE

Afirma-se que a solução do conflito por meio jurisdicional é a única que se torna definitiva e imutável, sendo considerada a derradeira e incontestável solução do caso concreto. Essa definitividade significa que a decisão que solucionou o conflito deverá ser respeitada por todos: partes, juiz do processo, Poder Judiciário e até mesmo por outros Poderes. Em razão do desenvolvimento desse raciocínio, a coisa julgada material é fenômeno privativo das decisões jurisdicionais.

Ainda que se possa concluir que somente na jurisdição existe coisa julgada material, não é possível condicionar o exercício da jurisdição a tal fenômeno processual. Existem hipóteses nas quais a doutrina tradicional entende não existir coisa julgada material, ainda que seja evidente a existência de jurisdição, como ocorre no processo cautelar. Havendo decisão de conflito tornada imutável e indiscutível pela coisa julgada material, estar-se-á diante de atividade jurisdicional. Por outro lado, a mera ausência de coisa julgada material não é o suficiente para concluir que a atividade não tem natureza jurisdicional[34].

Como é exposto no Capítulo 25, a existência de coisa julgada material é resultado de uma opção político-legislativa, sendo

inviável condicionar o exercício de atividade jurisdicional a essa opção. Se existe coisa julgada quando e como o legislador pretender, condicionar a jurisdição à sua existência seria dizer que o legislador pode determinar o que é e o que não é jurisdição, conclusão evidentemente absurda.

1.5. PRINCÍPIOS DA JURISDIÇÃO

1.5.1. INVESTIDURA

É natural que o Poder Judiciário, ser inanimado que é, tenha a necessidade de escolher determinados sujeitos, investindo-os do poder jurisdicional para que representem o Estado no exercício concreto da atividade jurisdicional. Esse agente público, investido de tal poder, é o juiz de direito, sendo por vezes chamado de Estado-juiz porque é justamente ele o sujeito responsável por representar o Estado na busca de uma solução para o caso concreto.

Existem diversas maneiras de obtenção da investidura, algumas delas distantes de nossa realidade como a eleição direta e a escolha dos novos membros da magistratura pelos atuais. No Brasil, são três as formas admitidas: concurso público (art. 93, I, da CF) e indicação pelo Poder Executivo, por meio do quinto constitucional (art. 94 da CF) e para composição do Supremo Tribunal Federal (art. 101 da CF).

1.5.2. TERRITORIALIDADE (ADERÊNCIA AO TERRITÓRIO)

O princípio da aderência ao território diz respeito a uma forma de limitação do exercício legítimo da jurisdição. O juiz devidamente investido de jurisdição só pode exercê-la dentro do território nacional, como consequência da limitação da soberania do Estado brasileiro ao seu próprio território. Significa dizer que todo juiz terá jurisdição em todo o território nacional. Ocorre, entretanto, que, por uma questão de funcionalidade, considerando-se o elevado número de juízes e a colossal extensão do território nacional,

normas jurídicas limitam o exercício legítimo da jurisdição a um determinado território. Conforme será analisado em capítulo específico, trata-se de regras de competência territorial.

As regras de competência territorial definirão um determinado território, ou seja, um determinado foro (na Justiça Estadual uma comarca, e na Justiça Federal uma seção judiciária ou subseção judiciária), e pelo princípio da aderência ao território, a atuação jurisdicional só será legítima dentro desses limites territoriais. O mesmo raciocínio aplica-se aos tribunais de segundo grau (na Justiça Estadual, o Estado, e na Justiça Federal, a Região). Em razão da aplicação desse princípio, sempre que for necessária a prática de ato processual fora de tais limites, o juízo deverá se utilizar da carta precatória (dentro do território nacional) e de carta rogatória (fora do território nacional); no primeiro caso por lhe faltar competência, e no segundo caso por lhe faltar jurisdição para a prática do ato.

O princípio ora analisado tem diversas exceções previstas em lei, havendo diversas hipóteses nas quais o juízo tem permissão legal para a prática de atos fora de sua comarca ou de sua seção judiciária. Sem pretensão de exaurimento da matéria, indico as principais exceções a esse princípio.

A citação pelo correio (regra no sistema atual) pode ser feita para qualquer comarca ou seção judiciária do País (art. 247, *caput*, do Novo CPC); a citação, intimação, notificação, penhora ou qualquer outro ato executivo por oficial de justiça pode ser feita em comarca ou seção judiciária contígua, de fácil comunicação, ou nas que se situem na mesma região metropolitana (art. 255 do Novo

CPC); na ação de direito real imobiliário de imóvel situado em dois ou mais foros, o autor escolherá qualquer um deles, que será o competente por prevenção, passando o juiz desse foro a atuar também relativamente à parte do imóvel que vai além de sua comarca ou seção judiciária (art. 60 do Novo CPC); na penhora de bem imóvel, apresentada nos autos do processo a sua matrícula atualizada, o juiz poderá realizar a penhora de imóvel situado em qualquer local no Brasil e de veículos automotores independentemente de onde se localizem, por termo nos autos (art. 845, § 1º, do Novo CPC).

Finalmente, e esse aspecto ainda não despertou o devido interesse da doutrina, a adoção do chamado "processo eletrônico" certamente afetará o princípio da territorialidade, considerando-se que a própria ideia de "mundo virtual" não se compatibiliza com limitações territoriais. Atualmente, inclusive, já é possível apontar exceções ao princípio na citação por meio eletrônico (art. 246, V, do Novo CPC) e na penhora *on-line* (art. 854 do Novo CPC). É impressionante que se tenha que fazer constar de enunciado do FONAJE a permissão de penhora *on-line* ainda que conta corrente da parte não seja de agência bancária situada no foro em que tramita o processo. O simples fato de tal questão ser objeto de discussão já é mostra suficiente da dificuldade de compreensão dos atos processuais praticados no mundo virtual[35].

1.5.3. INDELEGABILIDADE

O princípio da indelegabilidade pode ser analisado sob duas diferentes perspectivas: externo e interno. No aspecto externo significa que o Poder Judiciário, tendo recebido da Constituição

Federal a função jurisdicional – ao menos como regra –, não poderá delegar tal função a outros Poderes ou outros órgãos que não pertencem ao Poder Judiciário. No aspecto interno significa que, determinada concretamente a competência para uma demanda, o que se faz com a aplicação de regras gerais, abstratas e impessoais, o órgão jurisdicional não poderá delegar sua função para outro órgão jurisdicional.

No tocante à indelegabilidade externa, a própria Constituição Federal pode prever, ainda que excepcionalmente, função jurisdicional a outro poder que não seja o Poder Judiciário, criando-se a chamada "função estatal atípica". A indelegabilidade, nesse caso, parte da impossibilidade de transferência da função determinada na Constituição Federal, sendo que a função jurisdicional é majoritariamente atribuída ao Poder Judiciário.

A impossibilidade de delegação de função jurisdicional entre diferentes órgãos jurisdicionais é excepcionada em ao menos duas hipóteses, quando o tribunal, em processos de sua competência originária, expede carta de ordem delegando ao primeiro grau a prática de ato de sua competência:

(a) na expedição de carta de ordem pelo Tribunal, que delega sua função de produzir provas orais e periciais ao juízo de primeiro grau (por exemplo, na ação rescisória, nos termos do art. 972 do Novo CPC). A falta de estrutura dos tribunais para a prática de tais atos justifica a delegação;

(b) o art. 102, I, "m", da CF prevê que o Supremo Tribunal Federal delegue a função executiva de seus julgados ao juízo de primeiro grau, por meio de carta de ordem, também com a justificativa de que falta a esse tribunal a estrutura para a prática de tais atos. Justamente em razão dessa justificativa, a doutrina é tranquila em interpretar a regra de forma ampla, aplicando-a não só ao Supremo Tribunal Federal, mas a todos os tribunais. Por outro lado, a delegação não é completa,

> porque atinge somente os atos materiais de execução, mantendo-se o tribunal o único órgão competente para proferir decisões que digam respeito ao mérito da execução, única forma de afastar o perigo de uma decisão de grau inferior modificar uma decisão de tribunal[36]. Eventuais embargos de terceiro são de competência do juízo de 1.º grau que em atuação delegada foi o órgão competente pela constrição judicial impugnada.

Entendo que a carta precatória e a carta rogatória não são exceções ao princípio da indelegabilidade[37], porque nesses casos o juiz deprecante não tem competência ou jurisdição para a prática do ato, de forma que ao pedir a colaboração de outro foro nacional ou estrangeiro, nada estará delegando, afinal não se pode delegar poder que não se tenha originariamente. As cartas precatória e rogatória são, na realidade, a confirmação do princípio da indelegabilidade, determinando que o juízo competente pratique os atos processuais para os quais tenha competência, independentemente de onde tramita o processo.

1.5.4. INEVITABILIDADE

O princípio da inevitabilidade é aplicado em dois momentos distintos. O primeiro diz respeito à vinculação obrigatória dos sujeitos ao processo judicial. Ainda que se reconheça que ninguém será obrigado a ingressar com demanda contra a sua vontade e que existem formas de se tornar parte dependentes da vontade do sujeito (por exemplo, assistência, recurso de terceiro prejudicado), o certo é que, uma vez integrado à relação jurídica processual, ninguém poderá, por sua própria vontade, se negar a esse “chamado jurisdicional”. A vinculação é automática, não dependendo de qualquer concordância do sujeito, ou mesmo de acordo entre as partes para se vincularem ao processo e se sujeitarem à decisão,

como ocorria no direito romano (“*litiscontestatio*”).

Essa integração obrigatória à relação jurídica processual coloca os sujeitos que dela participam num estado de sujeição, o que significa dizer que suportarão os efeitos da decisão jurisdicional ainda que não gostem, não acreditem, ou não concordem com ela. O estado de sujeição das partes torna a geração dos efeitos jurisdicionais inevitável, inclusive não havendo qualquer necessidade de colaboração no sentido de aceitar em suas esferas jurídicas a geração de tais efeitos. Na realidade, mesmo diante de resistência, a jurisdição terá total condição de afastá-las e, consequentemente, de fazer valer suas decisões (os meios executivos bem demonstram tal fenômeno).

Esse princípio da inevitabilidade, entretanto, e por incrível que possa parecer, tinha no CPC/1973 uma exceção. Tratava-se da previsão contida no art. 67, que permitia ao terceiro, quando citado em razão de sua nomeação à autoria, simplesmente recusar a sua qualidade de parte, negando-se pura e simplesmente, por sua própria vontade, a integrar a relação jurídica processual. Ao rejeitar a sua integração ao processo, mesmo tendo sido citado, o nomeado à autoria, por sua própria opção, se excluía dos efeitos da jurisdição a serem gerados pela decisão judicial em processo do qual não participará.

Felizmente, os arts. 338 e 339 do Novo CPC afastaram essa verdadeira aberração jurídica, passando a prever que alegada a ilegitimidade passiva pelo réu, e com ela concordando o autor, o terceiro indicado automaticamente se torna réu, voltando a citação a ser uma ordem de integração ao processo e não um mero convite.

1.5.5. INAFASTABILIDADE

Consagrado pelo art. 5.º, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito"), o princípio da inafastabilidade tem dois aspectos: a relação entre a jurisdição e a solução administrativa de conflitos e o acesso à ordem jurídica justa, que dá novos contornos ao princípio, firme no entendimento de que a inafastabilidade somente existirá concretamente por meio do oferecimento de um processo que efetivamente tutele o interesse da parte titular do direito material.

No primeiro aspecto, é entendimento tranquilo que o interessado em provocar o Poder Judiciário em razão de lesão ou ameaça de lesão a direito não é obrigado a procurar antes disso os possíveis mecanismos administrativos de solução de conflito. Ainda que seja possível a instauração de um processo administrativo, isso não será impedimento para a procura do Poder Judiciário. E mais. O interessado também não precisa esgotar a via administrativa de solução de conflitos, podendo perfeitamente procurá-las e, a qualquer momento, buscar o Poder Judiciário[38]. Nesse tocante, duas observações são importantes.

A regra é expressamente excepcionada pela Constituição Federal em seu art. 217, § 1.º, que prevê a necessidade de esgotamento das vias de solução da Justiça Desportiva como condição de buscar a tutela jurisdicional. Como o próprio texto da norma constitucional disciplina, o Poder Judiciário tem competência para resolver ações relativas à disciplina e às competições desportivas, exigindo-se tão somente o exaurimento prévio do processo administrativo na Justiça Desportiva.

Por outro lado, havendo um processo administrativo, com decisão desfavorável à parte e com recurso recebido com efeito suspensivo, é preciso analisar – como em qualquer outra demanda – se o sujeito que provoca o Poder Judiciário tem interesse de agir, o que deverá ser demonstrado no caso concreto. Ainda que aparentemente a suspensão da decisão em razão do recurso impeça a alegação de qualquer violação ou ameaça de violação a direito, essa análise deverá ser feita no caso concreto. Não se trata de exceção ao princípio da inafastabilidade, mas tão somente de exigência de preenchimento das condições da ação no caso concreto. É nesse sentido que deve ser interpretado o art. 5.º, I, da Lei 12.016/2009, que prevê o não cabimento do mandado de segurança enquanto pendente de julgamento recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução.

Conforme entendimento pacificado no STJ, o *habeas data* só é cabível se houver recusa de informações por parte da autoridade administrativa[39]. Note-se que a exigência de recusa nesse caso é indispensável para o surgimento da lide, sem o que não há interesse de agir, não representando qualquer espécie de abrandamento do princípio ora analisado.

Interessante é a leitura do princípio feita pelo Superior Tribunal de Justiça quanto ao prévio requerimento administrativo para obtenção de benefício previdenciário. Segundo o entendimento, o interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas hipóteses de recusa de recebimento do requerimento e de negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do

pedido seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada. Com efeito, se o segurado postulasse sua pretensão diretamente no Poder Judiciário, sem requerer administrativamente o objeto da ação, correr-se-ia o risco de a Justiça Federal substituir definitivamente a Administração Previdenciária[40].

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que nesse caso o interesse de agir dependerá de: (a) requerimento administrativo negado; (b) demora superior a quarenta e cinco dias na resposta do requerimento; (c) pretensão fundada em tese notoriamente rejeitada pelo INSS, quando será dispensado o requerimento administrativo prévio[41].

Mais uma vez devem ser levadas em conta a diferença da inafastabilidade da jurisdição e a necessidade de o autor ter interesse de agir representado pela existência da lide. Nesse caso específico, o mais interessante é a admissão de uma lide presumida, na medida em que a pretensão não precisará ser concretamente resistida pelo INSS no ambiente administrativo quando a tese jurídica defendida pelo segurado for notoriamente rejeitada pela autarquia.

Interessante o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito dos processos já em trâmite, afinal, a ser cobrado o entendimento de que o interesse de agir, ao menos em regra, está condicionado ao pedido do benefício em sede administrativa, poderia levar milhares de processos à extinção por carência de ação. Justamente para evitar tal quadro – certamente caótico – o Superior Tribunal de Justiça decidiu que os processos em curso devem ser

suspensos, com prazo de 30 dias para o autor fazer o pedido administrativo e prazo de 90 dias para o INSS responder[42].

Por outro lado, não parece que a exigência de esgotamento da via administrativa para o ingresso de determinada ação judicial represente ofensa ao princípio ora analisado, tal como ocorre com o art. 7.º, § 1.º, da Lei 11.417/2006. Segundo o dispositivo legal, diante de ato administrativo que ofenda súmula vinculante, a parte só poderá se valer da reclamação constitucional após o esgotamento das vias administrativas de solução do conflito.

A regra legal não impede o acesso da parte ao Poder Judiciário, mas somente não habilita o ingresso de uma espécie de ação, a reclamação constitucional. Não consigo compreender como essa previsão pode ofender o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, porque se a limitação a certa forma procedimental de provocar a jurisdição for inconstitucional será complicado, por exemplo, explicar porque não se admite produção de prova oral em sede de mandado de segurança, ou porque a ação coletiva não se presta, ao menos em regra, para a defesa de interesses individuais.

Entendo, portanto, que o acesso à jurisdição está garantido, não pelo caminho mais fácil da reclamação constitucional, mas por meio de qualquer ação impugnativa da decisão ou ato administrativo, seguindo-se as regras regulares de competência para fixar o órgão ao qual caberá o julgamento de tal ação. Caso a parte pretenda se valer do caminho mais fácil e rápido, terá de esperar o esgotamento das vias administrativas, conforme prevê o artigo ora comentado, não sendo possível se apontar qualquer

inconstitucionalidade.

Interessante é a leitura do princípio feita pelo Superior Tribunal de Justiça quanto ao prévio requerimento administrativo para obtenção de benefício previdenciário. Segundo o entendimento, o interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas hipóteses de recusa de recebimento do requerimento e de negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada. Com efeito, se o segurado postulasse sua pretensão diretamente no Poder Judiciário, sem requerer administrativamente o objeto da ação, correr-se-ia o risco de a Justiça Federal substituir definitivamente a Administração Previdenciária[43].

O princípio também serve para confirmar a inexistência de coisa julgada material em decisão proferida no processo administrativo, de forma que, mesmo após o esgotamento das vias administrativas de solução de conflitos, a parte que se sentir prejudicada poderá buscar o Poder Judiciário alegando lesão a seu direito. A eventual limitação da atuação jurisdicional respeitante à discricionariedade administrativa, naturalmente não se presta a excepcionar o princípio da inafastabilidade.

Registre-se nesse tocante uma interessante discussão a respeito das decisões favoráveis ao contribuinte proferidas de forma definitiva no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) – antigo Conselho de Contribuintes. Os defensores da Fazenda Pública em juízo se valem do princípio ora analisado

para afirmar a possibilidade de se levar decisões administrativas que lesarem o patrimônio público à apreciação do Poder Judiciário para apreciação de sua legalidade, juridicidade ou hipotético erro de fato, o que se dará por meio de ação de conhecimento, mandado de segurança, ação civil pública ou ação popular[44].

Entendo que tal entendimento se vale de importante princípio constitucional para contrariar de forma flagrante previsões legais, gerando uma situação de perplexidade e grave injustiça ao contribuinte. Segundo o art. 156, IX, do CTN, a decisão administrativa irreformável extingue o crédito tributário, de forma que eventual cobrança posterior de crédito já declarado inexistente pela própria Fazenda Pública não encontraria amparo legal. No mesmo sentido é a única interpretação possível do art. 45 do Decreto 70.235/1972.

Como ensina a melhor doutrina, admitir a propositura de ação judicial para discutir crédito tributário já declarado inexistente por decisão administrativa irreformável viola de maneira grosseira e inadmissível o princípio da segurança jurídica, de nada valendo para o contribuinte a decisão favorável no âmbito administrativo[45]. Na realidade, ao se admitir o entendimento ora criticado, a própria função do órgão administrativo desapareceria, porque sempre a decisão final seria aquela proferida pelo Poder Judiciário[46]. O controle, portanto, deve se limitar aos vícios formais do processo administrativo[47].

A visão moderna do princípio, entretanto, não se importa tanto com a relação da jurisdição com as decisões administrativas, mas

com a concreta efetivação da promessa constitucional. O que realmente significa dizer que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser tutelada jurisdicionalmente? Trata-se da ideia de "acesso à ordem jurídica justa", ou, como preferem alguns, "acesso à tutela jurisdicional adequada". Segundo lição corrente na doutrina, essa nova visão do princípio da inafastabilidade encontra-se fundada em quatro ideais principais, verdadeiras vigas mestras do entendimento[48].

Em primeiro lugar, deve-se ampliar o máximo possível o acesso ao processo, permitindo-se que eventuais obstáculos sejam mínimos, senão inexistentes. Esse amplo acesso cresce em importância quando referente ao aspecto econômico[49] da demanda e aos direitos transindividuais.

No tocante ao acesso dos necessitados econômicos, que não têm condição econômica de acessar o Poder Judiciário, o sistema pátrio vale-se da assistência judiciária ampla para os "pobres" na acepção jurídica do termo e os Juizados Especiais, que com seu princípio de gratuidade (art. 1.º da Lei 9.099/1995), ao menos até a sentença, facilitam o acesso de muitos. Isso sem falar na nobre disposição de alguns Tribunais na instalação de Juizados itinerantes, permitindo o maior acesso de pessoas que não encontram viabilidade em se locomover até a sede do juízo e na ainda incipiente atuação da Defensoria Pública.

Por outro lado, a criação da tutela jurisdicional coletiva, com seus diplomas legais específicos, em especial a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, permitiu que os

direitos difusos e coletivos finalmente pudessem ser tutelados pelo Poder Judiciário. Com a estrutura da tutela individual, em especial no tocante às regras de legitimação e coisa julgada, é impossível a tutela jurisdicional desses direitos, naturalmente frustrando a promessa de inafastabilidade. Esse acesso também atinge os direitos individuais homogêneos, ainda que de forma diferente. Estes até encontram guarida nas regras da tutela individual, mas são tantas e de tão diversas naturezas os obstáculos para a demanda individual, que naturalmente a tutela coletiva desses direitos auxilia na ampliação do acesso ao processo.

Uma vez ampliado o acesso, deve-se observar o respeito ao devido processo legal, em especial a efetivação do contraditório real e do princípio da cooperação. Significa dizer que as partes devem desempenhar um papel fundamental durante o processo, com ampla participação e efetiva influência no convencimento do juiz. De nada adiantará a ampliação do acesso se tal participação não for incentivada e respeitada no caso concreto. Essa ampla participação pode ser obtida por intermédio de um contraditório participativo, mediante o qual o juiz mantenha um diálogo permanente e intenso com as partes, bem como por meio do contraditório efetivo, sendo as participações das partes aptas a influenciar a formação do convencimento do juiz.

A mencionada participação das partes acarreta ao menos duas evidentes vantagens: a) quanto mais ampla tiver sido a participação das partes, maiores serão as chances de obtenção de pacificação social, considerando-se que a parte derrotada que entende ter feito tudo que havia a fazer para defender seu interesse em juízo tende a

se conformar mais facilmente com sua derrota; b) sendo a participação das partes ampla, o juiz terá mais elementos para valorar e proferir uma decisão de melhor qualidade.

Amplia-se o acesso, permite-se a ampla participação, mas profere-se uma decisão injusta. É fácil perceber que nesse caso tanto o acesso como a ampla participação não levaram as partes a lugar nenhum. Em razão disso, a terceira "viga mestra" é a decisão com justiça, ainda que o conceito de justiça seja indeterminado, suscetível de certa dose de subjetivismo. O que se pode afirmar, com segurança, é que a missão de decidir com justiça não significa a permissão de julgamento por equidade, espécie de julgamento reservado a situações excepcionais, expressamente prevista em lei (art. 140, parágrafo único, do Novo CPC). Trata-se de preferir a interpretação mais justa diante de várias possíveis, ou, ainda, de aplicar a lei sempre levando-se em consideração os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.

Por fim, de nada adiantará ampliar o acesso, permitir a ampla participação e proferir decisão com justiça, se tal decisão se mostrar, no caso concreto, ineficaz. O famoso "ganhou, mas não levou" é inadmissível dentro do ideal de acesso à ordem jurídica justa. A eficácia da decisão, portanto, é essencial para se concretizar a promessa constitucional de inafastabilidade da jurisdição. A questão da eficácia pode ser enfrentada por três diferentes perspectivas.

Na primeira, a necessidade de tutela de urgência ampla, de forma a afastar concretamente o perigo de ineficácia representado

pelo tempo necessário à concessão da tutela definitiva[50]. Nesse tocante, o direito brasileiro encontra-se excepcionalmente servido, contando com a tutela cautelar, garantidora, e a tutela antecipada, satisfativa, ambas amplas e genéricas, cabíveis em qualquer hipótese e a qualquer momento desde que preenchidos os requisitos legais para sua concessão.

Em segundo lugar, a necessidade de aumentar os poderes do juiz na efetivação de suas decisões, o que se pode fazer – como o direito brasileiro vem fazendo – por dois caminhos distintos:

(a) disponibilizar ao juiz mecanismos de execução indireta, por meio dos quais poderá convencer o devedor que o melhor a fazer é cumprir a obrigação. A execução indireta pode ocorrer de duas formas: ameaça de piora na situação atual (*astreintes*, prisão civil) ou oferecimento de melhora na situação atual (arts. 827, § 1º, e 701, § 1º, ambos do Novo CPC);

(b) aumentar as sanções processuais a serem aplicadas pelo juiz na hipótese de não cumprimento ou criação de obstáculos à efetivação da decisão judicial, com especial ênfase ao ato atentatório à dignidade da jurisdição (*contempt of court*), previsto no art. 77, § 2º, do Novo CPC)[51].

Em terceiro lugar, cumprir a promessa constitucional prevista no art. 5.º, LXXVIII, e no art. 4º do Novo CPC, que garante às partes uma razoável duração do processo por meio da adoção de técnicas procedimentais que permitam uma maior celeridade, naturalmente sem afastar as garantias constitucionais do processo. O raciocínio é bastante simples: quanto mais demore uma demanda judicial, menores são as chances de o resultado final ser eficaz, devendo-se atentar para essa realidade no momento da estruturação procedimental e da fixação das regras para a condução do processo.

1.5.6. JUIZ NATURAL

Pelo princípio do juiz natural entende-se que ninguém será processado senão pela autoridade competente (art. 5.º, LIII, da CF). O princípio pode ser entendido de duas formas distintas. A primeira delas diz respeito à impossibilidade de escolha do juiz para o julgamento de determinada demanda, escolha essa que deverá ser sempre aleatória em virtude de aplicação de regras gerais, abstratas e impessoais de competência. Essa proibição de escolha do juiz atinge a todos; as partes, os juízes, o Poder Judiciário etc.

Interessante notar que o legislador tenta evitar a escolha do juiz pelo autor com a previsão do art. 286, II do Novo CPC[52], ao criar uma regra de competência absoluta do juízo que extingue o processo sem resolução do mérito (art. 485 do Novo CPC) quando essa demanda é novamente proposta. Ainda que essa repropositura seja admissível, considerando-se a ausência de coisa julgada material, não pode servir para o autor escolher o juiz que melhor lhe aproveita, situação vedada pelo princípio do juiz natural. O mesmo ocorre com a proibição de formação de litisconsórcio facultativo ativo ulterior, quando já se sabe quem é o juiz para o caso concreto[53].

Por incrível que pareça, a previsão no art. 286, II, do Novo CPC que mantém a competência do juízo do primeiro processo passou a ser utilizada justamente contra seus propósitos: para burlar o princípio do juiz natural. O autor ingressa com ação judicial, obtém tutela de urgência e desiste do processo. Posteriormente, em litisconsórcio com outros sujeitos na mesma situação fático-

jurídica, volta a ingressar com o mesmo processo – salvo a pluralidade de autores – e pede a aplicação do dispositivo legal ora comentado. Fica claro que nesse caso os sujeitos que não eram autores no primeiro processo estão escolhendo o juiz, o que viola o princípio do juiz natural, cabendo ao juiz no caso concreto determinar o desmembramento do processo, para que a petição inicial referente aos "novos autores" seja distribuída livremente.

Cumpre observar que regras gerais, abstratas e impessoais não agridem o princípio do juiz natural, de forma que a criação de varas especializadas, câmaras especializadas nos tribunais, foros distritais e as regras de competência por prerrogativa da função são absolutamente admissíveis.

Por outro lado, o princípio do juiz natural proíbe a criação de tribunais de exceção, conforme previsão expressa do art. 5.º, XXXVII, da CF. Significa que não se poderá criar um juízo após o acontecimento de determinados fatos jurídicos com a exclusiva tarefa de julgá-los, sendo que à época em que tais fatos ocorreram já existia um órgão jurisdicional competente para o exercício de tal tarefa. O tribunal de exceção mais famoso da história foi o Tribunal de Nuremberg, criado com a função exclusiva de julgar os crimes nazistas praticados por militares do 3.º Reich após o final da 2.ª Grande Guerra Mundial.

Registre-se a polêmica a respeito da utilização dos termos "juiz" ou "juízo" para expressar o princípio ora analisado. Entendo que a expressão "juiz natural" seja a mais adequada, porque se não se pode escolher o juízo do caso concreto também o juiz não pode ser escolhido. Nesse sentido o art. 284 do Novo CPC, ao exigir a

distribuição do processo quando houver mais de um juiz, e o art. 285 do Novo CPC, ao prever a distribuição alternada e aleatória, obedecendo-se rigorosa igualdade.

1.5.7. PROMOTOR NATURAL

Paralelamente ao princípio do juiz natural, parcela da doutrina indica a existência do princípio do promotor natural, que impede que o Procurador-Geral de Justiça faça designações discricionárias de promotores *ad hoc*, o que elimina a figura do acusador público de encomenda[54], que poderia em tese tanto ser indicado para perseguir o acusado como para assegurar a impunidade de alguém. Registre-se que a restrição aos poderes do Procurador-Geral de Justiça de efetuar substituições, designações e delegações não atinge as hipóteses expressamente previstas em lei, em especial na Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Há decisões do Supremo Tribunal Federal que delimitam de forma interessante a abrangência do princípio do promotor natural. A indicação de promotor assistente, para atuar em conjunto com o promotor da causa, não ofende o princípio do promotor natural[55], o mesmo ocorrendo com as equipes especializadas de promotores de justiça ou formação de forças-tarefas para determinada área de atividade[56]. Interessante entendimento afirma que a violação do princípio está condicionada à existência do acusador de exceção, decorrente de manifesta lesão ao pleno e independente exercício das atribuições do Ministério Público, manipulação casuística ou designação seletiva por parte do Procurador-Geral de Justiça[57].

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, existem várias

decisões que tratam do princípio do promotor natural, reconhecendo sua aplicabilidade no sistema processual brasileiro. Registre-se decisão contraditória de relatoria da Ministra Ellen Gracie que afirma que aquele tribunal não reconhece o postulado do promotor natural como inerente ao direito brasileiro, citando julgado do Tribunal Pleno de 2003 (HC 67.759) que teria consagrado esse entendimento[58]. Ocorre, entretanto, que tal julgamento diz exatamente o contrário, restando clara a contradição ao constar da decisão mencionada a conclusão de não ter existido no caso concreto a figura do acusador de exceção.

1.6. ESPÉCIES DE JURISDIÇÃO

Ao se tratar do tema do presente capítulo é essencial um alerta inicial: a jurisdição é una e indivisível[59]. Portanto, a única forma de conceber a "divisão" da jurisdição em diferentes espécies é adotando-se determinados critérios com a finalidade meramente acadêmica, sob pena de aceitar a ideia de várias jurisdições e, por consequência, de várias soberanias dentro do mesmo território. De qualquer modo, para fins didáticos, é interessante conhecer as "divisões" sugeridas pela doutrina.

1.6.1. JURISDIÇÃO PENAL OU CIVIL

Esse critério de classificação leva em conta a natureza do objeto da demanda judicial. Tratando-se de matéria penal, naturalmente haverá jurisdição penal, e, de forma subsidiária, não sendo o direito material discutido na demanda de natureza penal, a jurisdição será civil. Como se pode notar, a jurisdição civil é bastante ampla, pois abrange, ao menos em tese, todas as matérias

que não sejam penais. Fala-se em tese porque parece absolutamente procedente a crítica de parcela da doutrina à limitação da divisão da jurisdição entre penal e civil. Se o critério é a natureza do direito material, por que não se falar também em jurisdição trabalhista, jurisdição eleitoral, jurisdição penal militar[60]?

1.6.2. JURISDIÇÃO SUPERIOR OU INFERIOR

A jurisdição inferior é exercida pelo órgão jurisdicional que enfrenta o processo desde o início, ou seja, aquele que tem competência originária para a demanda, enquanto a jurisdição superior é exercida em hipótese de atuação recursal dos tribunais. No tocante aos tribunais é interessante consignar que podem tanto exercer jurisdição superior como inferior, tudo a depender do caso concreto. Todos os tribunais têm ações de sua competência originária, e nesses casos exercem a jurisdição inferior. Da mesma forma, todos os tribunais têm competência recursal, quando então exercerão jurisdição superior.

1.6.3. JURISDIÇÃO COMUM E ESPECIAL

A jurisdição especial é exercida pelas chamadas "Justiças especiais", que tem a fixação constitucional de sua competência em virtude da matéria que será objeto da demanda judicial. A Constituição Federal reconhece três: Justiça do Trabalho (arts. 111 a 116), Justiça Eleitoral (arts. 118 a 121); Justiça Militar (arts. 122 a 125, §§ 3.º a 5.º). Residualmente, ou seja, tudo o que não for de competência dessas justiças especiais será de competência da Justiça Comum, falando-se nesse caso de jurisdição comum. A Justiça Comum é composta pela Justiça Federal, cuja competência vem prevista nos arts. 108 e 109 da CF, e pela Justiça Estadual, que

tem competência residual dentro do âmbito da Justiça Comum.

1.7. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

A mais tradicional das “divisões” da jurisdição é aquela estabelecida entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária, inclusive sendo a única expressamente consagrada no Código de Processo Civil. A jurisdição tradicional é a contenciosa, sendo excepcional a voluntária, de forma que cabe nesse momento a análise dos elementos que tornam tal espécie de jurisdição excepcional, tão excepcional que para parcela considerável da doutrina nem de jurisdição se trata.

1.7.1. CARACTERÍSTICAS

1.7.1.1. Obrigatoriedade

Apesar do nome “jurisdição voluntária”, a doutrina entende que, ao menos em regra, essa jurisdição nada tem de voluntária. Pelo contrário, o que se nota na maioria das demandas de jurisdição voluntária é a obrigatoriedade, exigindo-se das partes a intervenção do Poder Judiciário para que obtenham o bem da vida pretendido. Na jurisdição voluntária está concentrada a maioria das ações constitutivas necessárias, nas quais, existe uma obrigatoriedade legal de atuação da jurisdição.

É interessante notar que essa obrigatoriedade é decorrência exclusiva da previsão legal, significando uma opção do legislador de condicionar o efeito jurídico de determinadas relações jurídicas, em razão de seu objeto e/ou de seus sujeitos, à intervenção do juiz, provavelmente em razão do *status* de imparcialidade, retidão de

conduta e compromisso com a justiça que supostamente todos os juízes deveriam ter. Aquilo que torna obrigatório e exige uma demanda de jurisdição voluntária é fruto de uma opção político-legislativa, como fica claramente demonstrado com a Lei 11.441/2007, que passou a permitir o inventário, partilha, separação e divórcio pela via administrativa, desde que preenchidos os requisitos da lei. Atualmente as partes poderão optar por obter o inventário, partilha, separação e divórcio perante o cartório de registro civil das pessoas naturais ou o Poder Judiciário. Ainda que se continue a admitir a demanda judicial por jurisdição voluntária, nesses casos não são mais ações constitutivas necessárias e, portanto, não há que falar em obrigatoriedade.

1.7.1.2. Princípio inquisitivo

O sistema processual na jurisdição contenciosa é um misto de sistema dispositivo e de sistema inquisitivo, com preponderância do primeiro. É um sistema dispositivo "temperado" com certas regras que lembram o sistema inquisitivo, ao menos no tocante à maior liberdade do juiz em tomar providências não requeridas pelas partes. Na jurisdição voluntária parece que o mesmo fenômeno se repete, não sendo correto imaginar um sistema puramente dispositivo ou inquisitivo. A grande diferença encontra-se na maior carga de inquisitoriedade atribuída ao juiz na formação, condução e decisão da demanda.

Essa maior carga de inquisitoriedade, ainda que não seja o suficiente para afastar de todo o princípio dispositivo, é significativa, podendo ser percebida em determinadas realidades da jurisdição voluntária que não existem na jurisdição contenciosa:

(a) o juiz poderá dar início de ofício a determinadas demandas de jurisdição voluntária, afastando-se o rigorismo do princípio da demanda (inércia da jurisdição)[61], apesar de o art. 720 do Novo CPC prever que o procedimento de jurisdição voluntária terá início por provocação do interessado, do Ministério Público e da Defensoria Pública;

(b) maiores poderes instrutórios do juiz, que poderá produzir provas mesmo contra a vontade das partes[62];

(c) o juiz poderá decidir contra a vontade de ambas as partes, o que é impossível na jurisdição contenciosa, na qual alguma das partes deverá ter a sua pretensão acolhida, ainda que parcialmente;

(d) o juiz pode julgar utilizando-se de juízo de equidade, o que será analisado no tópico seguinte.

1.7.1.3. Juízo de equidade

Segundo previsão expressa do art. 723, parágrafo único, do Novo CPC, o juiz não é obrigado a observar o critério da legalidade estrita, podendo adotar em cada caso concreto a solução que reputar mais conveniente ou oportuna. A doutrina entende que tal dispositivo consagra a possibilidade de o juiz se valer de um juízo de equidade na solução das demandas de jurisdição voluntária, reconhecendo-se a presença de certa discricionariedade do juiz.

A questão relevante nesse ponto é a definição exata do que seja *juízo de equidade*, em especial quando comparado com o *juízo de legalidade*. Para os defensores da teoria da jurisdição voluntária como uma atividade administrativa exercida pelo juiz, a previsão ora analisada afasta o princípio da legalidade, permitindo que o juiz resolva inclusive contra a letra da lei, desde que entenda ser sua decisão mais oportuna e conveniente[63]. A fundamentação da decisão é relevante nessa situação como forma de justificar a não aplicação da lei. Minoritariamente existe doutrina que defende

visão mais restritiva de aplicação do art. 723, parágrafo único, do Novo CPC, entendendo que o juiz não está totalmente liberado da observância da legalidade, devendo levar em conta a oportunidade e conveniência tão somente na hipótese de a legalidade permitir mais de uma conclusão[64].

Com razão a primeira e majoritária corrente doutrinária, ao menos em sua premissa. O dispositivo legal ora analisado é suficientemente claro ao afastar o juízo de legalidade estrita, dando ao juiz discricionariedade para resolver a demanda da forma mais oportuna e conveniente, ainda que contrariamente à lei, sempre observando o que será melhor para as partes e para o bem comum. Isso, entretanto, não significa dizer que tal característica leva à conclusão da natureza administrativa da jurisdição voluntária, porque tanto o juiz de legalidade quanto o de equidade fazem parte da jurisdição, conforme expressa previsão do art. 140, parágrafo único, do Novo CPC.

1.7.1.4. Participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica

Pela previsão do art. 721 do Novo CPC, os interessados serão citados e o Ministério Público intimado, desde que presentes algumas das situações previstas pelo art. 178 do Novo CPC. Como se pode notar do dispositivo legal ora comentado, o legislador adotou entendimento doutrinário já existente na vigência do CPC/1973 no sentido de que a participação do Ministério Público não era obrigatória, dependendo do caso concreto.[65] Também era nesse sentido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça[66].

A opção do legislador deve ser elogiada porque realmente existem demandas de jurisdição voluntária em que a mera presença do juiz já é um exagero, mas, de qualquer forma, suficiente para a regularidade do procedimento. A presença do Ministério Público nessa espécie de demanda é absolutamente desnecessária.

Além da citação de todos os interessados e da intimação do Ministério Público, o art. 722 do Novo CPC determina a intimação da Fazenda Pública sempre que tiver interesse. Como o dispositivo não qualifica a espécie de interesse que proporciona tal intimação, é possível supor que seja algo mais amplo que o interesse jurídico que motivaria seu ingresso como assistente.

1.7.2. NATUREZA JURÍDICA

É antigo e disseminado em diversos países o debate a respeito da natureza jurídica da jurisdição voluntária. Para a teoria clássica, também chamada de teoria administrativista, apesar do nome que o fenômeno jurídico recebe, o juiz não exerce atividade jurisdicional na jurisdição voluntária[67]. Trata-se, na visão dessa corrente, de mera administração pública de interesses privados, exercendo o juiz, portanto, uma atividade administrativa. Pela teoria revisionista, também chamada de jurisdicionalista, apesar de contar com peculiaridades que a distinguem da jurisdição contenciosa, na jurisdição voluntária o juiz efetivamente exerce a atividade jurisdicional[68].

O debate que mais interessa ao plano acadêmico do que ao plano prático é fundado em determinadas particularidades da jurisdição voluntária, que seriam para uma parcela da doutrina o

suficiente para afastá-la da natureza jurisdicional, enquanto para a outra seria apenas uma consequência natural da existência de duas diferentes espécies de jurisdição. Cumpre analisar os tradicionais argumentos utilizados pela teoria administrativista e o modo pelo qual a teoria jurisdicionalista os examina.

1.7.2.1. Inexistência de caráter substitutivo

Na jurisdição voluntária não há caráter substitutivo considerando-se que o juiz não substitui a vontade das partes pela vontade da lei quando profere sua decisão, tão somente integrando o acordo de vontade entre as partes para que possa gerar seus regulares efeitos jurídicos. Para os administrativistas, a ausência de substituição seria um dos indicativos da natureza administrativa da atividade exercida pelo juiz[69]. Ocorre, porém, e tal ponto já foi abordado no Capítulo 1, item 1.4.1, a substitutividade, ainda que possa ser considerada uma característica da jurisdição, não é imprescindível à sua existência, como resta cabalmente demonstrado na execução indireta. A ausência de substitutividade, portanto, não é suficiente para afastar a natureza jurisdicional da atividade desenvolvida pelo juiz.

1.7.2.2. Inexistência de aplicação do direito ao caso concreto

Na jurisdição voluntária não há propriamente a aplicação do direito material ao caso concreto para resolver um conflito existente entre as partes, até mesmo porque esse conflito não existe. A sentença proferida pelo juiz apenas integra juridicamente o acordo de vontades das partes homologando-o, autorizando-o ou aprovando-o, o que permite que sejam produzidos os efeitos jurídicos previstos em lei e pretendidos pelas partes. Essa realidade

é indiscutível, sendo ponto de contato entre as duas correntes que tentam explicar a natureza jurídica da jurisdição voluntária. A divergência encontra-se nas conclusões a respeito de tal realidade.

Para a corrente clássica, a ausência de aplicação do direito material ao caso concreto evidencia a natureza administrativa da atividade judicial, considerando-se que, desde a clássica lição de Chiovenda, a jurisdição é entendida como a atuação da vontade concreta do direito objetivo[70]. Para a corrente revisionista, trata-se tão somente do escopo jurídico da jurisdição, que de fato não se faz presente na jurisdição voluntária. Como a jurisdição não se limita a tal escopo, existindo ainda o educacional, social e político, e sendo todos eles plenamente alcançáveis na jurisdição voluntária, não haverá como excluí-la da jurisdição[71]. A doutrina lembra em especial a questão da pacificação social, inegavelmente obtida com a sentença proferida em jurisdição voluntária[72].

1.7.2.3. Ausência de lide

Não existe na jurisdição voluntária um conflito de interesse entre as partes, porque as vontades são convergentes. Ambas as partes pretendem obter o mesmo bem da vida; têm a mesma pretensão, mas precisam da intervenção do Poder Judiciário para que esse acordo de vontades produza os efeitos jurídicos almejados. Sem esse conflito de interesses não há lide, e sem lide não há jurisdição, conforme concluem os defensores da corrente administrativista. Apesar de concordar parcialmente com a ausência da lide na jurisdição voluntária, não parece correto, conforme já analisado, condicionar a existência de jurisdição à existência da lide. Existe jurisdição sem lide, ao menos sem a lide imaginada por

Carnelutti. Tal afirmação já seria suficiente para afastar a natureza administrativa da jurisdição voluntária somente em razão da ausência da lide. Há mais, entretanto.

Mesmo que se admita a inexistência da lide clássica – conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida –, é evidente que há uma insatisfação das partes, que por expressa previsão legal não podem obter o bem da vida desejado sem a intervenção do Poder Judiciário. Significa dizer que, se não existe um conflito de interesses, porque as partes têm vontades convergentes, não resta dúvida de que há uma pretensão resistida, justamente pela previsão da lei que condiciona a obtenção do bem da vida à atuação do juiz. O mais importante não é o conflito em si, mas o estado de insatisfação das partes por terem sua pretensão resistida por uma exigência legal. Essa insatisfação jurídica é exatamente a mesma na jurisdição contenciosa e na voluntária, e, por uma razão ou outra – resistência da parte contrária ou exigência legal de intervenção do juiz –, a parte, ou partes, que pretende(m) obter o bem da vida é(são) obrigada(s) a buscar o Poder Judiciário.

Por outro lado, parcela da doutrina lembra que a inexistência da lide não é absoluta na jurisdição voluntária, bastando recordar as demandas de interdição, nas quais é possível que o interditando esteja em conflito com o interditado, o que fica evidente na comum controvérsia verificável entre ambos no tocante às razões da interdição[73]. A jurisdição voluntária, portanto, mais do que se afastar da lide, não a utiliza como condição de sua atuação, significando dizer que, havendo ou não a lide, existirá necessidade de atuação judicial por meio da jurisdição voluntária.

1.7.2.4. Não há partes, mas meros interessados

Segundo a corrente clássica, na jurisdição voluntária não há partes, somente interessados, porque nela só existem sujeitos, que pretendem obter um mesmo bem da vida e, portanto, não estão em situação antagônica na demanda judicial[74]. Apesar de se tratar de uma questão meramente semântica, não trazendo relevância prática chamar os sujeitos que participam de demanda de jurisdição voluntária de partes ou interessados, cumpre observar que em nenhum conceito de *parte* é possível encontrar a necessidade de que estejam os sujeitos em conflito, em posições antagônicas[75]. O tema é abordado no Capítulo 2, item 2.3.2, percebendo-se estranho ao conceito de parte tal requisito. É natural que parte contrária só exista se houver parte, até porque não é possível ser contrário ao nada. Mas o raciocínio inverso não é correto, porque mesmo sem parte contrária é possível existir parte, visto que *parte* venha logicamente antes de *parte contrária*, não dependendo aquela da existência desta.

1.7.2.5. Não há processo, mas mero procedimento

Afirma-se na doutrina administrativista que não existe processo na jurisdição voluntária, mas mero procedimento. Nesse tocante, a teoria labora em dois equívocos fundamentais. Primeiro existe *processo*, porque a regra na jurisdição voluntária é a existência de uma relação jurídica processual que se desenvolva por meio de um procedimento em contraditório, observadas todas as garantias fundamentais do processo[76]. *Procedimento* e relação jurídica sempre existirão, sendo que, excepcionalmente o contraditório será afastado, como ocorre nas demandas de

jurisdição voluntária probatórias, tais como a justificação, notificação, interpelação e protesto, que não admitem a contestação. A exceção só vem a confirmar a regra.

Por outro lado, não existe somente processo jurisdicional, mas também legislativo e administrativo, sendo o processo tema pertencente à teoria geral do direito. Dessa forma, ainda que se pretenda dar à jurisdição voluntária natureza administrativa, isso não seria o suficiente para concluir pela inexistência de processo. Processo administrativo, se preferirem, mas ainda assim *processo*[77].

1.7.2.6. Inexistência de coisa julgada material

A teoria administrativista sempre defendeu a ausência de coisa julgada material na jurisdição voluntária[78] e, como consequência, a inexistência de atividade jurisdicional desenvolvida pelo juiz. No CPC/1973 havia previsão legal para embasar seu entendimento, já que o art. 1.111 do diploma legal revogado previa que a sentença proferida no processo – ou procedimento – de jurisdição voluntária poderia ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorressem circunstâncias supervenientes.

A técnica utilizada pelo legislador no art. 1.111 do CPC/1973 era a mesma usada no art. 471, I, do CPC/1973, prevista expressamente no art. 505, I do Novo CPC, que trata da coisa julgada em sentença que tenha por objeto relações continuativas como a sentença condenatória de alimentos, ou ainda a que fixa o valor do aluguel em demanda revisional[79]. A melhor doutrina defende que nesses casos existe coisa julgada material, e que mantida a situação fático-jurídica deverão ser mantidas também a

imutabilidade e a indiscutibilidade próprias dessa decisão. A modificação superveniente, prevista em lei, cria uma nova causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos do pedido), de maneira que a eventual mudança da sentença não violaria a coisa julgada material. Com uma nova causa de pedir, desaparecem a tríplice identidade e, consequentemente, os efeitos negativos da coisa julgada material.

A sentença proferida em jurisdição voluntária não pode ser absolutamente instável, revogável ou modificável a qualquer momento e sob qualquer circunstância. Alguma estabilidade ela deve gerar, até mesmo por questão de segurança jurídica.

Aparentemente acolhendo a teoria defendida de existência de coisa julgada material nas decisões de mérito da jurisdição voluntária, o Novo CPC não contém previsão a respeito do tema, sendo lícito concluir que se passará a aplicar nessa espécie de jurisdição as mesmas regras de coisa julgada material aplicáveis à jurisdição contenciosa.

1.8. TUTELA JURISDICIONAL

Por tutela jurisdicional entende-se a proteção prestada pelo Estado quando provocado por meio de um processo, gerado em razão da lesão ou ameaça de lesão a um direito material. Como se pode notar desse singelo conceito, a tutela jurisdicional é voltada para o direito material, daí ser correta a expressão "tutela jurisdicional de direitos materiais". Assim como a jurisdição, a tutela jurisdicional é una e indivisível, mas academicamente permite-se sua classificação em diferentes espécies. A tutela jurisdicional pode ser classificada de diversas formas, bastando para tanto a adoção de diferentes critérios. O objetivo do presente capítulo é a apresentação dos principais critérios de classificação apontados pela doutrina.

1.8.1. ESPÉCIE DE CRISE JURÍDICA

É tradicional a lição que associa a tutela jurisdicional à espécie de crise jurídica que o demandante busca solucionar por meio do processo. Adotando-se esse critério, a tutela jurisdicional será de conhecimento (meramente declaratória, constitutiva, condenatória), executiva e cautelar[80].

A tutela jurisdicional de conhecimento é apta a resolver três diferentes espécies de crise jurídica:

(a) a tutela meramente declaratória resolve uma crise de certeza; ao declarar a existência, inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica, e excepcionalmente de um fato (autenticidade ou falsidade de documento, art. 19, II, do Novo CPC), a sentença resolverá a incerteza que existia a respeito daquela relação jurídica ou excepcionalmente do fato descrito no art. 19, II, do Novo CPC;

(b) a tutela constitutiva resolve uma crise da situação jurídica; ao criar, extinguir ou modificar uma relação jurídica, a sentença cria uma nova situação jurídica, resolvendo-se a crise enfrentada pela situação jurídica anterior;

(c) a tutela condenatória resolve uma crise de inadimplemento; ao reconhecer esse inadimplemento e imputar ao demandado o cumprimento de uma prestação, estará resolvida a crise.

Numa demanda de investigação de paternidade o demandante pretende tão somente obter a certeza jurídica a respeito de o demandado ser ou não seu pai, o mesmo ocorrendo numa ação de usucapião, na qual o demandante pretende somente a declaração judicial de que preencheu os requisitos necessários para a aquisição de propriedade por usucapião, afastando qualquer dúvida a esse respeito. Numa demanda de divórcio, o demandante busca a ruptura do laço conjugal porque essa relação jurídica encontra-se em crise, a qual será superada com a criação da nova situação jurídica pretendida (as partes passarão de casadas para divorciadas). O mesmo ocorre numa demanda de revisão contratual, na qual essa relação jurídica passa por uma crise jurídica, que pode ser resolvida com a alteração parcial do contrato. Numa demanda na qual se busca a condenação do réu ao cumprimento de um contrato que tem como objeto qualquer espécie de obrigação (fazer, não fazer, entregar, pagar), bem como numa demanda em que se busca a condenação do réu ao pagamento pelos danos causados num acidente automobilístico, a crise a ser resolvida é de inadimplemento.

Cumpre observar que a classificação ora apresentada está associada à teoria ternária das sentenças, que não reconhecem as sentenças executiva *lato sensu* e mandamental como espécies

autônomas. Essa questão, como o próprio nome sugere, interessa mais ao tema "sentença" e será devidamente desenvolvido em capítulo próprio. Por ora, basta dizer que a tutela jurisdicional entregue pela sentença executiva *lato sensu* e pela sentença mandamental resolve a mesma espécie de crise jurídica da tutela condenatória, qual seja a crise de inadimplemento. A diferença entre elas estaria na forma de efetivação, o que, naturalmente, já não faz parte da tutela de conhecimento[81]. O tema será retomado com a profundidade necessária no Capítulo 23, item 23.2.1.1.

Na tutela executiva o que se busca resolver é uma crise de satisfação, considerando que já existe um direito reconhecido, mas o seu titular não se encontra satisfeito em razão da resistência da parte contrária. Esse reconhecimento pode ser judicial – provisório ou definitivo – ou extrajudicial, bastando que a lei autorize a adoção de medidas executivas na busca da satisfação do direito.

Atualmente existem duas formas de obter a tutela executiva: processo autônomo e fase procedimental. Note-se que em ambos os casos haverá execução somente diferenciando-se as formas procedimentais por meio da quais se busca resolver a crise de insatisfação[82]. A execução de sentença por meio de mera fase procedimental, que se verifica na "ação sincrética", é chamada de cumprimento de sentença. A execução da tutela provisória, que o legislador preferiu chamar de "efetivação", é tratada pelo art. 297, parágrafo único do Novo CPC, não sendo lógico falar em cumprimento de sentença na hipótese de tutela provisória concedida por meio de decisão interlocutória, embora sejam aplicadas no que couber à efetivação da tutela provisória regras procedimentais do

cumprimento de sentença.

Por meio da tutela cautelar resolve-se uma crise de perigo, o que atualmente dispensa a existência de um processo autônomo cautelar, ao menos de forma incidental. A manutenção do processo cautelar autônomo antecedente diante da nova sistemática da tutela provisória criada pelo Novo CPC é devidamente explicada no Capítulo 12, item 12.5.1.

Aplica-se à tutela cautelar a tradicional ideia do tempo necessário para a concessão da tutela definitiva, representando um perigo de que essa tutela seja ineficaz. Como a prestação de tutela jurisdicional ineficaz equivale na prática à sua não concessão, para preservar a utilidade do resultado final do processo existe a tutela cautelar, que servirá para criar condições materiais para que a tutela final, ao ser obtida como forma de pretensão principal do demandante, seja eficaz. Da mesma forma ocorre com a tutela antecipada de urgência, que ao satisfazer faticamente também garante a eficácia do resultado final do processo, conforme analisado no Capítulo 12, item 12.4.1.

Por fim, cumpre ressaltar que a ideia de sincretismo processual não atinge de forma significativa a classificação ora analisada. Em passado recente, quando a regra era da autonomia das ações, havia a necessidade de um processo autônomo para a obtenção de cada uma das três espécies de tutela (cognitiva, executiva, cautelar). Com o sincretismo processual passa-se a permitir que todas essas tutelas sejam objeto de um mesmo processo, o que, entretanto, não embaralha a classificação proposta, considerando-se que a sua reunião num mesmo processo não é suficiente para confundi-las. O

sincretismo é do processo e não da tutela jurisdicional, que manterá a sua individualidade em virtude das diferentes espécies de crise jurídica que cada espécie de tutela jurisdicional resolve.

1.8.2. NATUREZA JURÍDICA DOS RESULTADOS JURÍDICO-MATERIAIS

Por esse critério a tutela jurisdicional é dividida em duas espécies: tutela preventiva (tradicionalmente chamada de inibitória) e tutela reparatória (ressarcitória), sendo a primeira uma tutela jurisdicional voltada para o futuro, visando evitar a prática de ato ilícito, enquanto a segunda está voltada para o passado, visando ao restabelecimento patrimonial do sujeito vitimado pela prática de um ato ilícito danoso.

A tutela preventiva é sempre voltada para o futuro, com o porvir, tendo como objetivo impedir a prática de um ato ilícito, o que pode ocorrer de três formas:

(a) evitar a prática originária do ato ilícito, ou seja, impedir em absoluto a ocorrência de tal ato, hipótese na qual a tutela preventiva será conhecida como *tutela inibitória pura*;

(b) impedir a continuação do ato ilícito, na hipótese de ato ilícito continuado;

(c) impedir a repetição de prática de ato ilícito.

> Ao impedir a circulação de um medicamento que não passou pelos procedimentos administrativos de aprovação do Ministério da Saúde, evita-se a prática originária do ato ilícito. Numa hipótese de poluição emitida por uma fábrica, a tutela preventiva estará voltada para que a partir de sua concessão esse ato ilícito seja interrompido. Na veiculação de uma propaganda enganosa que consubstancie um ato ilícito, a tutela preventiva se volta a, no futuro, impedir sua nova veiculação.

Importante notar que, mesmo que exista ato ilícito já praticado, a tutela preventiva não é voltada para essa realidade, que já faz parte do passado e, portanto, será objeto da tutela reparatória. Sempre voltada para o futuro, a tutela preventiva não diz respeito, tampouco gera seus efeitos sobre aquilo que já ocorreu.

A tutela preventiva, apesar de reconhecer o passado, é sempre voltada para o futuro, deixando o já ocorrido a cargo da tutela reparatória. É interessante anotar, inclusive, que a tutela preventiva e a tutela reparatória podem ser objeto de pretensão de um mesmo demandante num mesmo processo. O Ministério Público pode pedir a condenação do réu a parar com a poluição e a reparar o meio ambiente já lesado pela prática do ato ilícito, enquanto uma empresa pode pedir a proibição de veiculação de propaganda ofensiva a seu nome, bem como a condenação pelos danos já suportados pela propaganda já veiculada.

O tema da tutela inibitória é extenso e o seu aprofundamento descaracterizaria o objetivo do presente livro. De qualquer forma, alguns apontamentos se fazem necessários para uma compreensão mínima dessa espécie de tutela jurisdicional.

A tutela inibitória surge historicamente com o objetivo de tutelar direitos materiais que não encontravam na tutela reparatória uma proteção plena, ou, ainda pior, nenhuma proteção. Sendo promessa constitucional a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF), notou-se a imprescindível necessidade de admitir uma tutela ampla e genérica capaz de proteger esses direitos materiais de forma efetiva. Direitos tais como o da integridade física, personalidade, saúde, meio ambiente, patrimônio histórico,

entre outros, não encontram na tutela reparatória concretização da promessa constitucional de que nenhum direito agredido ou afrontado será excluído do Poder Judiciário. A fim de fazer valer a inafastabilidade da jurisdição, é aceita a ideia de uma tutela inibitória geral.

Fala-se em tutela inibitória geral porque essa espécie de tutela é antiga conhecida de nosso ordenamento jurídico, mas tradicionalmente era tratada de forma específica, prevista somente para tutelar algumas situações determinadas. O mandado de segurança preventivo, o interdito proibitório, a ação cominatória, são exemplos de tradicionais espécies de tutela inibitória específica de nosso sistema. Atualmente, a tutela inibitória geral é uma realidade incontestável de nosso direito processual em virtude das previsões contidas nos arts. 84 do CDC e 497 do Novo CPC.

Ainda que se admita que a tutela inibitória surja para preencher um vácuo deixado pela tutela reparatória, estando voltada para determinados direitos materiais que necessitavam de uma proteção preventiva por meio da jurisdição, logo se notou que, mesmo naqueles casos em que é possível e eficaz a tutela reparatória, pode ser preferível a tutela inibitória. Aplica-se no âmbito jurídico um antigo e conhecido brocardo popular: “melhor prevenir do que remediar”. Não é correto falar de preferência de uma espécie de tutela, mas é indiscutível que mesmo naquelas situações em que cabível a tutela reparatória pode a parte, sempre que possível, optar pela tutela inibitória[83].

A tese da tutela inibitória funda-se na exata definição de ato

ilícito, cuja prática se pretende evitar. Durante muito tempo condicionou-se a prestação de tutela jurisdicional à existência de um dano, o que até se justificava à época em que se imaginava ser a tutela reparatória a única existente. A dificuldade pode ser facilmente percebida pelo art. 186 do CC, que ao conceituar o ato ilícito indica a necessidade da presença de três elementos: contrariedade ao direito, culpa ou dolo e dano. A imprecisão do dispositivo é evidente, considerando-se que o ato ilícito é tão somente o ato contrário ao direito, sendo alheios ao seu conceito os elementos da culpa ou dolo e do dano. O art. 186 do CC não conceitua o ato ilícito, descreve os elementos necessários para a obtenção da tutela reparatória.

Dessa forma, a tutela reparatória, sempre voltada para o passado, buscando a reparação do prejudicado, demanda ao menos dois elementos: *ato contrário ao direito* e *dano*, considerando-se que mesmo na tutela reparatória a culpa ou o dolo podem ser dispensados na hipótese de responsabilidade objetiva. A tutela inibitória, sempre voltada para o futuro, buscando evitar a prática do ato ilícito, preocupa-se exclusivamente com o ato contrário ao direito, sendo-lhe irrelevante a culpa ou o dolo e o dano[84].

Nesse sentido deve ser saudado o parágrafo único do art. 497 do Novo CPC ao prever que para a concessão da tutela específica que serve para inibir a prática, reiteração ou a continuação de um ilícito, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Cumpre lembrar a tese inteligentemente defendida por

Marinoni que diferencia a tutela inibitória da tutela de remoção do ilícito, reconhecendo que ambas são tutelas preventivas, voltadas para o futuro. Para o processualista paranaense existe uma diferença entre efeitos continuados do ato ilícito e a prática continuada do ilícito. Na hipótese de o ato ser continuado, é possível imaginar uma tutela que impeça sua continuação, sendo o caso de tutela inibitória. Por outro lado, é possível que o ato ilícito faça parte do passado, não mais existindo, o que não se pode afirmar quanto aos seus efeitos, que continuam a ser gerados. Nessa hipótese, não se pode falar em evitar a continuação do ato porque o ato ilícito já foi praticado na sua totalidade, por exemplo, no caso de uma propaganda enganosa que já foi realizada e continua a gerar seus efeitos. Será o caso de tutela de remoção do ilícito[85].

Determinada empresa despeja lixo tóxico em local proibido. Como se pode notar esse ato ilícito se exauriu, mas seus efeitos continuam a se propagar no presente e futuro. Numa eventual ação coletiva em prol da coletividade com o pedido de condenação da empresa, na obrigação de remover o lixo tóxico indevidamente despejado em local inapropriado, apesar de o ato fazer parte do passado, projeta-se uma proteção para o futuro; será caso de tutela preventiva de remoção do ilícito. Por outro lado, caso a mesma empresa emita como resultado de sua produção poluentes acima do limite legal, a ação coletiva que busca condenar a empresa a colocar filtros em sua chaminé visa impedir a continuação do ato ilícito, tratando-se, portanto, de tutela preventiva inibitória.

1.8.3. COINCIDÊNCIA DE RESULTADOS COM A SATISFAÇÃO VOLUNTÁRIA

Tomando-se por base o critério da coincidência de resultados gerados pela prestação da tutela jurisdicional com os resultados que

seriam gerados pela satisfação voluntária da obrigação, a tutela jurisdicional pode ser classificada em *tutela específica* e *tutela pelo equivalente em dinheiro*. Na primeira, a satisfação gerada pela prestação jurisdicional é exatamente a mesma que seria gerada com o cumprimento voluntário da obrigação, enquanto na segunda, a tutela jurisdicional prestada é diferente da natureza da obrigação e, por consequência, cria um resultado distinto daquele que seria criado com a sua satisfação voluntária.

> Carlos ingressa com demanda judicial contra João, pleiteando a entrega de um carro que tinha sido objeto de empréstimo, sendo certo que depois de vencido o prazo contratual o automóvel não foi devolvido. Na hipótese de Carlos conseguir por meio do processo recuperar o automóvel, o Poder Judiciário terá prestado uma tutela específica, porque essa recuperação gera efeitos práticos idênticos àqueles que seriam gerados se João tivesse cumprido o contrato e devolvido o carro no prazo contratual. Por outro lado, caso o processo não seja meio hábil à recuperação do carro, entregando a Carlos somente o valor do automóvel em dinheiro, não se poderá falar em tutela específica, mas sim em tutela pelo equivalente em dinheiro.

A tutela inibitória é sempre tutela específica porque, ao evitar a prática do ato ilícito, obtém-se o *status quo ante*, conseguindo o demandante a criação de uma situação que será exatamente a mesma que seria criada caso o demandado tivesse voluntariamente deixado de praticar o ato ilícito. O resultado da tutela inibitória sempre será idêntico àquele que seria criado com o voluntário cumprimento da obrigação[86].

Já a tutela reparatória pode ser prestada de forma específica (reparação *in natura*) ou pelo equivalente em dinheiro, dependendo

do caso concreto. Tratando-se de obrigação inadimplida de pagar quantia certa, naturalmente a única forma de a tutela ser prestada será mediante a entrega do valor, sendo correto entender que a única forma de tutela possível nesse caso é a específica, porque, se a obrigação já é de pagar dinheiro, não seria correto dizer que a tutela foi prestada pelo equivalente em dinheiro. O dinheiro é dinheiro e não o "equivalente em dinheiro". Registre-se apenas a atipicidade gerada pela adjudicação de bens (Capítulo 52, item 52.5.2), considerando-se que nesse caso a obrigação de pagar quantia certa gera a satisfação do credor por meio da entrega do bem penhorado. Nesse caso, como é evidente, não se pode falar em identidade com o cumprimento voluntário da obrigação e, tampouco, em tutela pelo equivalente em dinheiro.

Tratando-se de obrigação inadimplida de fazer, não fazer e entrega de coisa, passa a ser possível a tutela ser prestada tanto de forma específica como pelo equivalente por dinheiro.

Nas obrigações de fazer e de não fazer, o essencial é verificar a natureza do inadimplemento. Sendo o inadimplemento definitivo, o que significa dizer que não existe mais a possibilidade de cumprimento da obrigação, a única tutela jurisdicional possível será a tutela pelo equivalente em dinheiro. Caso ainda exista a possibilidade de cumprimento, quando haverá somente um retardamento no cumprimento da prestação, a tutela poderá ser prestada de forma específica, desde que esse ainda seja o interesse do credor. Nas obrigações de entregar coisa, deve ser analisada a possibilidade de a coisa, objeto da obrigação, ser entregue por meio do processo ao demandante. Sendo isso materialmente possível,

caberá tutela específica; em caso contrário, a única tutela cabível será pelo equivalente em dinheiro. Naturalmente que, tratando-se de coisa fungível, a entrega de qualquer bem de mesma condição gera tutela específica, porque nessa espécie de obrigação não há preocupação com o bem exatamente individualizado, mas sim com as suas características gerais.

> Marilena e Peter celebraram um contrato que tinha como objeto a pintura de uma casa. Diante do inadimplemento do contrato, Marilena ingressa com demanda contra Peter para condená-lo a realizar a pintura contratualmente prevista, sendo tal obrigação ainda possível de ser cumprida, considerando-se que a casa continua a exigir a pintura. Nesse caso, Marilena pretende a obtenção de tutela específica. Por outro lado, imagine-se que a casa desabou, o que naturalmente tornou a obrigação de pintura materialmente impossível de ser cumprida. Restará à Marilena a tutela reparatória pelo equivalente em dinheiro. Marina celebrou contrato de empréstimo de um computador com Olga, que manteve o computador em seu poder após o vencimento do prazo contratual. Sabendo-se que o computador continua com Olga, Marina poderá pedir uma tutela específica para recuperar seu computador. Por outro lado, caso o computador tenha sido roubado, a recuperação torna-se materialmente impossível, restando à Marina tão somente a tutela pelo equivalente em dinheiro.

Na tutela ressarcitória, a tutela específica é preferível à tutela pelo equivalente em dinheiro, porque essa espécie de tutela é a única que proporciona a efetiva reparação do dano suportado. O processo que entrega ao vitorioso exatamente aquilo que ele obteria se não precisasse do processo, em razão do cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor, certamente é o que entrega a tutela jurisdicional mais efetiva. É a consagração do antigo brocardo

consagrado por Chiovenda, de que o processo será tanto melhor quanto mais aproximar seus resultados daqueles que seriam gerados pelo cumprimento voluntário da obrigação (princípio da maior coincidência possível). Ocorre, entretanto, que a preferência da tutela específica sobre a tutela pelo equivalente em dinheiro está condicionada à vontade do demandante, que poderá optar pela segunda espécie de tutela se assim desejar, bem como diante da impossibilidade material de obtenção da tutela específica[87]. Para parcela da doutrina, ainda que possível, a tutela específica pode ser excluída quando não for justificável ou racional em razão de sua excessiva onerosidade[88].

Por fim cabe um breve comentário a respeito do art. 497, *caput*, do Novo CPC, que prevê nas obrigações de fazer e não fazer a possibilidade do juiz conceder a tutela específica ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação. Como demonstra a melhor doutrina, o texto legal faz parecer que tutela específica e resultado equivalente são espécies diferentes de tutela jurisdicional, quando, na realidade, a liberdade concedida ao juiz para a obtenção do resultado prático equivalente é voltada justamente para a obtenção da tutela específica dos direitos materiais[89].

> O Ministério Público ingressa com ação civil pública pedindo a condenação do réu a diminuir seu tempo de produção em uma hora por dia, afirmando que com essa atitude se obterá uma diminuição de 30% dos agentes poluentes emitidos, o que fará com que o réu limite sua atuação poluente aos limites legais. O juiz acolhe o pedido e condena o réu a instalar determinados filtros em sua chaminé, o que não é exatamente o que pediu o autor (diminuição do tempo de produção), mas que gerará um

> resultado prático equivalente (diminuição de 30% dos agentes poluentes). Como se pode notar, no plano prático, tanto o pedido especificamente formulado pelo Ministério Público como a condenação representam tutela específica, considerando-se atingem um resultado prático que seria obtido pelo cumprimento voluntário da obrigação do réu de não poluir acima do limite legal.

1.8.4. ESPÉCIE DE TÉCNICAS PROCEDIMENTAIS

1.8.4.1. Introdução

Adotando-se como critério a espécie de procedimento, a tutela jurisdicional é dividida em tutela comum e tutela diferenciada. A tutela comum é aquela prestada pelo procedimento comum, que serve como o procedimento padrão oferecido pela lei. Ocorre, entretanto, que nem sempre esse procedimento único é capaz de solucionar de forma eficaz todas as espécies de crises de direito material que são levadas ao Poder Judiciário por meio de processo. Costuma-se dizer, por analogia, que, se não é possível curar todas as doenças com um mesmo remédio, por certo não será um único procedimento capaz de proporcionar tutela jurisdicional de qualidade para todas as situações. Com essa percepção, surge a tutela diferenciada.

Por tutela diferenciada volta-se o processualista às exigências do direito material apresentadas no caso concreto. Nota-se que, apesar de serem ciências autônomas, o direito processual e o direito material estão ligados de maneira indissociável, servindo o processo como instrumento estatal de efetiva proteção ao direito material. Como as várias crises de direito material têm diversas particularidades, é necessário percebê-las, adequando-se o

procedimento no caso concreto para que a tutela jurisdicional seja efetivamente prestada com a qualidade que dela se espera. Tutela jurisdicional diferenciada, assim, representa a adoção de procedimentos e técnicas procedimentais diferenciadas à luz das exigências concretas para bem tutelar o direito material[90].

1.8.4.2. Formas de concretização da tutela diferenciada

Não há dúvida de que a técnica de procedimentos especiais é uma demonstração de adoção pelo legislador da tutela diferenciada, sendo explicação corrente na doutrina que a adoção de tais procedimentos especiais decorre das particularidades das situações de direito material que o processo pretende tutelar[91]. É interessante notar que em regra os procedimentos especiais previstos pelo Código de Processo Civil tratam de matérias reguladas pelo Código Civil (por exemplo, consignação em pagamento, prestação de contas, ações possessórias, inventário). Também são criados procedimentos especiais que de alguma forma utilizam técnicas contra a complexidade e a consequente morosidade do procedimento comum, como é o caso do procedimento monitório, do mandado de segurança etc.

Por vezes não é propriamente criado um novo procedimento, mas adotadas técnicas procedimentais no procedimento comum que descartam fases procedimentais desnecessárias e incompatíveis com a celeridade processual[92]. São exemplos: a presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pelo autor na revelia, a possibilidade de julgamento antecipado do mérito em razão da desnecessidade de produção probatória, o pressuposto de admissibilidade da apelação que impede a recebimento do recurso quando a sentença está

fundamentada em súmula de tribunais.

Além disso, reconhecendo-se mais uma vez que a estrutura complexa do procedimento comum pode colocar em perigo a efetividade da tutela jurisdicional, coloca-se à disposição das partes uma tutela de urgência ampla e genérica – cautelar e tutela antecipada – cabível sempre que a demora do procedimento comum representar um perigo à eficácia da tutela[93].

Existem, portanto, procedimentos especiais e técnicas procedimentais previstas pelo legislador a par do procedimento comum, mas é preciso reconhecer que, por mais inventivo que seja o legislador, nunca lhe será possível considerar todas as especialidades de todas as situações de direito material a exigirem um tratamento diferenciado no processo.

Dessa forma, também contribui para a tutela diferenciada uma maior liberdade concedida pela lei para que o juiz possa realizar algumas adaptações no caso concreto para colocar o processo efetivamente a serviço do direito material. É natural que essa liberdade nunca será ampla e irrestrita, o que geraria uma insuportável insegurança jurídica, mas em algumas situações o legislador entende que será proveitosa a concessão de uma maior liberdade procedimental ao juiz no caso concreto.

Certamente, pensando em termos de tutela diferenciada, o Projeto original do Novo Código de Processo Civil previa em seu art. 151, § 1.º, um amplo poder para o juiz determinar o procedimento no caso concreto. Segundo constava do dispositivo legal, quando o procedimento ou atos previstos em lei se

mostrassem, no caso concreto, inadequados, o juiz teria o poder de determinar os necessários reajustes, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa. No mesmo sentido, o art. 107, V, ao admitir ao juiz a adequação das fases e dos atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.

Apesar de reconhecer a inegável inovação do dispositivo legal, sempre me pareceu incerto que o resultado do aumento de poderes do juiz para fixar o procedimento no caso concreto seja positivo. Ainda que o projeto demandasse o respeito ao contraditório e à ampla defesa, o que seria o suficiente para afastar a eventual surpresa das partes, é de se perguntar até que ponto a liberdade concedida ao juiz não criaria insegurança jurídica e, eventualmente, quebra da isonomia.

Esse receio foi comungado por parcela considerável dos operadores do Direito, gerando uma das críticas mais contundentes contra as reformas constantes do Novo Código de Processo Civil. O "levante" parece ter funcionado, considerando-se que na atual redação a regra antes presente no art. 151, § 1.º, foi suprimida e a do art. 107, V, remodelada, constando do texto final do Novo Código de Processo Civil que, nos termos do art. 139, VI, o juiz pode dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico.

Não há dúvida de que houve restrição aos poderes do juiz quando o Novo Código de Processo Civil é comparado com o

projeto de lei original, e isso decorre de uma opção legislativa, que deve ser respeitada, ainda que com ela não se concorde. Nesse sentido, é no mínimo inadequado o entendimento consagrado no Enunciado nº 35 da ENFAM: "Além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, VI, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo".

Mesmo com as restrições legais que devem ser respeitadas, o art. 139, VI, do Novo Código de Processo Civil deixa dúvidas. Poderá o juiz aumentar os prazos processuais considerados peremptórios quando entender que eles são insuficientes, mesmo que não configure a hipótese prevista no art. 222, *caput*, do Novo CPC? E o prazo de dois meses previsto nesse dispositivo poderá ser superado? Caberão aos operadores do Direito tais respostas, que naturalmente só poderão ser dadas após longo tempo de maturação, lapso temporal esse que promete causar calafrios naqueles que atuam no processo, em especial os patronos das partes. Ao menos o art. 222, § 1.º, proíbe o juiz de reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes.

Interessante notar que a possibilidade de ampliação do prazo, o que seria suficiente para torná-los dilatórios, em nada altera sua natureza própria. Significa que o juiz pode dilatar prazos que ainda não tenham sido vencidos, porque, uma vez encerrada sua contagem, opera-se a preclusão temporal, sendo nesse exato sentido o Enunciado 129 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

Nos arts. 497 e 498 do Novo CPC, que tratam da execução de decisão judicial – provisória ou definitiva – que tenha como objeto a condenação a um fazer, não fazer ou entregar coisa, não existe a previsão de um procedimento executivo. As normas referidas somente preveem as medidas executivas de sub-rogação e de execução indireta, de forma exemplificativa, a serem utilizadas de acordo com a percepção do juiz diante das necessidades do caso concreto, que são percebidas pelo juiz, a adoção de uma ou outra.

1.8.4.3. Cláusula geral de negócio jurídico processual

O art. 190 prevê em seu *caput* a possibilidade de as partes, desde que plenamente capazes e em causa que verse sobre direitos que admitam a autocomposição, antes ou durante o processo, convencionarem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

O tema é versado no Capítulo 9, mas é importante lembrá-lo no estudo da tutela jurisdicional diferenciada, porque a justificativa legal é justamente uma adequação procedimental, por acordo das partes, para adaptar o procedimento comum às particularidades do caso concreto.

1.8.5. COGNIÇÃO VERTICAL (PROFUNDIDADE)

Quando analisada sob a ótica vertical, ou em sua profundidade, a cognição pode ser sumária ou exauriente. Uma tutela concedida mediante cognição sumária é fundada em um juízo de probabilidade, considerando que nessa espécie de cognição o juiz não tem acesso a todas as informações necessárias para se convencer plenamente da existência do direito. Já uma tutela concedida mediante cognição exauriente é fundada em um juízo de certeza, porque nesse caso a cognição do juiz estará completa no momento da prolação de sua decisão[94].

Os binômios “cognição sumária-juízo de probabilidade” e “cognição exauriente-juízo de certeza” geram diferentes espécies de tutela jurisdicional: provisória no primeiro caso e definitiva no segundo.

Há, portanto, tutela definitiva na prolação da sentença em primeiro grau, do acórdão e das decisões monocráticas que substituem os acórdãos nos tribunais. Note-se que a circunstância de a decisão proferida com tutela definitiva ser passível de recurso não retira dela a definitividade à luz do grau vertical de cognição. Ela não será, por certo, processualmente definitiva se houver o recurso, mas nesse caso o órgão que proferiu a decisão não participará do novo julgamento, o que demonstra que perante ele a tutela é definitiva.

Por outro lado, há tutela provisória em decisões interlocutórias e até finais, sempre que o julgamento esteja fundado em mero juízo de probabilidade em decorrência da cognição sumária desenvolvida pelo juiz. Tradicionalmente, a tutela provisória é associada às tutelas de urgência, afirmando-se que as liminares, tutela antecipada e tutela cautelar são fundadas em cognição sumária em razão dos requisitos necessários à sua concessão. É até lógico que, sendo a tutela de urgência, não haja tempo suficiente para uma cognição exauriente, devendo o juiz decidir com base em juízo de probabilidade sob pena de tutelar o direito tarde demais.

Também há cognição sumária e, por consequência, tutela provisória na tutela da evidência, que dispensa como requisito para sua concessão o perigo do tempo como causa da ineficácia da tutela. O art. 311 do Novo CPC prevê em rol exemplificativo quatro hipóteses de concessão de referida espécie de tutela provisória. Afirma-se que o rol não é exaustivo porque dele não consta a liminar prevista para as ações possessórias, para os embargos de terceiro, além da expedição de mandado monitório,

indiscutivelmente espécies de tutela da evidência. Em nenhuma delas é exigido o perigo do tempo como inimigo, mas em todas há uma considerável probabilidade de o direito existir, o que, em um juízo de cognição sumária, permite a concessão de tutela provisória.

O Novo Código de Processo Civil consagrou serem as tutelas de urgência – cautelar e antecipada – e a tutela da evidência espécies de tutela provisória ao criar o Livro V da Parte Geral do novo diploma processual para regulamentar tais espécies de tutela jurisdicional.

1.8.6. SISTEMA PROCESSUAL

A tutela jurisdicional individual é a tutela voltada à proteção dos direitos materiais individuais, sendo fundamentalmente regulamentada pelo Código de Processo Civil, além, é claro, de diversas leis extravagantes, tais como a Lei de Locações, Lei dos Juizados Especiais, Lei de Execução Fiscal etc. A tutela jurisdicional coletiva, entretanto, não se resume à tutela de direitos coletivos, ainda que admitida a expressão "*direitos coletivos lato sensu*" para designar as espécies de direito material protegidas por essa espécie de tutela.

Dessa forma, a tutela coletiva deve ser compreendida como uma espécie de tutela jurisdicional voltada à proteção de determinadas espécies de direitos materiais. A determinação de quais são esses direitos é tarefa do legislador, não havendo uma necessária relação entre a natureza do direito tutelado e a tutela coletiva. Significa que mesmo direitos de natureza individual podem ser protegidos pela tutela coletiva, bastando para isso que o legislador expressamente determine a aplicação desse tipo de

sistema processual – microssistema coletivo – a tais direitos. Essa parece ser a opção do sistema pátrio, ainda que parcela da doutrina teça críticas a tal ampliação do âmbito de aplicação da tutela coletiva[95].

É exatamente o que ocorre com o direito individual homogêneo, que, apesar da natureza individual, é objeto de tutela coletiva por expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor[96]. O mesmo ocorre com os direitos individuais indisponíveis do idoso (arts. 15, 74 e 79 da Lei 10.741/2003), criança e adolescente (arts. 11, 201, V, 208, VI e VII, da Lei 8.069/1990), desde que a ação coletiva seja promovida pelo Ministério Público[97].

As variadas espécies de direito material protegidas pela tutela coletiva, tanto de natureza transindividual (difuso e coletivo) como de natureza individual (homogêneo ou indisponíveis em situações excepcionais), não desvirtuam a tutela jurisdicional coletiva porque, apesar de limitada a determinados direitos, a tutela jurisdicional coletiva é una, sendo aplicada a todos eles de maneira basicamente indistinta. É natural que existam algumas particularidades que devem ser sempre consideradas no caso concreto[98], mas nunca aptas a desvirtuar o núcleo duro dessa espécie de tutela jurisdicional. Significa que, apesar de alguma influência em decorrência da espécie de direito tutelado, as principais regras que compõem o microssistema coletivo serão aplicadas a todas as ações coletivas, independentemente da espécie de direito material tutelado.

A tutela jurisdicional coletiva, portanto, nada mais é que um conjunto de normas processuais diferenciadas (espécie de tutela jurisdicional diferenciada[99]), distintas daquelas aplicáveis no âmbito da tutela jurisdicional individual. Institutos processuais, como a competência, a conexão e a continência, legitimidade, coisa julgada, liquidação da sentença etc., recebem na tutela coletiva um tratamento diferenciado, variando o grau de distinção do tratamento dispensado pelos mesmos institutos no Código de Processo Civil.

O Novo Código de Processo Civil manteve a tradição do CPC/1973 de regulamentar a tutela do direito individual, sendo aplicável ao microssistema coletivo apenas de forma subsidiária. Havia no projeto de lei aprovado na Câmara, entretanto, uma novidade que acabava dizendo respeito à tutela coletiva: a conversão da ação individual em ação coletiva prevista no art. 333 do Novo CPC. Essa novidade não foi bem compreendida pela Presidente da República, que vetou o dispositivo que tratava da matéria.

Acolhendo sugestão da Advocacia-Geral da União, o veto presidencial teve a seguinte motivação: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.”

Apesar dos inúmeros problemas do dispositivo legal, certamente a razão do veto não se encontra entre eles. Afinal, conforme demonstrarei, a nova norma serviria para evitar a extinção terminativa do processo pseudoindividual por ilegitimidade ativa do indivíduo ou, na hipótese de pedido individual correlato a pedido transindividual, o pedido do autor da ação estaria resguardado pela previsão do § 9.º do artigo vetado.

Por outro lado, não entendo que as previsões já constantes no Novo CPC a respeito das demandas repetitivas sejam motivo suficiente para justificar o veto, em especial na hipótese da conversão da ação individual em ação coletiva evitar a extinção do processo sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa do indivíduo que formula pedido de natureza transindividual.

Apesar do veto, diante da relevância do tema, ainda que sem repercussões práticas diante de sua retirada do texto final, é válido tecer alguns comentários.

Nos termos do art. 334, *caput*, do projeto de lei aprovado pela Câmara, havendo relevância social e dificuldade de formação do litisconsórcio, a ação individual poderia ser convertida em ação coletiva desde que: (I) tivesse alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n.º 8.078, de 11.09.1990, e cuja ofensa afetasse, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; (II) tivesse por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-

se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

Ainda que a simples leitura dos incisos mencionados já fosse suficiente para tal conclusão, o projeto de lei aprovado na Câmara consagrou expressamente a impossibilidade da conversão ora analisada para a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. Também não seria admitida a conversão nas hipóteses previstas pelo § 3.º, se: (I) já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; (II) houvesse processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou (III) o juízo não tivesse competência para o processo coletivo que seria formado.

A hipótese prevista no art. 334, I, do projeto de lei aprovado pela Câmara tratava de situações fáticas que concomitantemente ofendiam direitos de diferentes naturezas[100], exigindo-se no caso a ofensa ao direito individual do autor e da coletividade (direito difuso) ou de uma comunidade (direito coletivo).

E nesse caso entendi que a dificuldade de formação do litisconsórcio, prevista no *caput* do dispositivo, deveria ser afastada como requisito necessário para a conversão, mantendo-se apenas a exigência de relevância social. Não via impedimento à conversão ora analisada a circunstância de o ato ilícito afetar apenas um indivíduo e a coletividade ou comunidade. Na realidade nem seria caso de litisconsórcio, mas não teria lógica vetar a conversão. Nesse sentido o Enunciado n.º 37 do II Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “É presumida a relevância social na hipótese do inciso I do art. 333, sendo dispensável a verificação da

‘dificuldade de formação do litisconsórcio’”.

Por exemplo, o vizinho de uma fábrica, que não tem vizinhos próximos e sofre diretamente os efeitos da emissão de poluentes acima do limite legal, ingressa com ação individual para pedir tutela inibitória, cujo objetivo é a tomada de providências para impedir a continuação do ato ilícito. É claro que nesse caso o pedido do indivíduo tem alcance difuso, considerando que a consecução das medidas pretendidas atenderá a toda a coletividade, titular do direito difuso a um meio ambiente equilibrado. E nesse caso pouco importa que o autor seja um vizinho da fábrica que vive isolado (nesse caso não há litisconsórcio a ser formado) ou um vizinho que vive com inúmeros outros ao lado da fábrica (nesse caso haveria dificuldade na formação do litisconsórcio).

Ademais, havia a necessidade de ser bem compreendido o “alcance coletivo” do pedido individual.

Naquilo que se chama de ação pseudoindividual há apenas uma aparência de tutela de direito individual, quando na realidade está-se tutelando o direito da coletividade ou de um grupo, classe ou categoria de pessoas. Nesse caso, a tutela jurisdicional concedida ao autor da ação em virtude da procedência de seu pedido gera efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*, tutelando, na realidade, um direito difuso ou coletivo, para os quais, naturalmente, o indivíduo não tem legitimidade ativa para tutelar.

Os exemplos são variados: um cadeirante que ingressa com ação judicial para obrigar a Municipalidade a oferecer, num determinado trajeto, veículo com as especificidades necessárias ao

seu transporte; um morador que, incomodado com o transtorno que uma feira livre lhe causa, ingressa com ação judicial para proibir sua realização; um sujeito que, inconformado com uma propaganda enganosa, que fere sua inteligência e boa-fé, ingressa com ação judicial para retirá-la dos meios de comunicação; um sujeito que, entendendo que determinada intervenção em monumentos mantidos em praças públicas viola o seu direito a apreciar o patrimônio histórico e cultural, ingressa com ação para proibir tal conduta; um ouvinte de rádio que ingressa com ação para retirar a "Voz do Brasil" da programação com o argumento que tem o direito de ouvir músicas e informações no tempo que dura o programa oficial.

Imprescindível nesse caso é distinguir se o direito do autor é realmente um direito individual, considerando-o como indivíduo, ou se tal direito lhe pertence não como indivíduo, mas como membro da coletividade ou de uma comunidade. Não é preciso grande esforço para concluir que em todos os exemplos narrados anteriormente o direito do autor não é individual, porque, por mais justificáveis suas pretensões, os direitos pleiteados não têm o indivíduo como titular, mas sim a coletividade, um grupo, classe ou categoria de pessoas. O autor, nesse caso, como membro dessa coletividade ou comunidade, tem o direito de ser tutelado, isso não se discute, mas não como indivíduo, e sim como sujeito pertencente à coletividade ou comunidade.

Parece haver um consenso doutrinário de que tais situações melhor seriam tuteladas pela ação coletiva[101], pelas nítidas e indiscutíveis vantagens dessa espécie de tutela. Entendo, entretanto, que a questão não deve ser tratada no âmbito da adequação, mas da

admissibilidade. Não vejo como admitir uma ação pseudoindividual, com a justificativa no direito constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF), porque esse princípio deve respeito às condições da ação. Tal princípio não será violado se o autor da ação judicial não reunir no caso concreto as condições necessárias ao exercício do direito de ação.

Trata-se, na realidade, de impedimento ao exercício de direito de ação em razão da ilegitimidade ativa do autor em tutelar em juízo um direito difuso ou coletivo[102]. Em nada ajuda a tese contrária a afirmação de que a ação é individual porque assim foi formulada a fundamentação do autor, afinal, ele não pede tutela para os outros, limitando-se a pretender ser individualmente tutelado. O que determina a falsa natureza individual dessa ação é a natureza do direito tutelado, em nada importando a forma de narrativa da causa de pedir pelo autor e/ou de seu pedido.

Por outro lado, conforme corretamente ensinado pela melhor doutrina, esse tipo de ação pseudoindividual conduz a uma apreciação incompleta da questão, cria assimetria porque a coisa julgada opera-se *inter partes* e pode desorganizar políticas públicas, por meio do comprometimento do orçamento público em desfavor de toda a coletividade[103].

Acredito que nesse caso a conversão da ação individual não só é possível, mas indispensável, porque o autor não teria legitimidade para levar adiante por meio de um pedido em uma ação individual. A conversão em ação coletiva, com o ingresso no polo ativo de um

legitimado coletivo, seria a única forma de evitar a extinção da ação individual por sentença terminativa, o que deveria ser prestigiado em razão do princípio do interesse no julgamento do mérito.

Outra é a situação criada quando um mesmo ato ilícito ofende direito genuinamente individual e direito difuso ou coletivo. Nesse caso, não há como negar que o indivíduo provavelmente tenha dois direitos no caso concreto: como indivíduo e como membro da coletividade ou comunidade. Exemplo lembrado pela doutrina é o pedido elaborado em ação individual em razão de poluição que está atingindo diretamente o vizinho da fábrica, que, inclusive, já apresenta concretos problemas de saúde associados à poluição[104]. Nesse caso, há nitidamente um direito individual associado à saúde do autor, de natureza individual, e um direito difuso referente ao meio ambiente equilibrado, de natureza difusa.

O sujeito lesionado em sua saúde indiscutivelmente não tem legitimidade para tutelar o meio ambiente, mas é inegável que o tem para tutelar sua própria saúde. Em situações como essa, parece não ser correta a tese da inadmissibilidade da ação individual. O sujeito nesse caso é titular de um direito individual, independentemente de os direitos de natureza transindividuais também estarem sendo lesionados pelo mesmo ato ilícito. A ofensa ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional nessa circunstância seria decorrência inexorável da admissibilidade da ação individual.

Uma vez sendo julgada procedente a ação individual, com a tutela individual pleiteada pelo autor, haverá uma geração de efeitos

que ultrapassará as partes, atendendo a coletividade ou uma comunidade. Essa tutela decorrerá de uma mera circunstância de fato, e não de direito, porque, nesse caso, o autor da ação individual não tem legitimidade para defender o direito da coletividade ou da comunidade em juízo[105]. É preciso reconhecer, entretanto, que, apesar de a tutela não decorrer do direito, mas de fato, e ser gerada apenas de forma reflexa, o resultado de uma ação individual terá tutelado um direito difuso ou coletivo.

Nesse caso, não se pode negar a legitimidade do indivíduo que propôs a ação tampouco sua natureza individual, mas é de todo inconveniente que a ação siga conforme foi proposta, porque nesse caso o autor estará, ainda que indiretamente, tutelando um direito difuso e coletivo, para o que não tem legitimidade, por meio de uma ação individual, que não será regida pelo microssistema coletivo.

Registre-se apenas que, mesmo havendo uma violação a direitos transindividuais e individuais derivada de um mesmo ato ilícito, é possível que a ação individual proposta tenha pedido de alcance meramente individual, o que não permitirá sua conversão em ação coletiva. No exemplo já dado de emissão de poluentes, basta que o vizinho da fábrica limite sua pretensão na ação individual à tutela reparatória, que, uma vez concedida, beneficiará somente ele, não tendo qualquer reflexo na coletividade.

O art. 334, § 9.º, do projeto de lei aprovado na Câmara confirmava esse entendimento ao prever que a conversão poderia ocorrer mesmo que o autor tivesse cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse

pedido dar-se-ia em autos apartados. Ainda dentro do exemplo, seria o caso de o vizinho ter cumulado em sua ação individual os pedidos de tutela reparatória (alcance individual) e inibitória (alcance coletivo).

A segunda hipótese de conversão, prevista pelo art. 334, II, do projeto de lei aprovado na Câmara, era de mais difícil compreensão. Ao tratar de uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja decisão deva ser uniforme para todos os membros do grupo em razão de disposição legal ou por sua natureza, o dispositivo parecia indicar típica hipótese de litisconsórcio facultativo unitário. O objetivo da conversão, de dar a todos um tratamento isonômico era nobre, mas o problema prático era como desvincular essa hipótese daquela já prevista no inciso I do dispositivo legal, porque, se a relação jurídica conflituosa é incindível, devendo ser decidida uniformemente para todos os membros que compõem o grupo, o pedido do autor terá alcance coletivo.

Em termos procedimentais, eram legitimados a pedir a conversão o Ministério Público, a Defensoria Pública (previstos no *caput* do art. 334) e os demais legitimados coletivos previstos nos arts. 5.º da LACP e 82 do CDC (previstos no § 1.º). Sendo incomum que os legitimados coletivos participem da ação individual – excepcionalmente o Ministério Público pode funcionar como fiscal da ordem jurídica –, poderia se questionar como esses sujeitos tomariam conhecimento do processo para nele intervir pedindo a conversão ora analisada.

Como forma de aumentar consideravelmente a possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva (ainda que tal

conversão não seja mais possível em razão da ausência do instituto no texto final do Novo CPC), é elogiável o Enunciado 39 do II FPPC: "É dever do juiz intimar os legitimados do art. 333 do CPC para, se for o caso, requerer a conversão, aplicando-se, por analogia, o art. 139, X, do CPC".

Repetindo regra consagrada no art. 7.º da LACP, o art. 139, X, do projeto de lei aprovado na Câmara incluía entre os deveres do juiz a intimação do Ministério Público, da Defensoria Pública e, na medida do possível, dos demais legitimados coletivos, quando notasse a pluralidade de demandas individuais repetitivas, para que, se for o caso, fosse promovida a devida ação coletiva. Se o juiz tinha o dever de provocar a propositura da ação coletiva, é inevitável a conclusão de que também tivesse tal poder para provocar a conversão da ação coletiva em ação individual.

Como o legitimado que pede a conversão é o que, após seu deferimento, ingressa como coautor do indivíduo, era interessante a opção do projeto de lei aprovado na Câmara de incluir a Defensoria Pública, aparentemente sem nenhuma exigência vinculada à pertinência temática, como legitimada a conduzir uma ação coletiva, ainda que fruto de conversão de ação individual. O tema, como se sabe, é consideravelmente polêmico quanto à legitimidade originária da Defensoria Pública para a propositura da ação coletiva[106].

Segundo o *caput* do dispositivo ora analisado, o autor da ação individual seria ouvido, não ficando muito claro com qual objetivo. É natural que, se o autor seria ouvido, ou ao menos teria

oportunidade para isso, podendo discordar da conversão, a sua manifestação deveria ser levada em consideração pelo juiz. Entendia, entretanto, que a única fundamentação admissível por parte do réu era a que dizia respeito ao não preenchimento dos requisitos legais para a conversão. A simples vontade de o autor continuar com sua ação individual não seria o suficiente para impedir a conversão, porque, conforme já exposto, ou ela evitaria a extinção por ilegitimidade ativa ou seria a forma mais conveniente de continuar a demanda quando o interesse público se sobrepusesse ao interesse individual.

Nesse sentido, o Enunciado 41 do II FPPC: “A oposição das partes à conversão da ação individual em coletiva limita-se à alegação do não preenchimento dos seus pressupostos”.

O autor individual, que continuaria no polo ativo da ação, se assim pretendesse, agora como litisconsorte do legitimado ativo (art. 334, § 6.º, do projeto de lei aprovado na Câmara), não suportaria qualquer ônus em decorrência dessa conversão, considerando que não seria responsável por qualquer despesa processual decorrente de tal conversão (art. 334, § 7.º, do projeto de lei aprovado na Câmara).

Também seria ouvido o Ministério Público sobre o pedido, caso não tivesse sido ele mesmo que o tenha formulado (art. 334, § 10, do projeto de lei aprovado na Câmara). E mesmo não constando expressamente do dispositivo legal, em respeito ao princípio do contraditório, também deveria ser ouvido o réu, desde que já citado, cabendo sua intimação para se manifestar sobre o pedido de conversão. Nesse sentido, o Enunciado 40 do II FPPC: “Havendo

requerimento de conversão, o juiz, antes de decidir, ouvirá o autor e, caso já tenha sido citado, o réu".

Sendo determinada a conversão, nos termos do art. 334, § 4.º do projeto de lei aprovado na Câmara, o juiz intimaria o autor do requerimento para que, no prazo fixado, aditasse ou emendasse a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. E, havendo tal aditamento ou emenda, o art. 334, § 5.º, previa que o juiz determinasse a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias, em respeito ao princípio do contraditório. A partir daí o procedimento seguiria as regras do processo coletivo, nos termos do art. 334, § 8.º, do projeto de lei aprovado na Câmara.

2. AÇÃO

Sumário: 2.1. Teorias da ação: 2.1.1. Teoria imanentista (civilista); 2.1.2. Teoria concreta da ação; 2.1.3. Teoria abstrata do direito de ação; 2.1.4. Teoria eclética; 2.1.5. Teoria da asserção – 2.2. Condições da ação: 2.2.1. Introdução; 2.2.2. Possibilidade jurídica do pedido; 2.2.3. Interesse de agir; 2.2.4. Legitimidade – 2.3. Elementos da ação: 2.3.1. Introdução; 2.3.2. Partes; 2.3.3. Pedido; 2.3.4. Causa de pedir.

2.1. TEORIAS DA AÇÃO

É natural que com o desenvolvimento e aprimoramento dos estudos a respeito da ciência processual tenham surgido diferentes teorias a respeito da natureza jurídica da ação. Existem algumas, como a teoria imanentista e a teoria do direito concreto de ação, que atualmente só têm interesse histórico, mas outras têm valor atual, considerando-se que até hoje existe viva polêmica a respeito da melhor teoria para explicar a natureza jurídica da ação.

Ainda que o Código de Processo Civil tenha expressamente consagrado a teoria eclética da ação, existem entendimentos doutrinários que defendem a teoria do direito abstrato de ação e a teoria da asserção.

2.1.1. TEORIA IMANENTISTA (CIVILISTA)

Na teoria imanentista o direito de ação é considerado o próprio direito material em movimento, reagindo a uma agressão ou a uma

ameaça de agressão. Nessa concepção, que não consegue entender o direito de ação como direito autônomo, quando há respeito ao direito material, ele remanesce estático, colocando-se em movimento somente no caso de agressão ou ameaça, hipótese na qual passa a ser considerado *direito de ação*.

É evidente que na teoria imanentista não existe direito de ação sem existir direito material, até porque se trata do mesmo direito em diferentes estados (estático e em movimento)[107]. Para os defensores dessa teoria, o direito de ação é um poder que o indivíduo possui contra o seu adversário e não contra o Estado, sendo o processo um mero procedimento, ou seja, um conjunto de atos coordenados visando à obtenção de um objetivo final.

A ideia de ser o direito material e o direito de ação um mesmo direito já foi há tempos abandonada, tendo atualmente tão somente interesse histórico. Mais precisamente, deve-se à famosa polêmica entre Windscheid e Muther, dois romanistas estudiosos do conteúdo da *actio* romana, a superação da confusão realizada pela teoria imanentista. A partir dessa polêmica e de estudos posteriores, como a clássica obra de Oscar von Bülow a respeito dos pressupostos processuais, o direito processual passou a ser estudado de forma científica, e o direito de ação passou a ser diferenciado do direito material[108].

2.1.2. TEORIA CONCRETA DA AÇÃO

A teoria concreta da ação, também conhecida como teoria do direito concreto de ação, criada por Wach na Alemanha, tem como mérito ser a primeira teoria que fez a distinção entre direito de ação

e direito material. Para os defensores dessa teoria, o direito de ação é um direito do indivíduo contra o Estado, com o objetivo de obtenção de uma sentença favorável, e ao mesmo tempo um direito contra o adversário, que estará submetido à decisão estatal e aos seus efeitos jurídicos[109].

Apesar do avanço quando comparada com a teoria imanentista, a teoria concreta defende que o direito de ação só existe se o direito material existir, condicionando a existência do primeiro à existência do segundo. Reconhece-se a autonomia do direito de ação, mas não a sua independência, considerando que o direito de ação dependeria do direito material.

Como vertente da teoria do direito concreto, na Itália Chiovenda defendeu o entendimento de ser o direito de ação um direito potestativo, considerando que o direito a uma sentença favorável não cria nenhuma obrigação ao adversário diante do exercício do direito de ação, simplesmente estando sujeito ao seu exercício, independentemente de sua vontade ou de conduta a ser por ele prestada[110]. Entendeu o doutrinador italiano que a ação não era um direito contra o Estado, mas um poder a ser exercido contra o réu, que ficaria sujeito aos efeitos jurídicos derivados do exercício do direito de ação pelo autor e a consequente sentença em seu favor[111].

A teoria concreta do direito de ação encontra-se superada, somente tendo interesse histórico. Nunca conseguiu responder a dois questionamentos que demonstram a sua impropriedade:

(a) na hipótese de sentença de improcedência há declaração de que o direito material alegado pelo autor não existe; nesse caso, com a resolução do mérito desfavorável ao autor, não teria ele exercido o direito de ação?

(b) na hipótese de sentença de procedência na ação declaratória negativa, quando o acolhimento do pedido do autor declara a inexistência do direito material; não teria havido direito de ação nessa sentença de procedência do pedido?

Como se nota com facilidade nos dias atuais, a vinculação entre a existência de direito de ação e a existência do direito material não consegue explicar algumas situações nas quais, apesar de inexistir o direito material, não existe dúvida a respeito da existência do direito de ação. De qualquer forma, foram os defensores da teoria concreta do direito de ação os primeiros a falar em condições da ação, embora com definição distinta da que se faz atualmente, o que mostra o avanço científico obtido com as teses criadas para defender a teoria.

2.1.3. TEORIA ABSTRATA DO DIREITO DE AÇÃO

A teoria abstrata do direito de ação, também chamada de teoria do direito abstrato de ação, consequência das teorias criadas por Degenkolb e Plósz, incorpora o entendimento assimilado pela teoria concreta de que direito de ação e direito material não se confundem. Mantém a autonomia entre esses dois direitos e vai além, ao afirmar que o direito de ação é independente do direito material, podendo existir o primeiro sem que exista o segundo. O direito de ação, portanto, é o direito abstrato de obter um pronunciamento do Estado, por meio da decisão judicial. É evidente que para os defensores dessa teoria a sentença de improcedência não retira no caso concreto a existência do direito de ação do autor, o mesmo ocorrendo com a sentença de procedência da ação declaratória

negativa.

Para os defensores dessa teoria, o direito de ação é abstrato, amplo, genérico e incondicionado, não existindo nenhum requisito que precise ser preenchido para sua existência. Nessa concepção, não existem condições para o exercício da ação, muito menos quando tais condições só podem ser analisadas à luz do direito material, que para a teoria abstrata é absolutamente irrelevante para fins de existência do direito de ação.

Essa característica de ser o direito de ação incondicionado leva os abstrativistas puros a rejeitar a existência das condições da ação consagradas em nosso ordenamento processual. Para essa corrente de pensamento, o termo *carência de ação* não existe, porque não existe nenhuma condição para o exercício do direito de ação, sendo que as chamadas "condições da ação" – possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade – são na realidade matéria de mérito, de forma que a inexistência das chamadas condições da ação no caso concreto devem gerar uma sentença de improcedência, com a rejeição do pedido do autor e a declaração da inexistência de seu direito material[112].

A consequência prática da adoção desse entendimento é relevante: ao entender que toda sentença de carência da ação é na realidade uma sentença de mérito (art. 487, I, do Novo CPC), após o trânsito em julgado essa sentença estará protegida pelo fenômeno da coisa julgada material, o que não ocorre com a sentença terminativa fundada em carência de ação (art. 485, VI, do Novo CPC). Para alguns doutrinadores, essa tese, além de ser

academicamente a mais correta, é a mais condizente com o princípio da economia processual, ao evitar a repropositura de demandas cuja pretensão do autor já foi rejeitada[113].

2.1.4. TEORIA ECLÉTICA

Atribui-se a Liebman a criação da teoria eclética, que pode ser entendida como uma teoria abstrata com certos temperamentos. Para a teoria eclética, o direito de ação não se confunde com o direito material, inclusive existindo de forma autônoma e independente. Não é, entretanto, incondicional e genérico, porque só existe quando o autor tem o direito a um julgamento de mérito (é irrelevante se favorável ou desfavorável), sendo que esse julgamento de mérito só ocorre no caso concreto quando alguns requisitos são preenchidos de forma a possibilitar ao juiz a análise da pretensão do autor.

A teoria eclética defende que a existência do direito de ação não depende da existência do direito material, mas do preenchimento de certos requisitos formais chamados de "condições da ação"[114]. Para essa teoria, as condições da ação não se confundem com o mérito, ainda que sejam aferidas à luz da relação jurídica de direito material discutida no processo, sendo analisadas preliminarmente e, quando ausentes, geram uma sentença terminativa de carência de ação (art. 485, VI, do Novo CPC) sem a formação de coisa julgada material[115]. Estando presentes no caso concreto, o juiz profere sentença de mérito, que tanto poderá acolher como rejeitar o pedido do autor. Tratando-se de matéria de ordem pública não há preclusão, entendendo os defensores da teoria eclética que a qualquer momento do processo e

com qualquer grau de cognição o juiz deve extinguir o processo sem resolução de mérito por carência de ação se entender ausente uma das condições da ação[116].

Como a sentença de carência de ação é uma resposta do Estado-juiz ao exercício de um direito do autor, a teoria eclética tem que explicar que direito exercido foi esse que obrigou o Estado a proferir uma resposta. Faz-se uma distinção entre o direito de petição, que é o direito a obter uma manifestação de qualquer órgão público, entre eles o Poder Judiciário, e o direito de ação, que é o direito a uma sentença de mérito. Enquanto o direito de petição é amplo, genérico e incondicional, o direito de ação depende do preenchimento das condições de ação. Uma mesma explicação com nomenclatura distinta está na diferença entre o *direito constitucional de ação* e o *direito processual de ação*, sendo o primeiro incondicional e o segundo dependente de determinadas condições[117].

O Código de Processo Civil adotou a teoria eclética, ao prever expressamente que a sentença fundada em ausência das condições da ação é meramente terminativa, não produzindo coisa julgada material (art. 485, VI, do Novo CPC)[118], ainda que não conste mais expressamente do texto legal a expressão “condições da ação”, o que, entretanto, é irrelevante, como se tentará demonstrar no próximo item. Ressalte-se que a melhor doutrina entende que as condições da ação devem estar presentes no momento da prolação da sentença, de forma que eventos supervenientes devem ser levados em consideração em sua análise.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que a determinação da natureza da sentença (de mérito ou terminativa) leva em consideração seu conteúdo e não a expressa menção a uma dessas espécies na própria decisão. Dessa forma, entendeu como sendo efetivamente de mérito uma decisão proferida em mandado de segurança que, com o equivocado fundamento de ilegitimidade ativa de parte, rejeitou o pedido do impetrante num mandado de segurança pela inexistência de direito material[119].

Proposta uma ação sem a presença das condições da ação, caso estas venham a se verificar supervenientemente, não caberá extinção do processo sem a resolução do mérito. Com o mesmo raciocínio, mesmo estando as condições da ação presentes no momento da propositura, havendo carência superveniente, o processo deve ser imediatamente extinto sem a resolução do mérito, em aplicação do art. 493 do Novo CPC[120]. Na carência superveniente a questão referente ao responsável pelo pagamento das verbas de sucumbência deve ser resolvida com base em dois elementos:

(a) se no momento de propositura da demanda era necessária a intervenção jurisdicional;

(b) quem foi o responsável pelo ato superveniente que acarretou a carência da ação, devendo a este ser imputada a responsabilidade de pagamento das verbas de sucumbência[121].

2.1.5. TEORIA DA ASSERÇÃO

Em tempos mais recentes surgiu na doutrina a teoria da

asserção (*in statu assertionis*), também chamada de teoria *della prospettazione*, que pode ser considerada uma teoria intermediária entre a teoria abstrata pura e a teoria eclética. Para essa corrente doutrinária a presença das condições da ação deve ser analisada pelo juiz com os elementos fornecidos pelo próprio autor em sua petição inicial, sem nenhum desenvolvimento cognitivo. Existe até mesmo parcela doutrinária que entende que tal análise possa ser feita depois da petição inicial, desde que ainda com uma cognição superficial das alegações feitas pelo autor[122].

Para os defensores da teoria da asserção, sendo possível ao juiz mediante uma cognição sumária perceber a ausência de uma ou mais condições da ação, deve extinguir o processo sem a resolução do mérito por carência de ação (art. 485, VI, do Novo CPC), pois já teria condições desde o limiar do processo de extingui-lo e assim evitar o desenvolvimento de atividade inútil. Com embasamento no princípio da economia processual, entende-se que, já se sabendo que o processo não reúne condições para a resolução do mérito, cabe ao juiz a sua prematura extinção por carência da ação. Nesses termos, a teoria da asserção não difere da teoria eclética.

Por outro lado, caso o juiz precise no caso concreto de uma cognição mais aprofundada para então decidir sobre a presença ou não das condições da ação, não mais haverá tais condições da ação, que passarão a ser entendidas como matérias de mérito. Dessa forma, aprofundada a cognição, a ausência daquilo que no início do processo poderia ter sido considerado uma condição da ação passa a ser matéria de mérito, gerando uma sentença de rejeição do pedido do autor (art. 487, I, do Novo CPC), com a geração de coisa julgada

material. Nesses termos, a teoria da asserção não difere da teoria abstrata pura.

Em síntese conclusiva, o que interessa para fins da existência das condições da ação para a teoria da asserção é a mera alegação do autor, admitindo-se provisoriamente que o autor está dizendo a verdade. Se o autor alega ser o possuidor numa ação possessória, já basta para considerá-lo parte legítima, sendo a análise da veracidade ou não dessa alegação relegada ao juízo de mérito[123]. A teoria ora analisada tem ampla aceitação no Superior Tribunal de Justiça, podendo-se considerar ter a Corte adotado a teoria da asserção[124], inclusive em processos penais[125].

Além da óbvia diminuição de sentenças terminativas por carência de ação, que serão substituídas por sentença de improcedência do pedido, a adoção da teoria da asserção gera outra importante consequência prática. Como as condições da ação perdem tal natureza a partir do momento em que o réu é citado, passando a ser enfrentadas como mérito, afasta-se delas a natureza de ordem pública, de forma que passam a estar sujeitas à preclusão[126].

A principal crítica à teoria da asserção tem como fundamento a impossibilidade de modificar a natureza de um instituto jurídico tomando-se por base a diferente carga cognitiva ou o momento em que um pronunciamento é proferido. Assim, uma condição da ação será sempre uma condição da ação, não tendo nenhuma relevância se sua ausência pode ser percebida liminarmente pelo juiz ou somente após o exaurimento de sua cognição[127]. Ademais, bastaria

ao autor mentir em sua petição inicial para adaptá-la as exigências das condições da ação para merecer um julgamento de mérito.

2.2. CONDIÇÕES DA AÇÃO

2.2.1. INTRODUÇÃO

A retirada do termo “condições da ação” do Novo Código de Processo Civil animou parcela da doutrina ao levantar a questão do afastamento desse instituto processual de nosso sistema processual, de forma que o interesse de agir e a legitimidade passassem a ser tratados como pressupostos processuais ou como mérito, a depender do caso concreto[128].

Essa parcela da doutrina entende que o Novo Código de Processo Civil teria consagrado o binômio *pressupostos processuais* e *mérito*, e que, ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam. É o conceito ‘condição da ação’ que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar continuaria obviamente a existir. O órgão jurisdicional ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. Tais questões seriam examinadas ou como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação *ad causam* ordinária) ou como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária)[129].

Corroboraria tal entendimento o fato de que diante do Novo Código de Processo Civil a propositura da nova ação extinta por ausência de legitimidade e/ou interesse de agir depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito (art. 486, §

1.º, do Novo CPC). Há também a previsão do § 2.º do art. 966 do Novo CPC: nas hipóteses previstas no *caput*, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, não permita a repropositura da demanda ou impeça o reexame do mérito.

Ao se admitir que as condições da ação não existem mais como instituto processual autônomo, cabendo agora analisar-lhes como pressupostos processuais ou mérito a depender do caso, seria ver consagrada no Novo Código de Processo Civil a teoria abstrata do direito de ação.

Certamente é tema que ainda suscitará muitos questionamentos e dúvidas, mas em minha primeira visão sobre o assunto não creio que o Novo CPC tenha adotado a teoria do direito abstrato de ação[130]. Prova maior é que nas hipóteses já mencionadas, de vedação à repropositura da ação e do cabimento da ação rescisória, o Novo Código de Processo Civil deixa claro que não estará havendo julgamento de mérito. Como a legitimidade e o interesse de agir dificilmente podem ser enquadrados no conceito de pressupostos processuais, por demandarem análise da relação jurídica de direito material alegada pelo autor, concluo que continuamos a ter no sistema processual as condições de ação. E vou ainda mais longe. Apesar do respaldo doutrinário significativo e de inúmeras decisões judiciais acolhendo-a, o novo diploma processual não consagrou a teoria da asserção, mantendo-se nesse ponto adepto da teoria eclética. Ainda que não caiba ao Código de Processo Civil adotar essa ou aquela teoria, ao prever como causa de extinção do processo sem resolução do mérito a sentença que

reconhece a ausência de legitimidade e/ou interesse de agir, o Novo Código de Processo Civil permite a conclusão de que continua a consagrar a teoria eclética.

Entendo, portanto, que tanto o CPC/1973 como o Novo Código de Processo Civil consagram a distinção entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito. O criador da teoria eclética, pela qual foram explicadas as condições da ação, foi Liebman, que em seus primeiros estudos sobre o tema entendia existirem três espécies de condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade, tendo sido essa construção consagrada pelo nosso ordenamento processual. E, com base nesse entendimento, o CPC/1973 consagrava três condições da ação. Ocorre, porém, que o próprio Liebman reformulou seu entendimento original, passando a defender que a possibilidade jurídica estaria contida no interesse de agir, de forma que ao final de seus estudos restaram somente duas condições da ação: interesse de agir e legitimidade[131].

É nesse sentido o art. 17 do Novo CPC ao prever que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Ainda que se possa entender que o dispositivo consagra a doutrina de Liebman a respeito do tema, tenho a impressão de que, de alguma forma, o legislador atendeu aos críticos da teoria eclética, em especial aos defensores da teoria do direito abstrato de ação. Naturalmente, mantém-se pela proposta analisada a teoria eclética, exigindo-se no caso concreto a existência de interesse de agir e legitimidade para que o juiz possa resolver o mérito. A retirada, entretanto, da possibilidade jurídica do pedido nem sempre levará o

juiz a entender as situações que hoje são analisadas sob a ótica dessa condição da ação como causas de falta de interesse de agir.

Acredito que o juiz passe, ao menos em algumas situações, a simplesmente julgar improcedente o pedido do autor. Essa nova realidade, com a aprovação do Novo Código de Processo Civil nos termos propostos, tende a se verificar especificamente quando o pedido for juridicamente impossível. Se um Estado da Federação pede sua retirada do Brasil, o juiz afirma que o Estado não tem esse direito e julga o pedido improcedente, sendo que sob o CPC/1973 deveria julgar extinto o processo sem a resolução de mérito.

Por outro lado, nas hipóteses em que a impossibilidade jurídica não deriva do pedido, mas das partes ou da causa de pedir, entendo mais adequado que, mesmo diante da aprovação do dispositivo ora comentado, o juiz continue a extinguir o processo sem a resolução de mérito, agora com fundamento na ausência de interesse de agir, em sua modalidade *adequação*. Numa cobrança de dívida de jogo, por exemplo, não parece correto o julgamento de improcedência, o que significaria que o direito de crédito alegado pelo autor não existe, o que não condiz com a realidade. Afinal, a vedação no sistema jurídico para a cobrança judicial dessa espécie de dívida não quer dizer que ela não exista.

2.2.2. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Ainda que não seja mais prevista como condição da ação, a possibilidade jurídica do pedido não deixará faticamente de existir, cabendo sua análise mesmo que no Novo Código de Processo Civil sua presença passe a levar à extinção do processo por falta de interesse de agir, pressuposto processual ou improcedência da ação.

Numa análise abstrata do pedido do autor à luz do ordenamento jurídico, são três os possíveis resultados:

(a) o pedido está expressamente previsto como apto a receber a proteção jurisdicional;

(b) não há nenhuma previsão legal a respeito do pedido;

(c) existe uma expressa vedação na lei ao pedido formulado.

Desses três resultados possíveis, somente a vedação legal constitui a impossibilidade jurídica do pedido[132]. Numa análise abstrata e realizada *a priori*, o juiz deve considerar hipoteticamente que o autor tem razão em tudo que alega, e a partir daí verificar se existe a vedação legal ao que pretende receber, o que impedirá a continuidade do processo em razão de sua manifesta inutilidade.

Existe divergência a respeito do que significa *pretensão vedada pelo ordenamento jurídico*. Enquanto parcela da doutrina entende que se trata do pedido mediato, considerando-se que o pedido de tutela jurisdicional é sempre possível[133], outra parcela defende que a impossibilidade jurídica do pedido recai sobre o pedido imediato, porque saber se o autor tem ou não o direito à obtenção do bem da vida pretendido é matéria de mérito[134], havendo também os que entendem que a ilicitude possa ser do pedido imediato e/ou mediato[135].

Entendo que a primeira corrente é a mais acertada, valendo-se a segunda corrente doutrinária da dificuldade prática de distinguir a impossibilidade jurídica do pedido do mérito para afirmar equivocadamente ser possível verificar a carência da ação somente com a análise do pedido em seu aspecto processual. Ainda que se

reconheça essa dificuldade prática, é impossível imaginar um pedido imediato juridicamente impossível, considerando que a tutela jurisdicional é sempre admitida em lei em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV, da CF).

Existe parcela doutrinária que defende a insuficiência da ideia original de impossibilidade jurídica do pedido. Nesse entendimento, a possibilidade jurídica deve ser analisada tomando-se como base de análise todos os elementos da ação – ou demanda –, e não somente o pedido[136]. O pedido será juridicamente impossível quando a pretensão desejada pelo autor for expressamente vedada pelo ordenamento jurídico, como ocorre numa ação em que um Estado brasileiro pede seu desligamento da Federação (direito de secessão). A causa de pedir será juridicamente impossível quando a ordem jurídica negar aos fatos narrados pelo autor a geração de direitos, como ocorre numa ação em que se cobra uma dívida de jogo. A parte pode gerar impossibilidade jurídica em determinadas situações, como ocorre com a Fazenda Pública, que não pode ser executada por quantia certa da forma tradicional (penhora/expropriação)[137].

Apesar de entender adequada a tese da impossibilidade jurídica da ação – ou da demanda – e não somente do pedido, entendo que a execução por procedimento comum movida contra a Fazenda Pública contém um vício procedimental, que inclusive pode ser saneado por emenda à petição inicial, não sendo hipótese de extinção do processo sem a resolução do mérito. Diferente é a hipótese de um réu preso ser litigado nos Juizados Especiais, o que é vedado expressamente pelo art. 8.º da Lei 9.099/1995, sendo

nesse caso a demanda juridicamente impossível – evidentemente em sede de Juizados Especiais – em razão da parte[138]. Compreendo que para os críticos da teoria a extinção desse processo também poderia ser justificada pela incompetência absoluta dos Juizados Especiais.

2.2.3. INTERESSE DE AGIR

A ideia de interesse de agir, também chamado de interesse processual, está intimamente associada à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional[139]. Cabe ao autor demonstrar que o provimento jurisdicional pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, o que será o suficiente para justificar o tempo, a energia e o dinheiro que serão gastos pelo Poder Judiciário na resolução da demanda. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de afirmar que não existe utilidade prática, e por consequência interesse de agir, em execução de valor ínfimo pela Fazenda Pública[140].

Não se deve analisar se o autor tem efetivamente o direito que alega ter e que, portanto, se sagrará vitorioso na demanda, porque esse é tema pertinente ao mérito e não às condições da ação. O juiz deve analisar em abstrato e hipoteticamente se o autor, sagrando-se vitorioso, terá efetivamente a melhora que pretendeu obter com o pedido de concessão de tutela jurisdicional que formulou por meio do processo. Ter ou não razão em suas alegações e pretensões é irrelevante nesse tocante, não afastando a carência da ação por falta de interesse de agir.

Segundo parcela da doutrina, o interesse de agir deve ser analisado sob dois diferentes aspectos: a necessidade de obtenção da tutela jurisdicional reclamada e a adequação entre o pedido e a proteção jurisdicional que se pretende obter[141].

Haverá necessidade sempre que o autor não puder obter o bem da vida pretendido sem a devida intervenção do Poder Judiciário. Em regra, havendo a lesão ou ameaça de lesão a direito, consubstanciada na lide tradicional, haverá interesse de agir, porque, ainda que exista a possibilidade de obtenção do bem da vida por meios alternativos de solução de conflitos, ninguém é obrigado a solucionar seus conflitos de interesse por essas vias alternativas. Na jurisdição voluntária há lide presumida, conforme analisado no Capítulo 1, item 1.7.2.3, decorrendo a necessidade da própria previsão legal que obriga as partes à intervenção jurisdicional[142].

Por adequação se entende que o pedido formulado pelo autor deve ser apto a resolver o conflito de interesses apresentado na petição inicial. Sendo a lide consubstanciada numa resistência à pretensão de obtenção de um bem da vida, cabe ao autor requerer uma prestação jurisdicional que seja apta a afastar essa resistência, com isso liberando seu caminho para a obtenção do bem da vida pretendido. Narrando-se um esbulho possessório, não é adequado o pedido reivindicatório, porque, mesmo que o autor realmente seja o proprietário da área invadida, esse reconhecimento não será capaz de afastar o esbulho cometido, para o que deveria ter sido pedido uma tutela possessória e não petitória. Na realidade, não sendo adequada a pretensão formulada para resolver a lide narrada na petição inicial, a tutela pretendida é inútil, faltando interesse de agir ao autor[143].

O interesse-adequação, apesar de adotado por considerável doutrina, não agrada a todos, existindo parcela doutrinária que

entende não haver nenhuma correlação entre o interesse de agir e a adequação, até porque a inadequação da pretensão não gera a perda do interesse de agir, considerando-se que mesmo de forma inadequada o autor pretende uma melhora em sua situação como o processo[144]. Por outro lado, existe doutrina que entende ser a inadequação da tutela pretendida questão referente aos pressupostos processuais e não às condições da ação. Para essa corrente doutrinária, a escolha de procedimento inadequado para a obtenção da tutela apta a resolver a lide apresentada em juízo não significa que o autor não tenha o direito de ação, mas que o meio adotado é impróprio, o que deve gerar uma extinção do processo sem resolução do mérito nos termos do art. 485, IV, do Novo CPC[145], quando o vício não puder ser saneado.

Entendo que o interesse-adequação está intimamente associado à ideia de utilidade na prestação jurisdicional, estando presente essa condição da ação quando o pedido formulado tem aptidão concreta de melhorar a situação do autor. Discordo, portanto, da afirmação de que pelo mero fato de o autor provocar o Poder Judiciário com qualquer pretensão já estaria preenchida essa condição da ação. Interesse de provocar a jurisdição demonstrado pelo ingresso de petição inicial não se confunde com o interesse de agir, que dependerá sempre da análise da adequação entre pedido formulado e sua condição concreta de resolver a lide apresentada pelo autor.

Por outro lado, sou simpático ao entendimento que admite uma correção diante da ausência do *interesse-adequação*, por meio da emenda da petição inicial, considerando-se amplitude da saneabilidade dos vícios. Mas nem por isso aceito entender o

interesse-adequação como pressuposto processual, porque a inadequação procedimental é diferente da inadequação da pretensão à luz da lide apresentada. Na inadequação procedimental associada aos pressupostos processuais o pedido é apto a resolver a lide, mas o meio procedimental adotado pelo autor é inadequado, enquanto na ausência do *interesse-adequação* a questão não é meramente procedimental, mas derivada da inaptidão do pedido em resolver a lide apresentada na petição inicial.

Quando o autor requer uma prestação de contas pelo rito sumário, não resta dúvida de que o seu pedido é apto a resolver o conflito de interesses que configura a lide no caso concreto, mas o meio procedimental é inadequado porque nesse caso o autor é obrigado a seguir o procedimento especial previsto nos arts. 550 a 553 do Novo CPC. Situação bem diferente verifica-se no pedido reivindicatório para afastar esbulho possessório, até porque nesse caso o procedimento é o mesmo – comum –, não sendo correto afirmar que o meio procedimental seja inadequado. Apesar da correção do meio procedimental, o pedido formulado não tem aptidão de resolver o conflito de interesses narrado pelo autor em sua petição inicial, e por essa razão o autor é carecedor da ação por falta de *interesse-adequação*.

2.2.4. LEGITIMIDADE

Conforme tradicional lição doutrinária, a legitimidade para agir (*legitimatio ad causam*) é a pertinência subjetiva da demanda ou, em outras palavras, é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda[146].

Tradicionalmente se afirma que serão legitimados ao processo os sujeitos descritos como titulares da relação jurídica de direito material deduzida pelo demandante[147], mas essa definição só tem serventia para a legitimação ordinária, sendo inadequada para a conceituação da legitimação extraordinária.

A regra geral em termos de legitimidade, ao menos na tutela individual, é consagrada no art. 18 do Novo CPC, ao prever que somente o titular do alegado direito pode pleitear em nome próprio seu próprio interesse, consagrando a legitimação ordinária, com a ressalva de que o dispositivo legal somente se refere à legitimação ativa, mas é também aplicável para a legitimação passiva. A regra do sistema processual, ao menos no âmbito da tutela individual, é a legitimação ordinária, com o sujeito em nome próprio defendendo interesse próprio.

Excepcionalmente admite-se que alguém em nome próprio litigue em defesa do interesse de terceiro, hipótese em que haverá uma legitimação extraordinária. Apesar de o art. 18 do Novo CPC prever expressamente que a legitimação depende de autorização expressa da lei, a melhor doutrina entende que, além da previsão legal, também se admite a legitimação extraordinária quando decorrer logicamente do sistema[148], como ocorre com a legitimação recursal da parte em apelar do capítulo da sentença que versa sobre os honorários advocatícios.

Infelizmente, o art. 18 do Novo CPC repete o equívoco constante do art. 6.º do CPC/1973, ao continuar a prever que "ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo

quando autorizado pelo ordenamento jurídico". A manutenção do texto legal, entretanto, não deve afetar a construção doutrinária descrita.

Mais adequada era a redação do dispositivo do Projeto de Lei de Novo CPC originário: havendo substituição processual, o juiz determinaria que fosse dada ciência ao substituído da pendência do processo; nele intervindo, cessaria a substituição. O primeiro aspecto interessante era o reconhecimento de que a legitimação extraordinária é sinônimo de substituição processual, e esse é mantido na redação final aprovada pelo Senado. O segundo aspecto a ser apontado era a necessidade de intimação do substituído processual, o que garantiria a efetivação do contraditório até mesmo com a sucessão processual. Naturalmente, tal sucessão só seria possível quando o substituído processual também fosse legitimado, o que não ocorre, por exemplo, na tutela coletiva.

Essa inovação não resistiu e no texto final aprovado pelo Senado o parágrafo único do art. 18 do Novo CPC se limitou a prever que o substituído processual poderá intervir como assistente litisconsorcial do substituto. Sem a exigência de intimação do substituído para que tome ciência da existência de processo no qual se discute direito material de sua titularidade, o juiz pode inclusive indeferir pedido nesse sentido. Em sentido diametralmente oposto, por não existir qualquer vedação legal ou lógica, o juiz poderá, inclusive de ofício, determinar a intimação, com o que estará realizando o princípio do contraditório real. Sem a imposição legal, entretanto, trata-se de mera faculdade do juiz, não se podendo concordar com o Enunciado 110 do Fórum Permanente de

Processualistas Civis (FPPC), que aparentemente cria um dever judicial não previsto expressamente em lei: “Havendo substituição processual, e sendo possível identificar o substituto, o juiz deve determinar a intimação deste último para, querendo, integrar o processo”.

Registre-se a existência de corrente doutrinária que defende a limitação da legitimação extraordinária à tutela individual, afirmando que por meio dessa espécie de legitimação se defende em juízo um direito subjetivo singular de titularidade de pessoa determinada. Sendo o direito difuso de titularidade da coletividade (sujeitos indeterminados e indetermináveis) e o direito coletivo de uma comunidade – classe, grupo ou categoria de pessoas (sujeitos indeterminados, mas determináveis) –, inaplicável a eles a legitimação extraordinária. Sob forte influência dos estudos alemães a respeito do tema, defendem que a legitimação ativa nas ações que têm como objeto direito difuso ou coletivo é uma terceira espécie de legitimidade, chamada de legitimidade autônoma para a condução do processo[149].

Existe certo dissenso doutrinário a respeito da legitimação extraordinária e da substituição processual. Enquanto parcela da doutrina defende tratar-se do mesmo fenômeno, sendo substituto processual o sujeito que recebeu pela lei a legitimidade extraordinária de defender interesse alheio em nome próprio[150], outra parcela da doutrina entende que a substituição processual é uma espécie de legitimação processual[151]. Há aqueles que associam a substituição processual à excepcional hipótese de o substituído não ter legitimidade para defender seu direito em juízo, sendo tal

legitimação exclusiva do substituído[152]. Para outros, a substituição processual só ocorre quando o legitimado extraordinário atua no processo sem que o legitimado ordinário atue em conjunto com ele[153]. As explicações não convencem, sendo amplamente superior a corrente doutrinária que entende tratar-se a substituição processual e a legitimação extraordinária do mesmo fenômeno.

Não se deve confundir substituição processual com sucessão processual, fenômeno consubstanciado na substituição dos sujeitos que compõem os polos da demanda[154]. Sempre que um sujeito que compõe o polo ativo ou passivo é retirado da relação jurídica processual para que um terceiro tome o seu lugar ocorrerá a sucessão processual. Nos termos do art. 109 do Novo CPC, sendo alienado bem litigioso, o autor será intimado:

(a) caso concorde com a saída do réu originário e o ingresso do terceiro adquirente em seu lugar, haverá uma sucessão processual;

(b) caso não concorde com tal alteração, haverá uma substituição processual, considerando-se que a partir da alienação da coisa litigiosa o réu originário permanecerá no processo em nome próprio defendendo interesse alheio[155], admitindo-se o ingresso do terceiro adquirente como assistente litisconsorcial do réu.

Também não se pode confundir a substituição processual com a representação processual (*legitimatio ad processum*), fenômeno relacionado à capacidade de estar em juízo. O representante processual atua em nome alheio na defesa de interesse alheio, não sendo considerado parte no processo, mas mero sujeito que dá à parte a capacidade para que esteja em juízo. Numa ação de investigação de paternidade, por exemplo, a mãe será representante

processual do incapaz, que será autor e titular do direito discutido nessa demanda.

Além da classificação entre legitimação ordinária e extraordinária, a doutrina adota outros critérios para classificar a legitimação. A legitimação autônoma é da parte, ao passo que a subordinada é do assistente. Há legitimação exclusiva quando somente um sujeito é considerado legitimado para compor um dos polos do processo, enquanto na legitimação concorrente (colegitimação) existe mais de um sujeito legitimado a compor um dos polos do processo. A legitimação isolada ou disjuntiva (simples) permite que o legitimado esteja sozinho no processo, enquanto a legitimação conjunta (complexa) exige a formação de litisconsórcio entre todos ou alguns dos legitimados (litisconsórcio necessário). A legitimação pode ser total, quando referente a todo o processo, ou parcial, quando referente somente a determinados atos, como ocorre nos incidentes processuais[156].

2.3. ELEMENTOS DA AÇÃO

2.3.1. INTRODUÇÃO

Os elementos da ação se prestam a identificar a ação, tarefa de extrema importância quando se pretende comparar uma ação com outra. É impossível afirmar que duas ações são iguais, parecidas ou absolutamente diferentes sem o conhecimento de quais são os elementos da ação. Fenômenos como a coisa julgada, litispendência e perempção exigem a existência de ações idênticas, enquanto fenômenos como conexão, continência e prejudicialidade são relevantes em circunstâncias de ações parecidas.

São três os elementos da ação: partes, pedido e causa de pedir.

2.3.2. PARTES

É antiga e tradicional a divergência doutrinária a respeito do conceito de parte. Enquanto Chiovenda entende que *parte* é o sujeito que pede ou contra quem se pede tutela jurisdicional[157], Liebman tem entendimento mais amplo, afirmando ser parte todo sujeito que participa da relação jurídica processual em contraditório defendendo interesse próprio ou alheio[158]. Esses sujeitos, ao defenderem interesse próprio ou alheio em juízo, são titulares de situações jurídicas ativas e passivas (faculdades, ônus, poderes, deveres, estado de sujeição), responsáveis pelo desenvolvimento das atividades a serem praticadas pelas partes[159].

Na tentativa de solucionar o impasse, parcela da doutrina pátria entende possível a convivência dos dois entendimentos em tese contraditórios. A tese restritiva, defendida originariamente por Chiovenda, determina o conceito de "partes na demanda", exigindo-se para que o sujeito seja considerado parte, além de sua presença na relação jurídica processual, que esteja em juízo pedindo tutela ou contra ele esteja sendo pedida tutela jurisdicional. A tese ampliativa, defendida por Liebman, determina o conceito de "partes no processo", bastando para que o sujeito seja parte que participe da relação jurídica processual, sendo titular de situações jurídicas processuais ativas e passivas, independentemente de fazer pedido ou contra ele algo ser pedido[160].

Registre-se corrente doutrinária que entende que parte só é o sujeito que participa da lide, sendo que os demais sujeitos, apesar

de serem considerados participantes do processo, são terceiros[161]. Prefiro a distinção entre partes e terceiro adotando-se o conceito mais amplo de "partes no processo", forma mais adequada de distinguir quem é parte e quem é terceiro.

Na hipótese das intervenções de terceiros típicas, o opoente faz pedido de tutela jurisdicional; o nomeado à autoria se torna réu, sendo naturalmente contra ele feito pedido; e a parte que provocou a intervenção faz pedido contra o denunciado à lide e o chamado ao processo. O opoente, nomeado à autoria, denunciado à lide e chamado ao processo são, portanto, partes na demanda. Já o assistente, que não faz pedido e contra ele nada é pedido, é tão somente parte no processo, o mesmo ocorrendo com o Ministério Público quando funciona no processo como fiscal da lei. Registre-se posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que o *amicus curiae* não é parte, mas um colaborador informal da Corte, não configurando sua atuação espécie de intervenção de terceiros[162].

Apesar do entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, o art. 138 do Novo CPC incluiu a intervenção do *amicus curiae* no Título III do Livro III, referente às intervenções de terceiro, o que naturalmente pressupõe que, a partir da admissão do seu ingresso no processo, passe a atuar com qualidade de parte. O § 1.º do dispositivo legal, entretanto, prevê que o *amicus curiae* não tem legitimidade recursal, salvo para a interposição de embargos de declaração e na hipótese prevista no § 3.º do dispositivo legal ora comentado (decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas), o que será paradoxal se efetivamente atuar como parte no processo a partir de sua intervenção, como qualquer

outro terceiro interveniente.

Não concordo com a retirada da legitimidade recursal do *amicus curiae* consagrada pelo art. 138, § 1.º, do Novo CPC, que segue o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Se o novo diploma processual prevê o *amicus curiae* no capítulo das intervenções de terceiro, é porque entende que aquele que ingressar no processo se torna parte. Por outro lado, se o Novo Código de Processo Civil manteve, no art. 993, a legitimidade recursal da parte, haverá injustificável exceção a essa regra, inclusive com indevida diminuição da participação do *amicus curiae* no processo.

Importante notar que o conceito de parte na demanda ou no processo não se confunde com o conceito de parte material, que é o sujeito que participa da relação de direito material que constitui o objeto do processo. Dessa forma, mesmo que não seja o titular dessa relação de direito material, mas participe do processo, o sujeito será considerado parte processual, independentemente da legalidade de sua presença no processo. É por isso que, mesmo sendo parte ilegítima, o sujeito é considerado parte processual pelo simples fato de participar do processo[163]. Por outro lado, mesmo sendo parte legítima, não há necessidade de a parte processual ser também parte material, como bem demonstra o fenômeno da substituição processual.

Segundo a melhor doutrina, existem quatro formas de adquirir a qualidade de parte[164]:

(a) pelo ingresso da demanda (autor/opoente);

(b) pela citação (réu, denunciado à lide e chamado ao processo);

(c) de maneira voluntária (assistente e recurso de terceiro prejudicado);

(d) sucessão processual (alteração subjetiva da demanda, como na extromissão de parte).

Também há a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, que intervém de forma voluntária vinculada, ou seja, a palavra final a respeito da intervenção no processo é sempre do Ministério Público, mas não será sua vontade, e sim a vontade da lei, que demandará sua participação.

2.3.3. PEDIDO

O pedido pode ser analisado sob a ótica processual, representando a providência jurisdicional pretendida – condenação, constituição, mera declaração, acautelamento, satisfação – e sob a ótica material, representado pelo bem da vida perseguido, ou seja, o resultado prático (vantagem no plano dos fatos) que o autor pretende obter com a demanda judicial. É tradicional na doutrina nomear a espécie de tutela jurisdicional como o pedido imediato (aspecto processual) e o bem da vida, como pedido mediato (aspecto material).

Apesar de tradicional a afirmação de que o réu não pede, mas apenas impede, não tenho dúvida de que o réu formula pedido em sua contestação, afinal, a improcedência do pedido é um pedido do réu por uma sentença meramente declaratória (declara a inexistência do direito material alegado pelo autor, e no caso de ação declaratória negativa, declara a existência do direito material). Interessante notar que, justamente porque o réu faz pedido, nem sempre a natureza da sentença será determinada pela natureza da

ação, fixada somente pelo pedido do autor. Assim, se o autor faz um pedido condenatório, a ação tem natureza condenatória, mas somente na hipótese de sentença de procedência a sentença terá essa natureza, já que na hipótese de improcedência a natureza da sentença será meramente declaratória.

2.3.3.1. Certeza e determinação do pedido

Segundo o art. 322, *caput*, do Novo CPC (referente à ação) e art. 324, § 2º, do Novo CPC (referente à reconvenção), o pedido deverá ser certo e determinado, não restando mais dúvidas de que os pressupostos são cumulativos e não alternativos, como erroneamente previa o art. 286, *caput* do CPC/1973. Registre-se que mesmo sob a égide do diploma processual revogado a melhor doutrina já apontava para a necessária cumulatividade dos requisitos da certeza e determinação[165].

Ainda que mantenha a certeza como exigência do pedido, o art. 322, § 2.º, do Novo CPC prevê que a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé, dando a entender que a certeza poderá advir não do pedido expresso, mas de interpretação conjunta da postulação. Tento ser otimista, mas tenho dificuldade de imaginar como a espécie de tutela jurisdicional e o gênero do bem da vida poderão não ser indicados expressamente pelo autor, mas descobertos a partir da tal interpretação conjunta da postulação. É importante lembrar que o pedido limita a reação do réu, de forma que admitir que um pedido não elaborado de forma expressa pode não ser objeto de contestação, com o que se estará violando o princípio do contraditório[166]. A impossibilidade de prolação de “decisão

surpresa” já vem chamando a atenção da doutrina na interpretação do dispositivo legal ora comentado[167].

Entendo que a única forma de interpretação do dispositivo legal é admitir que o autor tenha feito pedido, ainda que ele não conste expressamente da parte referente a postulação do autor na petição inicial, mas tenha sido objeto de expressa menção em sua fundamentação. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, deve-se promover a interpretação lógico-sistemática do pedido, extraindo-se o que se pretende com a instauração da demanda de todo o corpo da petição inicial e não apenas da leitura da sua parte conclusiva[168], mas não se admite que a mera descrição de fatos que poderiam ensejar em tese um pedido, sem que haja qualquer cogitação tendente a exigi-lo, admita sua concessão pelo juiz[169].

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já decidiu que mesmo tendo sido narrados fatos que comportem, em tese, indenização por dano moral, não cabe a condenação do réu sem pedido expresso do autor nesse sentido[170]. O pedido, portanto, deve ser sempre expresso, ainda que conste apenas da fundamentação da petição inicial.

A certeza é exigida tanto no aspecto processual quanto no material do pedido. No pedido imediato o autor deve indicar de forma precisa e clara qual a espécie de tutela jurisdicional pretendida, enquanto no pedido mediato deve indicar o gênero do bem da vida pleiteado. O direito brasileiro não admite pedido incerto, sendo a certeza do pedido o mínimo exigível em todo e qualquer pedido[171]. Afinal, o pedido incerto impede a defesa do réu

e o próprio julgamento do mérito[172].

A determinação só se refere ao pedido mediato, significando a liquidez do pedido, ou seja, a quantidade e a qualidade do bem da vida pretendido[173]. Ainda que a determinação do pedido seja a regra do sistema processual, o próprio art. 324, § 1º, do Novo CPC, em seus três incisos, prevê as exceções a essa exigência, hipótese em que haverá um pedido genérico, expressão que não constava do CPC/1973, mas é consagrada pelo novo diploma processual. O § 2º do art. 324 do Novo CPC estende expressamente as hipóteses de pedido genérico para a reconvenção, o que é natural em razão da natureza de ação dessa espécie de resposta do réu.

Pedido genérico, portanto, é o que deixa de indicar a quantidade de bens da vida pretendida (*quantum debeatur*) pelo autor, sendo admitido somente quando houver permissão legal em lei. Registre-se mais uma vez que, mesmo no pedido genérico, cabe ao autor fazer o pedido certo, ou seja, deve determinar a espécie de tutela e o gênero do bem da vida[174].

2.3.3.2. Pedidos genéricos

2.3.3.2.1. Universalidade de bens

A primeira possibilidade de pedido genérico verifica-se nas chamadas "ações universais", caso o autor não consiga individualizar na petição inicial os bens demandados (art. 324, § 1º, I, do Novo CPC). Por *ações universais* se devem entender as ações que têm como objeto uma universalidade de bens em situação na qual falte ao autor condições de precisar, já na peça inicial, os bens efetivamente pretendidos. A universalidade de bens pode ser tanto

fática – por exemplo, livros que compõem o acervo de uma biblioteca ou um rebanho – quanto jurídica – por exemplo, herança[175].

2.3.3.2.2. Demanda de indenização quando impossível a fixação do valor do dano

A segunda hipótese de pedido genérico é a impossibilidade ao autor de determinar de modo definitivo as consequências do ato ou do fato ilícito (art. 324, § 1º, II, do Novo CPC). Na realidade, o ato ou fato pode ser lícito, desde que danoso e que por ele responda civilmente o réu. Trata-se de dispositivo utilizado nas demandas de indenização quando não for possível ao autor a fixação do valor de todos os danos suportados em virtude do ato imputado ao réu. Essa impossibilidade decorre da circunstância de o ato ainda não ter exaurido seus efeitos danosos no momento de propositura da demanda[176].

Registre-se nesse tocante que nas ações de indenização caberá ao autor especificar o prejuízo que pretende ver ressarcido, ainda que não tenha condições de indicar o *quantum debeatur*. Expressões genéricas como “condenação em lucros cessantes”, ou ainda “condenação em perdas e danos”, não se prestam à necessária individualização do bem pretendido pelo autor, prejudicando o direito de defesa do réu e maculando o princípio da ampla defesa[177]. Assim, embora não seja necessária a indicação do valor que se pretende obter, o pedido deverá conter elementos identificadores da pretensão do autor, justamente para permitir o exercício do direito de defesa por parte do réu e limitar a atuação do juiz em sua eventual condenação.

Num acidente automobilístico envolvendo um caminhão de empresa de transporte e um taxista, esse segundo não pode ingressar com ação judicial pleiteando simplesmente todos os danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes) e morais possíveis e imagináveis. Apesar de não ser necessária a indicação do valor propriamente dito – considerando que o taxista ainda se encontra no hospital, não sendo possível precisar quando se dará seu pronto restabelecimento –, é exigido do autor da demanda a especificação de sua pretensão. Dessa forma, não precisará indicar quanto pretende receber de lucros cessantes, mas indicar qual era o seu faturamento médio e pedir a condenação do réu ao pagamento desse valor multiplicado pelos dias em que não puder trabalhar. Da mesma forma, ao pleitear a condenação em danos emergentes, deverá especificar no que estes consistem, por exemplo, gastos hospitalares, remédios, sessões de fisioterapia, acompanhamento de enfermeira doméstica etc.

Visto que não é legítimo ou justo exigir do autor que aguarde o momento em que o ato ou o fato tenha exaurido seus efeitos para somente então ingressar com a demanda judicial, o ordenamento processual permite o pedido genérico, reservando, no mais das vezes, para uma posterior fase de liquidação de sentença, a definição do *quantum debeatur*. Afirma-se que nem sempre será necessária uma fase de liquidação subsequente à condenação do réu, porque não existe nenhum empecilho para que a liquidação do valor seja realizada durante o próprio processo de conhecimento, o que, inclusive, à luz do princípio da economia processual, deverá ser buscado sempre que possível[178].

Nota-se na praxe forense que a admissão do pedido genérico fundado no art. 324, § 1º, II, do Novo CPC não se restringe às situações em que seja impossível ao autor indicar o valor do dano e, por consequência, o *quantum debeatur* de sua pretensão, mas também àquelas hipóteses nas quais, apesar de possível, torna-se difícil ao autor comprovar o valor do dano *ab initio*. Essa dificuldade – obviamente diferente da impossibilidade – decorre da necessidade de produção de uma prova complexa, de natureza técnica, imprescindível para obter o exato valor da pretensão. Nesses casos, o ato ou o fato que compõe a causa de pedir já exauriu seus efeitos, mas, para apontarem-se com precisão os efeitos já gerados, faz-se imprescindível a realização de uma prova técnica. É notória a complacência de nossos juízes de primeiro grau em aceitar petições iniciais nessas condições, ao remeterem à fase de instrução – prova pericial – a apuração do *quantum debeatur*[179], posição corroborada pelos tribunais superiores[180].

Até se compreende a flexibilização perpetrada por nossos tribunais. Por não ter outra forma de descobrir o valor de sua pretensão, que não por meio da produção de uma prova técnica, o autor contrata um particular que realiza referida prova – isso quando tiver acesso a todos os dados necessários – e com ela instrui sua petição inicial, indicando o valor obtido pelo técnico como o valor de sua pretensão. Ocorre, porém, que a referida prova não foi realizada sob o crivo do contraditório, de modo que é praticamente certa a impugnação do réu, exigindo a produção da prova em juízo, sob a forma pericial. Por ser possível essa nova produção, agora judicial e protegida pelas garantias da ampla defesa e do contraditório, deverá o pedido do réu ser admitido, sob pena de

cerceamento de defesa e de anulação do processo.

Apesar de todo o tempo despendido pelo autor extrajudicialmente, bem como os valores gastos para a realização da prova técnica, esta será repetida em juízo, o que torna praticamente inútil todo o esforço do autor na indicação do valor do dano que suportou. Em aplicação do princípio da economia processual, admitir-se-á ao autor que, em vez de gastar tempo e dinheiro na produção da prova extrajudicial, que fatalmente será desprezada em juízo, simplesmente elabore pedido genérico e remeta o debate a respeito do *quantum debeatur* para a prova pericial a ser realizada durante a fase de instrução do processo de conhecimento. Sob a perspectiva do autor, portanto, nada mais justo e correto que a flexibilização do disposto no art. 324, § 1º II, do Novo CPC.

Interessante questão diz respeito ao pedido de condenação em danos morais. Muitos autores – diante da inegável atribuição do juiz em arbitrar o valor desse dano – simplesmente deixam de consignar o valor de sua pretensão, afirmando terem sofrido demais e merecerem um valor em dinheiro em razão de tais danos. Não fazem nenhuma menção ao valor pretendido, simplesmente requerendo que este seja arbitrado pelo juízo no caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça admitia, de forma pacífica, que por aplicação do art. 286, II, do CPC/1973 o pedido em condenação em danos morais poderia ser genérico[181]. Esse entendimento era fundado na percepção desse tribunal de que o arbitramento do valor do dano moral é tarefa exclusiva do juízo, sendo que o autor,

mesmo quando indica um valor em sua petição inicial, estará levando ao processo uma mera estimativa. Não parecia ser a melhor solução, porque a tarefa de arbitramento do valor não é tarefa exclusiva do juízo, que, apesar de ser o responsável por dar a palavra final a respeito do valor, deverá chegar a essa conclusão com ampla participação das partes, em respeito ao princípio da cooperação. É no mínimo estranho que o autor, sujeito que pretensamente sofreu o dano, coloque em mãos de terceiro (juízo), que não participou da relação de direito material, a livre valoração dos alegados danos. Se o sujeito que suportou efetivamente os danos não tem condições de indicar o valor do dano, por que teria o juiz[182]?

O Novo CPC prevê em seu art. 292, V, que o valor da causa nas ações indenizatórias, inclusive naquelas fundadas em dano moral, será a quantia que o autor pretende receber. Há duas interpretações possíveis ao dispositivo legal. Entendo que se o valor da causa tenha que ser necessariamente o do dano moral pretendido, o autor passa a ser obrigado a indicar um valor desejado, de forma que estaria afastada a possibilidade de pedido genérico. Por outro lado, é possível que se entenda que nada mudou, e que o valor da causa só será o do dano moral quando o autor optar por quantificar sua pretensão, sendo um valor meramente estimativo quando o pedido for genérico.

2.3.3.2.3. Valor a depender de ato a ser praticado pelo réu

A terceira hipótese de permissão de pedido genérico se dá sempre que a valoração do bem pretendido pelo autor depender de ato a ser praticado pelo réu (art. 324, § 1º, III, do Novo CPC).

Nesse caso, a impossibilidade de indicação do valor deriva de ser o réu o responsável por tal indicação, o que obviamente cria um obstáculo material intransponível ao autor no momento da propositura da demanda. O exemplo comumente dado é o da ação de prestação de contas, quando o autor faz pedido de condenação em prestar as contas e em pagar o eventual saldo remanescente, sendo que esse segundo pedido poderá ser genérico quando o valor só puder ser determinado após a efetiva prestação das contas (ato a ser praticado pelo réu)[183].

2.3.3.3. Pedido implícito

O pedido deve ser expresso, não podendo o juiz conceder aquilo que não tenha sido expressamente requerido pelo autor, bastando para se chegar a tal conclusão a aplicação do art. 492 do Novo CPC, que proíbe o juiz de conceder diferente (*extra petita*) ou a mais (*ultra petita*) do que foi pedido pelo autor. Também essa regra sofre exceções, permitindo-se a concessão de tutela que não foi expressamente pedida pelo autor.

A nomenclatura não é a mais adequada, devendo-se entender por pedido implícito qualquer tutela não pedida pelo autor que a lei permite que o juiz conceda de ofício[184]. Não é pedido implícito, portanto, aquele que decorreria logicamente de outro, mas sim as tutelas que a lei expressamente permite que sejam concedidas mesmo sem ter o autor formulado pedido expresso para sua concessão.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, vem ampliando o conceito de pedido implícito para também admitir a concessão de

pedido não elaborado pelo autor, desde que decorra logicamente de pedido presente na petição inicial. Em julgamento de Recurso Especial Repetitivo, decidiu que nas demandas por complementação de ações de empresas de telefonia, admite-se a condenação ao pagamento de dividendos e juros sobre capital próprio, independentemente de pedido expresso em razão da decorrência lógica do pedido de complementação[185]. A ação rescisória admite como implícito o pedido de novo julgamento sempre que ele decorrer logicamente do pedido de desconstituição da decisão impugnada[186].

São hipóteses de pedido implícito:

(a) despesas e custas processuais (art. 322, § 1º, do Novo CPC);

(b) honorários advocatícios (art. 322, § 1º, do Novo CPC);

(c) correção monetária (art. 404 do CC e art. 322, § 1º do Novo CPC);

(d) prestações vincendas e inadimplidas na constância do processo em caso de contratos de trato sucessivo (art. 323 do Novo CPC);

(e) os juros legais/moratórios (arts. 404 e 406 do CC) – não sendo considerados pedidos implícitos os juros convencionais ou compensatórios.

Quanto aos juros moratórios, é preciso lembrar o teor da Súmula 254 do STF, que admite sua inclusão na liquidação de sentença mesmo quando omissa a sentença liquidanda. Esse entendimento torna os juros moratórios uma verdadeira "condenação implícita"[187], porque o autor terá direito a eles mesmo que o juiz não os conceda expressamente na sentença. Ainda haverá um juiz que extinguirá o pedido de condenação do réu ao pagamento de juros moratórios por falta de interesse de agir com o

argumento de que não é necessário se pedir tutela que o autor ganhará independentemente de sua concessão pela decisão judicial. Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça não admite a inclusão de juros remuneratórios e moratórios capitalizados[188].

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir pela natureza de ordem pública dos juros moratórios, inclusive para modificar seu termo inicial de ofício em recurso de apelação, ainda que em prejuízo do recorrente[189]. Note-se que somente os juros moratórios podem ser concedidos independentemente do pedido. Será *extra petita* a sentença que conceder, sem pedido expresso do autor, juros contratuais ou sobre o capital próprio[190].

No tocante à correção monetária, apesar de tradicionalmente ser entendida como espécie de pedido implícito, em termos econômicos não agrega ao patrimônio do vencedor mais do que ele pediu; pelo contrário, tratando-se de atualização do valor do dinheiro, a aplicação de correção monetária nas condenações de pagar quantia certa se presta para evitar um *minus* e não para se entregar um *plus*[191]. O Superior Tribunal de Justiça entende admissível a inclusão de expurgos inflacionários na fase de liquidação de sentença, ainda que omissa a sentença, por refletir correção monetária a recomposição do valor da moeda aviltada pelo processo inflacionário[192], e que os índices de deflação na correção monetária também são admissíveis, desde que preservado o valor nominal do crédito[193].

Salvo as hipóteses de juros moratórios e de correção monetária, a obtenção pela parte dos chamados pedidos implícitos

depende de expressa concessão pelo juízo. Em outras palavras, se o autor deixa de pedir e o juiz deixa de conceder, o autor nada obtém, sendo indispensável para que possa obter o bem da vida o ingresso de uma ação autônoma.

Existem duas interessantes polêmicas a respeito do alcance do pedido implícito: percebendo o juiz que a parte tem o direito a alimentos, bem como presente a necessidade de recebê-los e a possibilidade do devedor em prestá-los, poderá conceder os alimentos mesmo sem pedido expresso? As *astreintes*, previstas no art. 537 do Novo CPC, ao serem concedidas de ofício pelo juiz, podem ser consideradas espécie de pedido implícito?

No tocante aos alimentos, uma primeira observação se faz necessária: o art. 7.º da Lei 8.560/1992 (Lei de investigação de paternidade) prevê que, "sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite". A utilização dos termos "sempre" e "fixarão" demonstra sem nenhuma dúvida que nessa espécie de demanda os alimentos devem ser concedidos pelo juiz mesmo que não haja pedido expresso do autor nesse sentido, sendo o suficiente para amparar a conclusão de tratar-se de pedido implícito[194]. O problema, entretanto, continua a existir nas demais demandas, não parecendo correta a aplicação de tal dispositivo por analogia.

Não resta dúvida de que não existe para as outras demandas uma expressa previsão legal, o que, entretanto, não é o suficiente para concluir pela exclusão dos alimentos do âmbito do pedido

implícito, sob pena de indevido respeito à supremacia da lei derivada de um positivismo acrítico. Nesse caso, a análise deve se realizar tomando-se por base os princípios que exigem o pedido expresso (inércia da jurisdição e imparcialidade do juiz) e o princípio que fundamenta os alimentos (dignidade humana). O confronto entre tais princípios deve ser resolvido com a aplicação da regra da proporcionalidade, com a consequente determinação de qual deles deverá prevalecer no caso concreto. Entendo que o princípio da dignidade humana deve prevalecer, admitindo-se a concessão de alimentos de ofício pelo juiz em qualquer demanda, sendo indispensável nesse caso o respeito ao contraditório, como forma de evitar a surpresa ao réu em ser condenado em tutela que não foi pedida pelo autor.

Há doutrina que entende serem as *astreintes* concedidas pelo juiz de ofício exemplo de pedido implícito[195]. O entendimento, entretanto, deve ser visto com reservas. As *astreintes* têm como objetivo pressionar psicologicamente o réu para que a obrigação seja cumprida nos exatos termos do pedido do autor. Caso essa pressão funcione, o autor não ganhará tutela não pedida; bem ao contrário, porque nesse caso receberá exatamente aquilo que pediu (tutela específica), não sendo possível nesse caso falar em pedido implícito. Por outro lado, caso a pressão não funcione, o autor poderá cobrar o valor da multa fixada a título de astreintes, o que naturalmente entregará ao autor um bem da vida que não foi pedido (dinheiro). Portanto, somente quando as astreintes fixadas de ofício não atingem seu objetivo será correto considerá-las espécie de pedido implícito.

2.3.3.4. Cumulação de pedidos

Interessantes questões surgem a respeito da cumulação de pedidos. Entendo que as principais podem ser analisadas à luz de dois temas principais: espécies de cumulação e requisitos para a cumulação.

2.3.3.4.1. Requisitos para a cumulação dos pedidos

O art. 327, *caput*, do Novo CPC prevê um "não requisito" ao estabelecer que a cumulação de pedidos é admitida mesmo que os pedidos não sejam conexos, ou seja, que não derivem de uma mesma causa de pedir. Significa dizer que o autor poderá cumular causas de pedir em sua petição inicial, cumulando também pedidos gerados por cada uma delas, desde que preencha os requisitos previstos no art. 327, § 1.º, do Novo CPC. É evidente que os pedidos poderão ser conexos, mas a conexão entre eles não é um dos requisitos legais para a cumulação de pedidos.

> Edison e Carlos colidem seus veículos e são conduzidos pela autoridade policial à delegacia de polícia, onde Edison agride fisicamente Carlos. Na demanda proposta por Carlos, é admissível a narração da causa de pedir referente à colisão dos veículos, da qual derivam os pedidos de danos emergentes e de lucros cessantes e da causa de pedir referente à agressão física, da qual deriva o pedido de danos morais. Nesse caso, os danos emergentes e os lucros cessantes são conexos, mas nenhum deles é conexo com o pedido de reparação de dano moral.

Apesar de o art. 327, *caput*, do Novo CPC prever que a cumulação será admitida num único processo "contra o mesmo réu", repetindo o equívoco do art. 292, *caput* do CPC/1973, o

Superior Tribunal de Justiça acertadamente já decidiu que a cumulação de pedidos é admissível mesmo que a demanda seja proposta com formação de litisconsórcio passivo, dirigindo-se diferentes pedidos para cada um dos réus. Nesse entendimento, basta o preenchimento dos requisitos previstos no art. 327, § 1.º, do Novo CPC e a demonstração que a cumulação – tanto de pedidos como de réus – não gera tumulto procedimental nem prejudica o exercício da ampla defesa[196].

2.3.3.4.1.1. Pedidos não podem ser incompatíveis entre si

O art. 327, § 1.º, I, do Novo CPC prevê que os pedidos devem ser compatíveis entre si, mas essa exigência só é aplicável às espécies de cumulação própria (simples e sucessiva). Na realidade, não há problema em cumular pedidos incompatíveis; o problema existe na concessão de pedidos incompatíveis, de forma que nas espécies de cumulação imprópria (subsidiária/eventual e alternativa), que se caracterizam pela possibilidade de concessão de apenas um dos pedidos cumulados, não haverá nenhum problema na incompatibilidade dos pedidos[197]. Sabendo-se de antemão que o autor, na melhor das hipóteses, receberá somente um dos pedidos formulados, a exigência legal deve ser afastada.

E nesse sentido deve ser elogiado o Novo Código de Processo Civil que, ao prever em seu art. 327, § 3.º, a inaplicabilidade dessa exigência para a espécie de cumulação prevista no art. 326, que versa justamente sobre as duas espécies de cumulação imprópria (subsidiária e alternativa), consagra legislativamente o entendimento doutrinário.

> Guilherme ingressa com ação judicial contra Sarah cumulando dois pedidos: rescisão contratual e, subsidiariamente, a revisão de algumas cláusulas do contrato. Trata-se de cumulação imprópria, de forma que se sabe de antemão que, no máximo, Guilherme terá somente um dos dois pedidos acolhido. Os pedidos são evidentemente incompatíveis (como é possível se rever cláusula de contrato rescindido?), mas não há qualquer impedimento a tal cumulação.

2.3.3.4.1.2. Mesmo juízo competente para todos os pedidos

O juízo ser competente para todos os pedidos (art. 327, § 1.º, II, do Novo CPC) é o segundo requisito legal exigido para a cumulação de pedidos. Na análise desse requisito, é importante num primeiro momento a determinação das diferentes espécies de competência. Tratando-se de diferentes competências absolutas, a cumulação é sempre inadmissível, sendo obrigatória a propositura de diferentes demandas[198]. Caso o autor desafie a exigência legal e ingresse com uma demanda cumulando tais pedidos, o juiz deverá de ofício reconhecer a incompetência absoluta parcial, proferindo decisão interlocutória que diminui objetivamente a demanda, que seguirá somente com o pedido para o qual o juízo é competente[199].

Apesar de extremamente comum na praxe forense, não é correto falar em extinção parcial do processo, porque a extinção do processo é conceito absoluto, a exemplo de funcionário público honesto, mulher grávida etc. Se o processo continua a existir, não haverá sua extinção, mas sim a diminuição subjetiva ou objetiva da demanda (como ocorre no caso presente). Trata-se de interessante hipótese na qual a incompetência assume natureza peremptória, impedindo o juízo de dar seguimento à análise do pedido para o qual é absolutamente incompetente.

Sendo os pedidos de diferentes competências relativas, a cumulação num primeiro momento dependerá da conexão entre os pedidos, porque nesse caso a distribuição da demanda tornará o juízo prevento, com a prorrogação de competência quanto ao pedido para o qual o juízo era originariamente incompetente em razão da conexão[200]. Não sendo conexos os pedidos, a cumulação será admitida no caso de o réu deixar de alegar a incompetência do juízo, ocorrendo nessa hipótese a prorrogação de competência, analisada no Capítulo 4, item 4.7.2.2.[201]. Alegada a incompetência, o juiz deverá acolhê-la, diminuindo objetivamente a demanda. Nesse caso, a cumulação tentada pelo autor restará frustrada, de forma que será necessária a propositura de nova demanda perante o juízo competente para decidir o pedido que foi excluído da demanda originária.

> João ingressa com demanda e cumula pedidos de competência da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho, o que é inadmissível; haverá a declaração da incompetência absoluta de ofício e a consequente diminuição objetiva da demanda. Caso os pedidos sejam de competência da comarca de Belo Horizonte e de São Paulo, sendo derivados de uma mesma causa de pedir (conexos), a cumulação poderá ser feita em demanda a ser distribuída em qualquer das duas comarcas. Não sendo conexos, tudo dependerá da existência ou não da exceção de incompetência; sem exceção a cumulação será admitida, e sendo excepcionado o juízo a cumulação de pedidos inicialmente realizada pelo autor restará frustrada, ocorrendo diminuição objetiva da demanda.

2.3.3.4.1.3. Identidade procedimental

O art. 327, § 1.º, III, do Novo CPC exige como requisito para a cumulação de pedidos a identidade procedimental entre eles, o que

faz sentido considerando-se que a demanda deve seguir sempre um procedimento único. Segundo o art. 327, § 2.º, do Novo CPC, havendo diversidade de procedimentos dos pedidos cumulados, o autor poderá cumulá-los pelo rito comum. Essa preferência pelo rito comum, entretanto, não permite a cumulação de quaisquer pedidos de diferentes procedimentos.

No tocante aos procedimentos especiais, é preciso observar que não é uma opção do autor a sua utilização, sendo de aplicação cogente, não se admitindo que um pedido de procedimento especial seja cumulado com outro de procedimento comum pelo rito comum[202] (por exemplo, pedidos de prestação de contas e de indenização de danos morais exigem a propositura de duas demandas, uma com procedimento especial e outra com procedimento comum, a depender do caso concreto). O Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC/1973 entendia ser inadmissível, pela diferença de ritos, a cumulação de pedido de revisão contratual com o de prestação de contas[203], ainda que admitisse o pedido de consignação de pagamento com o de revisão contratual[204].

A obrigatoriedade do procedimento especial não se aplica aos chamados *falsos procedimentos especiais*, que na realidade se limitam a ter um pequeno detalhe procedimental em seu início e depois se tornam comuns, como ocorre, por exemplo, no procedimento possessório.[205] Nesse caso, é possível a cumulação de um pedido de falso procedimento especial com outro de procedimento comum, desde que ambos sigam pelo rito comum .

O art. 327, § 2º, do Novo CPC permite a aplicação das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, desde que compatíveis com o procedimento comum . Entendo que essa previsão é a confirmação tácita de que entre nós continuam a existir os falsos procedimentos especiais, incapazes de evitar a cumulação de pedidos pelo procedimento comum[206].

2.3.3.4.2. Espécies de cumulação

A cumulação de pedidos pode ser classificada em sentido estrito, também chamada de *cumulação própria*, quando for possível a procedência simultânea de todos os pedidos, e em sentido amplo, também chamada de *cumulação imprópria*, quando formulado mais de um pedido, somente um deles puder ser concedido.

A cumulação própria pode ser simples, quando os pedidos forem absolutamente independentes entre si, ou sucessiva, quando a análise do pedido posterior depender da procedência do pedido que lhe precede. Na cumulação simples o resultado de um pedido não interfere no resultado dos demais, de forma que o resultado de um não condiciona o resultado dos outros. Em razão dessa independência, qualquer resultado é possível, inclusive o acolhimento de todos os pedidos cumulados[207], como ocorre na cumulação de pedidos de dano moral e material[208]. Registre-se interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça na qual, apesar de reconhecer a natureza simples dessa cumulação, consignou que a mesma conduta não pode ser lícita para uma espécie de dano e ilícita para o outro. Segundo o entendimento, o que poderá ocorrer é

que, apesar de ilícita, a conduta não gere no caso concreto uma das espécies de dano cuja reparação tenha sido pleiteada pelo autor[209].

Na cumulação sucessiva há uma relação de prejudicialidade entre os pedidos, de modo que, sendo o pedido anterior rejeitado, o pedido posterior perderá o seu objeto (ou seja, restará prejudicado), não chegando nem ao menos a ser analisado[210]. Numa demanda de investigação de paternidade cumulada com a condenação em alimentos, sendo rejeitado o pedido de investigação de paternidade, ou seja, declarado que o réu não é o pai do autor, o pedido de alimentos perderá o objeto. O mesmo ocorre numa demanda em que se cumulam pedidos de rescisão contratual e reintegração de posse[211]. Sendo acolhido o pedido anterior, o pedido posterior será analisado pelo juiz, podendo ser concedido, o que torna essa espécie de cumulação de pedidos uma cumulação própria.

Na cumulação imprópria somente um dos pedidos cumulados pode ser acolhido, ou seja, na melhor das hipóteses para o autor, a procedência de sua pretensão significará o acolhimento de um dos pedidos. Existem duas espécies de cumulação imprópria:

(a) *cumulação subsidiária*, também chamada de eventual, quando o segundo pedido somente será analisado se o primeiro não for concedido; e

(b) *cumulação alternativa*, com a reunião de pedidos com a intenção do autor de que somente um deles seja acolhido, à escolha do juiz.

Na cumulação subsidiária/eventual, prevista no art. 326, *caput* do Novo CPC, o autor estabelece uma ordem de preferência entre os pedidos, deixando claro na petição inicial que prefere o acolhimento do pedido anterior, e que somente na eventualidade de

esse pedido ser rejeitado ficará satisfeito com o acolhimento do pedido posterior[212]. Um bom exemplo é do autor que pede a rescisão integral do contrato em razão de alegada abusividade, e de forma subsidiária que, em caso de improcedência do pedido principal, lhe seja concedida a revisão de determinada cláusula do contrato para diminuir a taxa de juros. Não era exatamente o que o autor pretendia, mas diante da negação de seu pedido principal terá alguma vantagem (ainda que parcial) resultante do processo.

Na cumulação alternativa, prevista no parágrafo único do art. 326 do Novo CPC**,** o autor cumula os pedidos, mas não estabelece uma ordem de preferência entre eles, de maneira que a escolha do pedido a ser acolhido fica a cargo do juiz, dando-se o autor igualmente por satisfeito com o acolhimento de qualquer um deles[213]. Ainda que a escolha nesse caso seja do consumidor, é possível que haja cumulação de pedidos com fundamento no art. 18, § 1.º, do CDC, pedindo o autor a devolução do dinheiro, a entrega de um novo produto ou a concessão de um desconto, indicando que qualquer desses pedidos que seja acolhido satisfará por igual o autor. Nessa espécie de cumulação, o acolhimento de qualquer um dos pedidos não gera interesse recursal ao autor.

É preciso cuidado com o chamado “pedido alternativo” previsto pelo art. 325, parágrafo único, do Novo CPC. Ao afirmar que o pedido será alternativo, quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo, o dispositivo legal não cria verdadeira cumulação de pedidos, mas sim cumulação na forma da satisfação caso o pedido seja julgado procedente. O pedido continua sendo um só, cabendo ao réu,

entretanto, mais de uma forma de satisfazê-lo[214].

Em previsão inovadora, o dispositivo legal permite ao juiz assegurar ao réu o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo quando pela lei ou pelo contrato a escolha a ele couber, mesmo que o autor não tenha formulado pedido alternativo. Sendo a escolha do devedor, o autor não pode *a priori* definir a forma de cumprimento da obrigação, de forma que será obrigado a fazer pedido alternativo. O disposto afasta a possibilidade de o autor sacrificar o direito de escolha do réu quando indevidamente deixa de fazer pedido alternativo. Note-se que sendo a escolha do autor, e tendo sido ela feita na petição inicial, não poderá o juiz acolher o pedido para determinar o cumprimento da obrigação de outra forma que não aquela escolhida pelo autor.

Portanto, quando a escolha couber ao autor, poderá em sua petição inicial indicar desde já a única forma que lhe satisfará, mas, quando a escolha for do réu, o autor se limitará a pedir a satisfação da obrigação, cabendo ao réu a escolha da forma para tal obtenção. Registre-se que, satisfeita pelo réu a obrigação por qualquer forma que a lei ou contrato permita, a obrigação estará amplamente satisfeita, não podendo o autor demandar por nova satisfação por outro meio, constituindo tal postura em evidente *bis in idem.*

> Odete celebra contrato de seguro de seu automóvel no qual consta a obrigação alternativa da seguradora de, no caso de sinistro de perda total do bem, efetuar o pagamento de seu valor ou de entregar um automóvel novo. Descumprido o contrato, Odete ingressa com demanda judicial e pede a condenação da seguradora ao cumprimento do contrato, sendo esse seu único pedido. Caso a seguradora seja condenada, poderá satisfazer sua

obrigação em fase executiva pagando o valor devido ou entregando um novo automóvel, o que demonstra que o pedido de cumprimento do contrato feito por Odete era alternativo.

2.3.4. CAUSA DE PEDIR

Segundo ensina a melhor doutrina, existem duas teorias doutrinárias que explicam do que é composta a causa de pedir.

A teoria da individuação, oriunda do direito alemão e atualmente com mero interesse histórico[215], afirma que a causa de pedir é composta tão somente pela relação jurídica afirmada pelo autor. Registre-se que, mesmo na *teoria da individuação*, os fatos continuam a ser exigidos nas demandas que versam sobre direitos obrigacionais, havendo controvérsia apenas nas demandas que versam sobre direitos reais[216]. Por outro lado, a *teoria da substanciação*, também criada pelo direito alemão, determina que a causa de pedir, independentemente da natureza da ação, é formada apenas pelos fatos jurídicos narrados pelo autor.

A doutrina pátria amplamente majoritária afirma que o direito brasileiro adotou a teoria da substanciação, sustentando que a exigência da narrativa dos fatos na petição inicial derivada do art. 319, III, do Novo CPC seria a demonstração cabal da filiação de nosso ordenamento jurídico a tal teoria[217]. O curioso, entretanto, é que essa mesma doutrina que aponta para a adoção da teoria da substanciação afirma que a causa de pedir não é composta exclusivamente dos fatos jurídicos; além dos fatos, também a fundamentação jurídica compõe a causa de pedir, inclusive como determinado no art. 319, III, do Novo CPC.

Uma parcela minoritária da doutrina aponta a incongruência da doutrina majoritária, afirmando que o direito brasileiro teria

adotado uma teoria mista, de equilíbrio entre a teoria da individuação e da substanciação. Ao exigir a narrativa na petição inicial dos fatos e dos fundamentos jurídicos, o direito brasileiro exigiu tanto a narrativa da causa de pedir próxima quanto da causa de pedir remota, criando-se uma teoria que resulta da soma das duas tradicionais teses que explicam o objeto da causa de pedir[218].

A distinção entre *causa de pedir remota* e *causa de pedir próxima* merece um comentário. Sem nenhuma justificativa de suas opções, a doutrina concorda que as "duas causas de pedir" designam os dois elementos constitutivos da causa de pedir (fato e fundamento jurídico), mas, ao determinar qual causa de pedir designa qual elemento, a confusão impera. Para alguns, a causa de pedir próxima são os fundamentos jurídicos do pedido, enquanto a causa de pedir remota são os fatos constitutivos[219]. Para outros, é exatamente o contrário: causa de pedir próxima são os fatos e causa de pedir remota são os fundamentos do pedido[220], sendo nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[221]. Sem grandes consequências práticas, a divergência exaure sua importância no campo doutrinário, mas em minha concepção pessoal a causa de pedir próxima são fatos e a causa de pedir remota é o fundamento jurídico, porque é dos fatos que decorrem os fundamentos jurídicos.

Registre-se a existência de corrente doutrinária que, apesar de entender que os fundamentos jurídicos compõem a causa de pedir, inclusive por expressa previsão legal do art. 319, III, do Novo CPC, não vinculam o juiz em sua decisão ao fundamento jurídico narrado pelo autor, de forma que essa vinculação só existe quanto aos fatos

jurídicos narrados. Com a afirmação de que o fundamento jurídico que obrigatoriamente deve narrar o autor é uma mera proposta ou sugestão endereçada ao juiz, defende essa corrente doutrinária a possibilidade de o juiz decidir com base em outro fundamento jurídico distinto daquele contido na petição inicial (*narra mihi factum dabo tibi jus*)[222]. O exemplo clássico é o pedido de anulação do contrato com o fundamento no erro e a sentença anulando o contrato com base no dolo[223].

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de admitir que o tribunal utilizasse novos fundamentos em grau de apelação justamente pelo magistrado não estar vinculado ao fundamento legal (na realidade pretendeu dizer fundamento jurídico), podendo qualificar juridicamente de forma livre os fatos levados a seu conhecimento[224]. Nos processos objetivos (controle concentrado de constitucionalidade), apesar da exigência feita ao autor em indicar os fundamentos jurídicos de sua pretensão, corrente doutrinária majoritária defende a aplicabilidade da chamada "*causa petendi* aberta", de forma que o tribunal não esteja vinculado ao fundamento jurídico exposto pelo autor, podendo motivar sua decisão em fundamentos não arguidos na petição inicial[225]. Existem diversas decisões do Supremo Tribunal Federal acolhendo esse entendimento[226], inclusive permitindo-se que a natureza de constitucionalidade seja diversa daquela narrada pelo autor (alegação de inconstitucionalidade formal e procedência do pedido por inconstitucionalidade material e vice-versa).

Para todas as correntes doutrinárias, os fatos compõem a causa

de pedir. Doutrina tradicional afirma que a *causa de pedir ativa* é composta dos fatos constitutivos do direito do autor, enquanto a *causa de pedir passiva* é composta dos fatos do réu contrários ao direito[227]. Mas nem todos os fatos narrados pelo autor fazem parte da causa de pedir, sendo preciso distinguir os fatos jurídicos (principais, essenciais), que compõem a causa de pedir, e os fatos simples (secundários, instrumentais), que não compõem a causa de pedir[228].

Os fatos jurídicos são aqueles que são aptos por si sós a gerar consequências jurídicas, enquanto os fatos simples não têm tal aptidão. Na realidade, os fatos simples são em regra irrelevantes para o direito, somente passando a ter relevância jurídica quando se relacionam com fatos jurídicos. Como não fazem parte da causa de pedir, desde que se respeite o contraditório, podem ser utilizados pelo juiz ainda que não apresentados na petição inicial[229].

> Marina costuma mudar a estação do rádio de seu carro com frequência, sendo tais atitudes caracterizadas como fatos simples, incapazes de isoladamente gerar consequências jurídicas. São, portanto, irrelevantes para o Direito. Ocorre, entretanto, que, na eventualidade de Marina colidir seu veículo (fato jurídico) enquanto modifica a estação de seu rádio, esse fato, apesar de continuar a ser um fato simples, passa a ter importância para o Direito.

Por fim, cumpre não confundir fundamento jurídico, que compõe a causa de pedir, com fundamento legal, que não compõe a causa de pedir e decididamente não vincula o juiz em sua decisão, que poderá decidir com outro fundamento legal[230], com respeito ao

contraditório[231]. Por fundamento legal entende-se a indicação do artigo de lei no qual se fundamenta a decisão; esse fundamento legal é dispensável[232] e não vincula o autor ou o juiz, não fazendo parte da causa de pedir[233]. Fundamento jurídico é o liame jurídico entre os fatos e o pedido, ou seja, é a explicação à luz do ordenamento jurídico do porquê o autor merece o que está pedindo diante dos fatos que narrou.

3. PROCESSO

Sumário: 3.1. Introdução: 3.1.1. Processo como procedimento; 3.1.2. Processo como contrato; 3.1.3. Processo como um quase contrato; 3.1.4. Processo como relação jurídica; 3.1.5. Processo como situação jurídica; 3.1.6. Processo como procedimento em contraditório; 3.1.7. Procedimento animado por uma relação jurídica em contraditório; 3.1.8. Conclusão – 3.2. Procedimento – 3.3. Relação jurídica processual: 3.3.1. Composição; 3.3.2. Características; 3.3.3. Pressupostos processuais –3.4. Princípios Processuais: 3.4.1. Devido processo legal; 3.4.2. Contraditório; 3.4.3. Princípios dispositivo e inquisitivo (inquisitório); 3.4.4. Motivação das decisões; 3.4.5. Isonomia; 3.4.6. Publicidade dos atos processuais; 3.4.7. Princípio da economia processual; 3.4.8. Princípio da instrumentalidade das formas; 3.4.9. Princípio da razoável duração do processo; 3.4.10. Princípio da cooperação; 3.4.11. Princípio da boa-fé e lealdade processual; 3.4.12. Primazia no julgamento do mérito.

3.1. INTRODUÇÃO

Como também ocorre no tocante às teorias criadas para explicar o direito de ação, reconhecem-se na doutrina diversas teorias a respeito da natureza jurídica do processo, algumas com interesse meramente histórico, outras com interesse atual. São tantas e tão diversas que uma análise de todas elas, ainda que sumária, é impossível nos limites do presente livro. É interessante, entretanto, destacar aquelas que podem ser consideradas como teorias principais, representativas de três momentos históricos distintos: a *fase imanentista*, a *fase privatista* e a *fase publicista*,

que é a atual.

3.1.1. PROCESSO COMO PROCEDIMENTO

Tecnicamente, nem se pode conceber a existência de uma teoria do processo na época imanentista, em virtude da negação da autonomia do processo diante do direito material. De qualquer forma, a essa época, entendido o direito de ação como o próprio direito material reagindo a uma agressão ou a uma ameaça de agressão, o processo era confundido com o procedimento, imaginando-se que os atos processuais praticados durante essa reação perante o Poder Judiciário, e que formavam o procedimento necessário para a efetiva proteção do direito material, representassem o processo[234].

É evidente que a partir do momento em que se reconheceu a autonomia da ciência processual, superando-se a teoria imanentista da ação, o entendimento de que o processo seja somente o procedimento perde seus defensores, passando a ter relevância meramente histórica.

3.1.2. PROCESSO COMO CONTRATO

Na tentativa de enquadrar o processo em fenômenos jurídicos privados, a teoria do *processo como contrato* teve muita força nos séculos XVIII e XIX, fundada em texto de Ulpiano. O fundamento principal dessa teoria tinha como ponto de partida em geral o direito romano formular, e em especial a ***litiscontestatio***, que representava a concordância das partes em sofrer os efeitos da demanda. Em época na qual o Estado ainda não era forte suficiente para intervir na vida dos cidadãos, tudo dependia da concordância dos sujeitos

envolvidos no conflito de se sujeitarem à tutela prestada, acatando o respectivo julgamento[235].

Esse acordo de vontade das partes representado pela *litiscontestatio* romana fez com que os defensores da teoria ora analisada entendessem pela existência de um negócio jurídico de direito privado, concluindo-se a partir dessa premissa que o processo seria um contrato[236]. Atualmente, a teoria guarda importância meramente histórica porque a ideia de sujeição das partes ao processo e a seus resultados é um dos princípios da jurisdição, conforme analisado no Capítulo 1, item 1.5.4., não havendo contemporaneamente nada nem parecido com a antiga *litiscontestatio*[237].

3.1.3. PROCESSO COMO UM QUASE CONTRATO

Ainda sob a ótica privatista, no século XIX o francês Arnault de Guényvau cria teoria do processo como quase contrato. Necessitando descobrir uma natureza jurídica de direito privado ao processo e não se aceitando tratar-se de um contrato, nem de um delito, a única saída viável seria entendê-lo como um quase contrato[238]. A fragilidade do raciocínio fez com que a teoria fosse logo abandonada.

3.1.4. PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

A doutrina credita à Oskar von Büllow, em sua obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, o mérito por retirar o processo do âmbito privatista, finalmente alçando-o ao âmbito publicista, em que até hoje se encontra. Tratando-se daquilo que é considerado como a primeira obra jurídica a respeito do

direito processual, a ideia principal do doutrinador que interessa no momento é a nítida distinção entre relação jurídica processual e relação jurídica material. Para Büllow, a relação de direito material é o objeto de discussão no processo, enquanto a relação de direito processual é a estrutura por meio da qual essa discussão ocorrerá.

A diferença nítida entre os dois planos permitiu ao doutrinador perceber que, em seus três elementos essenciais, a relação jurídica processual não se confunde com a relação jurídica material[239]. Observou diferenças nos sujeitos que dela participam, dos seus objetos e de seus requisitos formais (para a relação processual chamou-os de pressupostos processuais, em consagrada nomenclatura até os dias atuais acolhida). A existência no processo de múltiplos e variados liames jurídicos entre o Estado-juiz e as partes, criando a esses sujeitos a titularidade de situações jurídicas a exigir uma espécie de conduta ou a permitir a prática de um ato, representaria a relação jurídica processual[240]. Essa relação jurídica é complexa e continuada – conforme será amplamente analisado em tópico próprio –, sendo composta de inúmeras posições jurídicas ativas (poderes, ônus, faculdades e direitos) e passivas (sujeição e deveres e obrigações).

Segundo forte entendimento da doutrinária nacional essa corrente é até os dias atuais a mais aceita, entendendo-se o *processo* como a relação jurídica de direito processual[241], exteriorizada por meio do *procedimento*.

3.1.5. PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA

Crítico ferrenho da teoria do processo como relação jurídica,

James Goldschmidt criou a teoria do processo como situação jurídica. O processo para essa corrente de pensamento tem um dinamismo que transforma o direito objetivo, antes estático, em meras chances, representadas por simples possibilidades de praticar atos que levem ao reconhecimento do direito, expectativas da obtenção desse reconhecimento, perspectivas de uma sentença favorável e os ônus representados pelos encargos de assumir determinadas posturas como forma de evitar a derrota. Justamente essa sucessão de diferentes situações jurídicas, capazes de gerar para os sujeitos deveres, poderes, ônus, faculdades e sujeições, representava a natureza jurídica do processo[242].

Ainda que o entendimento de Goldschmidt não tenha sido recepcionado pela doutrina, algumas de suas observações são válidas até os dias atuais, ainda que aplicáveis à teoria do processo como relação jurídica processual[243]. Dessa forma, é corrente hoje afirmar que a relação jurídica processual cria em relação aos seus sujeitos sucessivas situações jurídicas ativas e passivas no decorrer do procedimento[244], o que, inclusive, torna tal relação jurídica complexa, conforme se verá adiante.

3.1.6. PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

O mais recente processualista a criticar a teoria do processo como relação jurídica foi Elio Fazzalari, com a ideia de módulo processual. Defende que o procedimento contém atos interligados de maneira lógica e regidos por determinadas normas, sendo que o posterior, também regido por normas, dependerá do anterior, e entre eles se formará um conjunto lógico com um objetivo final. Para a

prática de cada ato deve-se permitir a participação das partes em contraditório, sendo justamente essa paridade simétrica de oportunidades de participação a cada etapa do procedimento que o torna um processo. O doutrinador italiano afirma que o processo é uma espécie do gênero contraditório. No Brasil, existem doutrinadores a defender tal tese[245].

3.1.7. PROCEDIMENTO ANIMADO POR UMA RELAÇÃO JURÍDICA EM CONTRADITÓRIO

Parcela da doutrina que tradicionalmente se filiava à teoria do processo como relação jurídica, diante da tese defendida por Elio Fazzalari, não se incomoda com a inclusão do contraditório no conceito de processo, mas entende que isso não é o suficiente para a exclusão da relação jurídica processual de tal conceito. É na realidade uma crítica parcial à doutrina do processualista italiano, que expressamente nega que a relação jurídica processual faça parte do conceito de processo. De qualquer maneira, poder-se-á concluir que essa corrente doutrinária trabalha com as duas teorias: relação jurídica (Büllow) e contraditório (Fazzalari).

Para os defensores desse entendimento, a relação jurídica processual representa a projeção e a concretização da exigência constitucional do contraditório. As faculdades, poderes, deveres, ônus e estado de sujeição das partes no processo significam que esses sujeitos estão envolvidos numa relação jurídica, que se desenvolverá em contraditório. São duas facetas de uma mesma realidade, não havendo razão para descartar a relação jurídica ou o contraditório na conceituação de processo[246].

3.1.8. CONCLUSÃO

Segundo essa última corrente doutrinária, o processo deve ser entendido como uma relação jurídica em contraditório. Nos estreitos limites deste trabalho, seria indesejável um enfrentamento aprofundado a respeito do tema, considerando-se as críticas recíprocas que se fazem aos defensores de cada corrente doutrinária. De qualquer forma, e para fins somente didáticos, cumpre analisar os três elementos que, façam ou não parte da natureza jurídica do processo, estarão presentes no processo:

(a) procedimento;

(b) relação jurídica processual; e

(c) contraditório, sendo que este último elemento é tratado no Capítulo 3.

3.2. PROCEDIMENTO

O procedimento é entendido como uma sucessão de atos interligados de maneira lógica e consequencial visando a obtenção de um objetivo final. Costuma-se dizer que o procedimento é a exteriorização do processo, seu aspecto visível, considerando-se que a noção de processo é teleológica, voltada para a finalidade de exercício da função jurisdicional no caso concreto, enquanto a noção de procedimento é formal, significando essa sucessão de atos com um objetivo final.

Ainda que não seja possível confundir o procedimento com o processo, como feito à época imanentista, o certo é que o processo não vive sem o procedimento. Tanto essa constatação é verdadeira que os próprios defensores modernos da teoria da relação jurídica explicam que a relação jurídica não é sinônimo de processo, sendo

sempre necessária a presença de um procedimento, ainda que impulsionado pelos participantes da relação jurídica processual no exercício contínuo de suas posições jurídicas ativas e passivas. Para os defensores da tese de Fazzalari, igualmente o procedimento é indispensável[247], o que naturalmente também se verifica com a corrente doutrinária que conjuga essas duas teorias.

3.3. RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

3.3.1. COMPOSIÇÃO

Afirma-se em doutrina que a relação jurídica de direito processual é formada por *demandante*, *demandado* e pelo *Estado-Juiz*, sendo essa sua composição mínima. Ainda que excepcionalmente possa existir processo sem autor (excepcionais demandas iniciadas de ofício pelo juiz) e mesmo sem réu (*v.g.*, processo objetivo), realmente essa estrutura mínima é o que normalmente se verifica no caso concreto[248]. Diante da presença desses três sujeitos, sendo dois parciais (demandante e demandado) e um imparcial (juiz), é tranquilo o entendimento de que a relação processual é tríplice.

Existe um dissenso doutrinário, sem nenhum reflexo prático, a respeito de a relação processual tríplice ser triangular ou angular, sendo que no primeiro caso todos os sujeitos têm relação direta (posições jurídicas) entre si, inclusive demandante e demandado, enquanto no segundo caso a relação entre esses dois sujeitos é indireta, passando sempre pelo juiz. Ainda que realmente nenhuma utilidade prática surja do debate, cumpre consignar a superioridade do entendimento de que a relação processual é triangular, sendo

inegável a existência de posições jurídicas diretas entre demandante e demandado, sendo tradicionalmente lembrado pela doutrina[249]:

(a) dever de lealdade e boa-fé recíproca entre as partes;

(b) obrigação da parte derrotada em reembolsar as custas processuais adiantadas pela parte vencedora;

(c) a possibilidade de convenção para a suspensão do processo, situação na qual a decisão do juiz que homologa tal acordo de vontade tem efeito *ex tunc*, considerando-se o processo suspenso desde a celebração da convenção.

É importante observar que, ainda que se admita ser a relação jurídica processual tríplice, com a propositura da demanda pelo autor já existirá uma relação jurídic**a**, ainda que limitada ao autor e juiz (relação linear entre esses dois sujeitos). Pode-se falar em relação jurídica incompleta, que será definitivamente formada com a citação válida do réu, mas não seria correto entender que só a partir desse momento passa a existir a relação jurídica processual.

A percepção do momento inicial de surgimento da relação jurídica processual é de suma importância, porque para aqueles que entendem ser tal elemento componente da natureza jurídica do processo, naturalmente que sem a presença dele, não se poderia falar em processo. Se o processo é realmente o procedimento animado pela relação jurídica em contraditório, somente com a presença desses três elementos seria possível defender a existência do processo. Mas processo já existe mesmo antes da citação do réu, inclusive sendo possível ao juiz proferir sentença nesse momento, tanto terminativa (art. 330 do Novo CPC) como definitiva (art. 332 do Novo CPC), extinguindo processo sem ou com a resolução do mérito. Só é possível extinguir algo que já exista, sendo imperioso

compreender que a citação do réu não faz surgir a relação processual, mas tão somente a complementa nas hipóteses em que não for cabível a extinção liminar da demanda. Fala-se corretamente em formação gradual do processo[250].

3.3.2. CARACTERÍSTICAS

A relação jurídica de direito processual tem cinco principais características:

(a) autonomia;

(b) complexidade;

(c) dinamismo;

(d) unidade;

(e) natureza pública.

A relação jurídica de direito processual é autônoma quando comparada com a relação jurídica de direito material, significando que, mesmo não existindo a segunda, existirá a primeira[251]. Julgado improcedente o pedido do autor, declara-se que o direito material alegado na petição inicial não existe, o que, entretanto, não afeta a existência da relação jurídica formada por ele, o réu e o juiz. É a consagração do entendimento já analisado no Capítulo 2, item 2.1., que afasta a teoria imanentista e a teoria do direito concreto de ação.

A complexidade da relação jurídica de direito processual é decorrência das inúmeras e sucessivas situações jurídicas que se verificam durante o trâmite procedimental. As partes têm ônus, faculdades, direitos, deveres e estão em estado de sujeição,

enquanto o juiz atua com poderes e deveres. A cada momento procedimental os sujeitos que compõem a relação jurídica processual atuam exercendo essas situações jurídicas passivas e ativas, o que naturalmente torna essa relação jurídica complexa[252].

Diferente das relações de direito material, que em regra são instantâneas, a relação jurídica processual é continuada, desenvolvendo-se durante o tempo[253]. Ainda que atualmente esse tempo venha sendo exagerado na maioria das demandas em nosso país, é impossível imaginar um processo instantâneo sem ofensa aos princípios processuais. Dessa maneira, existe uma continuidade da relação jurídica processual que envolve um dinamismo porque esse desenvolvimento faz com que o procedimento caminhe rumo ao seu final durante certo lapso temporal. A atuação dos sujeitos processuais torna dinâmica a relação jurídica processual.

Por unidade da relação jurídica processual entende-se que os atos praticados pelos sujeitos processuais estão todos interligados de forma lógica, dependendo o posterior de como foi praticado o anterior, o que forma a unidade. Praticado o primeiro ato do procedimento, que é a interposição da petição inicial, o segundo ato dependerá de como esse primeiro foi praticado; o reconhecimento da incompetência absoluta, a emenda da petição inicial, seu indeferimento, julgamento de improcedência liminar ou determinação de citação do réu, são atos que dependerão de como foi praticado o ato da petição inicial.

Tem natureza pública a relação jurídica de direito processual em razão da participação do juiz, como representante do Estado.

Não só a participação do Estado-juiz na relação jurídica processual, mas também seu interesse na boa prestação jurisdicional, que, afinal, é uma aspiração da coletividade, tornam indiscutível a natureza pública dessa relação jurídica. Não se discute atualmente ser o processo instituto de direito público[254].

3.3.3. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Diz o art. 104 do CC que a validade do negócio jurídico requer:

(a) agente capaz;

(b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

(c) forma prescrita ou não defesa em lei.

Pode-se afirmar que são esses os requisitos mínimos de validade de uma relação jurídica de direito material. No campo do processo, a relação jurídica processual também tem seus requisitos de validade e de existência, chamados de pressupostos processuais. Trata-se de matérias preliminares, essencialmente ligadas a formalidades processuais, que devem ser analisadas antes de o juiz enfrentar o pedido do autor.

A doutrina é significativamente discordante a respeito de quais sejam esses pressupostos processuais, havendo doutrinadores que limitam ao extremo sua existência, enquanto outros preferem um rol mais amplo. É tema de grande polêmica doutrinária. Além dessas divergências a respeito de quais sejam os pressupostos processuais, também não é tranquila a sua classificação, existindo doutrina que os dividem em subjetivos e objetivos e doutrina que

prefere a divisão em pressupostos de validade e existência. Optamos por utilizar esses dois critérios, que são os mais tradicionais, partindo de uma divisão inicial entre pressupostos subjetivos e objetivos, apontando em cada caso tratar-se de pressuposto de validade ou de existência.

São pressupostos processuais subjetivos:

(a) investidura;

(b) imparcialidade;

(c) capacidade de ser parte;

(d) capacidade de estar em juízo;

(e) capacidade postulatória.

São pressupostos processuais objetivos:

(a) coisa julgada;

(b) litispendência;

(c) perempção;

(d) transação;

(e) convenção de arbitragem;

(f) falta de pagamento de custas em demanda idêntica extinta sem resolução de mérito;

(g) demanda;

(h) petição inicial apta;

(i) citação válida;

(j) regularidade formal.

Os pressupostos processuais subjetivos são divididos em dois grupos: os referentes ao juiz e os referentes às partes.

3.3.3.1. Pressupostos processuais subjetivos (juiz)

3.3.3.1.1. Investidura

O tema da investidura já foi tratado no Capítulo 3, item 3.3.3.1.1., no qual se demonstra que o Estado investe um determinado sujeito – o juiz de direito – do Poder jurisdicional, para que possa exercê-lo por meio desse sujeito. Processo conduzido por sujeito que não está investido de jurisdição, não pode nem mesmo ser considerado processo, porque a ausência de juiz na relação jurídica processual é vício de extrema gravidade. Trata-se de pressuposto processual de existência do processo[255], que pode tanto atingir todo o processo, quando integralmente conduzido por sujeito que não está investido na jurisdição, como parcialmente, quando somente determinados atos são praticados por sujeito não investido de jurisdição.

3.3.3.1.2. Imparcialidade

De nada adianta um sujeito investido do poder jurisdicional se não houver imparcialidade. A ideia de um terceiro imparcial, desinteressado diretamente no conflito de interesses que irá julgar, é essencial para a regularidade do processo. Trata-se de pressuposto processual de validade do processo, e, por mais parcial que seja o juiz no caso concreto, o processo nunca deixará de existir juridicamente.

Registre-se que a indispensável imparcialidade do juiz não significa que ele deva ser omisso, participando do processo meramente como espectador do duelo travado pelas partes. Um juiz ativo e participativo não gera parcialidade, sendo inclusive salutar

que o juiz participe de forma ativa não só da condução do processo, mas também de seu desenvolvimento. Afinal, o chamado “juiz-Olimpo” desde muito deixou de ser o juiz desejável.

Afirmar que o juiz imparcial é aquele que não tem interesse na demanda é apenas uma meia verdade. Na realidade, ele não deve ter, *a priori*, o interesse em determinado resultado em razão de vantagem pessoal de qualquer ordem. Essa circunstância naturalmente gera a parcialidade do juiz e a necessidade de seu afastamento do processo.

Por outro lado, o juiz deve primeiro ter interesse na solução do mérito, que é o fim normal do processo, e por isso não afeta sua imparcialidade a constante tarefa de oportunizar às partes o saneamento de vícios e correção de erros. E, uma vez tendo condições de julgar o mérito, é natural que o juiz tenha interesse que vença a parte que tenha o direito material a seu favor, o que justifica, por exemplo, a produção de provas de ofício, tema versado com a devida profundidade no Capítulo 22, item 22.1.8.

Tampouco deve se esperar a neutralidade do juiz, até porque tal condição é impossível de ser obtida. O juiz neutro é aquele que não leva para seus julgamentos suas experiências de vida e que não sofre qualquer influência, lícita obviamente, de fora do processo. Tal juiz robótico, além de não existir, não parece ser o mais recomendável. Afinal, somos a soma de nossas experiências pessoais, e carregá-las para os julgamentos torna as decisões mais humanas, proferidas por um magistrado com mais experiência de vida. Por outro lado, o juiz é um ser social, e como tal está incluído como membro da coletividade, sendo inevitável que sofra

influências de circunstâncias extraprocesso em seus julgamentos.

Exigir a neutralidade do juiz, portanto, é negar sua condição de ser humano ou de ser social, o que não é possível.

Segundo o art. 146, *caput*, do Novo CPC, a parte tem um prazo de 15 dias a partir da ciência do fato que gerou a causa da exceção para arguir a parcialidade do juiz, sendo tal prazo preclusivo para as partes, mas não para o juiz. Significa dizer que o vício da parcialidade tem momento próprio para ser arguido pelas partes, mas pode ser reconhecido de ofício pelo juiz a qualquer momento do procedimento, convalidando-se somente com o trânsito em julgado.

É incompreensível o dispositivo legal prever o prazo de 15 dias para alegação tanto de suspeição como do impedimento do juiz. A tentativa de tornar homogêneo o tratamento procedimental nesse tocante às diferentes espécies de parcialidade do juiz é lamentável.

A *exceção de impedimento* não tem prazo para interposição, até mesmo porque esse vício proporciona o ingresso de ação rescisória (art. 966, II, do Novo CPC), não havendo nenhum sentido aplicar a preclusão temporal sobre matéria de ordem pública que gera vício de nulidade absoluta, e que após o trânsito em julgado torna-se vício de rescindibilidade[256].

Essas diferentes realidades procedimentais a respeito da suspeição e do impedimento levam consagrada linha doutrinária a defender que somente na hipótese de parcialidade gerada pelo

impedimento tratar-se-ia de pressuposto processual de validade do processo[257]. Não compartilho de tal entendimento, porque os atos praticados pelo juiz suspeito são tão nulos quanto os atos praticados pelo juiz impedido[258], apenas se distinguindo a forma procedimental de alegação e reconhecimento desses vícios.

A imparcialidade não se confunde com a impartialidade, que exige antes de mais nada que o juiz seja um terceiro com relação ao conflito que decidirá. Dessa forma, antes de se analisar a imparcialidade do juiz deve ser verificada sua impartialidade. Se for parte, está impedido de julgar não porque lhe falte imparcialidade – que no caso concreto nem deve ser analisada –, mas impartialidade. A confusão pode ser sentida em julgamentos que afastam o juiz da decisão de exceção de suspeição ou impedimento por ser ele imparcial, quando na realidade o seu impedimento em julgar decorre de partialidade.

3.3.3.2. Pressupostos processuais subjetivos (partes)

3.3.3.2.1. Capacidade de ser parte

A capacidade de ser parte (personalidade judiciária ou personalidade jurídica) diz respeito à capacidade do sujeito de gozo e exercício de direitos e obrigações (art. 1.º do CC), existindo para as pessoas físicas, pessoas jurídicas, pessoas formais (art. 75 do Novo CPC), e para a maioria dos entes despersonalizados, tais como as mesas dos corpos legislativos, as Casas Legislativas[259] ou os Tribunais de Contas[260], desde que atuem na defesa de seus interesses estritamente institucionais, ou seja, concernentes à sua organização e funcionamento. Nesse sentido a Súmula 525/STJ[261].

Registre-se a amplitude da capacidade de ser parte, que nem sempre vem acompanhada da capacidade de estar em juízo, como ocorre com os incapazes, que têm capacidade de ser parte, mas necessitam de um representante processual na demanda por lhes faltar capacidade de estar em juízo.

Trata-se de pressuposto processual de existência[262], sendo exemplo típico de processo inexistente o promovido contra um réu morto, que certamente não tem a capacidade de gozo e do exercício de direitos e obrigações. O Superior Tribunal de Justiça entende que o falecimento do autor antes da propositura da ação é caso de inexistência jurídica do processo[263], mas, quando o falecimento ocorre durante o processo, o ingresso de espólio, herdeiros ou sucessores depois do prazo legal é entendido como mera irregularidade[264].

Outro exemplo é o da *propaganda viral*[265] presente na internet por meio da qual se gravam anonimamente dois executivos de uma empresa de refrigerante conversando com um advogado sobre medidas judiciais a serem tomadas contra o setor responsável pelo refrigerante *diet* da mesma empresa, alegando a proximidade de sabor apta a confundir os consumidores. É natural que não passava de uma peça publicitária, mas seria típico caso de ausência de capacidade de ser parte o ingresso de um setor de uma empresa contra outro setor da mesma empresa[266].

3.3.3.2.2. Capacidade de estar em juízo

As partes no processo terão necessariamente que praticar atos processuais, que são uma espécie de ato jurídico. Dessa forma, as

partes precisam ter capacidade processual (*legitimatio ad processum*) para a prática de tais atos. No tocante às pessoas físicas, é preciso observar que a incapacidade civil relativa e absoluta é resolvida no âmbito das relações jurídicas de direito material com a intervenção de um assistente ou um representante, respectivamente. No âmbito processual, a representação importará a realização de atos de parte exclusivamente pelo representante, enquanto na assistência haverá realização conjunta dos atos[267].

A capacidade de estar em juízo das pessoas jurídicas e formais está prevista no art. 75 do Novo CPC, porque, sendo pessoas inanimadas, é indispensável a presença de uma pessoa física que a represente ou a presente em juízo. É antiga e tradicional a lição de Pontes de Miranda que distingue presentação e representação: quando a parte se faz presente em juízo por meio de seus órgãos, não existe tecnicamente representação, mas presentação. Dessa forma, apesar do *caput* do artigo ora analisado mencionar expressamente "representação", somente as partes indicadas nos incisos V, VI, VIII e X são efetivamente representadas em juízo pelos sujeitos previstos no dispositivo legal, enquanto as partes indicadas nos incisos I, II, III, IV, VII e IX são presentadas pelos sujeitos previstos no artigo ora comentado. Na hipótese de presentação não existe necessidade de procuração, mandato nem qualquer forma de outorga de poderes[268].

Os quatro primeiros incisos do art. 75 do Novo CPC indicam os presentantes da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas. A União é presentada pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão

vinculado (Lei Complementar 73/1993 e Lei 9.028/1995), enquanto os demais entes da administração direta são presentados pelos procuradores, admitindo o § 4º do art. 75 do Novo CPC o estabelecimento de convênio entre as respectivas procuradorias, visando a atuação recíproca de procuradores em diferentes entes federados, com o que se evita a contratação de advogado privado. No caso do Município, como nem sempre há procuradoria, o prefeito também é presentante.

A autarquia e a fundação de direito público são presentadas por quem a lei do ente federado designar, sendo dispensado ao procurador da autarquia a juntada de procuração para presentá-la em juízo[269].

A massa falida é considerada pessoa formal, já que não detém personalidade jurídica nos moldes da pessoa natural ou da pessoa jurídica[270], mas tem capacidade de ser parte, devendo para tanto estar representada por pessoa humana.

O inciso V do art. 75 do Novo CPC faz apenas uma correção de nomenclatura quanto a tal responsável: enquanto o art. 12, III do CPC/1973 seguia o art. 63, XVI do Decreto-Lei 7.661/1945, chamando o representante legal de síndico, o art. 75, V, do Novo CPC se adapta ao art. 22, III, “n” da Lei 11.101/2005, passando a nomear o representante legal da massa falida de administrador judicial.

A herança jacente é regulada pelos arts. 1.819 a 1.823 do CC, ocorrendo quando não existe testamento ou herdeiro, sejam todos desconhecidos ou, ainda que conhecidos, renunciem à herança. O

dispositivo trata novamente de pessoa formal, que não tem personalidade jurídica mas tem personalidade judiciária, devendo ser representada por curador indicado pelo juiz nos termos do art. 739 do Novo CPC.

A parte legitimada a participar de ações que originariamente se dirigiriam ao *de cujus* não são seus herdeiros ou sucessores, mas sim seu espólio[271]. O art. 75, VII do Novo CPC versa sobre a representação do espólio em juízo. Cabe ao inventariante representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, observando-se, quanto ao dativo, o disposto no art. 75, § 1º do Novo CPC, que traz interessante novidade ao sistema. Enquanto o art. 12, § 1º do CPC/1973 exigia no caso de inventariança dativa a formação de litisconsórcio necessário entre todos os herdeiros e sucessores para representar o espólio em juízo, o § 1º do art. 75 do Novo CPC exige apenas que tais sujeitos sejam intimados no processo no qual o espólio é parte.

Significa dizer que mesmo sendo o inventariante dativo é ele o representante legal do espólio, podendo os herdeiros e sucessores, uma vez intimados da existência do processo, ingressarem como assistentes litisconsorciais do espólio.

A pessoa jurídica é representada por quem os respectivos atos constitutivos designarem ou, não havendo essa designação, por seus diretores. Tratando-se de sociedade irregular – a mesma regra se aplica a associação e outros entes organizados sem personalidade jurídica – a representação recai sobre pessoa a quem couber a administração de seus bens e caso haja dificuldade em tal

identificação na pessoa de qualquer dos seus integrantes. A sociedade ou associação sem personalidade jurídica não poderá opor a irregularidade de sua constituição quando demandada. No caso de pessoa jurídica estrangeira, a representação é feita pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil. Nos termos do § 3º do art. 75 do Novo CPC o gerente de filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação para qualquer processo, havendo divergência entre a presunção ser absoluta ou relativa, parecendo preferível o primeiro entendimento.

Cabe ao síndico ou administrador a representação judicial do condomínio, devendo tal condição ser provada pela juntada da ata da assembleia na qual houve eleição. Mesmo que exista lapso temporal entre o fim do mandato do síndico e a nova eleição, o antigo síndico mantém a representação judicial do condomínio até ser substituído.

A doutrina é tranquila no entendimento de que se trata de pressuposto processual de validade do processo. Trata-se, inclusive, de vício sanável, devendo o juiz conceder no caso concreto um prazo para que a parte adquira a capacidade de estar em juízo, somente sendo caso de extinção do processo – no caso do autor – e seguimento do processo à revelia – no caso do réu – havendo omissão da parte no suprimento do vício[272].

3.3.3.2.3. Capacidade postulatória

Em regra, as partes deverão ser assistidas por um advogado devidamente habilitado pela Ordem dos Advogados do Brasil, ou

seja, as partes deverão ter capacidade postulatória. Por vezes, a capacidade postulatória é dispensada, como ocorre nos Juizados Especiais, Justiça Trabalhista, no HC[273] e na ADIn/Adecon.

Registre-se que nos Juizados Especiais Cíveis, regulados pela Lei 9.099/1995, a dispensa de advogado atinge somente as causas com valor inferior a 20 salários mínimos, de forma que naquelas que tenham o valor compreendido entre 20 e 40 salários mínimos a capacidade postulatória é pressuposto de validade do processo. Já nos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública a dispensa de advogado atinge todas as causas, ou seja, causas com valor inferior a 60 salários mínimos.

Nos Juizados Especiais a dispensa da capacidade postulatória, quando admitida, é afastada para a interposição de recursos, quando se exige a presença de advogado (art. 41, § 2.º, da Lei 9.099/1995). Interessante consignar que o Supremo Tribunal Federal entende que no *habeas corpus* a dispensa de advogado também atinge o agravo interno quando a ação é julgada monocraticamente[274].

No caso do promotor de justiça, existe uma capacidade postulatória *sui generis*, que pode ser chamada de capacidade postulatória funcional, já que limitada aos fins institucionais do Ministério Público.

3.3.3. Pressupostos processuais objetivos

3.3.3.3.1. Pressupostos processuais objetivos extrínsecos

Os pressupostos processuais objetivos extrínsecos são analisados fora da relação jurídica processual. São considerados pressupostos processuais negativos, porque nesse caso o vício verifica-se justamente pela presença do pressuposto processual, ao contrário de todos os outros, que geram vício justamente porque estão ausentes da relação jurídica processual (por exemplo, falta de capacidade postulatória, falta de imparcialidade do juiz, falta de citação válida etc.).

A doutrina aponta como pressupostos processuais dessa espécie:

(a) coisa julgada material;

(b) litispendência;

(c) perempção;

(d) transação;

(e) convenção de arbitragem;

(f) ausência de pagamento de custas processuais em demanda idêntica extinta anteriormente por sentença terminativa (art. 267 do CPC).

Não resta maior dúvida a respeito de serem pressupostos processuais de validade, salvo na hipótese da coisa julgada material. A doutrina majoritária entende que também nesse caso o pressuposto processual objetivo é de validade[275], o que inclusive é corroborado pelo art. 966, IV, do Novo CPC, que prevê ação rescisória contra a decisão que afronta a coisa julgada material. Só é

possível rescindir uma decisão que juridicamente exista, já que não se concebe a desconstituição de um nada jurídico. Mas doutrina minoritária entende que o pressuposto é de existência jurídica, porque a decisão que afronta a coisa julgada é tão viciada, tão agressiva ao sistema, que não reúne os elementos mínimos para juridicamente existir[276].

Adotando-se a doutrina majoritária, que parece ser a mais acertada, surge interessante questão a respeito do conflito de coisas julgadas, o que evidentemente será extremamente rara, mas que, quando ocorre, deverá ser resolvida. Durante o prazo de ação rescisória da decisão que produziu coisa julgada material afrontando coisa julgada anterior, a primeira terá validade, considerando-se que a segunda decisão ainda não atingiu a coisa julgada soberana. Transcorrido esse prazo, a segunda decisão torna-se soberanamente imutável e indiscutível, tomando o lugar da primeira decisão, aplicando-se nesse caso a regra de que o posterior substitui o anterior[277]. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, vem entendendo que havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não desconstituída mediante ação rescisória[278].

3.3.3.3.2. Pressupostos processuais objetivos intrínsecos

Os pressupostos processuais objetivos intrínsecos, como o próprio nome sugere, são pressupostos processuais analisados na própria relação jurídica processual, sendo correta a indicação de quatro pressupostos dessa espécie.

3.3.3.3.2.1. Demanda

Conforme já foi devidamente tratado no Capítulo 1, item 1.4.3., a jurisdição é inerte, somente se movimentando quando provocada pelo interessado. O direito de ação, essencialmente abstrato, é materializado pelo ato de demandar, que significa provocar a jurisdição por meio do processo. Nesse sentido, cabe ao interessado demandar, e, sendo o direito de ação um direito disponível, independentemente da natureza jurídica do direito material que fundamentará a pretensão do autor, é indispensável que esse ato de provocação seja realizado pelo sujeito que afirma ser titular de um direito material violado ou ameaçado.

A relação jurídica processual começa de forma linear, envolvendo o demandante e o juiz, complementando-se com a citação válida do réu, mas tudo isso dependerá num primeiro momento da existência da demanda. Trata-se, portanto, de pressuposto processual de existência do processo[279], porque sem a provocação do interessado por meio do ato de demandar a relação jurídica processual de direito processual nem mesmo chegará a existir.

3.3.3.3.2.2. Petição inicial apta

O primeiro ato processual praticado pelo interessado quando exerce o ato de demandar é a petição inicial. Tratando-se do primeiro ato praticado no procedimento, o legislador entendeu por bem exigir o preenchimento de determinados requisitos formais. Em razão disso, é unânime a doutrina em apontar a petição inicial como um ato processual solene. Sendo o primeiro ato do procedimento, é natural que se exija o preenchimento dos requisitos formais previstos pela lei para que a petição inicial seja considerada

apta. A inépcia da petição inicial está prevista no art. 330, parágrafo único, do Novo CPC, sendo tratada no Capítulo 16, item 16.3.2.1.

Segundo tranquila doutrina, trata-se de pressuposto processual de validade do processo.

3.3.3.3.2.3. Citação válida

Conforme já foi visto, a relação jurídica processual existe a partir da propositura da demanda, já havendo para o autor desde o momento do procedimento a litispendência. Com a citação válida do demandado complementa-se a relação jurídica processual, sendo tal ato de essencial importância para a regularidade do processo. Existem previsões legais, entretanto, que permitem a extinção do processo antes da citação do réu (arts. 330 e 332 do Novo CPC), não se podendo afirmar que nesses casos a citação seja indispensável. A citação válida, portanto, só pode ser considerada pressuposto processual nos processos em que a citação é necessária, havendo somente nesses casos irregularidade procedimental se não ocorrer a citação válida.

Doutrina majoritária aponta acertadamente que a citação válida é pressuposto processual de validade[280] do processo, sendo que o vício nesse ato processual gera uma nulidade absoluta, que excepcionalmente não se convalida com o trânsito em julgado, podendo ser alegado a qualquer momento, mesmo após o encerramento do processo. Confirma esse entendimento a redação do art. 239, *caput*, do Novo CPC, que determina ser indispensável a citação do réu para a validade do processo.

Importante consignar a singularidade da nulidade absoluta

gerada nesse caso. A citação válida é considerada tão essencial para a regularidade do processo que sua ausência na demanda judicial gera uma nulidade absoluta *sui generis*. Como não interessa ao sistema jurídico a convalidação desse vício, entende-se que esse vício não se convalida nunca, podendo a qualquer momento ser alegado pela parte, até mesmo após o prazo de ação rescisória, por meio da ação de *querela nullitatis*[281]. Trata-se de vício transrescisório que, apesar de situado no plano da validade, jamais se convalida.

Em sentido contrário, doutrina minoritária entende tratar-se de pressuposto de existência[282], afirmando que sem a citação válida a relação jurídica não estará formada, e, sendo ela um elemento indispensável do próprio conceito de processo, não existirá processo. O entendimento é equivocado porque mesmo antes da citação do réu a relação jurídica processual já existe, ainda que formada exclusivamente entre autor e juiz, conforme já analisado no item 3.3.1. Por outro lado, existem processos que inclusive têm julgamento de mérito antes da citação do réu (art. 332 do Novo CPC), o que seria inviável se a citação fosse efetivamente considerada como pressuposto de existência do processo.

Por outro lado, mesmo não havendo citação do réu quando esse ato deveria ter ocorrido, sendo julgado improcedente o pedido do autor, o processo não só terá juridicamente existido, como será válido e eficaz. Não tem qualquer sentido lógico e/ou jurídico anular um processo que deu ao réu não citado o melhor resultado que poderia obter.

3.3.3.3.2.4. Regularidade formal

Os atos processuais devem ser praticados na forma prevista pela lei, tratando-se a formalidade de uma medida que prestigia a segurança para as partes, que sabem que, se respeitada a forma legal, atingirão os efeitos programados em lei para o ato processual. É impossível, nesse momento, a análise de todos os requisitos formais exigidos durante o procedimento, sendo importante ressaltar que a formalidade deve sempre ser afastada quando o ato processual atingir a sua finalidade e não gerar prejuízo, ainda que praticado em desconformidade com a forma legal. Trata-se do princípio da instrumentalidade das formas, analisado no item 3.4.8.

3.4. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

3.4.1. DEVIDO PROCESSO LEGAL

Diz o art. 5.º, LIV, da CF que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", consagração atual do princípio ora analisado. É pacífico o entendimento de que o devido processo legal funciona como um supraprincípio, um princípio-base, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo[283]. Além do aspecto processual, também se aplica atualmente o devido processo legal como fator limitador do poder de legislar da Administração Pública, bem como para garantir o respeito aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Ainda que exista certa divergência a respeito da sua origem, costuma-se creditá-la à previsão contida na Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, que utilizava a expressão *law of the land*, tendo surgido a expressão *due process of law* para designar o devido

processo legal somente em lei inglesa do ano de 1354[284].

Tratando-se de um princípio-base, com conceito indeterminado, bastaria ao legislador constituinte, no tocante aos princípios processuais, se limitar a prever o devido processo legal, que na prática os valores essenciais à sociedade e ao ideal do justo dariam elementos suficientes para o juiz no caso concreto perceber outros princípios derivados do devido processo legal. Não foi essa, entretanto, a opção do direito pátrio, que, além da previsão do devido processo legal, contém previsão de diversos outros princípios que dele naturalmente decorrem, tais como o contraditório, a motivação das decisões, a publicidade, a isonomia etc. A opção deve ser louvada em razão da evidente dificuldade de definir concretamente o significado e o alcance do princípio do devido processo legal, mas deve ser registrado que, apesar de o art. 5.º, LIV, da CF, ser encarado como norma de encerramento, a amplitude indeterminada permite a conclusão de que mesmo as exigências não tipificadas podem ser associadas ao ideal de devido processo legal[285].

Atualmente, o princípio do devido processo legal é analisado sob duas óticas, falando-se em devido processo legal substancial (*substantive due process*) e devido processo legal formal (*procedural due process*). No sentido substancial o devido processo legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando uma interpretação razoável quando da aplicação concreta das normas jurídicas. É campo para a aplicação dos princípios – ou como prefere parcela da doutrina, das regras –

da razoabilidade e da proporcionalidade, funcionando sempre como controle das arbitrariedades do Poder Público[286].

Originariamente voltado para a atuação do Poder Público, o devido processo legal substancial também vem sendo exigido em relações jurídicas privadas, com fundamento na vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ainda que tal vinculação deva ser ponderada no caso concreto com o princípio da autonomia da vontade[287]. Exemplo perfeito encontra-se no caso da aluna de universidade paulista quase expulsa de seus quadros em razão de ter assistido à aula de minissaia, mediante sindicância interna na qual não se concedeu direito de defesa à estudante. Ainda que a faculdade seja privada e tenha um regulamento por ela mesma criado, é natural que esse regulamento não possa contrariar os direitos fundamentais.

No sentido formal encontra-se a definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, obrigando-se o juiz no caso concreto a observar os princípios processuais na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais. Contemporaneamente, o devido processo legal vem associado com a ideia de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos[288].

3.4.2. CONTRADITÓRIO

Segundo o art. 5.º, LV, da CF, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, como os meios e recursos a ela

inerentes". Também na Lei de Arbitragem (art. 21, § 2.º, da Lei 9.307/1996) existe expressa previsão para que se cumpra o contraditório no processo arbitral. O contraditório e a ampla defesa são tratados pelo texto constitucional no mesmo dispositivo legal, mas nesse tópico a análise será limitada ao princípio do contraditório.

3.4.2.1. Conceito tradicional: informação + possibilidade de reação

Tradicionalmente, considera-se ser o princípio do contraditório formado por dois elementos: informação e possibilidade de reação. Sua importância é tamanha que a doutrina moderna entende tratar-se de elemento componente do próprio conceito de processo, conforme analisado no Capítulo 3, item 3.1.7. Nessa perspectiva, as partes devem ser devidamente comunicadas de todos os atos processuais, abrindo-se a elas a oportunidade de reação como forma de garantir a sua participação na defesa de seus interesses em juízo. Sendo o contraditório aplicável a ambas as partes, costuma-se também empregar a expressão "bilateralidade da audiência", representativa da paridade de armas entre as partes que se contrapõem em juízo[289].

O conceito tradicional de contraditório exige alguns apontamentos. A informação exigida pelo princípio é naturalmente associada à necessidade de a parte ter conhecimento do que está ocorrendo no processo para que possa se posicionar – positiva ou negativamente – a esse respeito. Fere o princípio do contraditório qualquer previsão legal que exija um comportamento da parte sem instrumentalizar formas para que tome conhecimento da situação

processual.

Existem duas formas de comunicação de atos processuais reconhecidas pelo Código de Processo Civil: citação e intimação. A citação se presta a integrar o demandado à relação jurídica processual e a informá-lo da existência de demanda judicial contra ele proposta pelo demandante, enquanto a intimação é responsável por dar ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa (art. 269 do Novo CPC). A citação pode se dar por meio do correio, oficial de justiça, edital e meios eletrônicos (art. 246 do Novo CPC), o mesmo ocorrendo com a intimação na pessoa da parte, porque a regra é que a intimação ocorra na pessoa de seu advogado, por meio de publicação na imprensa oficial, sendo excepcional a intimação pessoal do advogado (por exemplo, art. 513, § 2º, I, do Novo CPC).

A notificação não se encontra entre essas espécies de comunicação, salvo no procedimento especial do mandado de segurança, conforme previsão do art. 7.º, inciso I, da Lei 12.016/2009, e no de *habeas data*, conforme previsão do art. 9º da Lei 9.507/1997. Nesses casos a notificação da autoridade coatora terá natureza de intimação ou citação, a depender do entendimento a respeito de sua qualidade processual: sendo réu será citado, sendo a pessoa jurídica de direito público o réu a autoridade coatora será notificada. O tema é polêmico[290] e transcende os limites da presente obra.

No tocante à reação, a interpretação de que a verificação concreta desse segundo elemento depende da vontade da parte, que

opta por reagir ou se omitir, é importante lembrar que a regra do ônus processual nesse caso limita-se aos direitos disponíveis. Nestes, o contraditório estará garantido ainda que concretamente não se verifique reação, bastando que a parte tenha tido a oportunidade de reagir. Nas demandas que têm como objeto direitos indisponíveis, o contraditório exige a efetiva reação, criando-se mecanismos processuais para que, ainda que a parte concretamente não reaja, crie-se uma ficção jurídica de que houve a reação. Assim, não se presumem verdadeiros os fatos alegados pelo autor diante da revelia do réu quando a demanda versar sobre direitos indisponíveis (art. 345, II, do Novo CPC)[291]. Nos direitos disponíveis só há reação quando faticamente a parte reagir, enquanto nos direitos indisponíveis a reação é jurídica, porque ainda que a parte não reaja faticamente, a própria lei prevê os efeitos jurídicos da reação.

A completa realização do princípio do contraditório, em especial quando analisado como forma de garantir a "paridade de armas" no processo, exige uma igualdade real entre as partes para que as reações possam efetivamente igualar suas situações no processo. Essa é a razão pela qual existem normas que permitem a assistência aos menos favorecidos economicamente, com a isenção no recolhimento de custas e a indicação de patrono gratuito pelo Estado, além de outros tratamentos diferenciados analisados em tópico específico[292].

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o contraditório se renova continuamente durante o procedimento, de forma que do vício gerado pela não intimação da parte em momento adequado pode não resultar nulidade se posteriormente for permitida sua

manifestação a respeito da matéria. Aplicou-se a estratégia conhecida como “nulidade de algibeira”, consubstanciada na espera do momento mais adequado para a alegação do vício procedimental, para se afastar a nulidade em decorrência de violação ao contraditório[293].

Diante do exposto, não é feliz a redação do art. 9.º, *caput*, do Novo CPC, ao prever que o juiz não proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida. Na realidade, não há qualquer ofensa em decidir sem que a outra parte tenha sido ouvida, já que a manifestação dela é um ônus processual. A única compreensão possível do dispositivo legal é de que a decisão não será proferida antes de intimada a parte contrária e concedida a ela uma oportunidade de manifestação. Afinal, a circunstância de poder ser ouvida, que não se confunde com efetivamente ser ouvida, já é o suficiente para se respeitar o princípio do contraditório.

De qualquer forma, o artigo ora analisado, em seu parágrafo único, prevê exceções à regra disposta no *caput*, permitindo, ainda que excepcionalmente, a decisão antes de a parte contrária ser intimada e ter oportunidade de se manifestar. Trata-se do chamado contraditório diferido, analisado em capítulo próprio.

3.4.2.2. Poder de influência das partes na formação do convencimento do juiz

Percebeu-se, muito por influência de estudos alemães sobre o tema, que o conceito tradicional de contraditório fundado no binômio “informação + possibilidade de reação” garantia tão somente no aspecto formal a observação desse princípio. Para que seja substancialmente respeitado, não basta informar e permitir a

reação, mas exigir que essa reação no caso concreto tenha real poder de influenciar o juiz na formação de seu convencimento[294]. A reação deve ser apta a efetivamente influenciar o juiz na prolação de sua decisão, porque em caso contrário o contraditório seria mais um princípio "para inglês ver", sem grande significação prática. O "poder de influência" passa a ser, portanto, o terceiro elemento do contraditório, tão essencial quanto os elementos da informação e da reação.

Essa nova visão do princípio do contraditório reconhece a importância da efetiva participação das partes na formação do convencimento do juiz, mas a sua real aplicação depende essencialmente de se convencerem os juízes de que assim deve ser no caso concreto. Posturas como a do juiz que recebe a defesa escrita em audiência nos Juizados Especiais e sem sequer folhear a peça passa a sentenciar certamente não vai ao encontro da nova visão do contraditório. O mesmo ocorre quando desembargadores conversam, leem, ou excepcionalmente se ausentam enquanto o advogado faz sustentação oral perante o Tribunal. Como observa a melhor doutrina, somente por meio de um constante e intenso diálogo do juiz com as partes se concretizará o contraditório participativo, mediante o qual o poder de influência se tornará uma realidade[295].

Apesar de não ser expresso no sentido de estar contido no conceito de contraditório o poder de influência, o art. 7.º do Novo CPC pode conduzir a essa interpretação ao exigir que o juiz zele pelo efetivo contraditório, que somente será realmente efetivo se, além da informação e da possibilidade de reação, esta for

concretamente apta a influenciar a formação do convencimento do juiz.

3.4.2.3. Contraditório como forma de evitar surpresa às partes

Partindo-se do pressuposto de que durante todo o desenrolar procedimental as partes serão informadas dos atos processuais, podendo reagir para a defesa de seus direitos, parece lógica a conclusão de que a observância do contraditório é capaz de evitar a prolação de qualquer decisão que possa surpreendê-las. Em matérias que o juiz só possa conhecer mediante a alegação das partes, realmente parece não haver possibilidade de a decisão surpreender as partes.

Os problemas verificam-se no tocante às matérias de ordem pública, na aplicação de fundamentação jurídica alheia ao debate desenvolvido no processo até o momento da prolação da decisão, e aos fatos secundários levados ao processo pelo próprio juiz. São matérias e temas que o juiz pode conhecer de ofício, havendo, entretanto, indevida ofensa ao contraditório sempre que o tratamento de tais matérias surpreender as partes. Ainda que a matéria de ordem pública e a aplicação do princípio do *iura novit curia* permitam uma atuação do juiz independentemente da provocação da parte, é inegável que o juiz, nesses casos – se se decidir sem dar oportunidade de manifestação prévia às partes –, as surpreenderá com sua decisão, o que naturalmente ofende o princípio do contraditório[296].

Infelizmente, os membros do Poder Judiciário, em sua esmagadora maioria, não percebiam a diferença basilar entre decidir

de ofício e decidir sem a oitiva das partes[297]. Determinadas matérias e questões devem ser conhecidas de ofício, significando que, independentemente de serem levadas ao conhecimento do juiz pelas partes, elas devem ser conhecidas, enfrentadas e decididas no processo. Mas o que isso tem a ver com a ausência de oitiva das partes? Continua a ser providência de ofício o juiz levar a matéria ao processo, ouvir as partes e decidir a respeito dela. Como a surpresa das partes deve ser evitada em homenagem ao princípio do contraditório, parece que mesmo nas matérias e questões que deva conhecer de ofício o juiz deve intimar as partes para manifestação prévia antes de proferir sua decisão, conforme inclusive consagrado na legislação francesa e portuguesa.

O entendimento resta consagrado pelo art. 10 do Novo CPC e em outros dispositivos legais. Segundo o dispositivo mencionado, nenhum juiz, em qualquer órgão jurisdicional, poderá julgar com base em fundamento que não tenha sido objeto de discussão prévia entre as partes, ainda que as matérias devam ser conhecidas de ofício pelo juiz.

O dispositivo é claro, mas não terá vida fácil nas mãos da magistratura nacional. Em especial porque ele contraria uma premissa não reconhecida pelos juízes de que quando eles decidem de ofício estão sempre certos, e por isso não precisam ouvir previamente as partes, que em nada contribuirão na formação de um convencimento já formado.

Essa premissa, devidamente superada pelo art. 10 do Novo CPC, é a ratio do Enunciado 03 da ENFAM: “É desnecessário ouvir

as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa". Chamo tal enunciado de" "enunciado bola de cristal", já que o juiz teria uma capacidade sensorial de saber de antemão o que as partes podem alegar, já antevendo a inutilidade de tal manifestação antes mesmo dela se materializar no mundo real. É como dizer que o juiz não precisa ouvir as partes porque já formou o seu convencimento, desprezando o fato de que tal convencimento deve ser construído de forma colaborativa com as partes.

E o pior é continuar a partir da premissa de que o juiz não pode se enganar, que nada que a parte alegue poderá fazê-lo mudar de ideia, criando um pequeno ditador no processo, em nítido desrespeito aos princípios do contraditório, consagrado no art. 10 do Novo CPC, e da cooperação, previsto no art. 6º do Novo CPC.

E ainda mais curioso – ou triste – é o Enunciado 04 da ENFAM, ao afirmar que na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do Novo CPC. É curioso porque escolhe, aparentemente ao acaso, um vício que gera nulidade absoluta para prescrever que ao seu reconhecimento não é imposto o respeito ao princípio do contraditório. Porque justamente esse vício é um mistério. Mas é obvio que o entendimento consagrado no criticável enunciado tem como razão específica a razão geral exposta no Enunciado 03 da mesma ENFAM: se o juiz já formou seu convencimento, porque teria que ouvir as partes antes de decidir? A resposta, ignorada por referidos enunciados é óbvia: para respeitar o princípio constitucional do contraditório.

Justamente em razão da novidade legislativa deve ser criticado o Enunciado 01 da ENFAM, no sentido de que o termo

“fundamento”, previsto no art. 10 do Novo CPC, é “o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes”. Significa dizer que o juiz estaria liberado a decidir conforme o fundamento jurídico mais apropriado ao caso concreto, sem necessariamente permitir que as partes se manifestem previamente sobre ele. Se o autor qualificou os fatos narrados na petição inicial como erro apto a gerar a rescisão do contrato, o juiz poderá na sentença julgar o pedido procedente com fundamento em dolo, mesmo que em nenhum momento as partes tenham se manifestado sobre tal vício do consentimento durante o processo.

Não é preciso muito esforço para se notar a impropriedade do Enunciado 01 da ENFAM, que na realidade, ao menos no tocante à fundamentação jurídica, pretende pura e simplesmente revogar o art. 10 do Novo CPC. Parece também ser nesse sentido o Enunciado 05: “Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório” e o Enunciado 06: “Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório”. Haja esforço na tentativa de revogar um dispositivo legal que, entretanto, continua em plena vigência.

É claro que tais enunciados da ENFAM, que basicamente revogam os arts. 9º e 10 do Novo CPC, podem não ser aplicados pelos juízes no caso concreto, afinal, a esperança é a última que morre. E caso os apliquem no caso concreto estarão contribuindo para um sem número de recursos, inclusive o recurso especial por clara violação de normas federais. Um desserviço, portanto, tanto

acadêmico como prático.

3.4.2.4. Contraditório inútil

Afirma-se que o contraditório é um princípio absoluto – para alguns uma garantia –, vedado qualquer afastamento no caso concreto tanto pelo legislador como pelo operador do direito. Ainda que se compreenda a importância do princípio, é preciso compatibilizar o contraditório com todos os demais princípios, o que poderá mostrar no caso concreto que o contraditório pode não se mostrar indispensável como se costuma imaginar.

O contraditório é moldado essencialmente para a proteção das partes durante a demanda judicial, não tendo nenhum sentido que o seu desrespeito, se não gerar prejuízo à parte que seria protegida pela sua observação, gere nulidade de atos e até mesmo do processo como um todo. Qual o sentido, à luz da efetividade da tutela jurisdicional, em anular um processo porque neste houve ofensa ao contraditório em desfavor do vitorioso? O autor não foi intimado da juntada pela parte contrária de um documento e a seu respeito não se manifestou. Houve ofensa ao contraditório, não há dúvida, mas relevável se o autor ainda assim sagrou-se vitorioso na demanda. A citação ocorreu em homônimo do réu, vício gravíssimo – chamado por alguns de vício transrescisório pela possibilidade de alegação a qualquer momento, até mesmo depois do prazo da ação rescisória – que impede a regular formação da relação jurídica processual. Ocorre, entretanto, que o pedido do autor foi rejeitado, ou seja, o réu, mesmo sem ter sido citado, sagrou-se vitorioso na demanda. Que sentido teria anular essa sentença por ofensa ao contraditório? A resposta é óbvia: nenhum[298].

Os exemplos trazidos têm como objetivo demonstrar que no caso concreto a ofensa ao princípio do contraditório não gera nulidade em toda e qualquer situação, não representando uma diminuição do princípio a sua aplicação à luz de outros princípios e valores buscados pelo processo moderno. O afastamento pontual do contraditório, nos termos expostos, é não só admitido, como também recomendável.

Por outro lado, também se admite que o próprio procedimento, de forma ampla e genérica, afaste em algumas situações o contraditório, evitando-se o chamado "contraditório inútil".

A sentença proferida *inaudita altera parte* que julga o mérito em favor do réu que nem foi citado (art. 332 do Novo CPC) certamente não se amolda ao conceito de contraditório, porque nesse caso o réu não é sequer informado da existência da demanda. Mas realmente se pode falar em ofensa ao princípio do contraditório? Exatamente qual seria a função de citar o réu e permitir sua reação se o juiz já tem condições de dar a vitória definitiva da demanda (sentença de mérito) a seu favor? Evidentemente, nenhuma digna de nota, não se podendo antever qualquer agressão ao ideal do princípio do contraditório nessas circunstâncias[299].

Da mesma forma é a previsão do art. 1.019, *caput* do Novo CPC, que permite ao relator do agravo de instrumento negar seguimento ao recurso por meio de decisão monocrática proferida liminarmente. Nesse caso, são dispensadas a intimação do agravado e a abertura de prazo para contrarrazões porque ele já teve o melhor

resultado possível com o julgamento proferido liminarmente. Novamente afasta-se o contraditório por reconhecer a inutilidade de sua observação no caso concreto. Essas circunstâncias de dispensa pontual do contraditório são mantidas no Novo Código de Processo Civil, ainda que sofram algumas modificações procedimentais que serão tratadas em sede própria.

O Novo Código de Processo Civil, entretanto, e aqui de forma diferente do diploma legal revogado, cria uma regra geral que consagra a dispensa do contraditório inútil. Nos termos do art. 9º, *caput*, do Novo CPC, não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Ou seja, a exigência de oitiva prévia se dá exclusivamente para a prolação de decisão contra a parte, entendendo-se, *a contrario sensu*, que a decisão a seu favor poderá ser proferida sem sua oitiva prévia. Trata-se, à evidência, do fundamento da dispensa do contraditório inútil: se a decisão irá favorecer a parte não há qualquer necessidade de ouvi-la antes de sua prolação, servindo o dispositivo legal ora analisado como regra geral a legitimar tal dispensa para qualquer situação.

3.4.2.5. Contraditório diferido (ou postecipado)

A estrutura básica do contraditório é:

(i) pedido;

(ii) informação da parte contrária;

(iii) reação possível;

(iv) decisão.

Essa ordem dos elementos que de maneira mais completa determina o contraditório é percebida inclusive na estrutura do processo de conhecimento:

(i) petição inicial;

(ii) citação;

(iii) respostas do réu;

(iv) sentença.

É, realmente, mais adequada a estrutura do princípio do contraditório porque a decisão a ser proferida pelo juiz só ocorre depois da oportunidade de ambas as partes manifestarem-se a respeito da matéria que formará o objeto da decisão.

Essa ordem, apesar de ser a preferível, pode excepcionalmente ser afastada pelo legislador, como ocorre na concessão das tutelas de urgência *inaudita altera partes*, em situações de extrema urgência nas quais a decisão do juiz deve preceder a informação e reação da parte contrária. Nesse caso, haverá um “contraditório diferido ou postecipado”, porque, apesar de os elementos essenciais do princípio continuarem a existir, a inversão da sua ordem

tradicional antecipa a decisão para o momento imediatamente posterior ao pedido da parte[300]. A estrutura do contraditório diferido é:

(i) pedido;

(ii) decisão;

(iii) informação da parte contrária;

(iv) decisão.

Tradicionalmente associado às tutelas de urgência, deve ser lembrado que nessa espécie de tutela convivem as duas formas de contraditório. A tutela cautelar, por exemplo, pode ser concedida somente por meio de sentença, depois do regular andamento do processo, não deixando, nesse caso, de ser uma tutela de urgência. Por outro lado, o juiz pode postergar para depois da apresentação da contestação a decisão sobre a tutela antecipada requerida na petição inicial, e, caso a conceda nesse momento, ela também não deixará de ser uma tutela de urgência.

Fica claro, portanto, que o contraditório tradicional não deve ser descartado quando se fala em tutela de urgência, devendo, inclusive, ser justificada sua aplicação no caso concreto. Sendo excepcional o contraditório diferido, só deve ser admitido se o respeito ao contraditório tradicional representar concretamente um sério risco à efetividade da tutela a ser concedida. Esse risco deriva de dois fatores: a ciência do réu permitir a prática de atos materiais que levam à ineficácia da tutela pretendida (p. ex., na busca e apreensão de incapazes) ou a demora natural para que o réu seja citado e tenha oportunidade de se manifestar (p. ex., na sustação de

protesto).

A tutela da evidência também convive com as duas formas de contraditório ora analisadas. Tutela da evidência é aquela fundada na grande probabilidade de a parte ter o direito que alega, sem a necessidade de o tempo ser inimigo da efetividade, não sendo crível que, à luz do princípio do acesso à ordem jurídica justa, tenha que esperar o final do processo para que seja a tutela concedida jurisdicionalmente[301].

O contraditório diferido é excepcional, devendo ser utilizado com extrema parcimônia, até porque a prolação de decisão sem a oitiva do réu capaz de invadir a esfera de influência do sujeito que não foi ouvido é sempre uma violência[302]. Apesar disso, seja em razão do manifesto perigo de ineficácia (tutela de urgência), seja pela enorme probabilidade de o direito existir (tutela de evidência), o contraditório diferido cumpre com a promessa constitucional do art. 5.º, LV, da CF.

Conforme já analisado, a melhor interpretação – senão a única – do art. 9.º, *caput* do Novo CPC é no sentido de ser criada uma proibição de decisão judicial antes de o juiz dar oportunidade de manifestação à parte contrária. O parágrafo único do dispositivo prevê as exceções a essa regra, consagrando dessa forma as hipóteses de admissão do contraditório diferido.

Apesar de no primeiro inciso estar prevista a tutela provisória de urgência, é importante ficar registrado que, exatamente como ocorre no sistema atual, continuará a existir tutela de urgência concedida após a oitiva da parte contrária à que elaborou o pedido.

Pela forma como restou redigido o dispositivo legal fica a falsa impressão de que qualquer tutela de urgência legitima o contraditório diferido, em interpretação que não deve ser prestigiada. Significa que não basta ser tutela provisória de urgência, mas que nesta haja risco de perecimento do direito e/ou ineficácia da tutela pretendida para se excepcionar regra consagrada no *caput* do art. 9.º do Novo CPC.

No inciso II do dispositivo ora comentado, o texto final do Novo Código de Processo Civil sanou injustificável omissão contida no projeto de lei originariamente sancionado no Senado ao incluir entre as hipóteses de tutela concedida mediante contraditório diferido a tutela da evidência nas hipóteses previstas no art. 311, incisos II e III, do Novo CPC. A regra é repetida no art. 311, parágrafo único, do mesmo diploma legal, que permite a concessão liminar da tutela de evidência nessas duas hipóteses.

Como se pode notar, o legislador exclui a hipótese prevista no art. 309, I, do Novo CPC, dando a entender que a concessão de tutela da evidência quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte só pode ser concedida por meio do contraditório tradicional. A hipótese prevista no inciso IV do art. 311 do Novo CPC exige o contraditório tradicional porque o fundamento da tutela da evidência nesse caso depende do teor da contestação a ser apresentada pelo réu.

O legislador, ao prever o cabimento de contraditório diferido a apenas duas hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311 do Novo CPC, cometeu um erro crasso, desconsiderando que o rol de hipóteses de cabimento de tutela da evidência previsto por tal

dispositivo é meramente exemplificativo. Parcialmente corrige seu erro no inciso III do art. 9º do Novo CPC, ao prever o cabimento de contraditório diferido na expedição do mandado monitório, espécie de tutela da evidência não prevista no art. 311 do Novo CPC.

Mas nada fala a respeito das liminares do processo possessório (art. 562 do Novo CPC) e nos embargos de terceiro (art. 678 do Novo CPC), que também são espécies de tutela da evidência ausentes do rol do art. 311 do Novo CPC. Como não é razoável imaginar-se que com o Novo Código de Processo Civil tais liminares não possam mais ser concedidas *inaudita altera partes*, é essencial uma interpretação extensiva do art. 9º, II, do Novo CPC.

3.4.3. PRINCÍPIOS DISPOSITIVO E INQUISITIVO (INQUISITÓRIO)

No sistema inquisitivo puro o juiz é colocado como a figura central do processo, cabendo a ele a sua instauração e condução sem a necessidade de qualquer provocação das partes. A liberdade na atuação do juiz é ampla e irrestrita. No sistema dispositivo puro o juiz passa a ter uma participação condicionada à vontade das partes, que definem não só a existência e extensão do processo – cabendo ao interessado a sua propositura e definição dos elementos objetivos e subjetivos –, como também o seu desenvolvimento, que dependerá de provocação para que prossiga.

O sistema brasileiro é um sistema misto[303], com preponderância do princípio dispositivo[304]. Ao menos na jurisdição contenciosa é correto afirmar que esse sistema misto é essencialmente um sistema dispositivo temperado com toques de

inquisitoriedade. A convivência desses dois sistemas no direito brasileiro fica bem clara no art. 2º do Novo CPC, que prevê a necessidade de provocação do interessado para que exista processo (princípio dispositivo) a ser desenvolvido pelo impulso oficial (princípio inquisitivo).

Além desse dispositivo legal, uma análise de nosso sistema demonstra o acerto do entendimento que aponta para a existência de um sistema misto. O juiz está vinculado aos fatos jurídicos componentes da causa de pedir, o que depende da vontade da parte, mas as provas a respeito dos fatos podem ser determinadas de ofício pelo juiz (art. 370, *caput* do Novo CPC), o que demonstra uma característica do sistema inquisitivo. Segundo o art. 371 do Novo CPC, o juiz pode levar em consideração em sua decisão os fatos simples, ainda que não alegados pelas partes, regra esta que também consagra o princípio inquisitivo. O princípio da congruência (art. 492 do Novo CPC) vincula o juiz aos limites do pedido do autor, não se admitindo a concessão de algo diferente nem a mais do que foi pedido, o que, inclusive, gerará sentença *extra* e *ultra petita*, respectivamente. Essa, entretanto, é a regra, não aplicável na hipótese dos "pedidos implícitos" e na permissão de aplicação do princípio da fungibilidade (por exemplo, pedida reintegração de posse o juiz concede manutenção de posse – art. 554 do Novo CPC), para as quais se nota a presença do sistema inquisitivo.

3.4.4. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

3.4.4.1. Motivação e fundamentação

Inicialmente, ressalto que não compartilho de lição doutrinária

que busca distinguir motivação de fundamentação, com a alegação de que na motivação bastaria ao juiz explicar o que pessoalmente acha sobre o Direito, enquanto na fundamentação caberá ao julgador explicar por que razões aceita ou rejeita determinada interpretação e compreensão do Direito estabelecida pelo cidadão[305]. Motivar e fundamentar significam exteriorizar as razões do decidir, e nessa tarefa obviamente as opiniões pessoais do juiz são irrelevantes, devendo o magistrado aplicar ao caso concreto o Direito, e não concretizar suas aspirações pessoais.

Ocorre, entretanto, que, por mais exigências que se criem para modelar a fundamentação – ou motivação – do juiz em suas decisões, nunca se afastará o caráter pessoal de sua decisão, salvo na aplicação dos julgamentos dos tribunais com eficácia vinculante. E mesmo aqui se não for caso de superação do entendimento ou distinção do caso. Por mais requisitos que a lei crie para condicionar o juiz à vontade do Direito ao fundamentar sua decisão e não à sua vontade pessoal, o elemento humano na interpretação do Direito nunca poderá ser afastado das decisões judiciais.

Quero com isso dizer que, diferente do que entende parcela da doutrina[306], o art. 489 do Novo CPC não retira da decisão judicial sua característica de ato de criação solitário pelo magistrado. O juiz pode até estar mais controlado e sua atuação mais supervisionada pela lei, mas no final do dia é sempre o juiz, no isolamento de seu gabinete ou casa, quem profere a decisão. E é ali que ele faz interpretações a respeito do Direito que obviamente são influenciadas por suas opiniões pessoais. Afinal, adotar um dentre vários entendimentos doutrinários plausíveis não é um ato humano

que expressa uma opinião pessoal? Uma opinião pessoal fundada em argumentos sólidos, mas, ainda assim, uma opinião pessoal.

Fico intrigado com a expectativa criada em torno do art. 489 do Novo CPC, como se ele fosse capaz de retirar do juiz qualquer possibilidade de decidir conforme seu entendimento pessoal. Estaria tão condicionado o juiz em sua fundamentação pelas novas regras que sua opinião pessoal seria sufocada por elas e finalmente teríamos atingido um patamar de perfeição da atividade jurisdicional: retirar qualquer traço pessoal das decisões judiciais. Algo como tornar o Direito uma ciência exata...

Ainda assim, é notória a relevância do art. 489 do Novo CPC no tocante à motivação – ou fundamentação – das decisões judiciais. E por tal razão é dispositivo legal que merece extrema atenção.

3.4.4.2. Justificativas para a exigência da motivação das decisões judiciais

Segundo o art. 93, IX, da CF, todas as decisões proferidas em processo judicial ou administrativo devem ser motivadas, sendo obrigatória aos julgadores a tarefa de exteriorização das razões de seu decidir, com a demonstração concreta do raciocínio fático e jurídico que desenvolveu para chegar às conclusões contidas na decisão[307].

Tradicionalmente, a justificativa do princípio da motivação das decisões judiciais era voltada exclusivamente para os sujeitos processuais (justificativa endoprocessual). Num primeiro momento é voltada ao sucumbente, que sem conhecimento das razões da

decisão não teria condições de elaborar o seu recurso, porque ninguém pode impugnar de forma específica uma decisão sem conhecer os seus fundamentos.

Num segundo momento a fundamentação se mostra imprescindível para que o órgão jurisdicional competente para o julgamento do recurso possa analisar o acerto ou equívoco do julgamento impugnado. Ainda que esse aspecto mantenha a sua importância, continuando a justificar o princípio ora analisado, é importante apontar para o aspecto político desse princípio, que ganha relevância em tempos atuais.

Sob o ponto de vista político a motivação se presta a demonstrar a correção, imparcialidade e lisura do julgador ao proferir a decisão judicial, funcionando o princípio como forma de legitimar politicamente a decisão judicial. Permite um controle da atividade do juiz não só do ponto de vista jurídico, feito pelas partes no processo, mas de uma forma muito mais ampla, uma vez que permite o controle da decisão por toda a coletividade[308].

Uma das técnicas admitidas em termos de fundamentação é a motivação *per relationem*, com ampla aceitação pelo Superior Tribunal de Justiça[309], inclusive no processo penal[310]. Trata-se de técnica de fundamentação referencial pela qual se faz expressa alusão a decisão anterior ou parecer do Ministério Público, incorporando, formalmente, tais manifestações ao ato jurisdicional. Tal forma de fundamentação, entretanto, é expressamente vedada pelo art. 1.021, § 3º, do Novo CPC no julgamento do agravo interno, sendo nulo o acórdão desse recurso se limitado a

transcrever as razões do decidir monocrático.

3.4.4.3. Roteiro para a fundamentação das decisões judiciais

3.4.4.3.1. Introdução

Apesar da suficiente previsão constitucional contida no art. 93, IX, da CF, o Novo Código de Processo Civil também consagra expressamente o princípio da motivação das decisões judiciais ao prever em seu art. 11 que todos os julgamentos dos órgãos do PoderJudiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

O Novo Código de Processo Civil, entretanto, foi muito além, ao prever expressamente hipóteses em que a decisão judicial não pode ser considerada como fundamentada. Lamenta-se que o art. 489, § 1.º, do Novo CPC tenha pretendido elencar as espécies de decisão e não tenha cumprido totalmente a missão. Afinal, do dispositivo constam a interlocutória, a sentença e o acórdão, tendo ficado de fora a decisão monocrática final do relator que substitui o acórdão quando possível a decisão unipessoal. Na realidade, bastava ter previsto "qualquer decisão", sem a necessidade de indicar rol de espécies de decisão, mas isso não muda a realidade de sua aplicabilidade a todo pronunciamento decisório[311].

De qualquer forma, o mais interessante do dispositivo fica por conta de seus incisos, que tendem a exigir do órgão jurisdicional um maior cuidado e capricho na fundamentação de suas decisões. E o Enunciado 303 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) ainda indica que o rol das hipóteses descritas no dispositivo legal ora analisado é meramente exemplificativo.

É claro que a fundamentação não precisa ser extensa para ser uma verdadeira fundamentação[312]. A concisão na verdade é uma virtude, e em nada incompatível com as exigências do art. 489, § 1º do Novo CPC. Nesse sentido elogiável o Enunciado 10 da ENFAM: "A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa".

Tratando-se apenas de especificação da exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais, obviamente o art. 489, § 1º do Novo CPC é aplicável a todos os processos em que se profira decisão, inclusive nos Juizados Especiais[313].

3.4.4.3.2. Limitação a indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo

Segundo o inciso I do § 1.º do art. 489 do Novo CPC, não pode o juiz em sua fundamentação se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. Cabe ao juiz, portanto, expor em seu pronunciamento decisório a interpretação que fez da norma jurídica aplicável ao caso concreto e a correlação entre elas e os fatos do caso concreto.

É natural que sendo a norma jurídica uma regra legal, o trabalho do juiz seja menor do que quando a norma jurídica é um princípio[314], mas de qualquer forma caberá ao juiz externar sua interpretação da norma jurídica e sua correlação com os fatos. Esse exercício de interpretação e de subsunção é tarefa do juiz, não

podendo se transferir para as partes a tarefa de descobrir o que passou pela mente do juiz ao aplicar a norma X ao fato W.

3.4.4.3.3. Conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais

Também não será fundamentada a decisão que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 489, § 1º II, do Novo CPC). O dispositivo legal será também aplicável em decisões fundadas em cláusulas gerais. A decisão nesse caso, em que o juiz precisa integrar a norma jurídica abstrata já que o texto normativo não define de forma completa seus elementos é chamada de "decisão determinativa"[315].

A norma costuma ser composta de duas partes: a situação fática e o efeito jurídico. Normas fechadas são aquelas em que essas duas partes já são definidas pelo legislador, cabendo ao juiz apenas identificar a situação fática descrita na norma e aplicar seus efeitos jurídicos ao caso concreto. Um exemplo, dentre milhares: o art. 1.007, § 3º do Novo CPC, prevê ser dispensado o recolhimento do porte de remessa e retorno (efeito jurídico), se o processo estiver materializado em autos eletrônicos (situação fática). Não é desse tipo de norma que cuida o art. 489, § 1º, II do Novo CPC.

Quando o legislador fixa no conteúdo da norma a situação fática mas deixa a consequência jurídica em aberto, para ser definida pelo juiz no caso concreto, tem-se o conceito jurídico indeterminado. São exemplos o preço vil da arrematação, o caráter manifestamente protelatório na interposição de recursos, o perigo de dano exigido para concessão de tutela de urgência, a repercussão

geral para admissão do recurso extraordinário, a grande repercussão social para a admissão do incidente de assunção de competência, a relevância da matéria para admissão do *amicus curiae* no processo, etc.

Nas cláusulas gerais o legislador prevê uma situação fática vaga e um efeito jurídico indeterminado, de forma que nesse caso o grau de indefinição é ainda maior do que no conceito jurídico indeterminado, porque nesse caso, além de ser vaga sua hipótese de incidência, é indeterminado seu efeito jurídico. São exemplos o poder geral de cautela, a boa-fé objetiva, o devido processo legal, a função social etc.

O legislador, ao criar conceitos jurídicos indeterminados, que são conceitos vagos, de definição imprecisa, praticamente delega ao juiz no caso concreto seu preenchimento[316], sendo tal fenômeno ainda mais robusto nas cláusulas gerais. Trata-se de considerável poder colocado nas mãos do juiz pelo legislador, e como é sabido, com todo grande poder vem uma grande responsabilidade. Diante da fluidez semântica do conceito jurídico indeterminado e das cláusulas gerais, caberá ao juiz a exposição dos motivos concretos de sua incidência no caso concreto.

Não há, por exemplo, como se entender como fundamentada uma decisão judicial que anula arrematação apenas afirmando que o preço do lance vencedor foi vil. O juiz tem que explicar porque o preço foi considerado vil, desenvolvendo seu raciocínio com base nas circunstâncias do caso concreto.

Acredito que nesse inciso o legislador deveria ter ido um

pouco além, porque, para uma devida fundamentação, o órgão jurisdicional deve explicar o motivo de incidência do conceito jurídico indeterminado e demonstrar quais razões motivaram a sua interpretação no caso concreto[317].

3.4.4.3.4. Motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão

No inciso III do § 1.º do art. 489 do Novo CPC, há vedação à simples invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, o que busca evitar a utilização de fundamentação-padrão, que pode ser utilizada nas mais variadas situações. São pronunciamentos que na verdade mais parecem um trabalho acadêmico do que propriamente uma decisão judicial. As mais caprichadas chegam a ter várias laudas, com citações doutrinárias e jurisprudenciais, mas na realidade não passam de uma chapa pela qual qualquer pedido da natureza do elaborado pode ser decidido.

Essa forma de decidir não permite sequer que as partes tenham a segurança de que o juiz leu o pedido, porque ela simplesmente não responde a seus argumentos. Claro que não se está afirmando que em tal espécie de decisão o juiz não lê o pedido, mas mesmo que haja uma apreciação a decisão chapa impede a parte de saber as verdadeiras razões do decidir.

Ainda piores, se isso é possível, são as decisões padrões que se limitam a acolher ou rejeitar o pedido com base no preenchimento ou não dos requisitos legais para sua concessão. Não pode o juiz, por exemplo, fazer uma decisão-padrão para indeferir a tutela de urgência com base no não preenchimento dos requisitos legais sem

a demonstração de como isso se deu no caso concreto. Uma decisão proferida dessa forma é o mesmo que o juiz julgar improcedente o pedido "justificando-se" na ausência de razão do autor?!

Por outro lado, a norma ora analisada não impede a utilização de decisões padrões para a solução de processos repetitivos, não sendo racional se exigir do juiz diferentes fundamentações para decidir a exata mesma questão de direito. Mas nesse caso não há ofensa ao art. 489, § 1º, III, do Novo CPC, porque a decisão não se presta a resolver qualquer questão ou pedido, mas apenas aquele pedido e questão repetitiva[318], cabendo ao juiz apenas justificar a utilização daquela decisão padrão para o caso específico[319].

3.4.4.3.5. Fundamentação exauriente x fundamentação suficiente

Entendo que a hipótese prevista no inciso IV do § 1º do art. 489 do Novo CPC já é – ou deveria ser – realidade na vigência do CPC/1973, porque sempre que o órgão deixar de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, acarretará nulidade do julgamento. É possível, entretanto, retirar do dispositivo uma consequência prática de suma relevância: a mudança de um sistema de motivação de decisões judiciais da fundamentação suficiente para um sistema de fundamentação exauriente.

Há duas técnicas distintas de fundamentação das decisões judiciais: exauriente (ou completa) e suficiente. Na fundamentação exauriente, o juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações das partes, enquanto na fundamentação suficiente basta que enfrente e decida todas as causas de pedir do autor e todos os fundamentos de

defesa do réu. Como cada causa de pedir e cada fundamento de defesa podem ser baseados em várias alegações, na fundamentação suficiente o juiz não é obrigado a enfrentar todas elas, desde que justifique o acolhimento ou a rejeição da causa de pedir ou do fundamento de defesa.

O direito brasileiro adota a técnica da fundamentação suficiente, sendo nesse sentido a tranquila jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao afirmar que não é obrigação do juiz enfrentar todas as alegações das partes, bastando ter um motivo suficiente para fundamentar a decisão[320].

Nos termos do dispositivo, é possível concluir que a partir do advento do Novo Código de Processo Civil não bastará ao juiz enfrentar as causas de pedir e fundamentos de defesa, mas todos os argumentos que os embasam. O dispositivo legal, entretanto, deixou uma brecha ao juiz quando prevê que a exigência de enfrentamento se limita aos argumentos em tese aptos a infirmar o convencimento judicial.

Entendo que a previsão legal tem como objetivo afastar da exigência de enfrentamento os argumentos irrelevantes e impertinentes ao objeto da demanda[321], liberando o juiz de atividade valorativa inútil. Ou ainda alegação que tenha ficado prejudicada em razão de decisão de questão subordinante[322], como ocorre na hipótese de ser liberado o juiz de analisar todos os fundamentos da parte vitoriosa[323].

Nos termos do Enunciado 13 da ENFAM, o art. 489, § 1º, IV,

do Novo CPC não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios. O entendimento deve ser apoiado com uma ressalva: ainda que o juiz não esteja obrigado a rejeitar argumentos já rejeitados na formação do precedente com eficácia vinculante, deverá justificar o não enfretamento dos fundamentos das partes com base nas *ratione decidendi* do precedente obrigatório.

Temo, entretanto, que a previsão seja desvirtuada, levando o magistrado a manter o sistema atual de fundamentação suficiente, com a afirmação, de forma padronizada, de que os demais argumentos não eram capazes de influenciar, nem mesmo em tese, sua decisão. Esse risco já foi detectado por autorizada doutrina[324].

3.4.4.3.6. Aplicação de súmula ou precedente como fundamento do decidir

No inciso V do art. 489, § 1º, do Novo CPC há exigência no sentido de o órgão jurisdicional, ao fundamentar sua decisão em precedente ou enunciado de súmula, identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Nessa situação, não bastará ao órgão jurisdicional mencionar o precedente ou enunciado de súmula, devendo justificar sua aplicabilidade ao caso concreto, por meio de demonstração da correlação entre os fundamentos do entendimento consagrado e as circunstâncias do caso concreto[325].

Exatamente como se exige do juiz a interpretação do texto legal e sua aplicabilidade ao caso concreto, na aplicação de

precedentes e de súmulas cabe ao juiz interpretá-los e justificar a aplicação de suas *rationes decidendi* (fundamentos determinantes) ao caso concreto[326]. Exige-se, portanto, uma comparação analítica entre os fundamentos determinantes da súmula ou precedente e o caso sob julgamento[327].

Conforme devidamente analisado no Capítulo 56, item 56.1., os precedentes e as súmulas podem ser vinculantes ou persuasivas, não tendo tal distinção qualquer relevância para a aplicação do art. 489, § 1º, V, do Novo CPC[328]. Afinal, se o faz porque obrigatório em razão vinculante ou porque concorda com o entendimento consagrado, a aplicação da súmula ou do precedente continuar a exigir devida fundamentação.

3.4.4.3.7. Distinção (distinguishing) e superação (overruling) como fundamento para deixar de decidir com fundamento em súmula ou precedente vinculantes

No inciso VI do § 1º do art. 489 do Novo CPC há previsão de que não se considera fundamentada decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou de superação do entendimento.

Lamenta-se a utilização do termo jurisprudência ao lado de súmula e precedente, não se devendo misturar a abstração e generalidade da jurisprudência com o caráter objetivo e individualizado da súmula e do precedente. De qualquer forma, como a aplicabilidade do dispositivo legal é limitada à eficácia vinculante do julgamento ou da súmula, a remissão à jurisprudência

perde o sentido e torna-se inaplicável.

Diferente do que ocorre com o inciso antecedente, o inciso VI do § 1º do art. 489 do Novo CPC não se aplica a súmulas e precedentes meramente persuasivos[329], porque nesse caso o juiz pode simplesmente deixar de aplicá-los por discordar de seu conteúdo, não cabendo exigir-se qualquer distinção ou superação que justifique sua decisão.

Nos termos do Enunciado 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), "O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa".

Pelo que se compreende do dispositivo legal, se o juiz considerar que o processo apresenta crise jurídica apta a ser resolvida pelo enunciado de súmula ou precedente com eficácia vinculante, e que não esteja superado o entendimento consagrado, e ainda assim decidir pela não aplicação por não concordar com tal entendimento, a decisão será nula por falta de fundamentação.

Nesse caso, estar-se-á diante de verdadeira ficção jurídica, porque, se o órgão justificar seu entendimento contrário àquele consagrado no tribunal, naturalmente estará fundamentando sua decisão, ainda que tal espécie de fundamentação não seja aceita pelo dispositivo ora comentado. Trata-se de consequência da vinculação de súmulas e precedentes desrespeitadas sem a devida fundamentação nos termos do dispositivo ora analisado.

Tal eficácia vinculante, entretanto, poderá ser afastada, desde que o juiz a justifique na distinção do caso concreto com aqueles que levaram o tribunal a editar súmula ou criar precedente (*distinguishing*), o que, naturalmente, só será visível se o juiz fizer a comparação analítica entre o caso concreto e a súmula ou precedente, justificando porque o caso concreto, em razão de determinada situação, não pode ser decidido por eles. Também se admitirá o afastamento da súmula ou precedente com efeito vinculante se o entendimento neles consagrados estiver superado (*overruling*), o que também deve ser devidamente justificado pelo juiz em sua decisão.

Conclusivamente, os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do Novo CPC criam um dever do juiz, não sendo legítimo se criar um ônus para a parte onde a lei não o prevê e sequer o sugere. A identificação dos fundamentos determinantes e a demonstração da existência de distinção ou a superação do entendimento são deveres do juiz, de forma que mesmo que as partes não tenham se manifestado expressamente nesse sentido, continua a ser nula a decisão que deixa de fazê-lo[330].

3.4.4.4 Fundamentação per relationem

Entendo que as exigências de fundamentação ora analisadas são mais do que suficientes para impedir no caso concreto a utilização da técnica da fundamentação *per relationem*, atualmente admitida pelo Superior Tribunal de Justiça[331]. Trata-se de técnica de fundamentação referencial pela qual se faz expressa alusão à decisão anterior ou parecer do Ministério Público, incorporando, formalmente, tais manifestações ao ato jurisdicional. Muito comum

em julgamento de agravos internos e regimentais, nos quais o relator se limita a repetir os fundamentos da decisão monocrática e afirmar que as razões recursais não foram suficientes a derrubá-los[332].

Ocorre, entretanto, que nem mesmo o próprio legislador parece ter colocado muita fé em tal conclusão, o que se pode notar pela previsão expressa de proibição dessa técnica de fundamentação no julgamento de agravo interno interposto contra decisão monocrática do relator. Segundo o art. 1.021, § 3.º, do Novo CPC, é vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno. Questiona-se: se as novas exigências de fundamentação fossem suficientes para evitar praticamente a fundamentação *per relationem* de forma genérica, qual teria sido a razão para a preocupação do legislador em prever expressamente sua vedação para uma hipótese específica?

3.4.4.5. Colisão entre normas

Nos termos do art. 489, § 2º do Novo CPC, havendo no caso concreto uma colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. O dispositivo legal deve ser analisado com cuidado, parecendo prever mais do que deveria e do que será prudente compreender como por ele abrangido.

As normas jurídicas são divididas em regras e princípios, sendo que o impasse criado pela colisão dessas diferentes espécies

de normas tem diferentes técnicas de solução, não sendo correto em qualquer hipótese a ponderação para aplicação de qualquer espécie de norma em detrimento de outra, ainda que o juiz exponha as razões que acredita justificarem tal forma de decidir.

No conflito entre regras, existem os critérios tradicionais de solução de conflito: hierarquia (norma superior prevalece ante a inferior); cronológica (norma posterior revoga a anterior); especialidade (norma especial prefere à norma geral). Nesse caso também se nota na doutrina e na jurisprudência a aplicação do diálogo das fontes, por meio do qual se ponderam as fontes heterogêneas das regras, conferindo preferência às normas mais benéficas à tutela do direito[333].

A solução do conflito entre a regra e o princípio é extremamente sensível e difícil. Não tenho dúvida de que a regra deva prevalecer, porque em caso contrário qualquer juiz poderá deixar de aplicar uma regra com base em fundamentação principiológica, o que não parece ser legítimo dentro de um Estado Democrático de Direito. Por outro lado, é impossível aplicar determinadas regras sem violação clara a princípios constitucionais, não sendo legítimo nesse caso defender-se pura e simplesmente a aplicação da regra no caso concreto.

Um exemplo é suficiente: o art. 300, § 3º do Novo CPC, prevê que a tutela de urgência não deve ser concedida se houver perigo de irreversibilidade fática. Trata-se de regra que já existia no diploma legal revogado (art. 273, § 2º do CPC/1973) e que já vinha desde aquela época sendo excepcionada pelos tribunais quando pudesse

levar ao sacrifício definitivo de um direito evidente, ainda mais no caso de ser tal direito indisponível[334]. E nada indica que no Novo Código de Processo Civil haverá solução diversa[335].

Quando à mesma situação puderem ser aplicados diferentes princípios, sendo que a aplicação de cada um deles levaria a solução diversa, caberá ao juiz optar por um em detrimento do outro, de forma que em juízo de ponderação deverá decidir qual dos princípios deverá incidir no caso concreto. Para tanto deverá se orientar pelos valores que inspiram o princípio e justificar a aplicação de um deles em detrimento do outro, como, inclusive, já vem fazendo atualmente os tribunais superiores, já tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido que a situação de tensão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação, fundamentada e racional, entre os valores conflitantes[336].

O art. 489, § 2º, do Novo CPC, ao prever expressamente a técnica da ponderação para a solução de colisão de normas, deve ser aplicado a essa espécie de conflitos de princípios[337], quando o juiz no caso concreto não revoga um deles para aplicar o outro, mas que mantendo seu convívio prioriza um em detrimento de outro. Não quero com isso dizer que nos demais conflitos de normas não se exija do juiz a exposição dos critérios que utilizou para chegar a solução, mas que nesse caso não será a ponderação o critério a ser observado.

3.4.5. ISONOMIA

A regra de que a lei deve tratar todos de forma igual (art. 5.º, *caput* e inciso I, da CF) aplica-se também ao processo, devendo tanto a legislação como o juiz no caso concreto garantir às partes uma "paridade de armas" (art. 139, I, do Novo CPC), como forma de manter equilibrada a disputa judicial entre elas. A isonomia no tratamento processual das partes é forma, inclusive, do juiz demonstrar a sua imparcialidade, porque demonstra que não há favorecimento em favor de qualquer uma delas. O prazo para as contrarrazões nos recursos é sempre igual ao prazo dos recursos; ambas as partes têm direito a todos os meios de provas e serão intimadas para participar da audiência, na qual poderão igualmente participar, etc.

O princípio da isonomia, entretanto, não pode se esgotar num aspecto formal, pelo qual basta tratar todos igualmente que estará garantida a igualdade das partes, porque essa forma de ver o fenômeno está fundada na incorreta premissa de que todos sejam iguais. É natural que, havendo uma igualdade entre as partes, o tratamento também deva ser igual, mas a isonomia entre sujeitos desiguais só pode ser atingida por meio de um tratamento também desigual, na medida dessa desigualdade. O objetivo primordial na isonomia é permitir que concretamente as partes atuem no processo, dentro do limite do possível, no mesmo patamar. Por isso, alguns sujeitos, seja pela sua qualidade, seja pela natureza do direito que discutem em juízo, têm algumas prerrogativas que diferenciam seu tratamento processual dos demais sujeitos, como forma de equilibrar a disputa processual.

Apesar de concordar com o tratamento diferenciado dispensado às partes também distintas, entendia temerária a regra constante no art. 7.º do projeto de lei original do Novo CPC. Segundo o dispositivo legal, o juiz asseguraria às partes a paridade de tratamento no processo, devendo velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica. Ao ler o projeto aprovado originariamente no Senado, me perguntei: seria possível ao juiz dar prazos distintos às partes para se manifestarem sobre um mesmo ato, sem previsão legal expressa de prazo diferenciado? Seria possível ao juiz determinar o recolhimento de preparo por uma parte para evitar a deserção de recurso e recusá-lo à outra, em razão da hipossuficiência técnica? Seria possível afastar a preclusão consumativa para uma parte e mantê-la para a outra, justificando o juiz tal postura na diferença técnica entre elas? O número máximo de testemunhas poderia ser diferente, considerando que a parte tecnicamente hipossuficiente poderia ter maior dificuldade na inquirição? Todas as perguntas elaboradas deveriam ser respondidas negativamente, pois não se obtém a isonomia real por meio da discricionariedade judicial. Seria mais adequado aos princípios da segurança jurídica, e mesmo da isonomia, se o dispositivo legal apenas mencionasse que a paridade de tratamento dependeria de tratamento diferenciado, quando necessário, nos termos da lei. E foi exatamente o que ocorreu, sendo essa a atual redação do dispositivo: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

O beneficiário da assistência judiciária é tratado de forma

diferente daquele que não é pobre na acepção jurídica do termo no tocante ao pagamento das custas processuais, porque naturalmente essa é a única forma de equilibrar a situação desses dois sujeitos no processo. Do mesmo modo, algumas hipóteses de hipossuficiência justificam um tratamento diferenciado, como ocorre na proteção do consumidor em juízo, sendo legítimo que o juiz facilite a defesa de seu interesse no processo, conforme expressa previsão do art. 6.º, VIII, do CDC, ou ainda com o incapaz, que terá direito a representante processual, presença do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (art. 178, II, do Novo CPC) e não operará com relação a ele o efeito da presunção de veracidade na revelia (art. 345, II, do Novo CPC). É correto que tenham prazo em dobro os litisconsortes com patronos diferentes de diferentes sociedades de advogados (art. 229 do Novo CPC), em razão da notável dificuldade de acesso aos autos nesses casos. Algumas espécies de hipossuficiência justificam que determinados sujeitos tenham a prerrogativa de litigarem no foro de seu domicílio, como ocorre com o consumidor (art. 101, I, do CDC).

Em termos de tratamento processual diferenciado ninguém supera a Fazenda Pública, sendo interessante notar que os autores que não concordam com o tratamento diferenciado mencionam *privilégios*[338] da Fazenda Pública, enquanto aqueles que defendem a diferenciação preferem falar em *prerrogativas*[339]. São diversos indicativos desse tratamento diferenciado:

(a) o prazo em dobro para se manifestar no processo (para qualquer ato processual), salvo quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público (art. 183, *caput* e § 2º, do Novo CPC);

(b) isenção de adiantamento no recolhimento do preparo e demais custas judiciais;

(c) dispensa da caução prévia para a propositura da ação rescisória (art. 968, § 1º do Novo CPC);

(d) possibilidade de ser condenado a pagar honorários em valor inferior a 10% sobre o valor da condenação (art. 85, § 3.º, do Novo CPC)[340];

(e) intimação pessoal dos procuradores e advogados da União (art. 6.º da Lei 9.028/1995) e dos procuradores federais e do Banco Central do Brasil (art. 17 da Lei 10.910/2004), regra abandonada pelo art. 9.º da Lei 11.419/2006 (processo eletrônico) e pelo art. 8.º, § 1.º, da Lei 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais);

(f) reexame necessário nos termos do art. 496 do Novo CPC.

(g) pedido de suspensão de segurança (art. 15 da Lei 12.016/2009);

(h) proibição de tutela de urgência – liminar em mandado de segurança e tutela antecipada (art. 7.º, §§ 2.º e 5.º, da Lei 12.016/2009);

(i) proibição de concessão de tutela de urgência *inaudita altera parte* em mandado de segurança coletivo e ação civil pública em virtude da necessidade de oitiva prévia da pessoa jurídica de direito público em 72 horas (art. 2.º da Lei 8.437/1992).

Para os defensores desse tratamento processual diferenciado, o legislador está tão somente aplicando a tese da isonomia real, sem nenhum benefício injustificado em favor da Fazenda Pública. São fundamentalmente dois os argumentos: as dificuldades na atividade jurisdicional em razão de problemas estruturais conjugados ao colossal volume de trabalho e a natureza do direito defendido em juízo, que é um direito da coletividade, a todos sendo interessantes essas prerrogativas para que a Fazenda Pública bem desempenhe sua atuação no processo[341]. Os críticos não entendem justificável o tratamento diferenciado, chegando a se considerar a Fazenda Pública como uma superparte no processo, que tudo pode e contra ela nada se pode, em nítida e indesejável ofensa ao princípio da isonomia[342].

3.4.6. PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

Segundo a melhor doutrina, a publicidade dos atos processuais é a forma mais eficaz de controle do comportamento no processo do juiz, dos advogados, do promotor, e até mesmo das partes. Ao admitir a publicidade dos atos, facultando a presença de qualquer um do povo numa audiência, o acesso aos autos do processo a qualquer pessoa que, por qualquer razão queria conhecer seu teor, bem como a leitura do diário oficial (em alguns casos até o acesso à internet), garante-se a aplicação do princípio.

A garantia dessa publicidade popular encontra-se consagrada na Constituição Federal pátria, no art. 93, IX e X[343]. No processo, a publicidade é, ao menos em regra, geral (qualquer sujeito tem acesso aos atos processuais) e imediata (facultada a presença de qualquer sujeito no momento da prática do ato processual). Daí por que qualquer sujeito, ainda que absolutamente desinteressado na demanda, pode assistir a uma audiência, a uma sessão de julgamento no tribunal ou analisar os autos do processo em cartório. No tocante aos julgamentos, poderá até assisti-los ao vivo pela TV Justiça a depender da repercussão do processo.

Diante dessa realidade tenho sérias restrições à limitação de acesso amplo aos autos virtuais a advogados devidamente cadastrados no Tribunal, ainda que não vinculados ao processo. Tal medida limita o acesso do público em geral aos atos processuais e viola a ideia de publicidade geral que deve reger o processo.

Ocorre, entretanto, que a publicidade ampla e irrestrita pode ser consideravelmente danosa a alguns valores essenciais também

garantidos pelo texto constitucional, de forma que o art. 5.º, LX, da CF permite a restrição da publicidade dos atos processuais quando assim exigirem a intimidade e o interesse social. Também no art. 189 do Novo CPC existe norma expressa que restringe a publicidade, sendo o dispositivo ainda mais específico – mas não excludente – que o texto constitucional. Só lamenta-se a utilização no *caput* do dispositivo legal do termo "segredo de justiça", já arraigada na praxe forense. É evidente que nenhum processo corre em "segredo de justiça", porque isso equivaleria à não aplicação do princípio da publicidade, sendo que a lei nesses casos somente mitiga a publicidade, restringindo-a às partes e a seus patronos. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que sendo juntados aos autos documentos submetidos a sigilo o processo deve seguir em segredo de justiça, não sendo correta a criação de autos em apenso com os documentos sigilosos enquanto continue com livre acesso os autos principais[344].

No primeiro inciso do art. 189 do Novo CPC estão previstos o interesse público ou o social como causas da mitigação da publicidade. Sempre entendi que o interesse social previsto no art. 5.º, LX, da CF é, na realidade, interesse público, mas o legislador, em vez de substituir um termo por outro, quem sabe pensando numa compatibilidade com o texto constitucional, incluiu essas duas formas de interesses como motivo para restringir a publicidade dos atos processuais. De qualquer forma, trata-se de interesse transindividual, ou seja, que transpõe o interesse das partes no processo[345].

No inciso II vem o rol meramente exemplificativo de

processos que seguem com publicidade mitigada, inclusive com a reinclusão da separação, que havia sido retirada nos textos originários do projeto. Assim, permanecem em “segredo de justiça” os processos que versarem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes.

O art. 189 do Novo CPC prevê mais duas hipóteses de “segredo de justiça”: em seu inciso III, a de processos nos quais constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade, consagrando no diploma processual a regra constitucional; e no inciso IV, a de processos que dizem respeito a arbitragem, inclusive sobre o cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Segundo o parágrafo único do art. 11 do Novo CPC, nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada, nos julgamentos, somente a presença das partes, de seus advogados ou defensores públicos, ou ainda, quando for o caso, do Ministério Público.

O parágrafo único do dispositivo ora analisado é vítima do equívoco de seu *caput*, que indevidamente limita aos julgamentos o princípio da publicidade. Na realidade, mesmo tramitando em “segredo de justiça”, as partes, seus advogados ou defensores públicos e, quando for o caso, o Ministério Público, terão acesso a todos os atos do processo, e não só aos julgamentos.

Ainda que sem consequências práticas significativas, o art. 11, *caput*, do Novo CPC prevê regra muito tímida a respeito da

publicidade dos atos processuais, que nem de longe traduz toda a dimensão da exigência constitucional. Consta do dispositivo legal que todos os julgamentos dos órgãos jurisdicionais serão públicos, sob pena de nulidade. E os outros atos processuais que não constituem em julgamento não serão, ao menos em regra, públicos? O acesso aos autos não deve ser regido pelo princípio da publicidade? E as audiências nas quais não se proferem julgamentos? Seria mais correto o dispositivo legal ora analisado referir-se a “atos processuais” no lugar de “julgamentos”.

É importante notar que a exigência de interesse público que pode levar o juiz a limitar a publicidade no caso concreto pode se referir aos sujeitos processuais ou ao objeto da demanda, sendo nesses casos a limitação estendida para todos os atos processuais. Em outros casos, é possível que, por uma questão pragmática, se façam certas limitações à publicidade em razão de dificuldades operacionais, com nítido prejuízo ao processo se admitida a publicidade ampla. Cito a falência de uma enorme rede varejista em São Paulo, quando o juiz determinou que somente em um dia da semana as centenas de advogados dos credores poderiam acessar os autos, de forma a manter o cartório em regular andamento nos demais dias da semana, regra excepcionada em situações de urgência. A proibição da presença da imprensa sempre que houver prejuízo ao andamento do ato processual também é justificável. Ou, ainda, quando o juiz que determina a retirada da sala de audiência de alguns estagiários em razão da superlotação. Nada disso, naturalmente, fere o princípio constitucional da publicidade dos atos processuais.

Em interessante inovação, no projeto de lei aprovado na Câmara havia dispositivo legal que previa que o juiz ou relator desse publicidade ao comparecimento informal, perante ele, de qualquer das partes ou de seus representantes judiciais, ordenando o imediato registro nos autos mediante termo, do qual constarão o dia, o horário da ocorrência e os nomes de todas as pessoas que se fizeram presentes.

Não era só a presença das partes e de seus patronos que seria documentada, prevendo o § 2.º do dispositivo ora comentado que o mesmo também ocorresse nos casos de comparecimento informal de membro do Ministério Público e de agentes da administração pública.

Segundo o dispositivo, os encontros entre juiz, parte, advogados, membros do Ministério Público e agentes da administração pública somente poderiam ocorrer na sede do juiz ou tribunal, salvo quando, excepcionalmente, o ato pudesse ser praticado em outro lugar em razão de deferência, de interesse da justiça, da natureza do ato ou de obstáculo arguido pelo interessado e acolhido pelo juiz.

A inovação era indiscutivelmente um avanço, mas ainda insuficiente para fins de controle desses encontros pela parte contrária e por seu advogado. Afinal, ainda que passasse a saber que o encontro ocorreu, seria impossível saber o conteúdo da conversa mantida pelo magistrado com a parte ou o advogado. Um avanço definitivo seria a exigência de que o conteúdo do encontro fosse de alguma forma documentado por meio de gravação ou outro modo de captura de imagem e som.

De qualquer modo, já era um avanço em termos de transparência na relação entre os magistrados e os advogados e partes. No texto final do Novo CPC aprovado pelo Senado, entretanto, a regra foi suprimida, de forma que voltamos à estaca zero quanto ao tema. Ou seja, tudo continuará a ser como é hoje, com encontros não documentados. Quem sabe no próximo Código de Processo Civil...

Tudo fica ainda mais triste quando se lê na Emenda 2.3.2.68 do Parecer Final 956 do Senado as razões da supressão da regra no texto final do Novo CPC: “A obrigatoriedade do registro em termo próprio do comparecimento informal da parte ou de seus representantes esbarra no intuito simplificador das rotinas processuais indicado como uma das premissas do Projeto do Senado. A Proposta da Câmara é vaga, sem deixar claro o que viria a ser ‘comparecimento informal’. O despacho com os julgadores pelos advogados de qualquer uma das partes constitui prerrogativa assegurada pelo Estatuto da Advocacia. Além do mais, não há impedimento para que o julgador, entendendo necessário, marque dia e hora para o despacho conjunto, com a apresentação das razões pelos advogados de todas as partes, como hoje já ocorre em algumas ocasiões”.

3.4.7. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

O princípio da economia processual deve ser analisado sob duas diferentes óticas. Do ponto de vista sistêmico o objetivo do princípio da economia processual é obter menos atividade judicial e mais resultados. E para tanto deve se pensar em mecanismos para evitar a multiplicidade dos processos e, quando isso concretamente

não ocorrer, diminuir a prática de atos processuais, evitando-se sua inútil repetição. Quanto à missão de evitar a multiplicidade de processos não resta nenhuma dúvida de que as ações coletivas, ao evitarem a fragmentação do direito em inúmeras demandas individuais, contribuem significativamente para a economia processual no sentido ora analisado[346].

A permissão da formação do litisconsórcio, ainda que vetado o litisconsórcio multitudinário (art. 113, § 1º, do Novo CPC), também atua nesse sentido de evitar mais demandas para se atingir o mesmo resultado, o mesmo ocorrendo com as intervenções de terceiro[347] e a reconvenção.

Destaque-se que o aumento da eficácia vinculante dos entendimentos consagrados nos tribunais superiores, devidamente comentado no Capítulo 56, também pode dissuadir partes a ingressarem com processos já cientes de seu insucesso. Tratar-se-ia de um efeito pedagógico (escopo educacional da jurisdição) que, entretanto, precisa, para ser gerado, contar com a amplitude de uma mudança de cultura dos litigantes e de seus advogados.

No segundo aspecto levantado, há no sistema processual alguns institutos processuais que evitam a repetição de atos processuais, o que numa análise macroscópica do princípio são extremamente importantes, tais como a reunião de ações perante o juízo prevento em razão de conexão ou continência[348], a suspensão por prejudicialidade externa, a prova emprestada, o julgamento por amostragem dos recursos especiais e extraordinários repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Apesar de o processo coletivo ser mais comumente associado à economia processual pelo aspecto de evitar a propositura de inúmeras ações individuais, a verdade é que a falta de cultura do processo coletivo entre os operadores do Direito não gerou a consequência desejada. Antes, eram inúmeras ações individuais; agora, são inúmeras ações individuais e algumas coletivas. Diante de tal cenário, se não é possível evitar a multiplicidade de ações individuais, ao menos que se obtenha economia processual evitando-se a repetição de atos processuais. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao determinar a obrigatória suspensão dos processos individuais em razão de processo coletivo em trâmite, mesmo que o art. 104, CDC, preveja a possibilidade de o autor continuar com seu processo, caso essa seja sua vontade ("*right to opt out*")[349].

É evidente que, pensado o princípio equivocadamente de forma microscópica, voltada somente para o caso concreto, uma intervenção de terceiro ou uma reconvenção, ao tornar a demanda mais complexa, em termos objetivos, subjetivos ou ambos, atrasa a entrega da prestação jurisdicional naquela demanda. Numa análise "egoísta", que levará em conta somente o caso concreto, poderia até se concluir que esses institutos processuais ferem o princípio da economia processual, o que evidentemente não se sustenta.

Por outro lado, o princípio da economia, quando analisado sob a ótica microscópica, também pode ser entendido como a tentativa de ser o processo o mais barato possível, gerando o menor valor de gastos. Nesses termos, de essencial importância o benefício da assistência judiciária, que garante constitucionalmente o acesso ao

processo àqueles que não têm condições econômicas de enfrentar um processo. Também de extrema relevância os Juizados Especiais, com sua regra geral de gratuidade, pelo menos até a prolação da sentença (art. 54, *caput* e parágrafo único, da Lei 9.099/1995). Mas, mesmo para aqueles que não podem ser considerados pobres, na acepção jurídica do termo, o processo também deve ser barato, o que se obtém com a diminuição dos valores das custas judiciais e a utilização de órgãos públicos para a realização da prova pericial.

Ainda que não se possa negar que tais medidas tornam o processo mais barato, essa realidade beneficia tão somente as partes, o que naturalmente onera o Estado, já que os custos com o processo terão necessariamente que ser pagos. Dessa forma, a única medida que gera uma economia processual a todos os participantes do processo é o oferecimento de um processo mais rápido, porque a experiência mostra que, quanto mais demorado o processo, mais oneroso ele se torna[350].

3.4.8. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Sempre que o ato processual tenha uma forma prevista em lei, deve ser praticado segundo a formalidade legal, sob pena de nulidade. Todo ato processual tem uma finalidade jurídico-processual, um resultado a ser atingido e, atingida essa finalidade, serão gerados os efeitos jurídicos programados pela lei, desde que o ato tenha sido praticado em respeito à forma legal. Nesse sentido, a forma legal do ato proporciona segurança jurídica às partes, que sabem de antemão que, praticando o ato na forma que determina a lei, conseguirão os efeitos legais programados para aquele ato

processual.

Sempre que a forma legal não é respeitada, há uma consequência processual: o efeito jurídico programado pela lei não é gerado. Essa consequência processual – que para parcela doutrinária é uma sanção – representa a nulidade. Ato viciado é aquele praticado em desrespeito às formas legais, enquanto a nulidade é a sua consequência sancionatória, que não permite ao ato gerar os efeitos programados em lei. O princípio da instrumentalidade das formas busca aproveitar o ato viciado, permitindo-se a geração de seus efeitos, ainda que se reconheça a existência do desrespeito à forma legal.

Pelo princípio da instrumentalidade das formas, ainda que a formalidade para a prática de ato processual seja importante em termos de segurança jurídica, visto que garante à parte que a respeita a geração dos efeitos programados por lei, não é conveniente considerar o ato nulo somente porque praticado em desconformidade com a forma legal. O essencial é verificar se o desrespeito à forma legal para a prática do ato afastou-o de sua finalidade, além de verificar se o descompasso entre o ato como foi praticado e como deveria ser praticado segundo a forma legal causou algum prejuízo. Não havendo prejuízo para a parte contrária, tampouco ao próprio processo, e percebendo-se que o ato atingiu sua finalidade, é excessivo e indesejável apego ao formalismo declarar o ato nulo, impedindo a geração dos efeitos jurídico-processuais programados pela lei[351]. Fundamentalmente, esse aproveitamento do ato viciado, com as exigências descritas, representa o princípio da instrumentalidade das formas, que

naturalmente tem ligação estreita com o princípio da economia processual.

Registre-se que a aplicação do princípio ora analisado independe da natureza da nulidade, alcançando tanto as relativas quanto as absolutas. Exemplo significativo de seu alcance é dado em processos nos quais o Ministério Público deveria participar como fiscal da lei, mas deixa de participar. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado que sem a prova de efetivo prejuízo decorrente da ausência do *parquet* não haverá nulidade a ser declarada[352].

> Aline ingressa com demanda contra Felipe, mas, pelo fato de conhecer a reputação de Felipe, pede a sua citação por oficial de justiça, acreditando que o carteiro não conseguirá realizar o ato citatório. Segundo o art. 247, V, do Novo CPC, sempre que o autor justificadamente pedir a citação por oficial de justiça, será essa a forma legal para o ato citatório. O juiz, entretanto, determina a citação por correio, o que nitidamente não é a forma legal adequada para aquele caso concreto. Apesar das impressões de Aline, Felipe é devidamente citado por carta com aviso de recebimento, sendo evidente que essa citação, apesar de não ter sido realizada pela forma legal adequada para o caso concreto, não será nula, porque a finalidade do ato (integrar o réu ao processo e dar ciência a ele da existência do processo) foi atingida e também porque não houve prejuízo algum[353]. Nesse mesmo processo Felipe alega a incompetência relativa do juízo como preliminar da contestação, em ato obviamente viciado, porque a forma legal para a alegação dessa espécie de matéria é a exceção ritual. Ocorre, entretanto, que a finalidade do ato – que é demonstrar ao juiz a insatisfação do réu com a escolha do foro pelo autor – foi atingida, não sendo possível visualizar algum prejuízo nesse caso. Apesar de viciado, pela aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, o ato deve ser aproveitado.

Há pelo menos três dispositivos legais no Novo Código de Processo Civil que tratam genericamente do princípio da instrumentalidade das formas. Os arts. 188 e 277 contêm a mesma regra, prevendo que serão considerados válidos os atos que, realizados de outro modo que não a forma determinada em lei, lhe preencham a finalidade essencial. Tenho dúvidas a respeito da qualidade técnica do dispositivo legal, porque, como já tive a oportunidade de defender, no princípio da instrumentalidade das formas não se convalida o vício, apenas admite-se que o ato viciado gere normalmente os efeitos previstos em lei, como se válido fosse. Nos termos dos dispositivos mencionados, o ato viciado tornar-se-ia válido apenas para se permitir a geração de seus efeitos, o que parece tecnicamente inadequado e praticamente desnecessário. Bastaria ao legislador reconhecer que, não havendo prejuízo e atingindo sua finalidade, o ato, mesmo que viciado, geraria normalmente seus efeitos. A ausência de prejuízo, inclusive, vem disposta no art. 283, parágrafo único, do Novo CPC, que prevê o aproveitamento de ato viciado desde que não resulte em prejuízo à defesa de qualquer parte. Teria ficado mais completo o dispositivo legal se tivesse também mencionado a inexistência de prejuízo ao processo.

Ainda que represente uma omissão sem repercussão prática, entendo que a partir do momento em que o legislador consagra uma série de princípios processuais nos artigos iniciais do Novo Código de Processo Civil poderia ter reservado um dispositivo para o princípio ora analisado. Algo como “atos viciados que cumpram seu objetivo e não prejudiquem a parte contrária nem o processo geram normalmente os efeitos programados por lei”.

3.4.9. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Com a Emenda Constitucional 45/2004, o direito a um processo sem dilações indevidas foi expressamente alçado à qualidade de direito fundamental, ainda que para parcela da doutrina o art. 5.º, LXXVIII, da CF só tenha vindo a consagrar realidade plenamente identificável no princípio do devido processo legal[354]. A expressa previsão constitucional, que trata do tema como o direito à "razoável duração do processo", deve ser saudada, ainda que com reservas, porque atualmente não resta dúvida quanto à condição de garantia fundamental do direito a um processo sem dilações indevidas.

O princípio da duração razoável do processo, consagrada no art. 5.º, LXXVIII, da CF, encontra-se previsto no art. 4.º do Novo CPC. Segundo o dispositivo legal, as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do processo, incluída a atividade satisfativa. A novidade com relação ao dispositivo constitucional é a inclusão expressa da atividade executiva entre aquelas a merecerem a duração razoável. Reza o ditado popular que aquilo que abunda não prejudica, mas é extremamente duvidoso que, mesmo diante da omissão legal, a execução não seja incluída no ideal de duração razoável do processo.

É notório que o processo brasileiro – e nisso ele está acompanhado de vários outros países ricos e pobres – demora muito, o que não só sacrifica o direito das partes, como enfraquece politicamente o Estado. Há tentativas constantes de modificação legislativa infraconstitucional, como se pode notar por todas as

reformas por que passou nosso Código de Processo Civil, que em sua maioria foram feitas com o ideal de prestigiar a celeridade processual. O próprio art. 5.º, LXXVIII, da CF aponta que a razoável duração do processo será obtida com os meios que admitam a celeridade de sua tramitação.

Deve ser lembrado que a celeridade nem sempre é possível, como também nem sempre é saudável para a qualidade da prestação jurisdicional. Não se deve confundir duração razoável do processo com celeridade do procedimento[355]. O legislador não pode sacrificar direitos fundamentais das partes visando somente a obtenção de celeridade processual, sob pena de criar situações ilegais e extremamente injustas[356]. É natural que a excessiva demora gere um sentimento de frustração em todos os que trabalham com o processo civil, fazendo com que o valor celeridade tenha atualmente posição de destaque. Essa preocupação com a demora excessiva do processo é excelente, desde que se note que, a depender do caso concreto, a celeridade prejudicará direitos fundamentais das partes, bem como poderá sacrificar a qualidade do resultado da prestação jurisdicional. Demandas mais complexas exigem mais atividades dos advogados, mais estudo dos juízes e, bem por isso, tendem naturalmente a ser mais demoradas, sem que com isso se possa imaginar ofensa ao princípio constitucional ora analisado[357].

Por outro lado, a doutrina especializada no tema defende corretamente que, além da complexidade da demanda, o comportamento dos litigantes é essencial para a verificação da dilação indevida do processo, não se podendo apontar ofensa ao

princípio ora analisado por atrasos imputados à atuação dolosa das partes[358]. Caberá ao juiz punir severamente tal comportamento, sob pena de compactuar, com a sua omissão, para a dilação indevida do processo. Mas a má-fé é uma anomalia que não deve ser considerada para fins de determinação de tempo justo do processo. Que fique claro: é óbvio que a má-fé pode atrasar o processo, mas o princípio ora analisado deve ser respeitado mesmo quando as partes atuam de boa-fé, e sendo essa atuação intensa e frequente, naturalmente, o processo deverá demorar mais.

Mais recentemente a Corte Europeia de Direitos Humanos passou a adotar mais um interessante critério na definição do tempo razoável do processo, em jurisprudência que pode ser aplicada ao direito brasileiro. Trata-se da relevância do direito posto em juízo para a vida da parte prejudicada pela excessiva demora do processo[359]. É claro que uma demora no processo afeta de maneira mais séria e profunda uma parte presa injustamente do que uma parte que espera a satisfação de um direito de crédito, devendo tal aspecto também ser considerado na definição do que seja no caso concreto uma duração razoável do processo.

E o que ocorre se um processo não tramitar num tempo razoável? Não tenho dúvida de que nesse caso o Estado tem responsabilidade pelo ressarcimento dos danos experimentados pela parte[360].

Os processualistas fazem o que podem sugerindo modificações na lei processual – nem todas de qualidade, diga-se de passagem – e o processo continua moroso. Não se querendo desprezar esse

trabalho exaustivo daqueles que pensam em inovações para a melhora da qualidade da prestação jurisdicional, em especial no tocante à celeridade, será mesmo procedimental nosso problema? Será mesmo que nosso Código de Processo Civil é o grande responsável pela demora excessiva na duração dos processos?

Enquanto o Estado brasileiro, por meio do Poder Executivo e seu lacaio, o Poder Legislativo, continuarem a ver o Poder Judiciário como um estorvo, este Poder não terá condições materiais para enfrentar o cada vez maior número de processos. O que falta é dinheiro, estrutura e organização profissional, temas estranhos ao processo civil[361]. Sem isso, continuará somente como promessa vazia o direito a um processo com duração razoável. Triste é constatar que o Estado brasileiro, em especial o Poder Executivo, não deseja um Poder Judiciário ágil e eficaz, porque, sendo um dos clientes preferenciais do Poder Judiciário, em regra como demandado, para o Poder Executivo quanto mais tempo demorar o processo melhor será, afinal, o governante de plantão provavelmente não mais estará no cargo ao final do processo; logo, o problema já não será mais dele. Enquanto nossos governantes tiverem essa tacanha e imediatista visão, dificilmente as coisas melhorarão em termos de celeridade processual, apesar do esforço elogiável dos responsáveis pelas constantes mudanças procedimentais do processo civil.

De qualquer forma, é inegável o esforço do legislador em criar institutos processuais voltados a um processo mais rápido:

(a) julgamento antecipado do mérito (art. 355 do Novo CPC);

(b) procedimento sumaríssimo (Lei 9.099/1995);

(c) procedimento monitório (arts. 700 a 702 do Novo CPC);

(d) julgamento de improcedência liminar (art. 332 do Novo CPC);

(e) julgamentos monocráticos do relator (art. 932 do Novo CPC);

(f) prova emprestada (art. 372 do Novo CPC);

(g) processo sincrético;

(h) incentivo à prática de atos processuais pelo meio eletrônico (arts. 170; 171; 183, § 1º; 194, 205, § 3º; 228, § 2º; 232; 235, § 1º; 246, V; 263; 270; 334, § 7º; 513, § 2º, III, 837; 854, §§ 6º e 9º; 876, § 1º, III; 879, II; 880, § 3º; 892; 915, § 4º; 945; 979; 1.019, III; 1.038, § 1º, todos do Novo CPC);

(i) repressão à chicana processual (art. 77, § 2º, do Novo CPC);

(j) julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (arts. 1.036 a 1.041 do Novo CPC).

(l) incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987 do Novo CPC);

(m) previsão expressa da tutela da evidência (art. 311 do Novo CPC);

(n) aumento da eficácia vinculante de precedentes e súmulas (art. 927 do Novo CPC).

3.4.10. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

No art. 6.º do Novo CPC consagra-se o princípio da cooperação, passando a exigir expressa previsão legal para que todos os sujeitos do processo cooperem entre si para que se obtenha a solução do processo com efetividade e em tempo razoável. Como o dispositivo prevê a cooperação como dever, é natural que o desrespeito gere alguma espécie de sanção, mas não há qualquer previsão nesse sentido no dispositivo ora analisado.

Aspecto interessante é a indicação expressa de que a cooperação entre as partes é voltada para a obtenção de uma decisão de mérito justa, efetiva e proferida em tempo razoável. Positivamente, tem-se a consagração legal de que a decisão de

mérito – decisão típica do processo – deve ser o objetivo das partes e do juízo. Negativamente, a inexplicável ausência de tal princípio para a atividade executiva, pois no cumprimento de sentença a execução ocorre depois da sentença de mérito, e no processo de execução não existe sentença de mérito, salvo em situações excepcionais de acolhimento de defesas incidentais de mérito.

Seja como for, tratando-se de princípio que independe de expressa previsão legal, a redação aparentemente limitadora do dispositivo ora analisado não é suficiente para afastar o princípio da cooperação de toda atividade jurisdicional, inclusive a executiva. Superada a incongruência do texto legal em excluir – ou apenas tentar – a execução do alcance do princípio da cooperação, o seu conteúdo não merece elogios.

Pela redação do art. 6º do Novo CPC todos os sujeitos processuais devem colaborar entre si, o que, ao menos em tese, envolveria a colaboração das partes com o juiz, do juiz com as partes e das partes entre si.

A colaboração das partes com o juiz vem naturalmente de sua participação no processo, levando aos autos alegações e provas que auxiliarão o juiz na formação de seu convencimento. Quanto mais ativa a parte na defesa de seus interesses mais colaborará com o juiz, desde que, é claro, atue com a boa-fé exigida pelo art. 5º do Novo CPC.

Há doutrina que aponta justamente a boa-fé na conduta processual como um dos aspectos do princípio da cooperação.

A colaboração do juiz com as partes exige do juiz uma participação mais efetiva, entrosando-se com as partes de forma que o resultado do processo seja o resultado dessa atuação conjunta de todos os sujeitos processuais. O juiz passa a ser um integrante do debate que se estabelece na demanda, prestigiando esse debate entre todos, com a ideia central de que, quanto mais cooperação houver entre os sujeitos processuais, a qualidade da prestação jurisdicional será melhor[362].

A doutrina nacional, que já enfrentou o tema, divisa fundamentalmente três vertentes desse princípio da cooperação, entendidas como verdadeiros deveres do juiz na condução do processo[363]:

(i) dever de esclarecimento, consubstanciado na atividade do juiz de requerer às partes esclarecimentos sobre suas alegações e pedidos, o que naturalmente evita a decretação de nulidades e a equivocada interpretação do juiz a respeito de uma conduta assumida pela parte;

(ii) dever de consultar, exigindo que o juiz sempre consulte as partes antes de proferir decisão, em tema já tratado quanto ao conhecimento de matérias e questões de ofício;

(iii) dever de prevenir, apontando às partes eventuais deficiências e permitindo suas devidas correções, evitando-se assim a declaração de nulidade, dando-se ênfase ao processo como genuíno mecanismo técnico de proteção de direito material.

A terceira relação de cooperação sugerida pelo art. 6º do Novo CPC é mais complexa. Teriam realmente as partes o dever de cooperarem entre si para a obtenção de decisão de mérito justa e efetiva?

Não se pode esquecer que as partes estarão no processo

naturalmente em posições antagônicas, sendo difícil crer que uma colabore com a outra tendo como resultado a contrariedade de seus interesses[364].

Nas palavras da melhor doutrina, “não se trata da aplicação da cooperação/colaboração das partes entre si e com o juiz, proposta há muito defendida por correntes doutrinárias estrangeiras, que ainda partem da premissa estatalista (socializadora) de subserviência das partes em relação a um juiz visto como figura prevalecente. Nem mesmo de uma visão romântica que induziria a crença de que as pessoas no processo querem, por vínculos de solidariedade, chegar ao resultado mais correto para o ordenamento jurídico. Essa utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz dar vazão à sua pesada carga de trabalho”[365].

Seguir a tendência de legislações estrangeiras, em especial a alemã, na propositura de um sistema comparticipativo/cooperativo é benéfico ao processo porque, centrando-se em deveres do juiz, permite uma participação mais ativa das partes na condução do processo e aumenta as chances de influenciarem de maneira efetiva na formação do convencimento judicial. Sob esse ponto de vista, é salutar falar em princípio cooperativo e o art. 6.º do Novo CPC deve ser saudado.

Por outro lado, interpretar o dispositivo legal como previsão que exige das partes uma cooperação entre si, outorgando-lhes um dever que contraria seus próprios interesses defendidos em juízo, é utopia e tornará o dispositivo morto.

Por mais forte que seja a afirmação, entendo equivocada a frase estampada tempos atrás em adesivo distribuído pela Ordem de Advogados do Brasil aos advogados paulistas: “Sem advogado não se faz justiça”. Entendo que os advogados não devem procurar justiça, mas defender os interesses de seu cliente, parte no processo. Respeitando os princípios da boa-fé e da lealdade processual, cabe ao juiz fazer justiça e ao advogado, buscar convencê-lo que suas razões são as mais justas.

O art. 6.º do Novo CPC deve ser lido levando-se essa realidade em vista. Se já não é hoje mais politicamente correto afirmar que o processo é uma guerra – donde se fala em “paridade de armas” –, não se pode descartar o caráter litigioso do processo, tampouco o fato de que os interesses das partes são contrários e não tem qualquer sentido lógico, moral ou jurídico, exigir que uma delas sacrifique seus interesses em prol da parte contrária, contribuindo conscientemente para sua derrota.

Significa que será extremamente positiva a novidade consagrada no dispositivo ora comentado se sua interpretação for feita à luz de antiga e acertada lição de Piero Calamandrei: “O advogado que pretendesse exercer seu ministério com imparcialidade não só constituiria uma incômoda duplicata do juiz, mas seria deste o pior inimigo; porque, não preenchendo sua função de contrapor ao partidarismo do contraditor a reação equilibradora de um partidarismo em sentido inverso, favoreceria, acreditando ajudar a justiça, o triunfo da injustiça adversária”[366].

3.4.11. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E LEALDADE PROCESSUAL

Apesar da valoração do princípio da cooperação, devidamente analisado no item anterior, é inegável que as partes atuam na defesa de seus interesses, colaborando com o juízo na medida em que essa colaboração lhe auxilie a se sagrar vitoriosa na demanda. Acreditar que as partes atuam de forma desinteressada, sempre na busca da melhor tutela jurisdicional possível, ainda que contrária aos seus interesses, é pensamento ingênuo e muito distante da realidade.

Negar a característica de um jogo ao processo é fechar os olhos a uma realidade bem evidente, vista diariamente na praxe forense. O processo, ao colocar frente a frente pessoas com interesses diametralmente opostos – ao menos na jurisdição contenciosa – e no mais das vezes com ânimos exaltados, invariavelmente não se transforma em busca pacífica e cooperativa na busca da verdade e, por consequência, da justiça, que fatalmente interessa a um dos litigantes, mas não ao outro.

Há conflito, há interesses confrontantes, há desejo de sobrepor-se à parte contrária. O patrono da parte, responsável pela defesa dos interesses de seu constituinte, não pode se esquecer de que se encontra no processo justamente exercitando tal mister e que uma eventual postura isonômica e imparcial desse colocaria em risco o princípio de igualdade entre as partes. Como já ensina lição clássica de Calamandrei, o pior advogado é aquele que se esquece de seu cliente e pensa ser o juiz da causa[367].

Assemelhando-se o processo a um jogo, é necessário que

algumas regras sejam estabelecidas, aliás, como em qualquer outra atividade humana que coloque contentores frente a frente. Os deveres de proceder com lealdade e com boa-fé, presentes em diversos artigos do Código de Processo Civil, prestam-se a evitar os exageros no exercício da ampla defesa, prevendo condutas que violam a boa-fé e lealdade processual e indicando quais são as sanções correspondentes. Como ensina a melhor doutrina, ainda que por vezes não se mostre fácil no caso concreto, deve existir uma linha de equilíbrio entre os deveres éticos e a ampla atuação na defesa de interesses[368].

O art. 5º do Novo CPC consagrou de forma expressa entre nós o princípio da boa-fé objetiva, de forma que todos os sujeitos processuais devem adotar uma conduta no processo em respeito a lealdade e a boa-fé processual. Sendo objetiva, a exigência de conduta de boa-fé independe da existência de boas ou más intenções[369]. Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal[370].

No plano do direito material contratual, o estudo da boa-fé objetiva está em estágio bastante evoluído, em especial quanto aos conceitos parcelares da boa-fé objetiva. Cumpre analisar como a realidade contratual da boa-fé objetiva aplica-se ao processo.

A *supressio* (*Verwirkung*) significa a supressão, por renúncia

tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar dos tempos[371]. Esse fenômeno é aplicável ao processo quando se perde um poder processual em razão de seu não exercício por tempo suficiente para incutir na parte contrária a confiança legítima de que esse poder não mais será exercido[372]. Segundo o Superior Tribunal de Justiça não se admite a chamada "nulidade de algibeira ou de bolso"[373], ou seja, a parte, embora tenha o direito de alegar a nulidade, mantém-se inerte durante longo período, deixando para exercer seu direito somente no momento em que melhor lhe convier. Nesse caso entende-se que a parte renunciou tacitamente ao seu direito de alegar a nulidade, inclusive a absoluta[374]. A *surrectio* é a outra fase da moeda, significando o surgimento de um direito em razão de comportamento negligente da outra parte[375].

O termo *tu quoque* designa a situação de abuso que se verifica quando um sujeito viola uma norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação em benefício próprio[376]. Trata-se de postulado ético que obsta que alguém faça com outrem o que não quer que seja feito consigo mesmo, sendo a expressão derivada de expressão de Júlio César ao notar que seu filho adotivo Brutus estava entre os que atentavam contra sua vida: "*To quoque, filli*? ou "*Tu quoque, Brute, fili mi*?"[377].

Não pode a parte criar dolosamente situações de vícios processuais para posteriormente tentar tirar proveito de tal situação. Por essa razão, prevê o art. 276 do Novo CPC que a parte responsável pela criação do vício processual não tem legitimidade

para alegá-lo em juízo. Acredito que essa vedação não alcance as matérias de ordem pública, podendo, por exemplo, o autor alegar a incompetência absoluta do juízo mesmo que tenha sido o responsável pelo vício. Nesse caso o máximo que o sistema permite é a condenação do autor por ato de litigância de má-fé.

A *exceptio doli* é conceituada como sendo a defesa da parte contra ações dolosas da parte contrária, sendo a boa-fé nesse caso utilizada como defesa[378]. No processo vem sendo entendida como a exceção que a parte tem para paralisar o comportamento de quem age dolosamente contra si[379].

A máxima *venire contra factum proprium* impede que determinada pessoa exerça direito do qual é titular contrariando um comportamento anterior, já que tal conduta despreza a confiança e o dever de lealdade. Segundo a melhor doutrina[380], há quatro pressupostos para aplicação da proibição do comportamento contraditório: (a) uma conduta inicial; (b) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; (c) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; (d) um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição. No processo é máxima amplamente consagrada, inclusive pelo legislador, como ocorre na aquiescência prevista no art. 1.000 do Novo CPC, pela jurisprudência, que não admite o comportamento contraditório das partes[381] e pela doutrina[382].

A proibição de comportamento contraditório também é aplicável ao juiz, conforme acertadamente aponta o Enunciado 376 do FPPC: “A vedação de comportamento contraditório aplica-se ao

órgão jurisdicional". Assim, não pode o juiz indeferir um pedido de produção da prova entendendo não ser necessária a dilação probatória para posteriormente sentenciar o processo com base na regra do ônus da prova porque faltou prova para a formação de seu convencimento[383]. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, entende nula decisão proferida em tal circunstância, mas se vale do fundamento do cerceamento do direito de defesa.[384] Até mesmo em diferentes processos pode se falar na aplicação da proibição de comportamentos contraditórios do juiz. Não pode o juiz, sem justificativa expressa e plausível, adotar diferentes entendimentos para a mesma questão processual em diferentes processos. Como se explicar à luz da boa-fé objetiva a conduta de juiz que em processos que versam sobre a mesma situação fático-jurídica a decide de forma diversa?

No plano do direito material, o *duty to mitigate the loss* ("dever imposto ao credor de mitigar suas perdas", também vem sendo entendido como conceito parcelar da boa-fé objetiva, como se pode notar do Enunciado 169 CJF/STJ: "O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo". Esse dever é amplamente aplicável ao processo, sendo exemplo clássico a conduta da parte que, abandonando a busca pelo direito material, permanece inerte durante longo período de tempo para depois pleitear multa milionária a título de astreintes. O tema é desenvolvido com a devida profundidade no Capítulo 47, item 47.5.

Também o abuso do direito configura violação ao princípio da boa-fé objetiva consagrado no art. 5º do Novo CPC[385]. O agravo interno manifestamente inadmissível ou julgado improcedente em

votação unânime gera as sanções previstas no art. 1.021, § 4º do Novo CPC e os embargos de declaração manifestamente protelatórios geram as sanções previstas pelo art. 1.026, §§ 2º e 3º do Novo CPC. É considerado ato atentatório à dignidade da justiça a produção de prova desnecessária à defesa do interesse (art. 77, III, do Novo CPC). É considerado ato de litigância de má-fé a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (art. 80, I, do Novo CPC) e a provocação de incidente ou interposição de recurso com o intuito manifestamente protelatório (art. 80, VII, do Novo CPC). A perempção extingue o direito de ação em razão do abuso em seu exercício.

Em diversas passagens da presente obra são indicados atos considerados pontualmente como violadores dos princípios da boa-fé e da lealdade processual e sua respectiva sanção. Assim ocorre, por exemplo, com os arts. 1.026, §§ 2º e 3º, 1.021, § 4º, 774, todos do Novo CPC. Como esses dispositivos são comentados incidentalmente nos temas a que correspondem, nesse momento a análise se limitará aos principais aspectos do Capítulo II do Título II do Livro I do CPC (“Dos deveres das partes e dos seus procuradores”).

O art. 77 do Novo CPC descreve, em seus cinco incisos, deveres de conduta para as partes e para qualquer pessoa que de alguma forma participe do processo, o que incluiu os demais sujeitos processuais (juiz, promotor, advogados, serventuários da justiça) e terceiros, que poderão praticar atos no processo (p. ex., depoimento de uma testemunha) e atos fora do processo que nele reflitam. Ainda que sejam importantes deveres dos sujeitos que

participam do processo, não existe na previsão legal qualquer sanção pelo descumprimento dos deveres previstos nos incisos I ao IV.

Os incisos mais interessantes do art. 77 são os incisos IV e VI, do Novo CPC, que preveem o "*contempt of court*" brasileiro. O legislador notou que aquele que deixa de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais e que cria embaraços de qualquer natureza à efetivação dos provimentos judiciais, em sede de tutela antecipada ou definitiva, ou pratica inovação ilegal no estado de fato de bem ou de direito litigioso, além de prejudicar a parte contrária, desrespeita o Estado-juiz.

A regra consagrada no inciso VI do art. 77 do Novo CPC não estava consagrada no CPC/1973, buscando o legislador sancionar a parte que pratica atos de inovações ilegais sobre o bem ou direito litigioso. E essa atual hipótese de ato atentatório à dignidade da justiça traz outra novidade no § 7.º, que permite ao juiz, além de aplicar a multa, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado. Regras sancionatórias que impedem a manifestação das partes são sempre delicadas à luz do direito das partes à ampla defesa, sendo duvidoso que tal sanção venha a vencer tal barreira.

Não deve ser comemorada a regra do § 1.º do artigo ora analisado, prevendo que o juiz advertirá o sujeito – processual ou não – de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça. Ao que parece, seguindo a tradição mantida dos atos atentatórios à dignidade da justiça na execução (art. 599, II, do CPC/1973 e art. 772, II, do Novo CPC), o legislador cria uma condição prévia para a aplicação da multa, o que poderá levar à sua

nulidade se aplicada sem o aviso prévio.

Tratando-se de um ato continuado, até parece ter sentido a previsão como forma de premiar a parte que parar com a prática do ato diante do aviso do juiz. Por outro lado, em atos instantâneos a exigência não faz qualquer sentido, porque nesse caso será uma condição da aplicação da multa a repetição da conduta, o que viria a contrariar até mesmo o ideal do dispositivo de prestigiar a boa-fé e a lealdade processual.

Sem qualquer benefício aparente, bem ao contrário, o Novo Código de Processo Civil passa a chamar os atos de descumprimento dos deveres previstos no art. 77, IV e VI, como atentatórios à dignidade da justiça.

Trata-se, à evidência, de um desserviço, considerando-se que a expressão continua a ser utilizada pelos arts. 772, II e 774 do Novo CPC para tipificar atos praticados pelo executado. O maior problema é o credor do valor da multa a ser aplicada nesses casos: a Fazenda Pública (União ou Estado) na hipótese do art. 77, § 3.º, do Novo CPC, e a parte contrária (exequente) na hipótese do art. 774, parágrafo único do mesmo diploma legal. Certamente teria sido mais prudente manter a distinção de nomenclatura entre ato atentatório à dignidade da jurisdição e da justiça.

Como se nota pela leitura do parágrafo único, todos os sujeitos – processuais e terceiros – poderão sofrer a multa de até 20% do valor da causa (a fixação até esse patamar depende da gravidade da conduta), de acordo com a gravidade da conduta, salvo o advogado (privado e público), membro da Defensoria Pública e do Ministério

Público, sendo que o promotor e o defensor público poderão ser responsabilizados disciplinarmente pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

Registrem-se três pontos referentes à aplicação da sanção: (a) nos termos do art. 77, § 5º do Novo CPC, sendo o valor da causa irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até dez vezes o valor do salário mínimo; (b) a aplicação da multa não exclui a possibilidade de sanções criminais, civis e processuais cabíveis, bem como a aplicação de multas de natureza executiva (art. 77, § 4º do Novo CPC); (c) o pagamento só passa a ser exigido com o trânsito em julgado da decisão que fixou a multa e, não havendo o pagamento voluntário, caberá ao Estado (Justiça Estadual) ou à União (Justiça Federal) a inscrição da multa como dívida ativa, o que permitirá a expedição da CDA (certidão da dívida ativa) e o consequente ingresso de processo de execução fiscal, sendo os valores obtidos revertidos para o fundo de modernização do Poder Judiciário previsto no art. 97 do Novo CPC.

Uma questão consideravelmente polêmica diz respeito ao ato atentatório à dignidade da Jurisdição praticado pelo próprio Estado em juízo. Para parcela da doutrina, a identidade entre credor e devedor enseja o fenômeno da confusão, o que torna a multa ineficaz perante o Estado[386]. Há doutrinadores que defendem a criação de um fundo específico a ser gerido pelo Poder Judiciário para receber o valor das multas aplicadas ao Estado[387]. Outros defendem uma “condenação cruzada”: o Estado em que tramita o processo em primeiro grau passa a ser credor das multas impostas à União (Justiça Federal) e a União das multas aplicadas ao Estado

(Justiça Estadual)[388]. Finalmente, existe corrente doutrinária que defende a aplicação da sanção ao agente público e não ao órgão estatal do qual faz parte[389]. Esse último entendimento já foi admitido em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça.

O art. 80 do Novo CPC tem um rol descritivo dos atos tipificados pelo legislador como sendo atos de má-fé (má-fé *stricto sensu*). Existe divergência doutrinária a respeito deste rol: para alguns se trata de rol exemplificativo[390] e para outros de rol exaustivo[391], parecendo preferível o segundo entendimento em decorrência de regra de hermenêutica que determina interpretação restritiva para normas restritivas de direito.

O inciso I do dispositivo ora comentado, ao mencionar a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, deve ser interpretado com extremo cuidado, levando-se em conta as diferentes interpretações possíveis ao texto legal. Dessa forma, a litigância de má-fé só estará configurada em situações teratológicas, nas quais não haja um mínimo de seriedade nas alegações da parte. Cuidado similar se exige na interpretação do inciso II, considerando-se que também com relação aos fatos existem diferentes versões; o que a lei qualifica como litigância de má-fé é a negativa expressa de fato que a parte sabe ter existido, a afirmação de fato que sabe inexistente e a falsa versão para fatos verdadeiros. No inciso III, encontra-se prevista a conduta unilateral de uma das partes em prejuízo da parte contrária e do próprio processo; sendo o processo o instrumento estatal para a proteção do direito material, não se pode admitir a utilização de tal instrumento justamente para violar o direito material. A conduta prevista pelo

inciso IV é consideravelmente genérica, valendo qualquer ato processual ou com efeitos no andamento do processo que possa prejudicar injustificadamente o trâmite procedimental. A conduta indicada no inciso V também é consideravelmente genérica, sendo temerário qualquer comportamento açodado e anormal com a consciência da falta de razão em assim proceder. Segundo parcela da doutrina, o termo "incidentes", previsto no inciso VI, não significa somente incidente processual, atingindo também ações incidentais e recursos[392]. O inciso VII tem aplicação somente quando não houver previsão específica para recurso com manifesto intento protelatório (sem fundamentação séria com objetivo exclusivo de retardar o trânsito em julgado da decisão, considerando-se as mínimas chances de seu provimento), como ocorre nos embargos de declaração (art. 1.026, §§ 2º e 3º, do Novo CPC).

O Superior Tribunal de Justiça entende corretamente que é desnecessária a comprovação de prejuízo para que haja condenação ao pagamento de indenização por litigância de má-fé[393].

A sanção pelo ato de má-fé vem prevista no art. 81 do Novo CPC. É preciso cuidado na análise do *caput* do artigo ora comentado, considerando-se a previsão de três diferentes espécies de condenação à parte que litigar de má-fé: (i) multa entre 1% a 10% do valor da causa, ou sendo o valor da causa irrisório ou inestimável até dez vezes o valor do salário mínimo; (ii) indenização pelos prejuízos causados à parte contrária, sendo que nesse caso é indispensável a existência de prova do dano; (iii) condenação nos honorários advocatícios e despesas, não se

confundindo essa condenação com aquela gerada pela sucumbência, até porque mesmo a parte vencedora pode ser litigante de má-fé. Nesse ponto, inclusive, existe certa polêmica: como fica a previsão de condenação em honorários advocatícios da parte vencedora nos termos do artigo ora comentado à luz do art. 85 do Novo CPC? Todos concordam que até mesmo a parte vencedora pode ser condenada a pagar a multa e a indenização previstas pelo artigo ora comentado, mas para parcela da doutrina a condenação em honorários e despesas depende da derrota no processo[394], enquanto outra parcela defende a desvinculação dessa condenação e do resultado do processo, afirmando que os honorários devem ser calculados tomando-se como base os danos suportados pela parte[395].

Todas essas verbas, de natureza punitiva e indenizatória, têm como credor a parte contrária, como todas as multas previstas pelo Novo Código de Processo Civil, salvo aquela prevista no art. 77, § 2º, do Novo CPC. Voltadas à valoração do princípio da boa-fé e lealdade processual, o juízo poderá, mesmo de ofício, aplicar as medidas previstas no art. 81, *caput*, Novo CPC, o que, entretanto, não permite o afastamento do contraditório, de forma que antes de aplicar tais medidas cabe ao juiz a oitiva das partes.

O § 3.º do art. 81 do Novo CPC prevê que o juiz deverá, sempre que possível, fixar desde já o valor da indenização. Caso não seja possível tal fixação no caso concreto, haverá decisão condenatória genérica, que, para ser executável, dependerá de uma liquidação por arbitramento. Não parece correto o entendimento de que a condenação líquida dispense a comprovação das efetivas

perdas e danos[396], até porque sua própria natureza reparatória afasta tal conclusão. As dificuldades práticas para se descobrir o valor sem uma liquidação por arbitramento jamais poderão ser justificativa para uma condenação sem prova da existência de efetivo dano[397].

3.4.12. PRIMAZIA NO JULGAMENTO DO MÉRITO

O processo (ou fase) de conhecimento foi projetado pelo legislador para resultar em um julgamento de mérito. Por essa razão, essa espécie de julgamento é considerada o fim normal dessa espécie de processo ou fase procedimental. Naturalmente, nem sempre isso é possível no caso concreto, devendo o sistema conviver com o fim anômalo do processo ou fase de conhecimento, que se dá por meio da sentença terminativa (art. 485 do Novo CPC).

Tendo sido o objetivo do legislador, ao criar o processo ou fase de conhecimento, um julgamento de mérito, naturalmente essa forma de final é preferível à anômala extinção sem tal julgamento, motivada por vícios formais. Somente essa distinção entre fim normal e anômalo já seria suficiente para demonstrar que há um natural interesse no julgamento do mérito no processo ou fase de conhecimento, considerando-se ser sempre preferível o normal ao anômalo. A solução definitiva da crise jurídica, derivada da coisa julgada material, que dependerá de uma decisão de mérito transitada em julgado, é outra evidente vantagem no julgamento de mérito quando comparado com a sentença terminativa.

Pelas óbvias razões apresentadas, cabe ao juiz fazer o possível para evitar a necessidade de prolatar uma sentença terminativa no

caso concreto, buscando com todo o esforço chegar a um julgamento do mérito. Essa é uma realidade incontestável, e bem representada pelo art. 282, § 2º do Novo CPC, ao prever que o juiz, sempre que puder decidir no mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, deve ignorar o vício formal e proferir decisão de mérito. É a prevalência do julgamento de mérito aliada ao princípio da instrumentalidade das formas.

O art. 6º do Novo CPC, ao prever que todos devem cooperar para que se obtenha decisão de mérito, consagra de forma expressa o princípio da primazia no julgamento do mérito[398], que antes de tal previsão era um princípio não escrito.

A concretização do princípio é encontrada em diversas passagens do Novo Código de Processo Civil, que dá especial ênfase à oportunidade concedida às partes para o saneamento de vícios que impeçam o julgamento do mérito (arts. 139, IX, 317 e 319, §§ 1°, 2°, 3°, do Novo CPC), inclusive no ambiente recursal (arts. 932, parágrafo único; art. 1.007, §§ 2º e 4º do Novo CPC), quando o vício formal pode inclusive ser desprezado se não for reputado grave (art. 1.029, § 3º do Novo CPC).

Também derivada do princípio ora analisado é a previsão do art. 485, § 7º, do Novo CPC, que atribui a todo recurso de apelação contra sentença terminativa o efeito regressivo. Ou seja, diante da apelação, o juiz terá a oportunidade de anular sua sentença terminativa e dar prosseguimento ao processo para o julgamento do mérito.

4. COMPETÊNCIA

Sumário: 4.1. Introdução – 4.2. Competência relativa e absoluta: 4.2.1. Competência relativa; 4.2.2. Competência absoluta; 4.2.3. Identidades procedimentais – 4.3. Critérios para fixação da competência – 4.4. Limites da jurisdição nacional: 4.4.1. Introdução – princípio da efetividade; 4.4.2. Competência internacional concorrente e exclusiva; 4.4.3. Litispendência internacional – 4.5. Espécies de competência: 4.5.1. Competência territorial; 4.5.2. Competência funcional; 4.5.3. Competência em razão da matéria; 4.5.4. Competência em razão da pessoa; 4.5.5. Competência em razão do valor da causa – 4.6. Competência da justiça federal: 4.6.1. Competência em razão da pessoa (*ratione personae*); 4.6.2. Competência em razão da matéria (ratio materiae) – 4.7. Prorrogação de competência: 4.7.1. Conceito; 4.7.2. Prorrogação legal; 4.7.3. Prorrogações voluntárias – 4.8. Prevenção: 4.8.1. Conceito; 4.8.2. Prevenção de causas conexas em primeiro grau de jurisdição – 4.9. Princípio da perpetuatio jurisdictionis – art. 87 do Novo CPC.

4.1. INTRODUÇÃO

O conceito tradicional de competência é de que o instituto seja a medida da jurisdição, ou ainda a quantidade de jurisdição delegada a um determinado órgão ou grupo de órgãos[399]. Ainda que não seja possível se desligar completamente do conceito de jurisdição para os fins de conceituação da competência, o conceito tradicional está superado porque confunde indevidamente competência e jurisdição. Ademais, a jurisdição é una e indivisível, não podendo ser dividida em pedaços ou porções, como sugere o

conceito tradicional.

Nunca faltará jurisdição ao órgão jurisdicional, o que inclusive ocasionaria o mais grave dos vícios processuais: a inexistência jurídica. Afirmar que qualquer juiz, de qualquer órgão jurisdicional, tem jurisdição em todo o território nacional não significa que possa exercer a função jurisdicional de forma ilimitada. O ato do juiz, devidamente investido de jurisdição, sempre existirá, mas por vezes, quando exercido fora de certos limites traçados pela lei, poderá ser nulo, estando nessa determinação de limites a importância do fenômeno da competência.

A competência é justamente a limitação do exercício legítimo da jurisdição[400]. O juiz incompetente estará, portanto, exercendo de forma ilegítima sua jurisdição, algo bem diferente, inclusive em termos da gravidade do vício gerado, da situação em que um sujeito qualquer pratica atos que exigiriam o poder jurisdicional sem estar devidamente investido. Prova maior de que o órgão jurisdicional, mesmo sem competência, tem jurisdição é a aplicação do princípio *Kompetenz Kompetenz*, que atribuiu ao órgão incompetente a competência para declarar sua própria incompetência. Caso a ausência de competência gerasse ausência de jurisdição, essa declaração de incompetência seria ato inexistente, o que naturalmente não ocorre.

Por essa razão deve ser elogiado o teor do art. 16 do Novo CPC, que prevê ser a jurisdição civil exercida pelos juízes (e pelos tribunais) em todo o território nacional, conforme as disposições do Código de Processo Civil. Ainda que normas de leis extravagantes,

desde que de natureza processual, também possam regulamentar essa atuação judicial, o ponto favorável do dispositivo legal é deixar claro que nunca faltará jurisdição na atuação de um juiz, confirmando a tese de que toda atividade desempenhada por juiz é jurisdicional, ainda que haja no caso concreto um vício de incompetência.

Cumpre registrar, finalmente, neste capítulo introdutório, que as regras de competência buscam atingir dois objetivos principais bastante nítidos: organização de tarefas e racionalização do trabalho. De fato, seria absolutamente improdutivo fixar nas mãos de todos os juízes o exercício legítimo sobre todas as demandas judiciais, o que viria a ser evidente fator de piora na qualidade da entrega da prestação jurisdicional[401].

4.2. COMPETÊNCIA RELATIVA E ABSOLUTA

A existência em nosso ordenamento processual de regras de competência relativa e absoluta se explica em razão da busca de um equilíbrio entre razões políticas divergentes.

As regras de competência relativa prestigiam a vontade das partes, por meio da criação de normas que buscam proteger as partes (autor ou réu), franqueando a elas a opção pela sua aplicação ou não no caso concreto. Em razão de sua maior flexibilidade, também a lei poderá modificar tais regras. Surgem assim as regras de competência relativa, dispositivas por natureza e que buscam privilegiar a liberdade das partes, valor indispensável num Estado

democrático de direito como o brasileiro.

As regras de competência absoluta são fundadas em razões de ordem pública, para as quais a liberdade das partes deve ser desconsiderada, em virtude da prevalência do interesse público sobre os interesses particulares. Nesse caso, não há flexibilização, seja pela vontade dos interessados, seja pela própria lei, tratando-se de norma de natureza cogente que deverá ser aplicada sem nenhuma ressalva ou restrição.

O ordenamento brasileiro – como todos os ordenamentos modernos de que se tem notícia – criou interessante sistema em que se mesclam normas de competência relativa e absoluta, cada qual com um propósito diferente (*interesse das partes* e *interesse público*) e bem por isso com tratamento processual distinto[402]. Esse sistema evita eventual caos gerado pela desorganização do trabalho que poderia ser causado em sistema com exclusividade de normas de competência relativa e ao mesmo tempo impede a existência de um sistema ditatorial, que seria criado com um sistema fundado na exclusividade de normas de competência absoluta.

O Novo Código de Processo Civil aproximou procedimentalmente a competência absoluta da relativa, passando a prever em algumas situações um mesmo tratamento, como ocorre na forma de alegação e nas consequências no reconhecimento da incompetência. Essa aproximação, entretanto, cujas hipóteses serão analisadas no momento oportuno, não afastam outras diferenças entre elas que existentes no diploma processual revogado e que foram mantidas pelo novo diploma.

4.2.1. COMPETÊNCIA RELATIVA

4.2.1.1. Legitimado para arguir a incompetência relativa

O autor não pode alegar a incompetência relativa em razão de preclusão lógica[403]. O autor tem na propositura da demanda o momento procedimental adequado para se manifestar a respeito da competência relativa, não sendo logicamente compatível a propositura da demanda em foro escolhido pelo autor e a posterior alegação de incompetência por ele mesmo criada. Não é correto afirmar que o autor não pode alegar a incompetência relativa sob o fundamento de que "ninguém pode se beneficiar da própria torpeza"[404], dado que o estado subjetivo que levou o autor a propor a demanda em foro incompetente – torpeza, ignorância, descuido – é irrelevante para determinar a ilegitimidade do autor para alegar o vício.

O réu, que não tem nenhuma participação na escolha do juízo para o qual a demanda judicial foi distribuída, terá legitimidade para excepcionar o juízo, pleiteando que a regra determinadora de competência relativa seja respeitada, com a remessa do processo ao juízo competente. É, na realidade, o legitimado tradicional responsável pela ampla maioria das alegações de incompetência relativa.

Quanto ao Ministério Público, nas demandas judiciais em que funcionar como réu – o que, diga-se de passagem, é raríssimo – poderá normalmente excepcionar o juízo. Participando como fiscal da ordem jurídica, o art. 65, parágrafo único, do Novo CPC, consagra expressamente sua legitimidade[405]. Só é preciso cuidado

na interpretação do dispositivo legal, que inadvertidamente prevê que a incompetência relativa pode ser alegada pelo Ministério Público nas causas em que atuar. Entendo que sendo autor não terá legitimidade pelas razões já expostas. Ainda que a maior participação do Ministério Público como autor se dê em ações coletivas, onde a competência territorial é absoluta, é preciso ficar registrado que sendo relativa a competência territorial e sendo o Ministério Público o autor da ação, lhe faltará legitimidade para alegar a incompetência relativa, não obstante o art. 65, parágrafo único, do Novo CPC.

Sem previsão legal expressa nesse sentido o tema era polêmico na vigência do CPC/1973. Preferia o entendimento pela falta de legitimidade, em razão da natureza dispositiva da competência territorial, de interesse exclusivo das partes principais do processo (autor e réu). Entendo que, ainda que deva zelar pela preservação do ordenamento jurídico, não pode o Ministério Público se colocar contra a vontade das partes[406]. A divergência era sentida, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça, que não tinha posição consolidada, havendo decisões em ambos os sentidos[407].

Ainda que não concorde com a opção legislativa, não há como se insurgir contra ela. E a partir da inafastável conclusão de que o Ministério Público tem legitimidade para arguir a incompetência relativa nos processos em que funciona como fiscal da ordem jurídica, surge uma interessante questão a respeito de processo em que a intervenção ministerial é essencial em razão da presença de incapaz. Sendo o polo passivo composto por incapaz, e não sendo alegada a incompetência territorial por seu advogado, mas

exclusivamente pelo Ministério Público, será o suficiente para evitar a prorrogação de competência? Entendo que não[408].

É claro que, se o representante processual do réu incapaz concordar com a atitude tomada pelo Ministério Público, caberá ao juiz analisar a alegação de incompetência relativa. Mas, e se tal representante legal, por meio do advogado, se manifestar contrariamente à alegação do Ministério Público? Afirmar que sua omissão em alegar a matéria decorre justamente de uma posição consciente de prorrogação de competência, porque em sua visão essa é a melhor conduta a ser adotada em benefício do incapaz?

Acredito que nessa situação, quando há um conflito de opiniões a respeito do que seria melhor para o incapaz entre seu representante processual e o Ministério Público, caberá ao juiz decidir no caso concreto. Se entender que a razão está com o representante processual deverá indeferir a alegação do Ministério Público e em caso contrário a analisará mesmo contra a vontade do incapaz.

O assistente do autor não tem legitimidade, enquanto o assistente do réu a tem. Tratando-se de assistente litisconsorcial, além da legitimidade há sempre interesse processual na exceção de incompetência. Tratando-se de assistente simples, sempre haverá legitimidade, podendo faltar, entretanto, o interesse processual. Conforme analisado no capítulo referente a essa espécie de intervenção de terceiro, o assistente simples não pode atuar contra vontade expressa do assistido, mas em sua omissão não há nenhum empecilho para sua atuação. Dessa forma, só não haverá interesse

caso exista no processo uma expressa manifestação do assistido no sentido de não pretender que o processo saia do foro em que tramita.

O denunciado à lide pelo autor, que segundo o art. 127 do Novo CPC é litisconsorte do autor denunciante, não tem legitimidade. O denunciado à lide pelo réu e o chamado ao processo, ainda que se tornem litisconsortes do réu, poderiam até em tese, nessa qualidade, ter legitimidade. O problema é que não haverá nesse caso vício a ser alegado, porque, tendo ocorrido o pedido pelo réu de denunciação da lide ou chamamento ao processo, a parte interessada (réu) terá deixado de se manifestar sobre o vício no primeiro momento em que falou nos autos, o que acarretará a prorrogação de competência[409].

4.2.1.2. Reconhecimento de ofício da incompetência relativa

O tema do reconhecimento de ofício da incompetência relativa encontrava-se pacificado com a Súmula 33 do STJ: "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício". O entendimento expresso na súmula se justificava pela própria natureza da norma, valorizadora do interesse das partes, que podem no caso concreto abrir mão da proteção legal, excluindo qualquer intervenção do juiz[410].

O entendimento proibitivo quanto ao reconhecimento de ofício da incompetência relativa do juízo, apesar de sumulado, passou a ser sistematicamente flexibilizado por nossos Tribunais, com amplo amparo doutrinário, na hipótese de o processo envolver relação de consumo em que houvesse cláusula abusiva de eleição de foro.

Tornou-se frequente em contratos de consumo – em especial nos contratos de adesão – o fornecedor indicar o foro competente para julgar eventuais demandas geradas na interpretação ou cumprimento do negócio jurídico, que traz dificuldades excessivas para o exercício do direito de defesa por parte do consumidor, com a nítida intenção de prejudicá-lo processualmente.

O raciocínio utilizado envolvia basicamente três artigos do Código de Defesa do Consumidor – arts. 1.º, 51 e 6.º, VIII – e o objetivo era claro: proteger o consumidor hipossuficiente da escolha prejudicial a ele feita pelo fornecedor, tomando por base a cláusula de eleição de foro. Em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, consta o equivocado entendimento de que nesse caso tratar-se-ia de competência absoluta[411]. Independentemente da discussão acerca da natureza absoluta ou relativa da competência, o que motivava a quebra da regra consagrada na Súmula 33/STJ era a garantia do efetivo direito à ampla defesa do réu, prevista constitucionalmente[412].

Influenciado por esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o legislador consagrou no art. 63, § 3º, do Novo CPC uma exceção até mais ampla daquela consagrada constitucionalmente. Havendo cláusula de eleição de foro abusiva em qualquer contrato (não precisa mais ser de adesão, como previsto no revogado art. 112, parágrafo único, do CPC/1973), o juiz, antes da citação, declarará nula a cláusula de eleição de foro, determinando a remessa do processo ao foro do domicílio do réu.

Parece claro que o objetivo do legislador com a previsão

contida no dispositivo legal ora analisado foi proteger o réu que, participando de um contrato de adesão, concorda com cláusula abusiva de eleição de foro. Não se pode negar que, uma vez citado, e apresentada exceção de incompetência, o réu conseguirá anular a cláusula de eleição de foro (desde que presente algum vício) e com isso o processo será remetido ao foro de seu domicílio de qualquer forma. O problema é que mesmo esse simples ato processual (ingresso de exceção de incompetência) poderá, diante do caso concreto, ser de difícil execução para o réu, que será prejudicado na defesa de seus interesses caso não tenha condições de ingressar com a exceção, o que deve ser evitado pelo juiz, mediante o reconhecimento de ofício de sua incompetência relativa.

É compreensível que o reconhecimento de ofício da incompetência relativa continue a ser excepcional, pelas razões já expostas que fundamentam a natureza das normas que tratam dessa espécie de competência. Ocorre, entretanto, que a restrição da exceção aos casos em que exista cláusula abusiva de eleição de foro não se justifica.

É absolutamente defensável a tese de que a hipossuficiência do aderente que fundamentaria esse cuidado maior do juiz no caso concreto também possa ser verificada em outras hipóteses, alheias às relações de consumo, como ocorre com o incapaz ou com a mulher casada. Se o propósito da nova norma legal é evitar abusos do autor nas hipóteses em que a escolha do foro prejudica o efetivo direito de defesa do réu hipossuficiente, outras situações, além das relações de contrato de adesão, devem também ser contempladas[413].

De qualquer forma, é preciso interpretar o art. 63, § 3º, do Novo CPC, em especial quanto à espécie de vício reconhecido de ofício pelo juiz e a existência de preclusão temporal pelo juiz, algo excepcional em razão da natureza imprópria dos prazos judiciais.

O art. 63, § 3º, do Novo CPC prevê expressamente que o reconhecimento de ofício da incompetência relativa em razão de cláusula abusiva de eleição de foro só pode ocorrer até a citação do réu, com o que se cria uma excepcional preclusão temporal para o juiz, considerando a existência de um prazo ao juiz para que reconheça de ofício a incompetência relativa[414]. Sendo citado o réu, não poderá mais o juiz reconhecer de ofício a incompetência, o que, inclusive, demonstra de forma bastante clara a natureza relativa da competência, cabendo exclusivamente ao réu em sua contestação tal alegação para evitar a prorrogação de competência.

O juiz, ao reconhecer a abusividade da cláusula de eleição de foro, a reputará ineficaz e enviará os autos ao juízo do foro do domicílio do réu. Entendo que essa declaração de ineficácia não vincula o réu, que no momento da prolação da decisão ainda será um terceiro no processo. Essa consideração é importante porque, sendo citado já no foro de seu domicílio em decorrência da aplicação do art. 63, § 3.º, do Novo CPC, o réu poderá excepcionar o juízo (como preliminar de contestação), pleiteando a aplicação da cláusula de eleição ao caso concreto, com o que os autos deverão ser reencaminhados ao juiz de origem.

É preciso compreender que o dispositivo ora analisado se presta a tutelar os interesses do réu, permitindo que ele se defenda

desde o início do processo no foro de seu domicílio. Essa proteção, entretanto, parte de uma presunção relativa, de que o melhor local para o réu litigar é o foro de seu domicílio. No caso concreto, entretanto, é possível que o réu prefira o foro indicado pela cláusula de eleição de foro e essa vontade concreta dele deve prevalecer sobre uma proteção legal abstrata[415].

Tomo como exemplo as cidades-satélite que circundam o Distrito Federal. Essas cidades, conhecidas como "cidades dormitórios" são o domicílio da maioria das pessoas que trabalham no Distrito Federal, e que voltam às suas casas apenas para dormir e passar os finais de semana. Diante dessas condições, não é absurdo imaginar que a pessoa prefira litigar no Distrito Federal, onde passa a maior parte de seu tempo, do que no foro de seu domicílio. Nesse caso, sendo declarada ineficaz a cláusula de eleição de foro que indica o Distrito Federal e enviado o processo para a cidade-satélite, é natural que o réu possa pedir o retorno do processo ao juízo de origem – que deve ser feito por meio de preliminar na contestação pedindo a aplicação da cláusula de eleição de foro.

Registre-se que, sendo a decisão que decreta a ineficácia da cláusula abusiva da cláusula de eleição de foro e determina a remessa do processo ao foro de domicílio do réu prejudicial ao autor, em respeito ao art. 9º, *caput*, do Novo CPC, cabe ao juiz intimá-lo para manifestação antes da prolação da decisão[416].

Além da exceção ao entendimento consagrado na Súmula 33/STJ, prevista no art. 63, § 3º, do Novo CPC, há uma outra no âmbito dos Juizados Especiais, com o conhecimento de ofício da

incompetência territorial.

4.2.1.3. Momento para alegação da incompetência relativa

Existe prazo preclusivo para a alegação de incompetência relativa, de forma que, não havendo manifestação dentro desse prazo, ocorrerá prorrogação de competência, ou seja, o juízo se tornará competente no caso concreto. O prazo para a alegação da incompetência relativa é o da contestação[417], dependendo, portanto, do caso concreto.

A excepcional hipótese de a alegação de incompetência relativa preceder a contestação, prevista no art. 340 do Novo CPC, é tratada no Capítulo 18, item 18.2.1.

4.2.2. COMPETÊNCIA ABSOLUTA

4.2.2.1. Legitimado para arguir a incompetência absoluta

Em razão da própria *ratio* das normas determinadoras de competência absoluta (proteção de interesse público), todos os sujeitos processuais são legitimados a apontar a ofensa a uma regra dessa natureza, até mesmo porque o respeito à ordem pública é questão incompatível com a limitação de legitimados que pretendam sua concretização. Nesse sentido podem arguir a incompetência absoluta o autor, réu, terceiros intervenientes, Ministério Público como fiscal da lei e até mesmo o juiz de ofício. O autor, mesmo sendo o responsável pela criação do vício no caso concreto, terá legitimidade para argui-lo; podendo ser condenado nas penas da litigância de má-fé caso se constate que o vício foi criado propositalmente com interesses escusos.

Consta expressamente do art. 64, § 1.º, do Novo CPC a regra de que o juiz deverá declarar de ofício a incompetência absoluta. É interessante a correta utilização do verbo "dever" na regra legal, considerando que por se tratar de matéria de ordem pública não existe outra opção ao juiz que não a reconhecer de ofício, de preferência o mais cedo possível.

O art. 64, § 2.º, do Novo CPC exige que o juiz, ao se deparar com a alegação de incompetência, intime a parte contrária (autor) para se manifestar sobre a matéria. O aspecto mais interessante do dispositivo é exigir o contraditório mesmo na hipótese de incompetência absoluta, matéria de ordem pública que deve ser conhecida de ofício pelo juiz (art. 64, § 1.º, do Novo CPC). Embora o dispositivo trate apenas da situação de alegação pelo réu, é possível aplicá-lo também para o conhecimento da matéria de ofício, sendo nesse caso necessária a intimação de ambas as partes para se manifestarem.

Apesar de ser situação rara no foro, parece ser admissível que um terceiro absolutamente desinteressado, ou ainda com interesse que não jurídico (portanto, sem aptidão para ingressar no processo), alegue a incompetência absoluta. É natural que não se trata de situação frequente, mas a proteção de interesse público é missão de todos, e não somente dos sujeitos processuais.

4.2.2.2. Momento de arguição da incompetência absoluta

É comum a afirmação de que a incompetência absoluta poderá ser reconhecida a qualquer momento do processo. Na verdade, até mesmo após o encerramento do processo, com a sentença transitada em julgado, será possível sua arguição por meio de ação rescisória

(art. 966, II, do Novo CPC). A polêmica encontra-se nem tanto na arguição após o encerramento do processo – incontestável –, mas no exato significado da expressão "a qualquer momento do processo", para definir a amplitude temporal de alegação enquanto o processo não se extingue.

A doutrina é uníssona em afirmar que, enquanto o processo estiver no primeiro grau de jurisdição, ou ainda em grau recursal, mas desde que em vias ordinárias de impugnação, será possível o reconhecimento da incompetência absoluta. A polêmica fica por conta da alegação originária dessa matéria em sede de recurso extraordinário e recurso especial. Questiona-se se no julgamento de tais recursos seria possível o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal reconhecer a incompetência absoluta, arguida somente nesse momento por uma das partes ou ainda por meio de atividade oficiosa.

A doutrina majoritária entende ser inviável tal alegação em via extraordinária de impugnação, alegando que a necessidade de a matéria ser pré-questionada impede a manifestação originária dos Tribunais a respeito dessa matéria, sendo também esse o posicionamento atual dos tribunais superiores[418].

É possível que tal entendimento venha a ser modificado em razão do art. 1.034, parágrafo único, do Novo CPC, conforme devidamente analisado no Capítulo 67, item 67.5.

4.2.3. IDENTIDADES PROCEDIMENTAIS

4.2.3.1. Forma de alegação da incompetência

No Novo Código de Processo Civil, a incompetência, independentemente de sua natureza, será alegada pelo réu como preliminar de contestação. Na realidade, a previsão do art. 64 do Novo CPC inova apenas no tocante à incompetência relativa, que no sistema atual é alegada por meio de exceção ritual de incompetência. O sinal mais evidente de que a exceção de incompetência estava com seus dias contados vinha do Superior Tribunal de Justiça, que, ao admitir, em aplicação do princípio da instrumentalidade, a alegação de incompetência como preliminar de contestação, mesmo com a imposição legal de outra forma procedimental***419***, demonstrava a inutilidade prática da exceção ritual.

Registre-se apenas a possibilidade de a incompetência ser alegada antes da contestação, nos termos do art. 340 do Novo CPC, quando será feita por meio de mera petição.

Com a mudança do procedimento ordinário (que passa a ser o único procedimento comum), o réu será citado para comparecer a uma audiência de mediação e conciliação, e não mais para contestar. Havendo alegação de incompetência relativa, entretanto, não teria sentido impedir a análise de sua alegação antes da realização de referida audiência, que preferencialmente dever ocorrer por juízo competente.

A única possibilidade de alegação de incompetência antes da audiência de mediação e conciliação está consagrada no art. 340, *caput*, do Novo CPC, que prevê a possibilidade de protocolo da contestação com alegação de incompetência relativa ou absoluta no foro do domicílio do réu, sendo essa peça enviada ao juízo em que

tramita a demanda. A confusão que a norma cria é considerável, já que o legislador aparentemente ignorou as diferenças entre competência absoluta e relativa.

Parece claro que a regra ora comentada buscou repetir aquela prevista no parágrafo único do art. 305 do CPC/1973, de forma a criar para a alegação da incompetência relativa um protocolo integrado nacional. Em vez de protocolar a exceção de incompetência no juízo em que tramita a ação, o réu tem a prerrogativa de fazê-lo no foro de seu próprio domicílio, evitando assim o deslocamento.

Essa realidade é confirmada pelo novo texto legal quando o art. 340, *caput*, do Novo CPC prevê que a alegação de incompetência será imediatamente comunicada ao juiz do processo, preferencialmente por meio eletrônico. E também no § 2.º do dispositivo legal, ao prever que, reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o juízo para o qual fora distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado prevento. Fica claro que o dispositivo trata de incompetência territorial.

Ocorre, entretanto, que no *caput* admite-se que a alegação ora analisada possa ter como objeto a incompetência absoluta. É curiosa a opção do legislador, porque a competência funcional, por matéria e por pessoa, não se confunde com a competência territorial. Perde todo o sentido o dispositivo legal porque o réu poderá protocolar a alegação no foro de seu domicílio, mesmo que este seja o foro em que tramita o processo, alegando a incompetência absoluta. E nesse caso não há sentido em informar o juízo do processo, porque a petição será protocolada justamente no

juízo em que a demanda tramita.

Por exemplo, sou domiciliado em São Paulo e é proposta na Justiça Estadual uma demanda que deveria tramitar na Justiça Federal. O réu alegará essa incompetência por meio de petição simples no próprio juízo estadual em que tramita o processo, que nessa hipótese o remeterá à Justiça Federal. E nessa hipótese ao menos os dois primeiros parágrafos do art. 340 do Novo CPC serão aplicáveis ao caso concreto. Não haverá distribuição da contestação tampouco carta precatória. Não haverá prevenção do juízo.

A impropriedade de o dispositivo incluir a possibilidade de alegação de incompetência absoluta pode ser demonstrada por outra situação hipotética. A demanda tramita na Justiça Estadual de São Paulo, quando deveria sê-lo na Justiça Federal, de São Paulo ou de qualquer outra seção judiciária. E o réu é domiciliado em Fortaleza. Nesse caso, ele pode peticionar na Justiça Estadual de Fortaleza a alegação de incompetência, que será encaminhada ao juízo de São Paulo. Reconhecida a incompetência, não há falar em prevenção do juízo estadual de Fortaleza, tornando-se inaplicável no caso concreto a regra consagrada no § 2.º do art. 340 do Novo CPC.

A aplicação do dispositivo, portanto, depende de a alegação feita pelo réu em preliminar de contestação ser de incompetência territorial. Sendo a alegação de incompetência absoluta, a aplicabilidade dos dispositivos que tratam do tema restará parcialmente afastada.

Para que a regra ora analisada possa ser aplicada no caso concreto, o réu deve ser domiciliado em foro distinto daquele em

que tramita a ação judicial. Poderá nesse caso ser citado por carta com aviso de recebimento por meio do correio, por edital ou por meio eletrônico. Em todas essas situações a contestação com alegação de incompetência será distribuída livremente. Sendo citado o réu por carta precatória, o juízo que der cumprimento a ela se tornará prevento para o recebimento e envio da contestação para o juízo em que tramita o processo.

A identidade, entretanto, é apenas parcial, porque em razão do prazo preclusivo para a alegação de incompetência relativa, passado o momento da contestação, a matéria não poderá mais ser alegada. Já com relação à incompetência absoluta, que pode ser alegada depois desse momento procedimental, há outras formas admissíveis de alegação além da preliminar de contestação.

Sabendo-se que são normas de competência absoluta que buscam preservar a ordem pública, não teria nenhum sentido revestir de formalidades a alegação de afronta às normas determinadoras dessa espécie de competência. Dessa forma, a alegação pode ser realizada de qualquer forma, como preliminar de contestação, petição autônoma ou como parte integrante de qualquer outra “petição nominada”, como a réplica, os memoriais, os recursos etc. Poderá ainda ser alegada oralmente em audiência, fazendo o juiz constar do termo a alegação feita pela parte.

Quanto a sua alegação em sede de sustentação oral nos tribunais, ao menos em segundo grau, surge uma interessante questão em razão do previsto nos arts. 9º, *caput,* e 10 do Novo CPC. Ainda que se admita tal alegação, o tribunal não poderá acolhê-la sem antes intimar a parte contrária para se manifestar. É

claro que o tribunal poderá alegar que a parte contrária foi devidamente intimada da sessão de julgamento, de tal forma que foi informada e caso lá estivesse presente poderia se manifestar. Obviamente que não se tratará do contraditório real, mas do contraditório “para inglês ver”.

Caso o tribunal leve mais a sério tal princípio, deverá determinar que a parte que sustentou oralmente reduza em petição escrita suas alegações, para daí intimar a parte contrária a se manifestar e em sessão subsequente decidir a matéria alegada. Essa é a única maneira de se respeitar, de forma efetiva e honesta, os comandos dos art. 9º, *caput,* e 10 do Novo CPC.

4.2.3.2 Reconhecimento da incompetência e atos processuais já praticados

Nos termos do art. 64, § 3º, do Novo CPC, reconhecida a incompetência – absoluta ou relativa –, o processo será remetido ao juízo competente, de forma que tais matérias são consideradas, ao menos em regra, dilatórias, ou seja, seu acolhimento somente fará com que o tempo de duração do processo seja prolongado. Há, entretanto, exceções a essa regra.

Nos Juizados Especiais, a incompetência territorial – relativa – excepciona essa regra, prevendo o art. 51, III, da Lei 9.099/1995 que o reconhecimento da incompetência territorial é causa de extinção do processo. Nesse caso, a incompetência relativa tem natureza peremptória.

Também a incompetência absoluta, ainda que excepcionalmente, pode assumir natureza peremptória, causando a

extinção do processo. Nos Juizados Especiais, apesar da ausência de norma expressa nesse sentido, a incompetência absoluta não gera remessa do processo à Justiça Comum, mas sim a sua extinção. Outra hipótese excepcional de extinção ocorre quando o autor cumula dois pedidos de competência absoluta diversas perante um juízo absolutamente incompetente para ambos. Proposta demanda na Justiça Federal, com pedidos da Justiça Estadual e da Justiça do Trabalho, o processo deve ser extinto com fundamento na incompetência absoluta. O CPC/1973 não previa a consequência do reconhecimento da incompetência para a incompetência relativa, prevendo apenas em seu art. 113, § 2º, que no caso da incompetência absoluta os atos decisórios seriam nulos, ainda que a doutrina limitasse a nulidade aos atos decisórios de mérito

No novo diploma processual o tratamento passa a ser homogêneo, prevendo o art. 64, § 4º, do Novo CPC que os atos praticados por juízo incompetente são válidos, devendo ser revistos ou ratificados (ainda que tacitamente) pelo juízo competente. Significa dizer que durante o período de trânsito dos autos, que compreende a remessa dos autos pelo juízo que se declarou incompetente e sua chegada ao juízo competente, todos os atos já praticados continuaram a gerar efeitos, ficando a continuidade da eficácia de tais atos condicionados à postura a ser adotada pelo juízo competente que receberá os autos.

Essa realidade, entretanto, configura apenas a regra criada pelo sistema, porque o juízo que se declara incompetente poderá no mesmo ato decidir que determinados atos por ele praticados deixam de gerar efeitos até que sejam ratificados pelo juízo competente.

Note-se que não há mais declaração de nulidade do ato, até porque o ato é válido, mas é possível ao juiz de origem que decida pela ineficácia de determinada decisão por ele proferida. É nesse sentido que deve ser interpretado o início do dispositivo legal: “Salvo decisão judicial em sentido contrário (...)”.

É evidente que o juiz deve enfrentar a alegação de incompetência antes de dar andamento ao processo, até porque não teria sentido um juízo incompetente continuar a atuar no processo e só decidir essa questão ao sentenciá-lo. Haverá, portanto, uma decisão interlocutória acolhendo ou rejeitando a alegação de incompetência – absoluta ou relativa – elaborada pelo réu na contestação. No tocante à incompetência absoluta, essa decisão interlocutória poderá ser proferida de ofício, conforme já analisado.

No projeto de lei aprovado na Câmara esse pronunciamento constava do rol de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento, mas no texto final do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado esse cabimento recursal foi afastado, como se pode notar da leitura do art. 1.015 do Novo CPC. Significa que a parte sucumbente só poderá impugnar a decisão interlocutória que versa sobre competência em apelação ou contrarrazões.

Essa realidade, entretanto, suscita intrigantes questionamentos. Conforme já adiantado, em razão da previsão contida no art. 64, § 4º, do Novo CPC, os atos praticados pelo juízo incompetente são válidos, podendo o juízo competente proferir decisão em sentido contrário àquele da decisão proferida pelo juízo incompetente, com o que, naturalmente, essa decisão deixará de gerar efeitos.

Entendo que essa regra é perfeitamente aplicável quando a incompetência é reconhecida em primeiro grau de jurisdição, com a remessa dos autos ao juízo competente. Mas como aplicá-la quando a incompetência for reconhecida em grau recursal, em reforma da decisão de primeiro grau que versou sobre competência?

Com a nova realidade recursal imposta pelo Novo Código de Processo Civil, a decisão interlocutória que versar sobre incompetência só poderá ser impugnada pela apelação ou contrarrazões, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC. Caso o tribunal entenda que o juízo de primeiro grau era incompetente, como deverá proceder? A resposta imediata é que o tribunal deve anular ao menos a sentença e determinar a remessa dos autos ao juízo competente. Essa resposta tinha sentido à luz do art. 113, § 2º, do CPC/1973, pelo qual os atos decisórios praticados por juízo incompetente eram nulos, mas no atual sistema os atos são válidos, de forma que não poderão ser anulados pelo tribunal. Afinal, não se anulam atos válidos.

Como o vício da incompetência não gera mais nulidade, mas ineficácia, poderia o tribunal encaminhar os autos ao juízo de primeiro grau para que ele, se entender adequado, profira decisões em sentido contrário aquelas proferidas pelo juízo incompetente, como determina o art. 64, § 4º, do Novo CPC? Já seria uma solução esdrúxula porque o recurso seria acolhido sem a reforma ou anulação da decisão impugnada. Por outro lado, corre-se o risco de o juízo competente concordar com as decisões do juízo incompetente, quando então a remessa dos autos terá se mostrado inútil. E ainda pior, se o juízo competente ratificar os atos do juízo

incompetente, poderá a parte sucumbente recorrer dessa decisão de ratificação? Que tipo de decisão será essa: decisão interlocutória ou sentença? E caso o juízo apenas tacitamente ratifique os atos, contra o que recorrer?

A série de problemas práticos indicados desaconselha a solução proposta anteriormente.

Uma forma de interpretação do art. 64, § 3º, do Novo CPC é entender que nesse caso de a apelação ou contrarrazões impugnarem decisão interlocutória que versar sobre a competência, o juízo competente indicado pelo dispositivo legal é o próprio tribunal. É obvio que não foi essa a pretensão do legislador, mas nessa proposta de solução poder-se-á dizer que o tribunal é competente, ainda que em grau recursal.

Admitida a premissa ficará claro que a impugnação da decisão interlocutória ora analisada somente em sede de apelação ou contrarrazões é inútil. Isso porque o tribunal adentrará no mérito das decisões de primeiro grau, para ratificá-los ou proferir decisão em sentido contrário. Mas essa é justamente a tarefa do tribunal para julgar o mérito recursal. O tribunal ao analisar o erro ou acerto da sentença não estará efetivamente analisando o vício formal por ela ter sido proferida por juízo incompetente, mas o conteúdo da sentença.

Não há muita dúvida de que retirar a decisão interlocutória que versa sobre competência do rol do art. 1.015 do Novo CPC foi uma grande tolice, para se dizer o mínimo. E com a novidade criada pelo art. 64, § 4º, do Novo CPC o legislador gerou um problema prático

insolúvel. É claro que os tribunais poderão continuar a julgar como já julgavam a questão na vigência do CPC/1973, reconhecendo a incompetência e anulando os atos decisórios de mérito. Mas tal postura conflitará frontalmente com o disposto no § 4º do art. 64 do Novo CPC.

Seja como for, entendo que essa decisão interlocutória é impugnável por mandado de segurança, até porque o meio recursal previsto pela lei (apelação ou contrarrazões) é incapaz de reverter a sucumbência suportada pela parte.

4.3. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA

Na busca da fixação de competência no caso concreto, o operador deve atentar para as diversas normas nos mais variados diplomas legais a respeito da competência da Justiça, do foro e do juízo. Para que essa tarefa seja facilitada, é possível seguir um esquema de descoberta da competência no caso concreto:

1.ª etapa: *Verificação da competência da Justiça brasileira*. Os arts. 21 a 23 do Novo CPC tratam do fenômeno da competência internacional, disciplinando as hipóteses de competência exclusiva do juiz brasileiro e as hipóteses de competência concorrente deste com o juiz estrangeiro. Sendo exclusiva ou concorrente, será competente a Justiça brasileira para julgar o processo.

2.ª etapa: Analisar se a competência para julgamento é dos *Tribunais de superposição* (a competência originária do STF vem disciplinada pelo art. 102, I, da CF e a competência originária do STJ no art. 105, I, da CF) ou de órgão jurisdicional atípico (por exemplo, o Senado Federal – art. 52, I e II, da CF.

3.ª etapa: Verificar se o processo será de *competência da justiça especial* (Justiça do Trabalho, Justiça Militar ou Justiça Eleitoral) ou justiça comum (Justiça Estadual e Justiça Federal).

4.ª etapa: Sendo de competência da justiça comum, *definir entre a Justiça Estadual e a Federal*. A Justiça Federal tem sua competência absoluta prevista pelos arts. 108 (TRF) e 109 (primeiro grau) da CF. A competência da Justiça Estadual é residual, ou seja, sendo de competência da justiça comum e, não sendo de competência da Justiça Federal, será de competência da Justiça Estadual.

5.ª etapa: Descoberta a *Justiça competente*, verificar se o processo é de competência originária do Tribunal respectivo (TRF ou TJ) ou do primeiro grau de jurisdição.

6.ª etapa: Sendo de competência do primeiro grau de jurisdição, determinar a *competência do foro*. Por foro deve-se entender uma unidade territorial de exercício da jurisdição. Na Justiça Estadual, cada comarca representa um foro, enquanto na Justiça Federal cada seção judiciária representa um foro.

7.ª etapa: Determinada o foro competente, a tarefa do operador poderá ter chegado ao final. Haverá hipóteses, entretanto, nas quais ainda deverá ser definida a *competência de juízo*, o que será feito no mais das vezes por meio das leis de organização judiciária (responsáveis pela criação de varas especializadas em razão da matéria e da pessoa) ou ainda pelo Código de Processo Civil (definição de qual juízo é competente quando duas ações são conexas e tramitam no mesmo foro – art. 58 do Novo CPC).

4.4. LIMITES DA JURISDIÇÃO NACIONAL

4.4.1. INTRODUÇÃO – PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Não cabe ao Estado brasileiro o julgamento de demandas que não têm aptidão de gerar efeitos em outro Estado, que muito provavelmente não reconhecerá tal decisão. O princípio da efetividade determina que a justiça brasileira só deva se considerar competente para julgar demandas cuja decisão gere efeitos em território nacional ou em Estado estrangeiro que reconheça tal decisão, tornando assim sua atuação sempre útil e teoricamente eficaz[420].

É preciso observar que nos casos do art. 23 do Novo CPC não se retira propriamente a competência do juiz estrangeiro, mas sim sua jurisdição. As limitações impostas pelos arts. 21 a 23 do Novo CPC traçam objetivamente os limites da jurisdição dos tribunais brasileiros, e não tão somente sua competência[421]. Nesse sentido, deve ser elogiado o Novo CPC ao deixar de prever a matéria no capítulo destinado à competência, criando um capítulo próprio com o nome "Dos limites da jurisdição nacional".

4.4.2. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL CONCORRENTE E EXCLUSIVA

Nos arts. 21 e 22 do Novo CPC estão previstas as hipóteses de competência internacional concorrente, o que significa dizer que tanto o juízo brasileiro como o juízo estrangeiro têm competência para o julgamento do processo envolvendo as matérias e situações previstas no dispositivo legal. Dessa forma, caso a demanda tramite em país estrangeiro, a questão da competência não será obstáculo para a homologação da sentença estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça[422].

O art. 21 do Novo CPC repete as regras já existentes no art. 88 do CPC/1973: quando o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil, considerando-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal; no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; quando o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

A inovação fica por conta do art. 22 do Novo CPC, que prevê novas hipóteses de competência internacional concorrente. São

incluídas as ações de alimentos, desde que o credor tenha domicílio ou residência no Brasil, ou o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos. No primeiro caso, é interessante a novidade porque a regra atual não contempla o credor de alimentos cuja obrigação não tiver que ser cumprida no Brasil e nem tenha como fundamento um ato praticado aqui. No segundo caso, contempla-se a hipótese de réu que não seja domiciliado e nem residente no Brasil, mas por ter bens ou rendas no país poderá ser aqui demandado.

Outra novidade é a inclusão de ações decorrentes de relação de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil. Essa inovação só pode ser considerada novidade nos casos em que o consumidor é o autor da demanda, porque caso seja o réu a hipótese já estará coberta pelo art. 21, I, do Novo CPC.

Por fim, o juízo brasileiro também será competente para julgar ações em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional. A convenção expressa se dá por cláusula de eleição de foro, que no caso será mais propriamente chamada de "cláusula de eleição de jurisdição", havendo dúvida do que venha a ser uma escolha tácita da jurisdição brasileira para a solução do conflito. A escolha pelas partes deve ser analisada à luz do princípio da efetividade, podendo o juízo nacional negar sua jurisdição para resolver determinada causa se notar que sua decisão não terá condições de gerar efeitos em razão de princípios de soberania de outros países. É até mesmo uma questão de ausência de interesse de agir, porque mesmo que ambas as partes queiram que seu conflito

seja resolvido no Brasil, se a decisão nacional não reúne condições de gerar efeitos a atividade jurisdicional torna-se inútil.

No art. 23 do Novo CPC encontram-se as hipóteses de competência exclusiva do juízo nacional, significando dizer que nenhum outro Estado, ainda que contenha norma interna apontando para sua competência, poderá proferir decisão que seja eficaz em território nacional: ações relativas a imóveis situados no Brasil; em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

Seguindo a tendência de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, o Novo CPC prevê em seu art. 25 não caber à autoridade judiciária brasileira o julgamento de ações quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação. Novamente, é interessante trazer ao debate o princípio da efetividade, considerando que o juízo brasileiro poderia entender que a aplicação da cláusula de eleição de foro tornaria a decisão judicial inútil, incapaz de gerar efeitos.

Entendo que, nesse caso, não cabe ao juízo brasileiro qualquer consideração a respeito do tema, sendo tal missão exclusiva do juízo apontado na cláusula de eleição de foro, que inclusive poderá

anular referida cláusula se sua utilização gerar serviço jurisdicional inútil, o que liberaria as partes para discutir seu conflito no Brasil.

O § 1.º do dispositivo legal afasta a aplicação da regra consagrada no *caput* nas hipóteses de competência internacional exclusiva consagradas no art. 23: I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II – em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular, inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; III – em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

Para que a sentença estrangeira possa gerar efeitos em território nacional, deverá obrigatoriamente passar por um processo de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça, num procedimento que demonstra ser uma verdadeira nacionalização da sentença estrangeira. Uma das exigências para que tal homologação ocorra é justamente o respeito ao estabelecido no art. 23 do Novo CPC, de forma que o impedimento da geração de efeitos de sentença que o afronte se dará por meio do julgamento de improcedência da homologação.

4.4.3. LITISPENDÊNCIA INTERNACIONAL

Apesar de vício topológico[423], o art. 24 do Novo CPC cria importante e polêmica regra a respeito do fenômeno da litispendência internacional, ou seja, a litispendência entre ações

idênticas (mesmos elementos – partes, causa de pedir, pedido) em trâmite perante dois países diferentes. O artigo legal permite a existência concomitante de dois processos idênticos em trâmite perante diferentes países. Significa dizer, ao que interessa ao nosso direito interno, que a existência de um processo estrangeiro não obsta que um processo idêntico àquele exista no Brasil, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

A par de outros equívocos de redação, o dispositivo parece confundir conteúdo e eficácia (aqui entendida como condições de gerar efeitos), o que não se pode admitir. A litispendência é um fenômeno fático, qual seja, a existência concomitante de dois processos idênticos. O efeito da litispendência é a extinção sem a resolução de mérito de um deles (no que tiver ocorrido a citação mais tardia – art. 240, *caput*, do Novo CPC). Ora, havendo dois processos idênticos, ainda que em países diferentes, haverá a situação fática a ensejar a litispendência; o que não haverá será seu efeito, já que ambos poderão conviver contemporaneamente[424].

Segundo a doutrina majoritária, a existência de um processo estrangeiro não obsta a existência de um processo idêntico em território nacional e vice-versa. Tendo elementos diferentes (causa de pedir e pedido) é possível a concomitância da ação de homologação de sentença estrangeira e de ação em trâmite no território nacional idêntica àquela que gerou a sentença que se busca homologar. Transitando em julgado a homologação da sentença estrangeira, o processo nacional deverá ser extinto sem a resolução de mérito por ofensa superveniente à coisa julgada

material (art. 485, V, do Novo CPC). Transitando em julgado a decisão proferida no processo nacional, o Superior Tribunal de Justiça não poderá homologar a sentença estrangeira, que homologada nessas circunstâncias agrediria a coisa julgada e, por consequência, a soberania nacional[425], havendo correto entendimento de que a simples existência de um processo nacional idêntico ao estrangeiro em trâmite não representa óbice para a homologação[426].

É nesse sentido o parágrafo único do art. 24 do Novo CPC, onde há expressa previsão de que a pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial ou arbitral estrangeira. A norma condiz com o que já ocorre, considerando que a sentença estrangeira somente gera efeitos no Brasil após sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, de forma que não se poderia admitir a suspensão de ação nacional pela mera existência de pedido de homologação.

4.5. ESPÉCIES DE COMPETÊNCIA

Existem cinco espécies de competência, sendo três absolutas – *funcional, em razão da matéria* e *em razão da pessoa* – e duas relativas – *territorial* e *valor da causa*. Como se verificará, entretanto, as duas espécies de competência relativa podem, ainda que excepcionalmente, adquirir natureza de competência absoluta.

4.5.1. COMPETÊNCIA TERRITORIAL

Segundo previsão do Código de Processo Civil, a competência territorial é espécie de competência relativa. Por meio da competência territorial se determina qual o foro competente para a demanda, o que significa dizer qual a circunscrição territorial judiciária competente (comarca na Justiça Estadual e seção judiciária na Justiça Federal).

4.5.1.1. Foro comum (ou geral ou ordinário) – art. 46 do Novo CPC

O foro comum previsto pelo ordenamento brasileiro, em tradição seguida universalmente, é o do domicílio do réu. Segundo o art. 46 do Novo CPC, essa regra somente se aplica aos processos fundados em direito pessoal e direito real sobre bens móveis. Dessa forma, as demandas fundadas em direto pessoal sobre móvel, direito pessoal sobre imóvel e direito real sobre móvel tem como regra de foro comum o domicílio do réu.

O domicílio da pessoa física é o lugar em que ela se estabelece de modo estável, ou seja, onde fixa residência com ânimo definitivo, com as exceções do domicílio legal previsto em lei (por

exemplo, o servidor público se reputa domiciliado no lugar em que exercer permanentemente suas funções; o preso tem como domicílio o local onde cumpre a sentença – art. 76, parágrafo único, do CC). O "domicílio" das pessoas jurídicas é o local onde está sua sede (art. 100, IV, *a*, do CPC e art. 75, IV, do CC). O da União é o Distrito Federal (art. 18, § 1.º, CF, art. 75, I, do CC), dos Estados são suas capitais (art. 75, II, do CC) e dos Municípios o lugar onde funcione a administração municipal (art. 75, III, do CC). As autarquias, empresas públicas e fundações têm sede no local indicado nas leis que as institui, enquanto as pessoas de direito privado têm sua sede onde determinar seu estatuto ou contrato social.

Segundo o art. 46, § 1.º, do Novo CPC, tendo o réu mais de um domicílio, será demandado no foro de qualquer deles, a escolha do autor.

Pela previsão do art. 46, § 2.º, do Novo CPC, sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele poderá ser demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor. A expressão "onde for encontrado" deve ser entendida como residência, já que não teria sentido, por exemplo, fixar a competência num foro em que o réu apenas passou um dia em viagem de negócios. O dispositivo legal prevê hipótese de *competência subsidiária* e não concorrente. Prefere-se o foro da residência do réu, e somente se não for possível fixá-la, deverá optar o autor pelo foro de seu domicílio[427].

Aduz o art. 46, § 3.º, do Novo CPC que, quando o réu não tiver domicílio ou residência no Brasil, a ação será proposta no foro

do domicílio do autor; se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro. Também nessa hipótese tem-se regra de *competência subsidiária*, mas ainda mais complexa que a verificada no parágrafo anterior. Os foros são previstos de forma sucessivamente subsidiária; se o réu não tiver residência, a competência será do foro do domicílio do autor, e somente no caso de ele residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro. São foros subsidiários, também chamados de *foros supletivos*.

O art. 46, § 4.º, do Novo CPC prevê que, havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor. Apesar da omissão legislativa, entende-se que nas hipóteses em que a regra de competência aponta o domicílio do autor (por exemplo, consumidor como autor) e, havendo litisconsórcio ativo, os autores poderão optar pelo foro do domicílio de quaisquer deles.

No § 5º do art. 46 do Novo CPC há previsão de competência do foro do domicílio do réu, de sua residência ou no lugar onde for o réu (executado) encontrado para a execução fiscal. Segundo parcela majoritária da doutrina o dispositivo cria regra de foros concorrentes, de forma que caberá ao exequente a escolha do foro no caso concreto dentre aqueles abstratamente competentes[428]. Para outra parcela trata-se de foros subsidiários, de forma que o dispositivo teria criado uma ordem de preferência entre os foros indicados como abstratamente competentes[429]. Não tenho dúvida de que a competência criada pelo dispositivo ora analisado é concorrente, conclusão corroborada pela comparação da redação dos arts. 46, § 5º, do Novo CPC e 578 do CPC/1973.

Registre-se que o art. 46, § 5º, do Novo CPC deve se compatibilizar com o texto constitucional, de forma que, sendo a exequente a União, a regra de competência territorial não é a indicada pelo diploma processual, mas sim pelo art. 109, § 1º, da CF, que prevê que quando a União for autora a competência é do domicílio do réu[430]. Nesse caso não há foros concorrentes, mas um único foro competente: aquele indicado pelo texto constitucional.

Apesar de não se tratar de competência de foro, mas sim de juízo, é importante a lembrança do art. 5º da Lei 6.830/80, que prevê que a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

4.5.1.2. Direito real imobiliário – art. 47 do Novo CPC

A redação do art. 47 do Novo CPC não é das mais claras, merecendo uma explicação antes de qualquer outra consideração a respeito da regra de competência que criou. O dispositivo legal criou uma regra de competência absoluta[431], determinando o foro do local do imóvel como o absolutamente competente para conhecer ações reais imobiliárias que tenham por objeto os direitos de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova. Perceba-se que a regra que determina a obrigatoriedade do foro do local do imóvel como competente não abrange todas as ações que tenham como objeto direito real imobiliário, mas somente aquelas previstas expressamente pelo dispositivo legal.

Ao criar um dispositivo específico (art. 47, § 2.º, do Novo CPC) para as ações possessórias, o legislador deu a entender que a posse não é direito real, de forma a não poder ser tratada com os demais direitos reais previstos no dispositivo legal[432]. A opção não altera a tradicional regra de competência absoluta do foro do local do imóvel na ação possessória imobiliária.

Ações fundadas em direito real são aquelas que têm como objeto um direito real, derivado de uma relação jurídica de direito material existente entre uma pessoa (sujeito ativo) e uma coisa, sendo nesse caso a coletividade o sujeito passivo, em razão de seus efeitos *erga omnes*. Os direitos reais estão previstos no art. 1.225 do CC, havendo doutrina que defende o princípio da taxatividade desse rol[433], enquanto outra parcela defende o caráter meramente exemplificativo de tal rol[434]. Há, inclusive, exemplo de criação de direito real fora do rol do art. 1.225 do CC, no art. 59 da Lei 11.977/2009, que regulamenta o programa Minha Casa Minha Vida[435].

Na hipótese de o processo tratar de outros direitos reais imobiliários (p. ex., usufruto, uso, habitação), a regra a ser aplicada será outra: haverá três foros concorrentes, podendo o autor escolher entre o foro do local do imóvel, o foro do domicílio do réu ou o foro eleito por cláusula contratual, quando essa existir, sobrepondo-se aos dois demais foros. Trata-se, à evidência, de regra de competência relativa.

Apesar de parcela da doutrina entender tratar-se de competência funcional[436], parece mais correto o entendimento de

que se trata de competência territorial excepcionalmente absoluta[437]. Segundo a melhor doutrina, a razão de ser absolutamente competente o foro do local do imóvel decorre:

(a) da conveniência de decidir no local as demandas referentes a imóveis;

(b) facilidade de produção probatória;

(c) repercussão na vida econômica e social da localidade em que se situa o imóvel[438].

Na hipótese de o imóvel estar localizado em mais de um foro, haverá concorrência entre eles, podendo optar o autor por qualquer um, o que tornará o juízo que receber a petição inicial prevento para conhecer de qualquer outra ação conexa, ainda que em tese de competência do outro foro, não escolhido pelo autor (art. 60 do Novo CPC).

A aplicação do art. 47 do Novo CPC às ações de adjudicação compulsória depende do registro ou não do contrato de compromisso de compra e venda. Estando o contrato registrado, a competência será absoluta do foro do local do imóvel, porque o promitente comprador passa a ser titular de um direito real à aquisição do imóvel, conforme expressa previsão do art. 1.417 do CC. Por outro lado, não havendo registro – o que não é necessário para o ingresso da ação de adjudicação –, a natureza da demanda será pessoal, tratando-se de demanda de obrigação de fazer, com aplicação das regras de competência relativa[439]. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, entende pela natureza real da ação independentemente do registro do contrato, de forma a entender ser sempre aplicável o art. 47 do Novo CPC à ação de adjudicação compulsória[440].

Nas demandas em que o autor cumula pedidos de rescisão contratual e reintegração de posse, encontra-se intenso debate e divergência na doutrina. Tratando-se de cumulação sucessiva, na qual o pedido posterior só será analisado se o anterior for acolhido, só se descobre se o pedido de reintegração de posse for analisado ao final do processo, após o julgamento do pedido de rescisão contratual. Entendo que a mera perspectiva de julgamento de pedido possessório já é o suficiente para a aplicação da regra do art. 47 do Novo CPC[441].

Há decisões antigas do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser inaplicável a regra de competência absoluta prevista pelo art. 95 do CPC/1973 (atual art. 47 do Novo CPC) às ações em que o autor cumula o pedido de rescisão contratual com a reintegração de posse[442], afirmando-se que a segunda pretensão (reintegração de posse) é uma mera consequência do resultado da primeira (rescisão contratual)[443]. O entendimento se pacificou de tal forma que, atualmente, é aplicado por meio de decisão monocrática do relator[444].

Na execução hipotecária existe séria divergência doutrinária analisada no Capítulo 43, item 43.2., mas o melhor entendimento é pela inaplicabilidade da regra de competência absoluta criada pelo art. 47 do Novo CPC. O afastamento de tal norma se dá basicamente por duas razões[445]:

(a) o bem material que o exequente busca não é o imóvel que serviu como garantia real do negócio jurídico realizado, e sim dinheiro;

(b) o direito ao bem pretendido, que servirá de base à pretensão executória não é

direito real, mas sim pessoal.

A execução hipotecária é uma execução por quantia certa como outra qualquer, tendo de especialidade tão somente a existência de uma garantia real que será utilizada na satisfação do direito do exequente.

Também não se aplica a regra consagrada no art. 47 do Novo CPC em ação declaratória de extinção de hipoteca, tendo decidido o Superior Tribunal de Justiça que nesse caso há mera repercussão indireta sobre o direito real, sendo, portanto, regida a demanda pelas regras de competência relativa[446]. O mesmo entendimento o tribunal aplicou para ação declaratória de nulidade em razão de vício formal de escritura pública de cessão e transferência de direitos possessórios sobre imóvel[447].

4.5.1.3. Inventário, partilha, arrecadação, cumprimento de disposições de última vontade, impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e ações em que o espólio for réu – art. 48 do Novo CPC

Trata-se de regra de foro especial, na qual o foro preferencial será o do autor da herança, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro, o que significa dizer que se prefere o foro do último domicílio do *de cujus* no Brasil, ainda que este não coincida com seu último domicílio em vida (era domiciliado no exterior quando faleceu). No caso de o autor da herança não ter domicílio certo, o foro competente será o da situação dos bens. Finalmente, apenas se o autor da herança não tiver domicílio certo e possuir bens em lugares diferentes, o foro competente será do local de qualquer dos bens do espólio.

Há uma hipótese não descrita pelo artigo ora comentado: falecimento no exterior de sujeito que não tem domicílio no Brasil, mas que aqui deixou bens. Nas lições da melhor doutrina, a solução é a aplicação da regra de *foro concorrente*, admitindo-se a competência de qualquer dos lugares onde estejam os bens (inteligência com base no art. 48, parágrafo único, I, do Novo CPC)[448].

É importante ressaltar que, apesar de regra de foro especial, o art. 48 do Novo CPC cria tão somente uma regra de competência territorial, relativa por natureza, e, sempre que houver conflito com norma de competência absoluta, esta deverá prevalecer. Assim, tratando-se de demanda que verse sobre algum dos direitos reais imobiliários previstos no art. 47 do Novo CPC, o foro do local do imóvel tem preferência sobre o foro previsto pelo art. 48 do Novo CPC. Há, entretanto, competência absoluta do juízo do inventário para julgar ação anulatória de testamento, ainda que outro juízo tenha sido responsável pela ação de abertura, registro e cumprimento do testamento[449].

4.5.1.4. Réu ausente – art. 49 do Novo CPC

Segundo previsão do art. 49 do Novo CPC, será competente o foro do último domicílio do réu para as ações em que este for ausente, para as ações de arrecadação, inventário, partilha e cumprimento de disposição de última vontade. Trata-se de falso foro especial de competência territorial, considerando-se que o domicílio do ausente é justamente o de seu último domicílio, de forma que a regra do art. 49 do Novo CPC somente especifica a aplicação da regra do art. 46 do Novo CPC para as hipóteses em

que o réu for ausente.

Sendo um falso foro especial e sendo aplicável ao caso concreto outra regra de foro especial, esta prevalece sobre aquela, de forma que o art. 49 do Novo CPC somente será aplicado nas hipóteses de processos que devem ser propostos no foro comum, sempre preferindo-se a indicação de um foro genuinamente especial.

4.5.1.5. Réu incapaz – art. 50 do Novo CPC

A competência para as ações em que o réu seja incapaz será o do foro do domicílio de seu representante ou assistente. Mais uma vez a previsão é de foro especial falso, considerando-se que o estatuto civil aponta como domicílio necessário do incapaz o de seu representante legal (art. 76, parágrafo único, do CC). A incapacidade deve ser jurídica; sendo de fato é inaplicável a regra do art. 50 do Novo CPC (caso em que se aplicará no caso a regra de foro comum, prevista no art. 46 do Novo CPC).

4.5.1.6. União

O art. 99, I, do CPC/1973, ao prever a competência territorial das causas em que a União figurava como autora ou réu, contrariava parcialmente o art. 109, §§ 1.º e 2.º, da CF, de forma a ser desconsiderado na medida da contrariedade[450]. Com redação renovada, o art. 51 do Novo CPC adéqua-se às regras constitucionais de competência para tais demandas judiciais, o que torna ainda mais evidente a inadequação de se tratar de competência territorial no texto constitucional. De qualquer forma, havendo previsão constitucional, é natural que a regra

infraconstitucional tenha o mesmo teor, e essa missão é cumprida pelo art. 51 do Novo CPC.

Segundo o *caput* do dispositivo legal ora comentado, nas causas em que a União figurar como autora, a competência será do foro do domicílio do réu. E no parágrafo único vem previsto que, sendo a União demanda, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou no Distrito Federal.

Continua atual a observação de que o termo *União* contido tanto no art. 109, §§ 1.º e 2.º, da CF como no art. 51 do Novo CPC deve ser interpretado restritivamente, não se aplicando a regra prevista em tais dispositivos aos processos em que figurem como autor ou réu as autarquias, fundações ou empresas públicas federais, que seguirão outras regras de competência, em especial as previstas nos arts. 46 e 53, III, do Novo CPC (arts. 94 e 100, IV, do CPC/1973)[451].

Quanto à interpretação literal ou extensiva de tal regra para as autarquias, fundações e empresas públicas federais, parcela majoritária da doutrina defende a interpretação restritiva[452], havendo inclusive posicionamento do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido[453]. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, entendeu serem as regras de competência territorial constitucional aplicáveis também às autarquias federais[454].

É preciso registrar que a norma prevista pelo art. 51 do Novo CPC, bem como as do art. 109, §§ 1.º e 2.º, da CF, tratam de

competência territorial, sendo, portanto, regra de competência relativa. Essa observação é importante porque, havendo regra de foro de competência absoluta, como ocorre na hipótese do art. 47 do Novo CPC, essa prevalecerá sobre a regra do art. 51 do Novo CPC, sempre respeitada, obviamente, a competência da Justiça Federal, que não é competência de foro, mas sim de Justiça[455].

4.5.1.7. Competência por delegação – art. 109, § 3.º, da CF

O art. 109, §§ 3.º e 4.º, da CF prevê a regra da "delegação de competência", de extrema importância na fixação da competência territorial nos processos dos quais participem a União, autarquia, empresa pública e fundação federal. A "delegação da competência" ocorrerá sempre que houver previsão expressa em lei – constitucional ou infraconstitucional –, permitindo-se que na ausência de vara federal no foro competente a vara estadual seja competente para o julgamento do processo. Trata-se de dispositivo que busca facilitar o acesso à justiça em determinadas hipóteses expressamente previstas em lei, nas quais a ausência de Vara Federal obrigaria o deslocamento para local por vezes muito distante daquele que seria o competente se, no local do domicílio do autor ou da situação da coisa (usucapião especial), existisse Vara Federal.

Perceba-se que o art. 109, § 4.º, da CF não permite que se conclua que nessas hipóteses expressamente previstas em lei a competência da Justiça Federal simplesmente seja afastada, passando a ser definitivamente competente a Justiça Estadual. O dispositivo legal citado indica que os recursos serão sempre remetidos ao Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do

juiz de primeiro grau[456].

O art. 109, § 3.º, da CF expressamente prevê hipótese de delegação de competência nas demandas que envolvam segurados ou beneficiários e instituição de previdência social, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal. Cumpre registrar que nessa hipótese haverá uma competência de foros concorrentes, a serem escolhidos livremente pelo demandante, entre a Vara Estadual da Comarca de seu domicílio ou a Vara Federal da seção judiciária da qual pertença a cidade em que é domiciliado. Além da previsão expressa, o art. 109, § 3.º, da CF permite que leis infraconstitucionais criem para outras hipóteses a regra da delegação de competência. E assim foi feito por algumas leis infraconstitucionais.

O art. 15, I, da Lei 5.010/1966 (executivos fiscais) previa a possibilidade de a execução fiscal federal ser processada no juízo estadual de primeiro grau, tendo sido revogado pela Lei 13.043/2014. Apesar da revogação da regra, o art. 75 de referida lei determina que as execuções já em trâmite perante a Justiça Estadual não devem migrar para a Justiça Federal, em exceção pontual ao afastamento da *perpetuatio jurisdictionis*. Os arts. 15, II, da Lei 5.010/1966 (vistorias e justificações destinadas a produzir prova perante a administração federal), 119, § 2.º, da Lei 6.815/1980 (entrega de certificado de naturalização) e 4.º da Lei 6.969/1981 (usucapião especial de imóveis rurais) consagram a competência por delegação.

Existe outra possibilidade de atuação de vara estadual em ação

de competência da Justiça Federal, mas nesse caso não haverá propriamente a delegação de competência conforme analisado. De acordo com o art. 237, parágrafo único, do Novo CPC, nas comarcas em que não houver vara federal, a carta precatória poderá ser cumprida por vara estadual, em norma confirmada pela jurisprudência tranquila do Superior Tribunal de Justiça[457].

4.5.1.8. Estado ou Distrito Federal

O art. 52 do Novo CPC não encontra correspondente no CPC/1973, prevendo a competência para as causas que tenham como autor ou réu Estado ou Distrito Federal, seguindo o mesmo espírito da regra consagrada no artigo anterior. Assim, se o Estado ou Distrito Federal for autor, a competência será do foro comum, ou seja, do foro de domicílio do réu. Se figurar como réu, há competência concorrente entre o foro de domicílio do autor, de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, da situação da coisa ou na capital do respectivo ente federado.

O dispositivo legal permite que um Estado da Federação seja demandado perante outro Estado, dando a entender que deverá se sujeitar a decisão ao Poder Judiciário de outro Estado. E também que seja demandado fora da comarca da Capital, confirmando atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para quem "o estado-membro não tem prerrogativa de foro e pode ser demandado em outra comarca que não a de sua capital"[458].

4.5.1.9. Ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável – art. 53, I, do Novo CPC

O art. 100, I, do CPC/1973 previa como competente o foro da

residência da mulher para as ações de separação, conversão desta em divórcio e anulação de casamento. O art. 53, I, do Novo CPC trata do mesmo tema, mas de forma diferente e ampliada. Mais abrangente porque inclui entre as ações também a de reconhecimento ou dissolução de união estável, prestigiando entendimento jurisprudencial nesse sentido mesmo antes da previsão expressa[459]. Por outro lado, suprime a ação de conversão da separação em divórcio para se adequar à Emenda Constitucional nº 66.

E também é diferente porque cria duas regras, a depender da existência de filho incapaz: havendo, a competência será do domicílio do guardião (alínea "a"); não havendo, a competência será do foro de último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz (alínea "b"); e, se nenhuma das partes residir em tal domicílio, a competência será do foro do domicílio do réu (alínea "c").

Não vejo nos foros indicados pelas alíneas do inciso I do art. 53 do Novo CPC uma regra de foros concorrentes, não fazendo sentido deixar que o autor da ação escolha livremente entre os foros lá indicados. Ficou bem claro que o legislador adotou diferentes critérios para criar tais regras de competência, como a tutela do guardião do incapaz num primeiro momento e, num segundo momento, do cônjuge que se mantém no domicílio do casal. Trata-se, portanto, de foros subsidiários, havendo uma ordem de preferência estabelecida em lei e alheia à vontade do autor da ação[460].

A preferência legislativa fica por conta do cônjuge ou companheiro que tenha a guarda de filho incapaz. Apesar da compreensível razão de ser da norma, o legislador desconsiderou a possibilidade de guarda compartilhada, consagrada nos arts. 1.583 e 1.584 do CC. Nesse caso ambos os cônjuges serão guardiões do filho incapaz, sendo inaplicável a regra consagrada na alínea "a", I, do art. 53 do Novo CPC, cabendo, portanto, a aplicação das regras seguintes[461]. Registro que a existência de uma cidade-base de moradia, prevista no art. 1.583, § 3º, do CC, não afasta tal conclusão, porque mesmo nesse caso a guarda continuará a ser compartilhada.

Quando não houver filho incapaz, o legislador preferiu não prestigiar, ao menos em regra, o domicílio atual de nenhum dos cônjuges, mas o último domicílio do casal. A norma pode até ter tido um bom propósito, mas certamente afastará, ao menos em parcela dos casos, a proteção dispensada à mulher na regra atualmente em trâmite. Basta para chegar a essa conclusão imaginar a situação da mulher mudando de domicílio e o marido continuando no último domicílio do casal.

Ainda que se considere que, tradicionalmente, é o marido que deixa o lar, há muito tempo já não é mais essa uma realidade absoluta, sendo inúmeros os casos em que a mulher deixa o lar e, justamente para se afastar de forma significativa do marido, muda-se inclusive de cidade, hipótese na qual deixará de ter a proteção legal que tem atualmente.

Com isso o legislador aparentemente adéqua o dispositivo

legal à previsão contida no art. 226, § 5.º, da CF, que prevê a igualdade de direito e deveres entre os cônjuges. Já tive oportunidade de defender que a hipossuficiência da mulher resultava de uma presunção relativa, de forma que seria possível ao marido, ao excepcionar o juízo, demonstrar no caso concreto a inexistência de motivo de proteção à mulher, em razão da ausência de hipossuficiência no caso concreto[462]. Essa tese, entretanto, nunca foi aceita pelos tribunais, que insistiam na presunção absoluta de hipossuficiência da mulher.

A preferência do legislador foi adotar regras que se afastaram completamente da hipossuficiência da mulher, que não terá em seu favor nem mesmo a presunção relativa nesse sentido, até porque ser ou não hipossuficiente perdeu qualquer relevância para fins de fixação de competência.

A regra de competência prevista pelo art. 53, I, do Novo CPC, apesar de ser de foro especial, continua a ser regra de competência relativa, o que significa dizer que mesmo sendo proposta ação em foro incompetente, se o réu não se opor à escolha do autor, haverá prorrogação de competência.

4.5.1.10. Ação de alimentos – art. 53, II, do Novo CPC

Ao estabelecer que o foro competente para conhecer as ações de alimentos é o do domicílio ou residência do alimentando, o art. 53, II, do Novo CPC, fez valer o princípio da isonomia real, tratando diferentemente os desiguais (teoricamente nos limites de sua desigualdade), por meio de proteção à parte hipossuficiente da relação. Segundo a melhor doutrina, a regra de foro especial ora

tratada somente atinge as ações fundadas em direito alimentar gerado por parentesco ou casamento, inclusive os alimentos gravídicos previstos na Lei 11.804/2008, aplicando-se o art. 46 do Novo CPC nas ações de alimentos fundado em ato ilícito ou devido por convenção ou testamento[463].

Note-se que na regra ora analisada há dois foros competentes para a demanda: o do domicílio ou o da residência do alimentando. Tal alternatividade se explica em virtude do domicílio legal do incapaz ser o domicílio de seu representante, o que levaria sempre à competência do foro do domicílio do representante, quando esse figurasse na demanda como réu. Nessa hipótese, sendo o alimentando incapaz e tendo o réu como seu representante legal, o foro competente será o da residência do autor. O domicílio do alimentando será o competente quando este for ascendente ou descendente capaz do alimentante ou incapaz não representado pelo alimentante (por exemplo, o neto). A relevância do que foi dito fica condicionada às situações em que o alimentado tiver residência em local diferente do domicílio do alimentante, pois em caso contrário será sempre competente a mesma Comarca em que residirem ou forem domiciliados alimentante e alimentado.

Apesar de o dispositivo legal se referir à ação em que se pedem alimentos, a regra de foro especial também será aplicada para as ações em que os alimentos são oferecidos (art. 24 da Lei 5.478/1968). Além da demanda de oferecimento de alimentos, aplicar-se-á a norma nas demandas de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos[464]. Nas ações exoneratórias de alimentos, aplicar-se-á a regra de foro comum do art. 46 do Novo

CPC.

As mesmas considerações feitas a respeito da relatividade do foro da mulher nas demandas previstas pelo art. 53, I, do Novo CPC se aplicam também para a proteção processual outorgada ao alimentando. Também nesse dispositivo há regra de foro especial, mas relativa, de forma que o alimentando poderá preferir litigar no domicílio do alimentante. Além disso, a ausência de exceção de incompetência poderá gerar a prorrogação de competência, afastando a incidência da norma legal.

4.5.1.11. Pessoa jurídica como réu – art. 53, III, "a", do Novo CPC

Figurando a pessoa jurídica como ré, a competência será do foro onde se localiza sua sede, que estabelecida em seu contrato social ou estatuto social pode não se confundir com o seu domicílio (poderá ser o lugar onde funcionam as diretorias e administrações ou um domicílio legal, estabelecido pelos atos constitutivos da pessoa jurídica). O Superior Tribunal de Justiça entende que sendo réu a autarquia federal, a competência é do local de sua sede ou de sua agência ou sucursal em cujo âmbito de competência ocorreram os fatos que originaram a lide. Trata-se de mais uma hipótese de falso foro especial.

4.5.1.12. Obrigações contraídas pela agência ou sucursal – art. 53, III, "b", do Novo CPC

O art. 53, III, "b", do Novo CPC inova quando comparado com o art. 100, IV, "b", do CPC/1973. O dispositivo do CPC/1973 previa como competente o foro do lugar da agência ou sucursal quanto às obrigações que ela contraiu. A interpretação feita pela

doutrina era no sentido de que o dispositivo previa uma correlação entre o local da agência ou sucursal responsável pela obrigação e o foro competente. Dessa forma, se a agência bancária na qual foi obtido o empréstimo se localizava na Comarca de João Pessoa, seria essa a comarca competente para a demanda judicial.

Ocorre que no novel dispositivo a regra de competência do lugar ou sucursal deve ser aplicada quanto às obrigações contraídas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante a agência ou sucursal na qual se deu o negócio jurídico[465]. Pelo que se compreende da redação do art. 53, III, "b", do Novo CPC, contraído o empréstimo junto a uma agência bancária situada na Comarca de João Pessoa, qualquer outra comarca em que a instituição financeira mantenha agência será competente para a demanda.

Prefiro a redação do CPC/1973, que, ao indicar como competente o local da agência ou sucursal responsável pelo cumprimento da obrigação assumida, aproxima o processo do local no qual provavelmente a instrução probatória será realizada de forma mais simples e rápida. Ademais, não parece ter sentido obrigar uma pessoa jurídica a demandar numa Comarca estranha à da origem do negócio jurídico e de sua sede. Por outro lado, tal amplitude de foros concorrentes poderá ser utilizada pela pessoa jurídica quando figurar como autor da ação judicial para dificultar o exercício do direito de defesa do réu, com a escolha de foro onde tenha agência ou sucursal, mas distante do foro de domicílio do réu.

Registre-se que a interpretação dada ao dispositivo legal ora comentado não afeta as relações consumeristas, que continuarão a

ser reguladas pelo art. 101, I, do CDC quanto a sua competência.

4.5.1.13. Sociedade ou associação que carece de personalidade jurídica figurar como ré – art. 53, III, "c", do Novo CPC

O foro competente para as ações em que figurem como ré sociedade sem personalidade jurídica (sociedades de fato) será o do local onde esta exerce suas atividades. Havendo dificuldade no caso concreto para estabelecer o exato local de suas principais atividades, qualquer juízo em que exerça de forma significativa suas atividades será tido por competente, havendo nesse caso uma competência concorrente entre todos eles.

4.5.1.14. Obrigação a ser cumprida – art. 53, III, "d", do Novo CPC

Nas ações que tenham como objeto o cumprimento de uma obrigação, o foro competente será o do local onde a obrigação deve ser satisfeita (*forum destinatae solutionis*). Trata-se de regra aplicável tão somente para o cumprimento das obrigações contratuais, destinando-se tanto às pessoas jurídicas como às físicas.

As razões que levaram o doutrinador à criação de tal regra giram em torno da presumida facilidade de a atividade probatória ser desenvolvida no local do cumprimento da obrigação, além de ser nesse local que invariavelmente se refletem os efeitos econômicos da solução da demanda. Não obstante, continua a ser norma de competência relativa, o que significa dizer que pode ser modificada por lei ou por vontade das partes. O autor, por exemplo, poderá optar pelo domicílio do réu, aplicando ao caso concreto a regra de foro comum prevista no art. 46 do Novo CPC.

4.5.1.15. Direitos previstos no Estatuto do Idoso (art. 53, III, "e", do Novo CPC)

Prever o foro da residência do idoso para as causas que versarem sobre direito previsto no Estatuto do Idoso é uma interessante inovação trazida ao Código de Processo Civil pelo art. 53, III, "e", do Novo CPC.

Diante das enormes dificuldades em aplicar o art. 80 da Lei 10.741/2003, que criou uma competência absoluta do foro do domicílio do idoso no âmbito da tutela coletiva, parcela da doutrina já defendia a aplicação da regra para as ações individuais envolvendo o idoso, com natureza de competência relativa[466]. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, limita a aplicação do art. 80 do Estatuto do Idoso a ação que versam sobre direito difusos, coletivos e individuais homogêneos ou indisponíveis[467].

A norma deve ser saudada pela clareza na tutela do idoso nas ações em que figurar como autor, já que atuando como réu, basta aplicar a regra de foro comum consagrada no art. 46 do Novo CPC. Se autor e réu forem idosos, deve ser aplicada a regra do foro comum, sendo competente o foro do domicílio do réu.

Registre-se que o legislador se valeu de dois critérios distintos para a aplicação da regra do art. 53, III, "e", do Novo CPC: sujeito e objeto. Dessa forma, não basta a presença de um idoso em um dos polos da demanda para que a norma seja aplicada, sendo imprescindível que o direito material discutido esteja contemplado pelo Estatuto do Idoso. Aplicar-se-á, portanto, o art. 46 do Novo CPC se o idoso for parte, mas o direito não estiver previsto na Lei

10.741/2003.

Por outro lado, trata-se de norma de competência relativa, cabendo a prorrogação de competência e a preferência por aplicação de norma de competência territorial absoluta, como ocorre com o art. 47 do Novo CPC[468].

4.5.1.16. Sede da serventia notarial ou de registro

Trata de novidade o art. 53, III, "f", do Novo CPC ao prever como competente o foro do lugar da sede da serventia notarial ou de registro na ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício. Apesar da novidade legislativa, há decisões do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo que a atividade notarial é regida pelo Código de Defesa do Consumidor[469], sendo competente o foro do domicílio do autor[470]. A novidade do art. 53, III, "f", do Novo CPC não pode alterar a natureza jurídica da atividade notarial, tampouco decidir qual o diploma legal aplicável a ela. A proteção à serventia notarial pretendida pela norma será ineficaz, tudo levando a crer que continuará a ser aplicado nesse caso o art. 101, I, do CDC.

4.5.1.17. Reparação de dano – art. 53, IV, "a" do Novo CPC

Nas ações que tenham por objeto a reparação de dano, o foro competente será o do lugar do ato ou fato que gerou o dano (*forum commissi delicti*). O legislador criou regra fundada na presunção de que a instrução probatória será facilitada e por consequência melhor será a captação da verdade pelo juiz se o processo tiver seu trâmite no lugar em que ocorreu o ato ou fato gerador do dano. A regra somente se aplicará na hipótese de ato ilícito civil extracontratual.

Sendo hipótese de ilícito contratual, aplica-se a regra prevista no art. 53, III, “d”, do Novo CPC. Tipificando-se o ato gerador do dano como ilícito penal (crime), deverá ser aplicada a regra de competência prevista no art. 53, V, do Novo CPC.

Cumpre registrar que, apesar da tradição reparatória de nosso direito, a expressão “reparação de danos” deve ser interpretada extensivamente no tocante às relações obrigacionais, incluindo-se também a tutela inibitória, que não busca reparar o dano, e sim evitar que um ato ilícito seja praticado. No que concerne à reparação de danos, todas as espécies de dano estão incluídas; danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes) e danos morais.

Por fim, mais uma vez destaque-se que a regra contida no art. 53, IV, “a”, do Novo CPC é regra de competência territorial e, portanto, relativa, de forma que o autor poderá optar por litigar no foro de domicílio do réu sem que este possa se insurgir contra isso (*prorrogação por ato unilateral do autor*, analisada em tópico próprio).

4.5.1.18. Administrador ou gestor de negócios alheios figurando como réu – art. 53, IV, “b”, do Novo CPC

Nas ações movidas contra o administrador ou o gestor de negócios alheios, o foro competente será do lugar em que o ato ou fato que ensejou o processo judicial foi praticado (*forum gestae administrationis*). A regra somente será aplicada nas hipóteses em que a demanda seja promovida pelo titular do direito administrado, devendo aplicar-se o foro comum (art. 46 do Novo CPC) em demandas promovidas por terceiros. Não se aplica a regra também

nas hipóteses em que o administrador ou gestor de negócios alheios for o autor da demanda. Tampouco incidirá a norma para o mandatário judicial.

4.5.1.19. Reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos – art. 53, V, do Novo CPC

O inciso V do art. 53 do Novo CPC cria regra específica para as hipóteses de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos. A regra é de foros concorrentes entre o foro do lugar do ato ou fato e do domicílio do autor, sendo deste a escolha por qualquer dos dois. Ainda poderá optar pelo foro do domicílio do réu, aplicando ao caso a regra do foro comum (art. 46 do Novo CPC).

Por delito deve-se entender o ato ilícito tipificado penalmente, ou seja, o crime. Entendimento em sentido diverso faria com que o dispositivo legal conflitasse inutilmente com o art. 53, IV, "a", do Novo CPC[471], ainda que exista entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de admitir-se que o termo "delito" seja interpretado tanto como ilícito penal como civil[472].

No tocante a acidente de veículos, a regra deverá ser aplicada para qualquer espécie de veículo, seja terrestre (motorizado – por exemplo, carro, ônibus – ou não – por exemplo, charrete, bicicleta); aéreo (por exemplo, avião, ultraleve, balão, asa delta); marítimo ou fluvial (por exemplo, navio, lancha, balsa, caiaque, *jet ski*, *banana boat*) ou ferroviário (por exemplo, trens de passageiros ou carga, metrô). Nesse sentido, ao menos parcialmente, é o art. 53, V, do Novo CPC ao prever que no acidente de veículos se inclui

aeronaves. Vale também a lembrança de que, apesar de a norma legal falar em acidente entre veículos, é plenamente possível o acidente envolvendo tão somente um veículo. O mesmo poderá ocorrer em acidente envolvendo apenas um veículo e um obstáculo estático (por exemplo, bueiro, muro); ou envolvendo só um veículo e um ser vivo (atropelamento de uma pessoa, acidente gerado por colisão com animais na pista). Estão excluídas da aplicação da regra de competência ora analisada as demandas que tenham por objeto danos sem que haja o envolvimento efetivo de veículo, ainda que verificados dentro deste (por exemplo, agressão entre os passageiros de um coletivo).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de ação de cobrança de indenização decorrente de seguro DPVAT, o inciso V do art. 53 do Novo CPC deve ser conjugado com o art. 46 do mesmo diploma legal, de forma que o autor pode optar pelo foro (a) comum, ou seja, do domicílio réu; (b) do domicílio do autor; (c) ou do lugar da ocorrência[473].

4.5.2. COMPETÊNCIA FUNCIONAL

4.5.2.1. Conceito

A par da polêmica decorrente de lições de Chiovenda e que será tratada em capítulo próprio, a competência funcional classifica-se:

(a) pelas fases do procedimento;

(b) relação entre ação principal e ações acessórias e incidentais;

(c) pelo grau de jurisdição;

(d) pelo objeto do juízo.

Na primeira espécie de competência funcional, a competência se fixa por fases do processo, ou seja, o juízo que praticou determinado ato processual torna-se absolutamente competente para praticar outro ato processual previamente estabelecido. Dê-se como exemplo a competência absoluta do juízo para liquidar sentença genérica por ele proferida, regra somente afastada no caso da liquidação individual da sentença coletiva, quando a competência para a liquidação individual será do domicílio do autor da liquidação[474].

A segunda espécie determina que o juízo da ação principal seja absolutamente competente para as ações acessórias e incidentais. Por ter exercido a função jurisdicional na ação principal, automaticamente receberá a competência para as ações acessórias e incidentais. Como exemplo, podem-se apontar a reconvenção, oposição, ação de restauração de autos, cautelar, embargos à execução, embargos ao mandado monitório, embargos de terceiro.

A terceira espécie de competência funcional configura-se na competência por graus de jurisdição, que poderá ser recursal ou originária. Na competência funcional recursal, em razão da natureza do processo ou de seu procedimento, a lei escalona determinados órgãos jurisdicionais em diferentes graus de jurisdição para conhecer e julgar a demanda. Na competência originária, há indicação expressa da lei de supressão do primeiro grau jurisdicional, sendo o Tribunal competente em caráter originário.

Finalmente, na quarta hipótese, a competência é determinada pelo objeto do juízo, verificada quando numa mesma decisão

participam dois diferentes órgãos. Pode-se indicar tal espécie de competência no procedimento de declaração incidental de inconstitucionalidade (arts. 948 a 950 do Novo CPC), nos quais a Câmara ou Turma do Tribunal em que são suscitados tais incidentes são competentes para decidir o processo em si, aplicando a lei ao caso concreto, mas é do Tribunal Pleno a competência para fixar a interpretação da lei ou decidir a respeito de sua constitucionalidade (art. 97 da CF).

4.5.2.2. Competência funcional ou competência territorial absoluta?

Segundo tradicional lição de Chiovenda, quando uma demanda é confiada a um determinado território pelo fato de ser nesse foro (comarca ou seção judiciária) mais fácil ou mais eficaz o exercício da função jurisdicional, tem-se uma espécie de competência funcional[475]. A facilidade na propositura da demanda, na realização da prova e a proximidade dos resultados da demanda às pessoas de um determinado local, sempre que estes fatores forem determinantes na fixação da competência de um determinado foro, criariam uma hipótese de competência funcional.

O problema gerado por tal construção é deixar transparecer a ideia de que a fixação de competência em um determinado território possa ter caráter funcional, o que não parece correto. Há grave equívoco ao imaginar que as características apontadas pelas lições de Chiovenda sejam efetivamente a razão para que a regra de competência tenha caráter funcional. Ademais, seria absolutamente inconveniente se entender o critério funcional como apto a determinar uma melhor ou pior forma de prestação jurisdicional,

quando o mínimo que se espera é que a prestação jurisdicional de qualidade seja sempre a preocupação da jurisdição, independentemente do local em que é exercida. Dessa forma, parece que nas vezes em que o legislador fixa uma competência territorial, atribuindo-lhe a característica de competência absoluta, não o faz levando em conta tão somente a melhor ou pior qualidade da prestação jurisdicional, mas sim a natureza do direito material debatido. É essa natureza que leva o legislador a fixar certo território de maneira improrrogável para julgar determinadas demandas judiciais, somente podendo-se afirmar que a facilidade ou eficácia da função a ser exercida pelo juiz é apenas algo que motivou o legislador a criar essas regras de competência absoluta, mas nunca sua razão de ser[476].

4.5.2.2.1. Art. 47 do Novo CPC – ações reais imobiliárias

Segundo previsão do art. 47 do Novo CPC, tratando a demanda de direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova, a competência será do local do imóvel. A doutrina é uníssona em afirmar que essa hipótese trata de competência absoluta, improrrogável, portanto. A maioria vê nesse caso hipótese de competência funcional, justamente pela suposta maior facilidade e eficácia na função a ser exercida pelo juiz se a demanda tramitar no local em que se localiza o imóvel[477].

Parcela da doutrina defende haver uma comunhão de critérios determinadores de competência, afirmando que para a fixação da competência se levam em conta tanto a matéria debatida (direito real imobiliário) como o território competente (local do imóvel)[478].

Há ainda aqueles que fazem única e exclusiva menção à competência territorial[479]. Prefiro o último entendimento, porque sempre que a regra de competência prevê o foro competente inegavelmente será territorial. As razões político-legislativas que levaram o legislador a atribuir natureza absoluta a essa regra de competência não têm o condão de modificar sua natureza de competência territorial.

4.5.2.2.2. Art. 2.º da Lei 7.347/1985 – Ação civil pública

O art. 2.º da Lei 7.347/1985 prevê a competência funcional do local do dano para as demandas coletivas. Note-se que, evidentemente, não é porque o legislador chama essa competência de funcional que ela se transforma nessa espécie de competência[480]. Há certa perplexidade pela reunião expressa de dois critérios de determinação de competência: territorial e funcional (pelo menos é isso que a lei afirma)[481], não obstante todos prestigiarem a indicação legal sob o argumento de que no local do dano haverá possibilidade de uma proximidade física do juiz com o evento, e consequentemente a prova poderia ser colhida mais facilmente e de maneira mais eficaz, o que em última análise proporcionaria uma tutela jurisdicional de melhor qualidade.

Mais uma vez se percebe a indevida confusão entre a razão de ser da fixação da competência absoluta a certo território e os ganhos práticos que tal fixação provavelmente trará ao processo. Não são, como faz parecer, a facilidade da produção da prova e o maior contato do juiz com o evento que motivou o ingresso da demanda judicial que fazem com que a competência da ação civil pública seja obrigatoriamente a do local do dano. Essas circunstâncias são

mera consequência. O que determina a competência absoluta – e não funcional – do local do dano é a natureza do direito controvertido (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos).

A doutrina majoritária entende que à regra de competência do local do dano nas ações coletivas aplica-se a regra de "competência por delegação" prevista pelo art. 109, §§ 3.º e 4.º, da CF. A delegação nesse caso se justificaria em razão de o processo se desenvolver perante o local do dano como forma de presumidamente garantir uma tutela jurisdicional de melhor qualidade. A justificativa para o legislador ter criado uma regra de competência territorial absoluta (situação excepcional) é justamente o contato mais direto do juiz com os elementos probatórios a serem colhidos e até mesmo com a repercussão do ato praticado na comunidade. A transferência de uma demanda para outra cidade, em que exista vara federal, colocaria em xeque tal justificativa, afastando o juiz do local do dano e, em tese, prejudicando a própria entrega da prestação jurisdicional[482].

Esse entendimento, entretanto, não foi o mesmo que o Supremo Tribunal Federal teve sobre o tema, o que gerou inclusive a revogação da Súmula 183 do Superior Tribunal de Justiça. Para o Tribunal Supremo, a inexistência de norma expressa no sentido da delegação de competência impede a sua aplicação nas ações coletivas, de forma que a demanda sempre deverá ser proposta em vara federal, ainda que esta se situe em local diverso daquele em que se verificou o dano. Na realidade, entende-se que, na Justiça Federal, por local do dano entende-se a seção judiciária, de forma

que a regra do art. 2.º da Lei 7.347/1985 seria sempre cumprida[483].

Registre-se por fim que a regra que determina o local do dano é a regra geral para as ações coletivas, mas que será afastada no caso concreto na hipótese em que a demanda coletiva versar sobre matéria tutelada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, quando a competência será do local do ato ou omissão (art. 209 da Lei 8.069/1990 – ECA) ou quando tutelar direito de idoso, quando a aplicação será do local de seu domicílio (art. 80 da Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso).

4.5.3. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA

A competência em razão da matéria é aquela determinada em virtude da natureza da causa (objeto da demanda). Há normas de competência em razão da matéria na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais, nas leis federais e nas leis de organização judiciária.

Registre-se que as regras de competência em razão da matéria são regras de competência absoluta, não admitindo prorrogação. Sempre que estiverem fixadas em norma de organização judiciária, determinarão a competência do juízo, em interesse geral da administração da Justiça. As normas de organização judiciária criam varas especializadas, que concentram todas as demandas pertencentes a um determinado foro – geralmente da Capital ou de cidade de grande porte –, tomando-se por base matéria específica. O objetivo é bastante claro: especializar os servidores da justiça, inclusive e principalmente o juiz, numa determinada matéria, dispensando estudos mais aprofundados de tantas outras, o que

teoricamente ensejará uma prestação jurisdicional de melhor qualidade. Vivemos, afinal, em tempos de especialização.

Na Constituição Federal a matéria determina a competência das Justiças. A competência das Justiças Especializadas vem prevista nos arts. 114 (Justiça do Trabalho), 121 (Justiça Eleitoral) e 125 (Justiça Militar). Excluídas as Justiças especializadas, a competência será da Justiça Comum, uma vez que a competência da Justiça Federal vem prevista nos arts. 108 (TRF) e 109 (primeiro grau) da CF. A competência da Justiça Estadual é residual, incluindo todas as matérias que não sejam das Justiças especializadas ou da Justiça Federal. Todas essas regras são de competência absoluta.

Registre-se, por fim, que, por se tratar da fixação de competência de juízo, somente após a fixação da competência do foro terá alguma relevância a existência ou não de vara especializada em razão da matéria. A vara especializada em razão da matéria não modifica regra de competência de foro, só passando a ter importância após tal determinação[484].

4.5.4. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA PESSOA

Essa espécie de competência não vem regulada expressamente pelo Código de Processo Civil, mas nem por isso deixa de ser lembrada pela melhor doutrina, tendo importante aplicação prática. A competência em razão da pessoa será sempre absoluta, existindo regras na Constituição Federal (competência da Justiça Federal de primeiro grau, do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), nas Constituições Estaduais (competência de tribunais

estaduais) e nas leis de organização judiciária (competência de juízo). Sempre que estiverem fixadas em norma de organização judiciária, determinarão a competência do juízo, em interesse geral da administração da Justiça. Mais uma vez o que se pretende é a especialização, não em razão da matéria, mas sim da pessoa. Exemplo clássico é a Vara da Fazenda Pública, que concentra as demandas envolvendo o Estado e o Município.

Mais uma vez é interessante fazer um paralelo entre a competência em juízo em razão da pessoa com a competência de Justiça, também motivada pelo aspecto subjetivo, o que demonstrará com ainda maior clareza o acerto de considerar tanto numa como noutra a natureza absoluta da competência. A competência da Justiça Federal em razão do art. 109, I, da CF (União, autarquia, fundação e empresa pública federal), por exemplo, é determinada em razão da pessoa – competência absoluta –, da mesma forma que a vara especializada da Fazenda Pública, criada em razão da pessoa e também absoluta.

A exemplo da competência em razão da matéria criada por leis de organização judiciária, por se tratar da fixação de competência de juízo, somente após a fixação da competência do foro terá alguma relevância a existência ou não de vara da Fazenda Pública.

4.5.5. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO VALOR DA CAUSA

Atualmente a relevância da competência fixada pelo valor da causa encontra-se restrita à questão que envolve o Juizado Especial e os chamados foros regionais (distritais ou qualquer outro nome que se dê à criação de células divisionárias de comarcas[485]).

Segundo a previsão do Código de Processo Civil a competência pelo valor da causa é espécie de competência relativa, mas essa regra se choca justamente com a natureza dos órgãos jurisdicionais encarregados das causas de menor valor. É antiga a lição que afirma ser a competência pelo valor da causa relativa para o menos e absoluta para o mais.

Algumas observações se fazem necessárias, em especial à luz do sistema dos Juizados Especiais e dos Foros Regionais (ou Foro Distrital, Vara Distrital etc.). No tocante ao Juizado Especial, é necessário que se proceda a uma divisão sistemática entre o Juizado Especial Estadual (Lei 9.099/1995), o Juizado Especial Federal (Lei 10.259/2001) e o Juizado Especial da Fazenda Pública Estadual (Lei 12.153/2009).

4.5.5.1. Juizados Especiais Estaduais – Lei 9.099/1995

Serão de competência dos Juizados Especiais Estaduais as causas que não superem 40 salários mínimos e não estejam previstas no art. 3.º, II, III, e IV, da Lei 9.099/1995, envolvendo sujeitos que não estejam elencados no art. 8.º da mesma Lei, além de não serem faticamente complexas[486], não versarem sobre direito coletivo *lato sensu*[487], nem seguirem procedimento especial[488]. Quando a competência é fixada em razão da matéria, naturalmente o valor da causa é irrelevante, podendo superar o valor de 40 salários mínimos.[489]

O principal aspecto que vai interessar na presente análise é a incontestável facultatividade do Juizado Especial Cível, podendo o autor optar pela Justiça Comum, ainda que seu processo se amolde

nas condições expostas acima[490]. Dessa forma, ainda que a causa tenha valor inferior a 40 salários mínimos, sendo competente o Juizado Especial, por opção do autor a demanda poderá prosseguir na Justiça Comum sem que o juiz possa alegar a aplicação da Lei 9.099/1995, exigindo que o autor litigue no Juizado Especial.

O contrário, entretanto, não ocorre, não se admitindo que prossiga perante o Juizado Especial processo que tenha valor da causa superior a 40 salários mínimos. É evidente que caso o autor renuncie ao excedente, conforme lhe faculta o art. 3.º, § 3.º, da Lei 9.099/1995, a demanda prosseguirá normalmente perante o Juizado Especial. Não sendo essa a opção do autor, ou sendo ela impossível, será o Juizado Especial incompetente para conhecer a demanda. Apesar de se tratar de competência em razão do valor da causa, o tratamento será de competência absoluta, devendo o juiz extinguir o processo sem a resolução de mérito mesmo sem nenhuma manifestação do réu nesse sentido.

Por fim, interessante apontar que, no caso de reconhecimento da incompetência no Juizado Especial, os autos não serão encaminhados à Justiça Comum, como em regra ocorre após o reconhecimento de incompetência (tem em regra natureza dilatória, como já visto). Nesse caso, o processo será extinto sem resolução de mérito, em excepcional hipótese em que a incompetência passa a ter caráter peremptório[491].

4.5.5.2. Juizados Especiais Federais – Lei 10.259/2001

A competência do Juizado Cível Federal vem prevista no art. 3.º da Lei 10.259/2001, contendo logo em seu *caput* a regra de

competência em razão do valor da causa: 60 salários-mínimos, afirmando ainda que apenas as causas de competência da Justiça Federal (art. 109 da CF) até esse valor serão de competência do Juizado Especial Federal, o que parece inclusive desnecessário pela obviedade. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, havendo litisconsórcio ativo, o teto indicado pela lei deverá ser calculado de forma autônoma[492].

Há também no dispositivo legal várias restrições concernentes à matéria, que obrigatoriamente deverão seguir perante a Justiça Comum Federal. Na verdade, numa análise do artigo legal ora anunciado à luz do art. 109 da CF, se perceberá que, *a priori*, tão somente as causas previstas por seu inciso I poderão tramitar perante o Juizado Especial Federal[493].

Diz-se *a priori* porque, numa análise das causas que estariam previstas no inciso I do referido dispositivo, estão excluídas da competência do Juizado Especial Federal as demandas de desapropriação, divisão e demarcação de terras, populares, execuções fiscais, por improbidade administrativa, coletivas *lato sensu*, que versem sobre imóvel da União, autarquia e fundações públicas federais, anulação ou cancelamento de ato administrativo federal (ressalvado o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal) e causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidor público civil ou de sanção disciplinar aplicada a servidor militar.

O ponto principal de análise da competência do Juizado Especial Federal é a obrigatoriedade estabelecida pelo art. 3.º, § 3.º,

da Lei 10.259/2001. Da redação legal consta que, se no foro houver Vara do Juizado Especial Federal, sua competência será absoluta, não havendo nenhuma opção ao autor, como ocorre no Juizado Especial Estadual. A melhor interpretação da norma é aquela que indica que no foro onde exista uma Vara da Justiça Federal existirá um Juizado Especial, ainda que por meio de um Juizado Adjunto (locais em que o trabalho forense não justificaria a criação de uma Vara do Juizado Especial). Essa conclusão deriva do disposto no art. 18, parágrafo único, da lei ora comentada, imperativo quanto à criação de vara ou Juizado adjunto em todos locais em que exista uma vara federal.

Não parece correto que a competência em razão do valor da causa (relativa para menos, absoluta para mais) nesse caso seja relativa, como sugere o Código de Processo Civil, já que tanto o valor maior como o menor constituem hipótese de competência absoluta[494]. Embora haja opiniões que veem no dispositivo o vício de inconstitucionalidade, na praxe forense o mesmo vem sendo amplamente aplicado, com reconhecimento de ofício de incompetência tanto do juiz da Vara do Juizado Especial como da vara da Justiça Comum[495].

4.5.5.3. Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual – Lei 12.153/2009

A Lei 12.153/2009 determina em seu art. 1.º que a União, no Distrito Federal e territórios, e os Estados criarão os Juizados Especiais da Fazenda Pública, que passarão a compor o sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal com os Juizados Especiais Cíveis e Juizados Especiais Criminais (art. 1.º,

parágrafo único).

Nos estreitos limites do tema da competência, a Lei 12.153/2009 é importante porque cria no âmbito dos Juizados Especiais uma competência absoluta, conforme expressamente previsto no art. 2.º, § 4.º. Nesse tocante, o legislador preferiu adotar a opção já utilizada nos Juizados Especiais Federais, o que demonstra a tendência de se tornar absoluta a competência de qualquer Juizado Especial. Segundo o art. 2.º, *caput*, da Lei 12.153/2009, o Juizado Especial da Fazenda Pública é competente para processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 salários mínimos. Mais uma vez, como se nota, a competência é absoluta, apesar de fixada tomando por base o valor da causa.

Não é só o valor da causa, entretanto, que determina a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, porque determinadas espécies de ação, independentemente de seu valor, estão excluídas expressamente dos Juizados pelo art. 2.º, § 1.º, da Lei 12.153/2009. Por outro lado, o art. 5.º da mesma lei prevê quais sujeitos poderão participar do processo de competência dos Juizados Especiais: no polo ativo as pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte e no polo passivo o Estado, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como as autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas.

4.5.5.4. Foros regionais (distritais)

A competência dos foros regionais é determinada por leis de organização judiciária, ora sendo fixada em razão da matéria, ora

em razão do valor, interessando-nos primordialmente a segunda hipótese. A divisão das comarcas de maior movimento em diversos foros regionais, que passam a coexistir com o foro central, é medida que busca visivelmente a descentralização do trabalho judiciário, o que em tese permitirá uma prestação jurisdicional de melhor qualidade[496].

Tecnicamente, entretanto, há uma enorme dificuldade em identificar qual a espécie de competência que determina a competência do Foro Regional. Guiando-se pelo próprio nome dado a tal destacamento, seria fácil afirmar tratar de regra de competência de foro, mas essa conclusão seria admitir que a comarca (que representa o foro) teria sido desmembrada, passando a existirem tantas comarcas quantos forem os foros regionais. Essa conclusão parece absolutamente equivocada, até mesmo porque um mesmo Município jamais terá mais de uma Comarca. Por outro lado, entendendo-se tratar de competência de juízo, funcionariam como Varas Especializadas, mas a aberração também seria significativa, considerando-se a existência de varas especializadas fixadas pelo valor da causa e aspectos territoriais, algo inadmissível. O melhor a fazer é entender o foro regional como algo atípico diante das definições tradicionais de foro e juízo[497].

Na questão da competência dos foros regionais e do foro central, apesar de muitas vezes fixada em razão do valor da causa, entende-se que a competência é absoluta, tanto para mais como para menos. O juiz do foro central de ofício se declarará incompetente remetendo os autos ao foro regional competente se o valor não superar aquele estabelecido em lei de organização judiciária (valor

para menos), fazendo o mesmo o juiz do Foro Regional ao receber demanda com valor superior ao estabelecido em lei (valor para mais). Alguns até buscam na competência funcional a explicação para a competência absoluta dos foros regionais.

4.6. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A competência da Justiça Federal será fixada sempre por normas determinadoras de competência absoluta. A competência da Justiça Federal em segundo grau de jurisdição (ações de competência originária do Tribunal Regional Federal e em grau de recurso) está prevista no art. 108 da CF. No art. 109 da CF, encontram-se as previsões referentes à competência de primeiro grau da Justiça Federal, que na área cível ora são determinadas em razão da pessoa, ora em razão da matéria.

4.6.1. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA PESSOA (RATIONE PERSONAE)

4.6.1.1. Inciso 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, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho"

Esse é o inciso responsável pela maioria das demandas que tramitam perante a Justiça Federal. Cumpre ressaltar que o termo "causas" deve ser interpretado globalmente, abarcando tanto a jurisdição voluntária como a contenciosa.

4.6.1.1.1. Sujeitos previstos no inciso legal que determinam a competência da Justiça Federal

O dispositivo legal se refere à União, entidade autárquica e empresa pública federal. A jurisprudência, entretanto, se consolidou no sentido de também incluir as fundações federais como ente apto

a exigir a competência da Justiça Federal. O mesmo pode ser dito relativamente às agências reguladoras federais[498] e aos conselhos de fiscalização profissional[499]. Não ocorre o mesmo com as demandas das quais participe sociedade de economia mista, em que, apesar da preponderância de capital pertencente à União, serão de competência da Justiça Estadual[500].

Não parece que a simples presença na demanda do Ministério Público Federal seja motivo para afirmar a competência da Justiça Federal, devendo a norma constitucional ser interpretada restritivamente. Sem nenhuma indicação legal no sentido de indicar tal competência, não se afigura correto qualquer interpretação ampliativa. Por outro lado, além da omissão legislativa – que não pode ser utilizada como argumento de autoridade –, não há nenhuma previsão constitucional (arts. 127 a 129 da CF), tampouco do Estatuto do Ministério Público da União (LC 75/1993), que preveja essa limitação de atuação do Ministério Público Federal à Justiça Federal, sendo plenamente viável sua atuação perante outras Justiças[501].

Não parece razoável a afirmação de que os Ministérios Públicos têm atuação vinculada às suas respectivas Justiças, ainda que no mais das vezes essa vinculação realmente se verifique nos casos concretos. Esse entendimento é o único a se compatibilizar com a formação de litisconsórcio entre Ministérios Públicos de diferentes Justiças para propor a ação civil pública (art. 5.º, § 5.º, da Lei 7.347/1985)[502].

Há, entretanto, entendimento no Superior Tribunal de Justiça

que aponta a competência da Justiça Federal em razão da ausência de personalidade jurídica do Ministério Público. Afirma-se que o Ministério Público Federal é um órgão da União e, como tal, está incluído no termo "União" expressamente previsto pelo art. 109, I, da CF. Dessa forma, ainda que se admita um litisconsórcio entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal, a demanda deverá tramitar perante a Justiça Federal, por decorrência de interpretação extensiva do rol de sujeitos previstos no art. 109, I, da CF[503].

4.6.1.1.2. Espécie de interesse que motiva a participação dos entes federais no processo

O art. 109, I, da CF prevê que os entes federais já analisados participem do processo como autor, réu, opoente e assistente para fixar a competência da Justiça Federal. Primeiramente, cumpre assinalar que é amplamente majoritária a doutrina a apontar que a assistência poderá ser tanto simples como litisconsorcial. No mais, parece que o dispositivo constitucional limitou demasiadamente as espécies de intervenção dos entes federais já analisados para que a demanda seja de competência absoluta da Justiça Federal.

O art. 5.º da Lei 9.469/1997 admite a intervenção da União em demandas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, mesmo que tal intervenção esteja fundada em mero interesse econômico. Não se trata, naturalmente, de assistência, que exige a presença de interesse jurídico. Ainda que parcela da doutrina entenda que nesse caso a competência em primeiro grau seja da Justiça Estadual[504], o Superior Tribunal de

Justiça pacificou o entendimento de que essa forma de intervenção da União leva o processo para a Justiça Federal já em primeiro grau.

Registre-se, por fim, que essa intervenção anômala da União no processo em virtude de mero interesse econômico não vem regulada pela lei que a criou, de forma que em termos procedimentais deverá seguir as normas atinentes à assistência. Não se trata do mesmo fenômeno, em razão da diferente natureza do interesse que motivou o ingresso da União no processo, mas em termos de procedimento não há nenhum inconveniente no tratamento conjunto. A diferença, então, fica reservada à questão da competência, quando a demanda tramitar perante a Justiça Estadual[505].

Por outro lado, a participação dos sujeitos federais previstos no dispositivo legal também poderá se verificar por meio da denunciação à lide e do chamamento ao processo, hipóteses em que será inegável a competência da Justiça Federal. Quanto à nomeação à autoria, poderia também ser lembrada, mas com a extromissão de parte (saída do réu originário para o ingresso do nomeado em seu lugar) a União nomeada se tornaria ré, e a partir desse momento a competência seria indiscutivelmente da Justiça Federal.

A conclusão é de que basta a participação dos sujeitos federais já apontados para que seja a Justiça Federal a competente para o julgamento da demanda.

4.6.1.1.3. União e ação de usucapião

Outra forma de intervenção da União no processo e que foge

das intervenções tipificadas pelo Código de Processo Civil é verificada na ação de usucapião imobiliária. Nesse caso, ainda que a União possa ser réu, não se exclui que venha a intervir no processo se demonstrar interesse jurídico, mesmo não fazendo originalmente parte da relação jurídica processual.

A usucapião especial (urbana e rural) encontra tratamento em lei extravagante, mais precisamente na Lei 6.969/1981, em seu art. 4.º, § 1.º, que, devidamente adaptado ao atual texto constitucional[506], consagra a delegação de competência conforme prevista no art. 109, §§ 3.º e 4.º, da CF, com competência em primeiro grau da Justiça Estadual – se no local não houver Vara da Justiça Federal – e em segundo grau obrigatoriamente da Justiça Federal (Tribunal Regional Federal)[507]. A razão de ser é evidente; essas espécies de usucapião têm um alto fator social, buscando preservar a utilização útil das áreas urbanas e rurais e assegurar o direito de propriedade de forma mais fácil.

A regra não se aplica, entretanto, à ação de usucapião ordinária e extraordinária, Dessa forma, havendo a participação da União no processo em que se busque a usucapião ordinária ou extraordinária, seja como ré certa ou mera interessada, a competência será sempre da Justiça Federal, ainda que não exista no local onde se localiza o imóvel vara federal.

4.6.1.1.4. Intervenção dos entes federais em processos em trâmite perante a Justiça Estadual

O art. 45 do Novo CPC prevê o trâmite procedimental para a hipótese de ingresso de ente federal em processo que tramite em

outra Justiça, consagrando entendimento já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 150) e substituindo o art. 99, parágrafo único, do CPC/1973.

Segundo o dispositivo legal, a intervenção, como parte ou terceiro interveniente, da União, empresa pública, autarquia e fundação federais e conselhos de fiscalização de atividade profissional em processo tramitando em "outro juízo" gera a remessa dos autos ao juízo federal competente. As exceções estão previstas nos dois incisos do dispositivo legal: recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente de trabalho, que continuam na Justiça Estadual, e nas ações que tramitarem perante a Justiça Eleitoral e do Trabalho.

O texto é tortuoso. Ao prever "outro juízo" em que tramita o processo para então estabelecer a remessa ao juízo federal competente, o artigo não consegue prever o que aparentemente pretendia. Afinal, nos termos do dispositivo legal outro juízo é qualquer juízo que não o federal competente, podendo-se concluir que um juízo federal incompetente territorialmente possa ser esse outro juízo. Contudo, a intervenção de entes federais não modifica competência territorial, mas apenas competência absoluta em razão da pessoa. Teria sido muito mais feliz o dispositivo se tivesse previsto o juízo de origem como qualquer foro da Justiça Estadual, mantendo apenas as exceções previstas no inciso I.

E há outro aspecto negativo da redação do artigo ora analisado. Pela literalidade entende-se que a remessa à Justiça Federal ocorre sempre que o ente federal "intervir" no processo, mas naturalmente essa intervenção dependerá de uma decisão judicial, admitindo-a,

que não poderá ser proferida pelo juízo estadual, já que a competência para a prolação dessa decisão é do juízo federal. Melhor teria sido prever que o mero pedido de intervenção já acarreta a remessa dos autos ao juízo federal, porque é exatamente esse ato, e não o da intervenção, que cria a incompetência absoluta do juízo estadual.

Há uma omissão no dispositivo legal: a competência por delegação consagrada no art. 109, §§ 3.º e 4.º, da Constituição Federal. Tramitando o processo na justiça estadual em razão da competência por delegação, a intervenção de ente previsto no art. 109, I, da CF não acarreta a remessa dos autos ao juízo federal, considerando que o juízo estadual nesse caso atua com competência federal delegada.

O art. 5.º, *caput*, da Lei 9.469/1997 prevê a possibilidade de intervenção da União nas causas em que figurarem como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. O parágrafo único de tal artigo prevê a possibilidade de intervenção de pessoas de direito público (administração direta e indireta, federais, estaduais, municipais e distritais) em demandas já em trâmite com fundamento no eventual prejuízo indireto, mesmo que de natureza meramente econômica. A ausência de interesse jurídico a ser demonstrado afasta essa espécie de intervenção da assistência, tornando-a uma espécie anômala de intervenção, com fundamento em interesse econômico.

Apesar da omissão legislativa, entendo que essa também é hipótese que excepciona a regra de remessa do processo à Justiça Federal no caso de ente federal pedir o seu ingresso em demanda

em trâmite perante a Justiça Estadual. Nesse caso, a norma específica prefere à genérica, e, havendo expressa previsão no parágrafo único do art. 5.º da Lei 9.469/1997, de que a mudança de competência depende de interposição de recurso, cabe ao juízo estadual decidir sobre o ingresso do ente federal que justificar seu pedido em interesse econômico.

O juízo federal competente, ao receber os autos, decidirá sobre o pedido de intervenção do ente federal. Após essa análise, de duas uma: acolhida a intervenção, a demanda prosseguirá normalmente perante a vara federal; rejeitada a intervenção, não haverá aplicação do art. 109, I, da CF ao caso concreto, não se justificando a manutenção do processo perante a Justiça Federal, que retornará à Justiça Estadual[508].

Registre-se que na hipótese de indeferimento do pedido não haverá propriamente a exclusão do ente federal, como sugerido pela redação do art. 45, § 3.º, do Novo CPC, porque até que seja deferido seu pedido de ingresso o ente federal não estará integrado à relação jurídica processual. Afinal, não é possível ser excluído de onde nunca se esteve. De qualquer forma, é fácil a compreensão da regra.

Os §§ 1.º e 2.º do art. 45 do Novo CPC preveem a hipótese de cumulação de pedidos, sendo o juízo estadual competente para um ou alguns deles. Nesse caso não haverá remessa ao juízo federal, mas a simples exclusão do pedido que interesse ao ente federal, por meio de decisão interlocutória terminativa com fundamento na incompetência absoluta. Excepcionalmente, portanto, a

incompetência absoluta assumirá natureza peremptória, sendo nesse caso a decisão recorrível por agravo de instrumento em aplicação por analogia do art. 354, parágrafo único, do Novo CPC.

4.6.1.1.5. Competência recursal para reconhecer a incompetência absoluta

Podem eventualmente surgir dúvidas a respeito de qual o Tribunal competente para conhecer de recurso em que se alegue justamente a incompetência absoluta do juízo pela presença ou ausência na demanda de sujeito previsto pelo art. 109, I, da CF. É pacífico o entendimento de que o Tribunal ao qual está vinculado o juízo que proferiu a sentença viciada é o competente para o julgamento da apelação[509].

Realmente tal regra evitará uma série de equívocos verificados sobre a questão ora enfrentada, em especial a respeito das apelações dirigidas ao Tribunal Regional Federal contra sentenças proferidas pelo juiz estadual de primeiro grau, justamente pela alegação de incompetência absoluta da Justiça Estadual em virtude da participação de um dos entes federais que geram competência absoluta da Justiça Federal. Caberá nessa hipótese ao próprio Tribunal de Justiça anular a sentença proferida em primeiro grau e remeter o processo ao juízo de primeiro grau competente para conhecer a demanda (naturalmente da Justiça Federal).

O entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça nada mais faz que aplicar às hipóteses recursais o princípio *kompetenz kompetenz*, instituto criado pelos alemães e totalmente aplicável ao direito brasileiro, determinando que a única competência que tem o juiz incompetente é para reconhecer a sua

própria incompetência. Dessa forma, é inviável o Tribunal de Justiça se negar a reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Estadual, quando tal reconhecimento é o único ato processual para o qual a lei o considera competente, o mesmo ocorrendo com a Justiça Federal.

4.6.1.2. Inciso II – "as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País"

Nesse inciso o art. 109 da CF determina uma competência desde que presentes determinados sujeitos em ambos os polos da demanda, pouco importando se no polo ativo ou passivo. O que se exige é que em um dos polos esteja um Estado estrangeiro ou um organismo internacional (que obviamente não se confunde com empresa multinacional) e de outro um Município ou uma pessoa residente ou domiciliada no Brasil. Como exemplos de organismos internacionais temos a ONU, o Bird, o FMI, a OMS. Na eventualidade da presença da União ou Estado, Distrito Federal ou Território, a competência será originária do Supremo Tribunal Federal (art.102, I, *e*, da CF).

O dispositivo não criou nenhuma limitação à pessoa envolvida no litígio, e não caberá ao operador do direito fazê-lo. Dessa forma, a pessoa pode ser física ou jurídica, nacional ou estrangeira.

4.6.1.3. Inciso VIII – "os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais"

Identificando-se o ato de autoridade federal e pretendendo-se contra ele ingressar com mandado de segurança ou *habeas data*,

primeiro determina-se o que será de competência originária dos Tribunais (tanto o TRF como os tribunais superiores – STJ e STF), e as hipóteses remanescentes serão de competência do primeiro grau de jurisdição. Interessante questão envolve a competência para o mandado de segurança de ato praticado por dirigente de estabelecimento particular de ensino superior. Quanto a essa questão a melhor doutrina ensina que a competência da Justiça Federal é limitada a atos de dirigentes de entidades particulares de ensino relativos às funções didáticas sob fiscalização do Ministério da Educação e da Cultura (MEC). Atos normais de gestão geram mandados de segurança de competência da Justiça Estadual[510].

Para o Superior Tribunal de Justiça, a competência da Justiça Federal é limitada a atos praticados por autoridade de entidade educacional privada que age por delegação da União[511]. O mesmo tribunal pacificou o entendimento de que mandado de segurança contra ato que indefere matrícula em razão de inadimplemento é de competência da Justiça Federal[512], bem como nos mandados de segurança contra ato de retenção do diploma em razão do inadimplemento[513].

4.6.2. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA (RATIO MATERIAE)

4.6.2.1. Inciso III – "as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional"

Perceba-se que esse dispositivo dispensa a presença da União no processo, já que nesse caso aplicar-se-ia o art. 109, I, da CF. A única participação da União foi na celebração do contrato ou do acordo, não participando do processo em que um dos dois será o

objeto da controvérsia. A interpretação ao termo tratado deve ser feita de forma restritiva. São ações bastante raras, podendo-se citar como exemplo as demandas fundadas na Convenção de Paris (proteção ao nome comercial), a Convenção sobre prestação de alimentos no estrangeiro, a Declaração do Meio Ambiente, adotada pela ONU em conferência em Estocolmo (1972) e reafirmada no Rio de Janeiro (1992).

4.6.2.2. Inciso X – "(...), a execução da carta rogatória, após o exequatur, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização"

Nesse inciso a Constituição Federal reuniu duas matérias que não guardam qualquer relação entre si. Num primeiro momento aponta a competência da Justiça Federal para a execução de carta rogatória e de sentença estrangeira, após a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Num segundo momento a competência em razão da matéria é fixada levando-se em conta as demandas referentes à nacionalidade e naturalização (por exemplo, a ação visando à concessão de passaporte)[514]. Também serão de competência da Justiça Federal as ações relativas à retificação de registro, em razão da perda ou aquisição de nacionalidade.

4.6.2.3. Inciso XI – "a disputa sobre direitos indígenas"

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo corretamente que, tratando-se de competência determinada em razão da matéria, a simples presença de indígena como parte da demanda não é o suficiente para a aplicação do art. 109, XI, da CF. A competência da

Justiça Federal, portanto, fica restrita às demandas que tenham como objeto direitos da coletividade indígena, conforme previsto no art. 231 da CF, pelo qual "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens"[515]. Em razão desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela competência da Justiça Estadual para julgar ação de destituição de poder familiar ajuizada pelo MP estadual contra indígena[516].

Dentre os direitos indígenas elencados pelo dispositivo constitucional mencionado, o de maior interesse é o direito originário sobre as terras, que atualmente vem ensejando inúmeras demandas judiciais possessórias e petitórias. Observe-se, entretanto, que nem toda ação envolvendo o tema será de competência da Justiça Federal, porque havendo conflito federativo a competência será originária do Supremo Tribunal Federal.

4.6.2.4. Inciso V-A – "as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5.º deste artigo"

Esse dispositivo legal é novidade em nosso ordenamento jurídico constitucional, tendo sido incluído pela Emenda Constitucional 45/2004. Apesar de sua nítida incidência na esfera criminal, como não houve nenhuma exclusão expressa quanto às questões cíveis, parece que numa situação excepcional será possível afirmar que tal dispositivo criou nova regra de competência civil da Justiça Federal, em especial em demandas que versem a respeito de direitos transindividuais referentes a direitos humanos.

De qualquer forma, ainda que se admita sua aplicação na esfera cível como regra determinadora de competência da Justiça Federal, a mesma só terá eficácia no caso concreto se respeitar a previsão contida no art. 109, § 5.º, da CF, que exige a ocorrência de grave violação de direitos humanos.

4.7. PRORROGAÇÃO DE COMPETÊNCIA

4.7.1. CONCEITO

As hipóteses de prorrogação de competência previstas pelo Código de Processo Civil aplicam-se exclusivamente às regras de competência relativa, que, justamente por serem de natureza dispositiva, admitem o afastamento de sua aplicação no caso concreto. A exceção fica por conta da tutela coletiva, que permite a reunião de demandas conexas mesmo com a determinação de competência absoluta do local do dano, o que se justifica porque nesse caso os foros absolutamente competentes têm competência concorrente para a ação coletiva.

Havendo para uma determinada situação uma regra modificadora da competência, o órgão jurisdicional que era abstratamente incompetente poderá no caso concreto se tornar competente, enquanto aquele apontado como competente pela regra determinadora tornar-se-á concretamente incompetente. Além disso, a prorrogação também se aplicará na consolidação de um órgão jurisdicional competente para o julgamento de diversos processos que antes da prorrogação competiam a outros órgãos jurisdicionais, como ocorre na reunião de processos em virtude da conexão.

Costuma-se dividir as espécies de prorrogação de competência em:

(i) prorrogação legal (em razão de lei);

(a) conexão;

(b) continência (que na verdade não passa de espécie de conexão);

(c) ausência de alegação de incompetência relativa; e

(ii) prorrogação voluntária (em razão de vontade das partes):

(a) cláusula de eleição de foro;

(b) prorrogação por vontade unilateral do autor.

Na análise exigida para o caso concreto no tocante à fixação da competência, em especial quanto às normas de competência relativa (determinadoras e modificadoras), é possível verificar uma gradação entre as hipóteses de prorrogação, podendo até ser afirmado que umas preferem às outras. Aplicáveis todas elas no caso concreto, será de suma importância a fixação de uma ordem de preferência entre elas, pois caso contrário dificilmente se poderia chegar a uma solução quanto à competência correta. Dinamarco chama tal regra de "relatividade da relatividade"[517]. A ordem estabelecida é:

1.º conexão/continência;

2.º ausência de alegação de incompetência relativa;

3.º cláusula de eleição de foro, considerando-se a prorrogação por vontade unilateral do autor uma forma atípica de prorrogação.

4.7.2. PRORROGAÇÃO LEGAL

4.7.2.1. Conexão e continência

4.7.2.1.1. Conceito

O fenômeno da conexão vem previsto no art. 55, *caput*, do Novo CPC: “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir” e o da continência no art. 56 do Novo CPC: “Dá-se continência entre duas ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais”. Da própria definição dos dois institutos processuais se nota com clareza que a continência é uma espécie de conexão, considerando-se que, para que exista o fenômeno da continência entre duas ações, obrigatoriamente deverá haver a identidade de causa de pedir, o que por si só já as torna também conexas. A continência, assim, vai além da conexão, pois exige mais requisitos para se ver configurada no caso concreto.

Na vigência do CPC/1973, sempre entendi que o fenômeno da continência não se justificava no sistema, considerando que, estando entre seus elementos a identidade da causa de pedir, a continência sempre foi uma conexão qualificada. Como o efeito de ambos era o mesmo – a reunião dos processos perante o juízo prevento –, nunca entendi a razão de ser da continência. Na realidade, a continência só servia para ser confundida com a litispendência parcial, confusão essa infelizmente disseminada na doutrina nacional[518].

O Novo Código de Processo Civil manteve a continência no art. 56, inclusive com seu conceito previsto anteriormente no art. 104 do CPC/1973. Ao menos deu uma utilidade ao fenômeno ao prever que nem sempre a continência terá como efeito a reunião dos

processos. Segundo o art. 57 do Novo CPC, quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, o processo relativo à ação contida será extinto por sentença sem resolução de mérito; caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas.

Existe uma clara lógica na definição das circunstâncias para a reunião ou extinção de ações em continência, inclusive tendo o legislador tomado o cuidado de não permitir que a extinção da ação contida pudesse permitir a "escolha" do juízo pelo autor, já que manteve a reunião das ações quando a ação contida era de competência do juízo prevento.

Mais uma vez, entretanto, fica clara a disposição do legislador para tutelar exclusivamente o processo individual. No processo coletivo a extinção não deve ser admitida, salvo se houver a identidade de autor, o que raramente ocorre. No mais das vezes, os autores são diferentes, mas, por defenderem o mesmo titular do direito, são considerados no plano material como o mesmo sujeito[519], o que permite o fenômeno da continência. Nesse caso, em razão da diversidade de autores, a reunião é o único efeito aceitável da continência, sob pena de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição para o autor que tiver sua ação extinta.

Ainda em caráter introdutório, registre-se que a conexão é fenômeno processual que ocorrerá sempre que entre duas ou mais demandas houver a identidade de causa de pedir ou do pedido. Esse é o objeto do fenômeno, seu conteúdo. Não se deve confundir o

fenômeno da conexão com a sua consequência, ou seja, com o seu efeito, que será a reunião dos processos perante um só juízo para julgamento conjunto. Como se sabe, o conteúdo não se confunde com o efeito, até mesmo porque o efeito de um instituto é fenômeno externo a ele, enquanto o conteúdo pertence ao seu interior. Esse esclarecimento inicial se faz necessário para que não haja indevidas confusões entre a conexão e a reunião de processos gerada pela conexão, que são fenômenos processuais diferentes.

4.7.2.1.2. Insuficiência do conceito legal de conexão

Questão digna de relevo diz respeito ao preenchimento dos requisitos previstos pelo art. 55, *caput* do Novo CPC. A identidade exigida pelo legislador deve ser absoluta? Dividindo-se a causa de pedir em próxima e remota e o pedido em mediato e imediato, haverá conexão somente com a identidade parcial desses elementos ou exige-se a identidade total?

No tocante à causa de pedir, a doutrina vem entendendo bastar que um de seus elementos seja coincidente para que haja conexão entre as ações (seja dos fatos ou dos fundamentos jurídicos). Esse entendimento se coaduna com os objetivos traçados pela conexão (economia processual e harmonia entre julgados), abrangendo um número maior de situações amoldáveis ao instituto legal. Seria pernicioso ao próprio sistema a adoção de entendimento restritivo, em virtude da raridade em que se verifica na praxe forense a situação de duas ações com pedidos diferentes e exatamente a mesma causa de pedir[520].

Dessa forma, sendo aplicada a regra do art. 55 do Novo CPC

para determinar se existente ou não o fenômeno da conexão entre duas ou mais demandas, é necessário fazer uma restrição inicial quanto à amplitude aparente do dispositivo legal no tocante à identidade da causa de pedir. Assim, onde se lê causa de pedir comum, entenda-se fatos ou fundamentos jurídicos do pedido comum[521].

Ainda que seja esse o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça, há decisões que flexibilizam ainda mais o conceito de conexão, afirmando não ser necessário que se cuide de causas idênticas quanto aos fundamentos e objetos, bastando que sejam análogas[522].

Acredito que tais flexibilizações sempre tiveram como objetivo a reunião de processos não conexos, mas que poderiam gerar decisões conflitantes ou contraditórias. Nada disso é necessário diante do art. 55, § 3º, do Novo CPC, que disciplina tais situações sem a necessidade de sacrificar-se o conceito legal de conexão. Na realidade, há no novo diploma legal duas hipóteses de reunião de processos perante o juízo prevento ainda que não haja conexão, não ao menos diante do conceito legal consagrado no art. 55, *caput*, do Novo CPC.

Em mais uma demonstração de flexibilidade do conceito legal da conexão na vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo pela existência de conexão de ações de execução fiscal, com ou sem embargos, e a ação anulatória de débito fiscal, inclusive com a determinação da reunião das ações perante o juiz prevento para seu julgamento simultâneo[523].

Na ânsia de reunir os processos e disso colher os benefícios da economia processual e harmonização dos julgados via-se uma conexão[524] onde efetivamente ela não existia, afinal, a causa de pedir da execução é o título executivo e o pedido é o de satisfação do direito, sempre materialmente impossível haver identidade desses elementos da ação com os elementos da ação proposta pelo pretenso devedor para discutir a dívida[525].

Para permitir a reunião de execução de título extrajudicial e de ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico, o art. 55, § 2º, I, do Novo CPC, equipara tal situação à conexão, num reconhecimento tácito de que realmente nessa hipótese não há conexão, ao menos não nos termos do art. 55, *caput*, do Novo CPC[526]. A técnica legislativa é simplesmente desastrosa, mas dos destroços é possível se chegar a alguma luz, por meio de interpretação sistêmica dos dispositivos contidos no art. 55 do Novo CPC.

O *caput* do art. 55 do Novo CPC prevê o conceito de conexão (identidade de pedido ou de causa de pedir) e o § 1º o seu efeito (reunião dos processos perante o juízo prevento). O § 2º, *caput*, prevê que se aplicam a seus incisos o disposto no *caput*, o que causa a qualquer leitor atento estranheza. Aparentemente o legislador quis dizer que mesmo não havendo conexão nas hipóteses previstas nos incisos do § 2º do Novo CPC, haveria conexão por vontade da lei. Ou seja, a lei transformando a realidade das coisas.

Realmente não consigo entender, e tampouco explicar a razão

do legislador para tal previsão, quando tudo o que ele queria poderia ser previsto de forma muito mais objetiva e correta: bastava o *caput* do § 2º do art. 55 do Novo CPC fazer remissão ao § 1º ou até mesmo ao § 3º e não ao *caput* do dispositivo legal. Ou seja, mesmo não havendo conexão haverá seu feito, qual seja, a reunião de ações conexas num mesmo juízo.

Registre-se a desnecessidade do previsto no art. 55, § 2º, II, do Novo CPC, que equipara à conexão a existência de ações de execução fundadas no mesmo título executivo. Tal previsão pode sugerir que não há conexão entre essas ações de execução, mas sendo o título executivo a causa de pedir executiva, e estando as execuções fundadas no mesmo título executivo, é inegável a existência de conexão, nos exatos termos do art. 55, *caput*, do Novo CPC.

Ainda que o art. 55, § 2º, I, do Novo CPC, preveja de forma inovadora uma reunião de processos não conexos, a grande novidade a respeito do tema fica por conta do § 3º do art. 55 do Novo CPC. O dispositivo prevê a reunião de processos, mesmo não conexos, sempre que exista risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso sejam decididos separadamente (diferentes juízos). A reunião nessas circunstâncias já vinha sendo aceita pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que por meio da extensão do conceito de conexão[527].

Significa dizer que não há mais necessidade de contorcer o conceito legal de conexão, bastando para justificar a reunião o risco apontado pelo dispositivo legal ora comentado. A harmonização dos

julgados, afinal, não precisa ser garantida apenas em processos que tenham o mesmo pedido ou a mesma causa de pedir.

4.7.2.1.3. Vantagens e desvantagens da reunião dos processos

Fixados os limites da identidade exigida para que se verifique a conexão entre duas demandas com a interpretação possível da redação constante no art. 55, *caput*, do Novo CPC, é importante analisar as razões de ser da conexão e, mais especialmente, da sua consequência: a reunião dos processos perante um mesmo juízo. São duas as principais razões: economia processual e harmonização dos julgados[528].

A primeira e inegável vantagem aferida com o fenômeno da conexão é evitar que decisões conflitantes sejam proferidas por dois juízos diferentes. A existência de decisões conflitantes proferidas em demandas que tratem de situações similares é, naturalmente, motivo de descrédito ao Poder Judiciário, podendo inclusive gerar problemas práticos de difícil solução.

Por outro lado, é inegável que a reunião de duas ou mais demandas perante somente um juiz favoreça no mais das vezes a verificação do princípio da economia processual, já que os atos processuais serão praticados somente uma vez, o que se mostrará mais cômodo ao Poder Judiciário (funcionará apenas uma estrutura – juiz, escrivão, cartorário etc.) e às partes e terceiros que tenham dever de colaboração com a Justiça (p. ex., testemunhas, que só prestarão depoimento uma vez). Com a prática de atos processuais que sirvam a mais de um processo, é evidente que haverá otimização do tempo e em razão disso respeito ao princípio da

economia processual.

A questão da economia processual, entretanto, deve ser considerada de forma secundária, seja pelo maior relevo que se dá à harmonização dos julgados, seja porque nem sempre a reunião de processos conexos representará a concretização de tal princípio. Tanto é assim que a doutrina, quando analisa os requisitos para que ocorra a reunião dos processos perante um mesmo juízo para julgamento simultâneo, afirma que a principal razão para que isso ocorra é a harmonização dos julgados, evitando o inegável mal-estar criado por decisões conflitantes para situações fáticas afins[529].

Os dois fundamentos que ensejam a reunião dos processos em decorrência de conexão – embora em diferentes graus de importância – estão intimamente ligados a razões de ordem pública, posto interessar ao próprio Estado que os julgados do Poder Judiciário sejam harmoniosos e que se gastem o menor tempo e recursos para obtê-los. Justamente em virtude dos interesses que procura preservar (ordem pública), essa causa modificadora de competência é dotada de maior força do que todas as demais.

Apesar das inegáveis vantagens da reunião de ações conexas, e até mesmo não conexas, nos termos dos §§ 2º, I, e 3º do art. 55 do Novo CPC, não devem ser desconsideradas as desvantagens.

A reunião de processos perante o juízo prevento pode sacrificar o exercício da ampla defesa das partes do processo que é remetido para o juízo prevento. É claro que, por exemplo, tramitando os processos conexos num mesmo foro, a reunião em um juízo prevento não afetará em nada as partes. Também

dificilmente se poderá falar em sacrifício ao exercício da ampla defesa em processos conexos que tramitem em foros distintos, mas contíguos ou da mesma região metropolitana, porque nesses casos a modificação de competência não afetará de forma significativa o exercício da ampla defesa.

O mesmo, entretanto, não se pode dizer de conexão entre processos que tramitam em foros distantes um do outro, ainda mais em um país de dimensões continentais como é o Brasil. Nesse caso, o descolamento do processo para foro muito afastado pode prejudicar o exercício da ampla defesa, prejudicando em especial o litigante eventual e, de forma ainda mais sentida, a parte que não tem condições econômicas para participar adequadamente de um processo que correrá a quilômetros de distância. E tudo fica pior se pensarmos que a reunião nesse caso poderá se sobrepor a regra de competência criada justamente para proteger o hipossuficiente, como ocorre, por exemplo, com o art. 101, I, do CDC.

> Mariana, domiciliada no Distrito Federal, e Fernanda, domiciliada em São Paulo, resolvem comemorar o aniversário da segunda em Porto Seguro. Durante os festejos a van que as transportava capota e as duas são feridas. Voltando às suas cidades, resolvem ingressar com ação de reparação de danos contra a operadora de turismo, responsável pelo transporte. Como houve vício na prestação do serviço, ambas se valem do art. 101, I, do CDC, ingressando cada qual com um processo no foro de seu domicílio. Não resta muita dúvida de que nesse caso haverá conexão, mas uma vez reunidos os processos no juízo prevento uma das autoras perderá a prerrogativa que o diploma consumerista lhes garante de litigar no foro de seu domicílio. E se Mariana fosse domiciliada em Porto Velho e Fernanda em Porto Alegre?

Por outro lado, havendo uma pluralidade considerável de processos conexos, uma eventual reunião de todos eles perante o juízo prevento inviabilizaria o trabalho judiciário de tal juízo. Basta imaginar o que aconteceria se nos processos que envolvem planos econômicos houvesse um juízo prevento: teria recebido mais de um milhão de processos! Como vivemos numa sociedade de massa, os conflitos de massa são cada vez mais comuns, e sendo nosso processo coletivo ainda incipiente, a pluralidade de processos com a mesma matéria jurídica (processos repetitivos) é inevitável. Mas é interessante reuni-los todos num mesmo juízo prevento, ainda que com isso se obtenção a harmonia dos julgados?

4.7.2.1.4. Obrigatoriedade ou facultatividade na reunião de processos em razão da conexão

O art. 55, § 1º, do Novo CPC prevê que os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado. A impossibilidade de reunião de demandas conexas quando uma delas já tiver sido sentenciada já vinha sendo reconhecida pela jurisprudência, passando agora a estar prevista em lei. Mas realmente serão reunidos os processos de ações conexas, salvo essa hipótese, havendo conexão?

Há corrente doutrinária que entendia ser a regra do art. 105 do CPC/1973 (agora art. 55, § 1º, do Novo CPC) de natureza cogente, o que retiraria do juiz qualquer liberdade a respeito de sua aplicação no caso concreto. Havendo a identidade de causa de pedir ou do pedido, os processos deveriam – e não poderiam – ser reunidos[530]. Por outro lado, existia corrente doutrinária mais flexível quanto à reunião dos processos por conexão, atribuindo ao juiz uma maior

liberdade no caso concreto para analisar a conveniência de realizar tal reunião. Essa liberdade variaria conforme a intensidade da conexão e os benefícios reais advindos da reunião das demandas[531]. É lição muito próxima de parcela da doutrina que entendia ser obrigatória a reunião, desde que se verificasse a efetiva realização dos objetivos traçados por tal fenômeno processual, em especial a economia processual[532].

Apesar de toda a polêmica que envolve a questão da obrigatoriedade ou não da reunião de processos conexos criada na vigência do CPC/1973, e que deve ser mantida na vigência do Novo Código de Processo Civil, acredito que uma reunião que não possa alcançar nenhum dos dois objetivos traçados para o instituto está totalmente fora de questão. A aplicação automática, sem nenhuma ponderação a respeito da *ratio* da norma não se justifica. E parece concordar com tal posição a jurisprudência, sumulando o Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não existe reunião de processos conexos quando um deles já estiver no tribunal[533], circunstância esta em que obviamente a reunião dos processos não geraria qualquer economia processual ou harmonia dos julgados, visto que em um deles a prova já foi produzida e a decisão já foi prolatada.

Há diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça que afirmam expressamente existir um verdadeiro juízo de conveniência baseado em juízo de discricionariedade na reunião de ações conexas, deixando suficientemente claro não ser obrigatória tal reunião no caso concreto[534]. Essa facultatividade de reunião de ações conexas está inclusive sumulada quando a conexão se der

entre execuções fiscais propostas contra o mesmo devedor[535]. Tudo leva a crer que a reunião nos termos do § 3.º do art. 55 do Novo CPC seguirá a mesma lógica, ou seja, não será obrigatória mesmo que haja risco de decisões conflitantes e contraditórias.

Pacificada a não obrigatoriedade de reunião de ações conexas, é preciso registrar que, havendo ações conexas de diferentes competências absolutas em trâmite, haverá um impedimento legal para sua reunião perante o juízo prevento[536]. Havendo o perigo de decisões conflitantes, o máximo que poderá ser feito é a suspensão de uma das ações em razão de prejudicialidade externa (art. 313, V, "a", do Novo CPC)[537].

Durante certo tempo houve dúvida acerca de como proceder na hipótese de ações coletivas conexas em trâmite na Justiça Federal e na Justiça Estadual. Enquanto a 1.ª Seção do Superior Tribunal de Justiça entendia no sentido de ser possível a reunião de ações coletivas originariamente em trâmite na Justiça Estadual e na Justiça Federal perante a segunda, aparentemente desprezando as demais regras que determinam a prevenção do juízo[538], a 2.ª Seção entendia pela inviabilidade de reunião em razão das diferentes competências de Justiça das duas ações coletivas[539]. O primeiro entendimento, pela reunião perante a Justiça Federal, acabou prevalecendo e gerou a Súmula 489/STJ.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ainda que exista conexão entre as causas e estas tramitem perante o mesmo juízo, não há obrigatoriedade de decisão conjunta. Segundo correta decisão do Egrégio tribunal, notando o juiz que a solução de

uma demanda não influenciará a decisão da outra, não existe qualquer nulidade em decidi-las em momentos distintos[540].

Obrigatória ou não a reunião dos processos, a conexão tem tratamento processual de matéria de ordem pública, o que significa legitimidade plena para sua arguição (qualquer dos sujeitos processuais poderá fazê-lo: autor, réu, terceiro interveniente, Ministério Público como fiscal da lei, juiz de ofício). Justamente pela natureza de ordem pública não está sujeita à preclusão, não havendo, portanto, um prazo e tampouco uma forma específica para sua alegação no processo. Registre-se somente a impropriedade de alegação de tal matéria em sede de exceção de incompetência, instrumento processual que busca afastar o juízo incompetente, o que não ocorre na conexão, que busca fixar um entre dois ou mais juízos competentes. Tratando-se de matéria de ordem pública, entretanto, a alegação deverá ser considerada, mas não como exceção, o que significa que não haverá suspensão do processo para a apreciação da conexão alegada[541].

Por fim, justamente em razão da natureza jurídica de ordem pública atribuída à conexão, surge dúvida a respeito da natureza do vício em processo em que deveria ter ocorrido a reunião, mas a mesma não houve. Apesar de – pela lógica sistemática dos vícios do ato jurídico – se tratar de uma nulidade absoluta, sem a prova do efetivo prejuízo, não parece que a decisão possa ser anulada, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas. Sendo o fenômeno da conexão instituto preocupado com a preservação da economia processual, não teria sentido permitir a anulação da decisão pelo simples descumprimento do determinado no art. 55, §

1º, do Novo CPC, o que certamente ensejaria uma afronta clara a tal princípio. Dessa forma, a parte que alegar o vício deverá comprovar seu efetivo prejuízo pela não reunião dos processos, que uma vez comprovado gerará a anulação da decisão[542].

4.7.2.2. Ausência de alegação de incompetência relativa

Tratando-se de competência relativa, em regra o juiz não poderá conhecer de sua incompetência de ofício – salvo na hipótese do art. 63, § 3º, do Novo CPC –, devendo determinar a citação. O réu, caso não alegue em preliminar de contestação a incompetência relativa (ou mesmo antes disso, nos termos do art. 340 do Novo CPC), permitirá que aquele juízo, originariamente incompetente, se torne competente no caso concreto, verificando-se a hipótese de prorrogação de competência. Na hipótese do artigo supramencionado, além da ausência de alegação de incompetência relativa, a prorrogação dependerá da omissão do juiz em se manifestar de ofício. E em qualquer hipótese dependerá da inexistência de alegação do Ministério Público, que nos termos do art. 65, parágrafo único, do Novo CPC tem legitimidade para tal arguição.

A ausência de alegação de incompetência relativa é causa legal de prorrogação de competência, porque assim é determinado expressamente pelo art. 65, *caput*, do Novo CPC. É equivocado o entendimento de que seja causa de prorrogação voluntária de competência, porque é impossível presumir na omissão da parte a manifestação de uma vontade. Não interessa ao caso concreto o motivo que levou o réu a não excepcionar o juízo – aceitação, ignorância, perda de prazo –, dado que a mera ausência da exceção

já é suficiente para a prorrogação de competência[543].

4.7.3. PRORROGAÇÕES VOLUNTÁRIAS

4.7.3.1. Eleição de foro

As partes podem no caso concreto afastar a aplicação da regra de competência relativa por meio de celebração de um acordo, escolhendo um foro determinado (não aquele previsto em lei, pois aí o acordo seria inútil) para futuras e possíveis demandas. Trata-se da conhecida "cláusula de eleição de foro".

O tratamento legal da eleição de foro se encontra no art. 63 do Novo CPC, mas a interpretação literal de tal dispositivo legal poderá levar o operador do direito a indesejados equívocos.

O artigo prevê aplicação do instituto à competência territorial e por valor da causa, transmitindo a ideia de que só terá validade a cláusula de eleição de foro nas hipóteses de competência relativa. Mas se afirmou que nem toda competência territorial (ação real imobiliária) e local do dano (ação civil pública) é relativa. Nesses casos, embora se tratando de competência territorial, pela sua nítida natureza absoluta, será absolutamente ineficaz a cláusula de eleição de foro. Ademais, nem sempre a regra de competência determinada pelo valor da causa pode ser modificada.

Por outro lado, o alcance da cláusula de eleição de foro, nos termos do *caput* do art. 63 do Novo CPC, abrange tanto a competência em razão do valor e do território. Manteve-se aqui a redação do art. 111, *caput*, do CPC/1973, o que se deve lamentar. Atualmente, a competência em virtude do valor da causa só tem

aplicação nos Juizados Especiais e nos foros distritais/regionais e central. E nesses casos a competência é absoluta, não sendo possível sua modificação por acordo de vontades das partes. Já era hora de o legislador desmistificar a ultrapassada lição de que a competência fixada pelo valor da causa é relativa, mas o dispositivo ora analisado insiste em tal equívoco.

Da forma como está redigido o dispositivo pode parecer que as partes podem escolher por cláusula de eleição de foro, por exemplo, os Juizados Especiais, ainda que a causa tenha valor que ultrapasse sua alçada ou matéria excluída expressamente por lei de sua competência. É evidente que isso não ocorrerá, até porque, se a eleição é de foro, naturalmente só pode existir na competência territorial, mas a manutenção do equívoco é sempre prejudicial.

O art. 62 do Novo CPC prevê que a competência em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes, afastando qualquer possibilidade de as partes, por meio de cláusula de eleição de foro, modificarem no caso concreto a competência estabelecida pela lei. O dispositivo melhora e complementa o art. 111, *caput*, do CPC/1973, consagrando, com o art. 54 do Novo CPC, a regra de que a competência absoluta não pode ser modificada.

A validade da cláusula eletiva de foro está limitada às ações oriundas de direitos e obrigações, o que significa dizer que só se admite cláusula de eleição de foro nas demandas fundadas em direito obrigacional (contratos em geral e estipulações em favor de terceiro)[544]. É evidente que esse entendimento exclui as demandas

que versarem sobre direito indisponível. Outra exigência, prevista pelo art. 63, § 1º, do Novo CPC, é que a cláusula conste obrigatoriamente de instrumento escrito, indicando negócio jurídico específico, excluída, portanto, a generalidade (cláusula que aponte que todas as demandas envolvendo os sujeitos serão decididas em determinado foro).

Registre-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que sendo discutida a própria validade do contrato em que está inserida a cláusula de eleição de foro essa não deve prevalecer[545].

4.7.3.2. Vontade unilateral do autor

Essa hipótese de prorrogação de competência não se encontra expressamente prevista em lei, mas resulta de uma análise sistêmica das regras legais a respeito da matéria. Haverá tal espécie de prorrogação sempre que a demanda for proposta respeitando-se a regra de foro geral, que para o Código de Processo Civil é o do domicílio do réu. Sempre que existir uma regra especial de foro, a proteger o autor, em detrimento da regra geral, poderá o demandante optar por afastar a norma que teria sido feita em seu favor e litigar no domicílio do réu.

A justificativa para que tal escolha do foro do domicílio do réu como competente – ainda que aplicável à espécie regra de foro especial – liga-se à inexistência de interesse jurídico do réu em excepcionar o juízo justamente do foro que lhe acarretará as maiores vantagens possíveis. Evidentemente que essas vantagens são presumidas de forma relativa, de modo que é plenamente

possível, no caso concreto, provar o réu algum prejuízo nesse desrespeito do autor à norma de foro especial. A prorrogação, portanto, ficaria condicionada à ausência de um efetivo prejuízo do réu no caso concreto, que deverá ser provado na exceção de incompetência[546].

4.8. PREVENÇÃO

4.8.1. CONCEITO

A prevenção não é forma de prorrogação de competência, mas instituto sempre analisado pela doutrina quando enfrentado o tema da competência por se referir às normas de concentração de competência, responsáveis por sua fixação em um juízo nas hipóteses em que abstratamente sejam competentes um ou mais juízos para a mesma causa.

4.8.2. PREVENÇÃO DE CAUSAS CONEXAS EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

A prevenção é fenômeno de extrema importância na eventualidade de existirem duas ou mais ações conexas, havendo a reunião de todas perante um mesmo juízo, para que neste seja proferida decisão sobre todas (que a doutrina entende, inclusive, poder ser feito por meio de apenas uma sentença) em prol do princípio da harmonia das decisões. A função da prevenção nas hipóteses de reunião por conexão é definir em qual juízo as ações serão reunidas, ou seja, determinar qual juízo irá concentrar as ações sob seu comando, e ao final decidi-las.

Não se sabe qual era a justificativa para o CPC/1973 cuidar em dois artigos diversos e de forma diferente do fenômeno da conexão entre causas da mesma competência territorial e de competência territorial diferente (mesma comarca/seção judiciária ou comarcas/seções judiciárias diferentes). Nesse sentido é muito superior o Novo Código de Processo Civil quando acaba com a inexplicável e injustificável dicotomia presente no diploma

processual revogado e cria uma regra no art. 59: a prevenção é gerada pelo registro ou distribuição da petição inicial.

4.9. PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS – ART. 87 DO NOVO CPC

Ao impedir que alterações supervenientes de fato ou de direito afetem a competência da demanda, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* impede que o processo seja itinerante, tramitando sempre aos sabores do vento, mais precisamente aqueles gerados por mudanças de fato (por exemplo, domicílio) ou de direito (por exemplo, uma nova lei afirmando que todo torcedor da Portuguesa deve ser demandado no foro de seu domicílio). A fixação, por outro lado, serve também para evitar eventuais chicanas processuais de partes imbuídas de má-fé, que poderiam gerar constantemente mudanças de fato para postergar a entrega da prestação jurisdicional[547].

O consagrado princípio da perpetuação da jurisdição merece um reparo axiológico, posto que não é de jurisdição que trata, mas tão somente de competência. A jurisdição não se perpetua com a propositura da demanda, já existindo antes e continuando a existir depois desse momento processual. Apesar da consagração da expressão, é mais adequado tratar o fenômeno como “perpetuação de competência”.

O art. 43 do Novo CPC repete o princípio previsto no art. 87 do CPC/1973, mas melhora sensivelmente sua redação quanto às

exceções ao princípio. Manteve-se como exceção a supressão do órgão jurisdicional e melhorou-se a redação no tocante à segunda exceção, sendo agora claro o dispositivo legal ao prever que qualquer mudança de competência absoluta – pessoa, matéria, funcional – afeta imediatamente o processo em curso, considerando-se que não se perpetua a incompetência absoluta.

Registre-se que, apesar de elogiável a alteração proposta pelo Novo Código de Processo Civil, a interpretação diante da defeituosa redação do art. 87 do CPC/1973 já vinha sendo no sentido do texto do art. 43 do Novo CPC[548].

Na hipótese de criação de uma nova comarca, tecnicamente não se poderia cogitar da remessa do processo a essa nova comarca sem agressão ao princípio consagrado no art. 43 do Novo CPC. A criação de nova comarca não seria, sob esse ângulo de análise, causa de exceção ao princípio. Tratar-se-ia de mera modificação do estado de direito, posto que a única alteração refere-se às regras jurídicas determinadoras de competência[549].

Ocorre, entretanto, que a criação de uma nova comarca busca otimizar a entrega da prestação jurisdicional, considerando-se que busca afastar os problemas gerados em um foro que estiver sobrecarregado, dividindo o trabalho judicial com outro foro. Dessa forma, por vezes, as necessidades de administração da Justiça têm fundamentado decisões administrativas determinando a imediata remessa dos processos à nova comarca[550]. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, já entendeu que a criação de subseção judiciária na Justiça Federal não é motivo para a modificação de competência,

prestigiando dessa forma o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*[551].

Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que criações de varas ou comarcas por meio de resoluções administrativas ou leis de organização judiciária não se sobrepõem a regras de competência previstas pelo Código de Processo Civil, de forma que deve se prestigiar a perpetuatio jurisdictionis[552].

Registre-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o princípio ora analisado deve ser afastado na ação de alimentos, dado o caráter continuativo da relação jurídica alimentar, conjugado com a índole social dessa espécie de ação. Dessa forma, ações revisionais de alimentos devem ser propostas no foro do domicílio atual do alimentado, ainda que esse novo domicílio tenha sido resultado de mudança durante a ação de alimentos[553]. O mesmo tribunal já decidiu nesse sentido em ações que envolvem a guarda de incapaz[554].

No projeto de lei aprovado na Câmara o momento previsto para a *perpetuatio jurisdictionis* era o da propositura da ação, exatamente como disposto no art. 87 do CPC/1973, mas na redação final do art. 43 do Novo CPC o momento passou a ser o registro ou distribuição da petição inicial.

Na Emenda constante do tópico 2.3.2.17 do Parecer Final 956 do Senado, a mudança foi justificada como meramente redacional, para compatibilizar o dispositivo com o art. 59 do Novo CPC.

Falhou duas vezes porque, se era para compatibilizar a redação dos artigos, melhor teria sido prever em ambos o protocolo da petição inicial, em vez de registro ou distribuição. O pior, entretanto, é ter compatibilizado a redação do art. 43 com o art. 59 (que trata da prevenção do juízo), e não com o art. 312 (que trata da propositura da ação).

A modificação, portanto, deve ser criticada tanto quanto sua explicação. No art. 312 do Novo CPC está previsto que a propositura da ação se dá com seu protocolo, em nada se referindo ao seu registro ou distribuição. Pela redação consagrada no texto legal, certamente haverá a dúvida a respeito de mudança de fato e de direito ocorrida entre o protocolo e o registro e a distribuição. Numa comarca de vara única, por exemplo, pode-se imaginar que a petição inicial só venha a ser registrada alguns dias após seu protocolo. Nesse caso, uma mudança de domicílio do réu depois da propositura, mas antes do registro, leva à mudança de competência?

Como se pode notar, a mudança do texto do art. 43 do Novo CPC pelo Senado foi um desserviço, dando ensejo à polêmica que poderia ser evitada com a manutenção do texto aprovado pela Câmara, mas de qualquer forma deve continuar a vigorar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a propositura da ação se dá como o protocolo da petição inicial. [555]

5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Sumário: 5.1. Introdução – 5.2. Sucumbência e causalidade –

5.3. Cabimento de condenação em honorários advocatícios – 5.4. Fixação de honorários sucumbenciais em recursos – 5.5. Valor dos honorários sucumbenciais – 5.6. Condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários sucumbenciais – 5.7. Sucumbência recíproca – 5.8. Pagamento na pessoa da sociedade de advogados – 5.9. Termo inicial dos juros – 5.10. Omissão da condenação em honorários advocatícios em sentença transitada em julgado – 5.11. Legitimidade para impugnar e executar – 5.12. Direito ao ressarcimento dos honorários contratuais.

5.1. INTRODUÇÃO

Os honorários advocatícios constituem a remuneração devida aos advogados em razão de prestação de serviços jurídicos, tanto em atividade consultiva como processual. Tradicionalmente se dividem em duas espécies: (a) contratuais, relacionados a um contrato celebrado com o próprio cliente para a prestação de algum serviço jurídico; (b) sucumbenciais, relacionados à vitória de seu cliente em processo judicial.

A natureza alimentar dos honorários advocatícios já foi devidamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça[556], inclusive com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo a previsão do art. 85, § 14º, do Novo CPC nesse sentido apenas a confirmação legislativa desse entendimento. Registre-se que mesmo quando o credor é uma sociedade de advogados a verba não perde sua natureza alimentar[557].

5.2. SUCUMBÊNCIA E CAUSALIDADE

O art. 85 do Novo CPC substitui, com inúmeras novidades, o art. 20 do CPC/1973, ao versar sobre importantes aspectos dos honorários advocatícios.

O *caput* do dispositivo legal ora analisado prevê que a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, no que deve ser elogiado por reafirmar ser o advogado o credor do valor estabelecido em honorários sucumbenciais. Não custa lembrar que o *caput* do art. 20 do CPC/1973 previa erroneamente a condenação do vencido a pagar tais honorários ao vencedor.

Como se pode notar da redação do dispositivo o Novo Código de Processo Civil, a exemplo do que já fazia o CPC/1973, continua a consagrar a sucumbência como critério determinante da condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Ocorre, entretanto, que nem sempre a sucumbência é determinante para tal condenação, devendo ser também aplicado a determinadas situações o princípio da causalidade, de forma que a parte, mesmo vencedora, seja condenada ao pagamento de honorários ao advogado da parte vencida por ter sido o responsável pela existência do processo, como corretamente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça[558].

Um exemplo emblemático do afirmado e amplamente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça é a condenação do autor vitorioso na ação cautelar de exibição de documentos quando o réu exibe o documento pretendido no prazo de contestação e não

há nos autos prova de pedido extrajudicial de exibição[559]. Nesse caso, como o réu não deu causa ao processo, mesmo sendo vencido (o julgamento será de procedência), a condenação ao pagamento de honorários recairá sobre o vencedor.

Apesar de consagrar a regra da sucumbência, o Novo Código de Processo Civil não foi totalmente alheio ao princípio da causalidade, consagrando-o ao menos em duas situações.

Segundo o § 10 do art. 85 do Novo CPC, nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo, ou seja, havendo carência superveniente por falta de interesse recursal superveniente, não importará para fixação dos honorários quem sucumbiu (no caso será sempre o autor), mas quem deu causa ao processo.

A responsabilidade pelo pagamento das despesas e honorários advocatícios prevista pelo art. 90, *caput*, do Novo CPC na hipótese de extinção do processo por decisão homologatória de desistência, renúncia ou reconhecimento jurídico do pedido, mantém a regra consagrada no art. 26, *caput*, do CPC/1973: cabe o pagamento à parte que praticou o ato que levou o processo a extinção, tendo o novel dispositivo apenas incluído a renúncia como causa de extinção, não prevista no artigo revogado mas devidamente incluída pela melhor doutrina[560]. Trata-se de consagração específica do princípio da causalidade: responde o autor por ter dado causa ao processo e depois desistido dele ou renunciado ao direito material; responde o réu por ter exigido do autor a propositura da ação e reconhecido seu pedido em juízo.

A renúncia, por se tratar de ato de disposição de direito material, pode ocorrer a qualquer tempo independentemente da anuência do réu. A desistência será homologada independentemente de tal anuência desde que requerida antes de o réu apresentar resposta. Havendo um ato de disposição pelo autor antes da apresentação de defesa do réu, em regra não haverá fixação de honorários advocatícios, mas excepcionalmente será possível ao advogado do réu demonstrar que realizou o trabalho de defesa de seu cliente e só não o levou ao juízo em razão da desistência ou renúncia. Nesse caso entendo que cabe a fixação de honorários nos termos do artigo ora comentado.

Interessante a disposição contida no § 4º do art. 90 do Novo CPC, que prevê que se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade. O dispositivo é uma forma de execução indireta, que busca incentivar a parte a cumprir sua obrigação mediante o oferecimento de uma melhora em sua situação. Nesse caso o sacrificado é o advogado do autor, que perderá metade do valor que lhe seria destinado a título de honorários advocatícios.

A consagração legal deve ser saudada, mas tudo leva a crer que as hipóteses consagradas no art. 85, § 10 e 90, ambos do Novo CPC, sejam meramente exemplificativas, continuando a ser aplicável em outras circunstâncias a regra da causalidade para a fixação de honorários advocatícios, como, por exemplo, no caso de condenação de quem deu causa à constrição indevida nos embargos de terceiro[561].

5.3. CABIMENTO DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Nos termos do § 1º do art. 85 do Novo CPC, são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. São situações que poderiam gerar dúvidas a respeito do cabimento de fixação de honorários, tendo sido mantidos fora, a exemplo do que ocorria no Código revogado, os incidentes processuais, que não geram condenação ao pagamento de honorários advocatícios, mas apenas ao ressarcimento de despesas.

A natureza de ação da reconvenção já vinha levando o Superior Tribunal de Justiça a entender pelo cabimento de fixação de honorários advocatícios na ação reconvencional independentemente do resultado na ação principal[562]. O Novo Código de Processo Civil apenas consagra expressamente esse entendimento, o que não deixa de ser interessante porque com o fim da autonomia formal da reconvenção, que passa a ser alegada na própria contestação, algum intérprete mais incauto poderia concluir erroneamente que a reconvenção também perdeu sua autonomia material, ou seja, sua natureza de ação, e com isso concluir, também erroneamente, pelo não cabimento de condenação a pagar honorários advocatícios.

Também já vinha sendo entendimento do Superior Tribunal de Justiça o cabimento de fixação de honorários advocatícios em sede de cumprimento de sentença, como agora vem expressamente previsto no § 1º do art. 85 do Novo CPC. Quanto ao tema cumpre

destacar a relevância do art. 537, § 1º do Novo CPC, ao prever que a fixação de honorários de advogado será realizada em dez por cento do valor da execução e somente na hipótese de o executado deixar de pagar o débito no prazo de quinze dias após sua intimação. Trata-se de mais um dispositivo que consagra o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria[563].

Há, entretanto, importante novidade que contraria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ao prever que são devidos honorários advocatícios no cumprimento voluntário de sentença, o art. 85, § 1º, do Novo CPC vai contra o entendimento em sentido contrário consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, que vinha sob a vigência do CPC/1973 afastando o cabimento de honorários na execução provisória em aplicação absolutamente equivocada do princípio da causalidade[564].

Segundo o tribunal, como executar provisoriamente é uma faculdade do exequente, quando este opta por iniciá-la, dá causa à existência da execução, de forma que não pode pretender receber honorários advocatícios. Se a facultatividade da execução fosse realmente um argumento aplicável ao afastamento dos honorários do patrono do exequente provisório, nunca mais os teríamos na execução definitiva, já que essa também é uma faculdade do exequente. Como sabido, não existe dever de ação, e sim direito, de natureza disponível.

Outro fundamento de duvidosa pertinência utilizado pelo tribunal traçava uma semelhança entre não ser cabível a aplicação da multa do art. 475-J, *caput*, do CPC/1973 na execução provisória

e o afastamento da condenação a pagamento de honorários advocatícios. A natureza dessas duas medidas foi aparentemente desprezada pelo Superior Tribunal de Justiça, porque, sendo a primeira uma medida de execução indireta e a segunda uma medida de remuneração pelo trabalho desenvolvido pelo advogado, jamais poderia ser aplicada a ambas a mesma justificativa de afastamento.

E, para encerrar a crítica ao posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, não parece adequada a afirmação de que o direito ao recebimento dos honorários advocatícios não existe enquanto o direito da parte não for certo, o que não ocorre em razão da existência de recurso pendente de julgamento. Desde os estudos de Liebman sobre o tema, é bastante clara a distinção entre imutabilidade e eficácia da decisão. Da forma como foi posta a fundamentação, o capítulo principal da decisão tem eficácia mesmo sem ser imutável, mas o capítulo acessório que fixa os honorários advocatícios só passa a ser eficaz quando se torna imutável. A regra de que o acessório segue o principal parece não ter influenciado o Tribunal em sua decisão.

Felizmente o equivocado entendimento está superado pelo art. 85, § 1º do Novo CPC.

O dispositivo ora comentado ainda prevê o cabimento de honorários advocatícios em execução, resistida ou não. Na realidade, o próprio procedimento executivo já leva a esse entendimento, considerando-se que no momento em que o juiz determina a citação do executado já fixa valor de honorários advocatícios em favor do advogado do exequente.

Segundo a previsão do art. 85, § 7º, do Novo CPC, não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseja expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada. O dispositivo legal confirma o entendimento dos tribunais superiores a respeito do tema, na interpretação do art. 1.º-D da Lei 9.494/1997, de que sendo hipótese de cumprimento de sentença por RPV (requisição de pequeno valor), ainda que a Fazenda Pública deixe de impugnar, serão devidos honorários advocatícios[565]. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, não serão devidos honorários na hipótese de o cumprimento de sentença começar pelo sistema do precatório e o exequente renunciar ao excedente para adequá-la ao sistema do RPV[566].

Registre-se que essa regra não é absoluta, havendo inclusive entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça de que são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas[567].

Segundo o art. 85, § 13, do Novo CPC, as verbas de sucumbência arbitradas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes e em fase de cumprimento de sentença serão acrescidas no valor do débito principal, para todos os efeitos legais.

5.4. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM RECURSOS

Segundo o § 11 do art. 85 do Novo CPC, o tribunal – por

decisão colegiada ou monocrática[568] – ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2° a 6° do mesmo dispositivo legal.

Não resta dúvida de que a nova regra é justa, porque remunera um trabalho do advogado que ainda está por vir e que, por tal razão, não poderia ser considerado pelo juiz que proferiu a decisão recorrida[569]. Não se duvida que um processo no qual a sentença transitada em julgado por ausência de interposição de apelação dá muito menos trabalho do que aquele que chega até os tribunais superiores, em razão da sucessiva interposição de recursos. Essa, entretanto, é a razão nobre do dispositivo, única, inclusive, reconhecida pelo art. 85, § 11 do Novo CPC.

Há, entretanto, outra razão de ser do dispositivo legal, como já vem sendo apontado pela melhor doutrina[570]. A norma servirá como desestímulo a interposição de recursos, que no Novo Código de Processo Civil passarão a ficar mais caros para a parte sucumbente. É obvio que se o desestímulo se prestar a evitar a interposição de recursos manifestamente protelatórios tal razão de ser do art. 85, § 11, do Novo CPC também será nobre. O problema, entretanto, é que nada garante tal limitação, podendo a parte que pretende recorrer, mesmo que não abusivamente, desistir do caminho recursal para não ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios. E nesse sentido a razão de ser da norma ora comentada não terá nada de nobre, bem ao contrário.

É vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de

honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2° e 3° para a fase de conhecimento. Significa dizer que o tribunal deve considerar os percentuais já fixados em valores anteriores para não ultrapassar o teto de 20% do valor da condenação, do benefício econômico ou do valor da causa[571].

Tal circunstância pode levar à vedação de fixação por novos tribunais, desde que o teto já tenha sido alcançado anteriormente. Pode parecer que para evitar tal circunstância os juízos de primeiro grau passariam a sempre condenar pelo piso (10%), para que assim, havendo recursos sucessivos, houvesse espaço para novas condenações pelos tribunais. E nesse tocante a novidade seria prejudicial aos advogados. Esse entendimento, entretanto, não condiz com a realidade, porque na praxe forense a condenação em honorários advocatícios acima do piso mínimo é de extrema raridade.

O dispositivo deve ser aplicado somente em recursos que sejam julgados por outro órgão jurisdicional, distinto daquele que proferiu a decisão impugnada[572]. Dessa forma, não será cabível majoração de honorários em julgamento de embargos de declaração[573], o mesmo, entretanto, não se podendo dizer do agravo interno. Esse recurso, ainda que seja julgado no mesmo grau de jurisdição, não é julgado pelo mesmo órgão jurisdicional, não se podendo confundir o órgão singular formado pelo relator e o órgão colegiado formado para o julgamento do agravo interno.

Entendo que a previsão legal faz com que a readequação do

valor dos honorários advocatícios passe a fazer parte da profundidade do efeito devolutivo dos recursos, de forma que mesmo não havendo qualquer pedido das partes quanto a essa matéria o tribunal poderá analisá-la para readequar os honorários conforme o trabalho desempenhado em grau recursal.

E como o dispositivo impõe a fixação de novos honorários em razão do trabalho desempenhado em grau recursal, eventual omissão do tribunal, mesmo quando não provocado pelas partes, tornará a decisão passível de embargos de declaração.

Quando os honorários forem fixados em julgamentos de segundo grau de jurisdição, ainda será cabível o recurso especial para impugnar essa matéria, mas quando forem fixados em julgamentos nos tribunais superiores não haverá recurso cabível, salvo os embargos de declaração. Não deixa de ser uma constatação interessante porque a matéria não chegará a esses tribunais para revisão e sim de forma originária, o que, inclusive, exigirá uma flexibilização do pré-questionamento, o que já foi admitido pelo Superior Tribunal de Justiça em aplicação da profundidade do efeito devolutivo do recurso especial[574] e cuja admissão fica ainda mais clara diante do art. 1.034, parágrafo único do Novo CPC.

5.5. VALOR DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Há novidades sutis, mas de indiscutível relevância prática quanto ao tema do valor dos honorários advocatícios sucumbenciais. Os percentuais entre o mínimo de 10% e o máximo

de 20% previstos no § 3º do art. 20 do CPC/1973 são mantidos no § 2º do artigo 85 do Novo CPC. Mas há duas novidades importantes.

A primeira fica por conta do proveito econômico como parâmetro para a fixação dos honorários dentro dos percentuais previstos em lei quando não houver condenação no caso concreto. Pode se imaginar nesse caso tanto as decisões meramente declaratórias como as constitutivas que tenham gerado vantagem econômica para o vencedor, bem como a sentença de improcedência em ações condenatórias, quando o proveito econômico será ter evitado a condenação no valor pretendido pelo autor[575].

A segunda novidade é a fixação dos honorários quando não há condenação ou proveito econômico obtido, quando a fixação tomará por base o valor da causa.

Sob a égide do CPC/1973, a inexistência de condenação permitia ao juiz fixar o valor dos honorários sem qualquer parâmetro, apenas atendendo aos critérios das alíneas do art. 20, § 3º. No Novo CPC tal conduta passa a ser impossível, havendo uma gradação de parâmetro para, a partir daí, fixar os honorários entre dez e vinte por cento: (1º) condenação; (2º) proveito econômico obtido); (3º) valor da causa.

Estabelecido o parâmetro de fixação dos honorários, cabe ao juiz fixar o percentual – entre dez e vinte por cento – que se adequa ao grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Esses critérios são

os mesmos já existentes no Código revogado.

O § 4º do art. 20 do CPC/1973 vem parcialmente repetido no § 8° do art. 85 do Novo CPC, ao menos para as causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, quando o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2°.

O § 9° do dispositivo ora comentado reformula parcialmente a regra contida no art. 20, § 5º do CPC/1973 ao prever que na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas com mais doze prestações vincendas.

5.6. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Há novidades significativas no tocante à fixação de honorários advocatícios nas causas em que a Fazenda Pública for parte.

Segundo o § 3º do art. 85 do Novo CPC, a fixação de honorários nesse caso observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2° (o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço). Nesses termos, o dispositivo não traz nenhuma novidade quando comparado com o art. 20, § 4º do CPC/1973.

A novidade fica por conta da criação de percentuais específicos para essa hipótese, o que afastará a prática rotineira das condenações de honorários serem fixadas em valores inferiores ao mínimo legal. Será no mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até duzentos salários mínimos (inciso I); de no mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de duzentos salários mínimos até dois mil salários mínimos (inciso II); de no mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de dois mil salários mínimos até vinte mil salários mínimos (inciso III); no mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de vinte mil salários mínimos até cem mil salários mínimos (inciso IV); mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de cem mil salários mínimos (inciso V).

E não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 4º, III do art. 85 do Novo CPC.

Ainda versando sobre os parâmetros para a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios, o § 5° prevê que sendo a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa superior ao valor previsto no inciso I do § 3°, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que

a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

Como os parâmetros de condenação levam em conta salários mínimos, o art. 4º, IV do art. 85 do Novo CPC prevê expressamente que será considerado o salário mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

Nos termos do § 6° do art. 85 do Novo CPC, os limites e critérios previstos nos §§ 2° e 3° aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou extinção do processo sem resolução do mérito.

Segundo o § 4º, I, do dispositivo ora comentado, em qualquer hipótese de condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios, os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo quando for líquida a sentença. E o inciso II prevê que não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos dos referidos incisos, somente ocorrerá quando liquidado o julgado.

5.7. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

A maior novidade do art. 85, § 14º, do Novo CPC, vem em sua parte final, quando veda expressamente a compensação em caso de sucumbência parcial.

Nos termos do art. 21, *caput* do CPC/1973, havendo sucumbência recíproca os honorários advocatícios serão proporcionalmente distribuídos e compensados entre as partes. A

compensação é uma das formas de extinção da obrigação, regulada pelos nos arts. 368 a 380 do Código Civil, consubstanciada num desconto de um débito a outro ou numa operação de mútua quitação entre credores recíprocos.

Existe entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça 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"[576]. E mesmo com a previsão do art. 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei 8.906/94) prevendo ser do advogado a titularidade do crédito derivado da condenação judicial ao pagamento de honorários advocatícios, o Superior Tribunal de Justiça entende que o art. 21 do CPC/1973 continua em plena vigência[577].

Sempre lamentei profundamente o entendimento consagrado por desrespeitar de forma direta e inadmissível a própria essência da compensação. Segundo o art. 368 do Código Civil, só haverá compensação se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, sendo tal exigência pacificada na doutrina e jurisprudência[578]. E esse indispensável requisito só estaria preenchido se os créditos referentes aos honorários advocatícios fixados em decisão judicial fossem de titularidade das partes, o que contraria o art. 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Os advogados que participaram do processo são os credores na hipótese de sucumbência recíproca, sendo devedores a parte contrária. Há, portanto, diferença entre credores e devedores, o que

deveria ser o suficiente para inviabilizar a satisfação das obrigações de pagar quantia certa na hipótese ora analisada.

Nesse sentido, a modificação introduzida pela frase final do art. 85, § 14, do Novo CPC, contrariando entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, deve ser efusivamente elogiada.

5.8. PAGAMENTO NA PESSOA DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS

O § 15 do art. 85 do Novo CPC prevê que o advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se à hipótese o disposto no § 14 do dispositivo ora analisado.

Entendo que a atividade advocatícia é personalíssima, de forma que a condenação em honorários advocatícios deve sempre favorecer o profissional que efetivamente atuou na causa. O § 15 do art. 85 do Novo CPC não modifica essa realidade, apenas permitindo expressamente que o advogado ceda seu crédito em favor da sociedade que integra na qualidade de sócio, que passa então a ser credora do valor fixado a título de honorários advocatícios.

Apesar da natureza personalíssima dos honorários advocatícios, o direito de receber honorários, naturalmente patrimonial, é renunciável e transacionável, não existindo qualquer empecilho para que exista contratualmente uma previsão entre advogado e sociedade, de forma que mesmo não a integrando como

sócio, a sociedade poderá ser credora dos honorários advocatícios fixados em favor do advogado. E, nesse caso, o pedido de pagamento em nome da sociedade poderá partir dela mesma, com a prova do negócio jurídico que a torna credora.

5.9. TERMO INICIAL DOS JUROS

Segundo o § 16 do art. 85 do Novo CPC, se os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão, em mais um dispositivo que consagra o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema[579], ainda que sejam encontradas nesse tribunal decisões que, diferentemente do entendimento majoritário, entendem que os juros incidem a partir da data da intimação para o cumprimento de sentença[580].

Sendo os honorários fixados em percentual da condenação ou do proveito econômico, acompanharão a atualização financeira destes, ou seja, a incidência dos juros moratórios deve seguir o principal[581]. Caso a base de cálculo do percentual de honorários seja o valor da causa, o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça ainda na vigência do CPC/1973 é de que os juros incidirão a partir da intimação a pagar em 15 dias realizada no cumprimento de sentença[582].

5.10. OMISSÃO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO

Em pacificada interpretação do disposto no art. 20, *caput*, do CPC/1973, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios é incluída pela doutrina no rol dos "pedidos implícitos", de forma que mesmo não havendo pedido do advogado da parte nesse sentido caberá ao juiz de ofício condenar a parte vencida ao pagamento. Com ou sem pedido das partes, a decisão que deixa de condenar o vencido a pagar os honorários advocatícios é *citra petita*, e essa realidade não será alterada pelo Novo Código de Processo Civil.

É possível que uma sentença omissa quanto à condenação ao pagamento de honorários advocatícios transite em julgado. Existem tradicionais "pedidos implícitos" que na realidade são mais do que isso, porque além de representarem tutela que pode ser concedida mesmo sem pedido, são concedidos mesmo que não haja uma expressa condenação na sentença transitada em julgado. Assim ocorre com os juros moratórios[583] e a correção monetária[584] nas condenações de pagar quantia certa. Não é, entretanto, o que ocorre com os honorários advocatícios.

Não havendo condenação ao pagamento de honorários advocatícios, a parte sucumbente não estará implicitamente condenada a pagar qualquer quantia, daí porque é acertado o entendimento no sentimento de não ser possível nesse caso a execução da decisão. Na realidade, sem o capítulo acessório dos honorários advocatícios não haverá título executivo para legitimar tal execução, aplicando-se ao caso o princípio do *nulla executio sine legge*. Nesses termos, é elogiável o entendimento nesse sentido consolidado pela Súmula 453 do Superior Tribunal de Justiça: "Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada

em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria".

O entendimento sumulado, entretanto, não deve ser elogiado, porque além de impedir corretamente a propositura de uma execução sem título executivo, também veda a propositura de uma ação de conhecimento para a cobrança de honorários que deixaram de ser fixados em decisão transitada em julgado. O fundamento de que a admissão de tal ação ofenderia a coisa julgada material é uma grande e equivocada inovação no instituto processual da coisa julgada material, já que matéria não decidida não pode gerar a coisa julgada, até porque para que haja coisa julgada é preciso que a coisa (matéria) seja julgada (decidida expressamente).

Pelo exposto, deve ser saudada com entusiasmo a previsão contida no § 18 do art. 85 do Novo CPC: caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança.

5.11. LEGITIMIDADE PARA IMPUGNAR E EXECUTAR

Segundo o art. 23 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), o advogado é o credor dos honorários fixados em sentença ou acórdão, sendo parte legitimada para executar esse capítulo acessório da decisão. O art. 85, *caput*, do Novo CPC, apesar de não tratar da legitimidade executiva, prevê que o advogado é o credor dos honorários sucumbenciais, o que já é o suficiente se aplicado no caso o art. 789, *caput*, do Novo CPC

A legitimidade ativa do advogado para executar o capítulo acessório da decisão que fixa honorários advocatícios, portanto, é indiscutível por expressa previsão legal, sendo tal legitimidade reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive em entendimento sumulado (Súmula 306/STJ). Há, entretanto, uma diferença substancial de espécie de legitimidade entre o advogado e a parte por ela representada: enquanto o advogado tem legitimidade ordinária, litigando em nome próprio na defesa de seu próprio interesse, a parte tem legitimidade extraordinária, litigando em nome próprio na defesa de interesse de outrem, no caso, o advogado.

Essa distinção das espécies de legitimação, derivada diretamente da titularidade do crédito, é importante para se concluir que, independentemente de quem seja o exequente o valor obtido em sede executiva é destinado ao advogado, titular do direito de crédito exequendo.

Nos termos do art. 24, § 1º do Estatuto da OAB, a execução dos honorários pode ser promovida nos mesmos autos da ação em que tenha atuado o advogado, se assim lhe convier. Sendo a decisão judicial um título executivo judicial nos termos do art. 525, I do Novo CPC, sua execução, inclusive com relação ao capítulo acessório que fixa honorários advocatícios, dar-se-á por meio de cumprimento de sentença, sendo o executado intimado para pagar o valor devido em quinze dias sob pena de aplicação de multa de 10% do valor devido, nos termos do art. 523, § 1º do Novo CPC.

O desenvolvimento desse cumprimento de sentença ocorrer nos mesmos autos do processo em que foi preferida a sentença ou

em autos em apartado é uma questão meramente cartorial, sem qualquer repercussão processual relevante. Ainda assim é criticável a previsão do art. 24, § 1º do Estatuto da OAB, porque dá a entender que a forma de autuação será determinada pela vontade do exequente, o que não corresponde à realidade. Na realidade, essa é uma decisão do juiz, que deverá levar em conta a maior facilidade procedimental para determinar a autuação nos próprios autos, em apenso ou em apartado. E no processo eletrônico a forma de autuação perde ainda mais sua já insignificante relevância prática.

Registre-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a legitimidade ativa executiva consagrada pelo art. 23 do Estatuto da OAB e arts. 85 e 788, *caput*, do Novo CPC se limita ao advogado que esteja constituído nos autos no momento da execução. O advogado que já atuou e por isso faz jus a uma parcela dos honorários terá que pleitear seus direitos por meio de ação própria[585].

Diferente do que ocorre com a legitimação ativa para a execução, não há previsão legal específica quanto à legitimidade para recorrer do capítulo acessório da decisão que fixa honorários advocatícios. Aplica-se, portanto, a regra geral de legitimidade recursal prevista no art. 996, *caput*, do Novo CPC.

A parte tem legitimidade recursal expressamente consagrada no art. 996, *caput*, do Novo CPC. E como não há qualquer limitação dessa legitimação quanto aos capítulos da decisão, é correto concluir que a parte tem legitimidade para recorrer de todos os capítulos, inclusive aquele que fixa o valor dos honorários

advocatícios.

E nesse ponto torna-se essencial denunciar a indevida confusão entre legitimidade e interesse recursal consagrada pelo art. 996, *caput*, do Novo CPC. A parte tem legitimidade recursal, independentemente de ser ou não ser vencida, o que só interessa para a determinação do interesse recursal. A distinção é importante porque a parte, mesmo sendo vencedora em seu pedido, terá legitimidade para, por exemplo, pedir um aumento da verba honorária fixada em decisão judicial. E também terá interesse recursal, porque apesar de vencedora em seu pedido, ao recorrer em favor de seu advogado, demonstra preencher esse pressuposto de admissibilidade.

A legitimidade recursal da parte é extraordinária quanto ao capítulo que fixa os honorários advocatícios, porque figurará no processo como recorrente, mas defenderá interesse alheio, no caso, de seu advogado. Apesar de o art. 18 do Novo CPC prever expressamente que a legitimação depende de autorização expressa da lei, a melhor doutrina entende que, além da previsão legal, também se admite a legitimação extraordinária quando decorrer logicamente do sistema[586], sendo justamente esse o caso.

O advogado, titular do direito de crédito criado com a fixação dos honorários advocatícios em decisão judicial, também é legitimado para a interposição de recurso contra tal capítulo da decisão. Entendimento contrário retiraria o direito do advogado de discutir uma decisão que a própria lei reconhece ter legitimidade para executar. Não podendo recorrer da decisão e ocorrendo seu

trânsito em julgado, estaria negada a prestação jurisdicional ao advogado, que seria obrigado a executar valor que não entende ser o justo[587].

Para a doutrina majoritária, a sua legitimidade é de *terceiro prejudicado*, porque no momento da prolação da decisão não figurava no processo como parte, mas é titular de relação de direito material (direito de crédito) que pode ser afetada pelo resultado do processo[588]. Também é possível entender-se o advogado como parte no incidente processual criado pela condenação ao pagamento de honorários advocatícios, dando-lhe legitimidade recursal como parte. Independentemente da qualidade processual que se atribua ao advogado – parte ou terceiro prejudicado – a conclusão incontroversa é de sua legitimidade recursal. Como o advogado nesse caso recorre em nome próprio na defesa de um interesse próprio, atuará em grau recursal com legitimação ordinária.

Quanto à legitimidade recursal, portanto, ainda que com diferentes espécies de legitimação, tanto a parte como seu advogado têm legitimidade para impugnar por meio de recurso o capítulo referente aos honorários advocatícios. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, trata-se de hipótese de legitimidade concorrente disjuntiva, quando há mais de um legitimado e qualquer um deles isoladamente pode atuar em juízo[589].

Significa dizer que o advogado poderá fazer no caso concreto dois recursos: um em nome próprio para discutir os honorários e outro em nome da parte para discutir os demais capítulos da decisão. Na prática, entretanto, até por uma medida de economia

processual, o advogado faz apenas um recurso em nome da parte impugnando todos os capítulos que lhe geraram sucumbência.

O recurso isolado em nome do advogado só faz sentido prático quando a parte representada por ele é integralmente vencedora da demanda, pretendendo o advogado discutir tão somente seu direito aos honorários advocatícios fixados na decisão. Nesse caso, apesar de ser admissível o recurso em nome da parte, como a única matéria recursal tem como objeto um direito de crédito de titularidade do advogado, faz mais sentido ser ele mesmo o recorrente em legitimação ordinária.

5.12. DIREITO AO RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS

Nos termos do art. 389 do CC, não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. E o art. 404 do mesmo diploma legal prevê que as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Conforme correto entendimento doutrinário e jurisprudencial, os honorários previstos nos arts. 389 e 404 do CC são os contratuais, estabelecidos entre a parte e seu advogado para que esse atue na defesa dos interesses daquele em juízo. Não se confundem, portanto, com os honorários sucumbenciais fixados em

decisão judicial, até porque tal espécie de honorários, por constituir crédito autônomo do advogado, não importa em decréscimo patrimonial do vencedor da demanda[590]. Realmente não teria qualquer sentido os dispositivos serem interpretados de outra forma, já que os honorários sucumbenciais são suportados pelo vencido e não pela vítima do ato ilícito que precisa do processo judicial para fazer valer seu direito objetivo[591].

A conjugação dos dispositivos supracitados permite a conclusão de que os honorários contratuais dispendidos pela parte vitoriosa na demanda judicial devem ser ressarcidos pela parte vencida, sendo incluídos numa percepção mais ampla das perdas e danos suportados pela parte. O raciocínio é simples: se tivesse seu direito atendido voluntariamente pela parte contrária o processo teria sido desnecessário e com isso o gasto com o advogado contratado não existiria. Como a solução da lide dependeu de intervenção jurisdicional, é permitida a cobrança pela parte do valor dispendido a título de honorários advocatícios na contratação do advogado que defendeu seus interesses em juízo.

Segundo a melhor doutrina, o dano é a efetiva diminuição do patrimônio do credor em razão do inadimplemento da obrigação, ou seja, a diferença entre a situação patrimonial atual criada em razão do inadimplemento obrigacional e a situação em que o credor se encontraria se não tivesse havido o ato ilícito danoso[592]. E assim sendo é inegável que os valores pagos para o advogado contratado para defender os interesses da parte no processo devem ser computados como danos e por isso podem ser objeto de recompensação.

Trata-se, como vem sistematicamente reconhecendo a melhor doutrina[593] e a jurisprudência mais recente[594], de aplicação do princípio da restituição integral, que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, "se entrelaça com os princípios da equidade, da justiça e, consequentemente, com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que, minimizando-se os prejuízos efetivamente sofridos, evita-se o desequilíbrio econômico gerado pelo descumprimento da obrigação e protege-se a dignidade daquele que teve o seu patrimônio lesado por um ato ilícito"[595].

Registre-se, entretanto, que em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça mais antigos a 4ª Turma decidiu de forma contrária ao posicionamento mais recente da 3ª Turma, a afirmar que os gastos com advogado da parte vencedora não induzem por si só a existência de ilícito gerador de danos materiais e por essa razão não poderiam ser objeto de cobrança[596].

Há, entretanto, um importante ponto quanto à responsabilização da parte vencida no processo pelo pagamento de honorários advocatícios contratados pela parte vencedora: o abuso na contratação. De fato, parece temerário que a parte derrotada seja responsabilizada por uma contratação absolutamente desarrazoada em valores exorbitantes para uma demanda judicial que à luz da razoabilidade não exigia tal postura. O exagero na contratação, que deve ser analisada tomando-se por conta a complexidade e relevância – não só econômica – da demanda judicial, não deve criar para a parte vencida o dever integral de ressarcimento desse dano suportado pela parte vencedora.

É aplicável ao caso concreto o princípio do *duty to mitigate the loss*, decorrente da boa-fé objetiva, consagrada expressamente no art. 422 do CC e no art. 5º do Novo CPC. Vale aqui a menção ao Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil da CJF sobre o tema, ao prever que "*o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*". Nessa perspectiva, a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual tem um dever de mitigar o próprio dano por meio da adoção de medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo[597]. E deixar de contratar advogado em valor exorbitante sem a devida necessidade é certamente possível e razoável na busca de mitigar o prejuízo.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de afirmar que havendo abuso na contratação e sendo o valor dos honorários contratuais exorbitantes, caberá ao juiz arbitrar outro valor, podendo inclusive tomar como parâmetro os valores indicados na tabela de honorários da OAB[598]. Naturalmente outros fatores devem ser levados em conta, em especial a complexidade e relevância da demanda, sendo os valores da tabela de honorários da OAB apenas mais um dos parâmetros aplicáveis. Nesse caso, a reparação do dano será tão somente parcial.

6. GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Sumário: 6.1. Beneficiários da assistência judiciária – 6.2. Benefício da gratuidade – 6.3. Gratuidade e adiantamento de honorários periciais – 6.4. Concessão parcial de gratuidade e parcelamento – 6.5. Condenação do beneficiário da gratuidade – 6.6. Procedimento: 6.6.1. Forma do pedido de concessão da gratuidade; 6.6.2. Indeferimento do pedido; 6.6.3. Deferimento do pedido; 6.6.4. Impugnação à decisão concessiva do benefício; 6.6.5. Instrução probatória; 6.6.6. Revogação do benefício; 6.6.7. Recorribilidade – 6.7. Trânsito em julgado da decisão que revoga a gratuidade.

6.1. BENEFICIÁRIOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Há uma ampliação no rol dos sujeitos que podem ser beneficiados pela concessão da assistência judiciária pelo *caput* do art. 98 do Novo CPC, quando comparado com o art. 2º, *caput*, da Lei 1.060/50. Continuam a ser potenciais beneficiárias as pessoas físicas e jurídicas, estrangeiras ou nacionais, mas não há mais a necessidade de que tenham residência no país.

Na realidade, a possibilidade de pessoa jurídica ser beneficiada pela assistência judiciária não vinha expressamente consagrada em lei – tampouco por ela era vedada expressamente – mas já era uma realidade jurisprudencial. Conforme entendimento jurisprudencial, a pessoa jurídica faria jus à gratuidade desde que efetivamente

comprovasse a impossibilidade de arcar com as custas processuais, não havendo presunção nesse sentido[599]. O entendimento foi legislativamente consagrado no § 3º do art. 99 do Novo CPC.

A gratuidade de justiça é um direito pessoal, não se estendendo a litisconsortes ou sucessores do beneficiado. Caso tais sujeitos pretendam obter igual prerrogativa processual deverão fazer o devido requerimento nesse sentido e comprovar o preenchimento dos requisitos para sua concessão. Da mesma forma, a prerrogativa não aproveita ao recorrente adesivo quando o recorrente principal for beneficiário da gratuidade de justiça[600].

6.2. BENEFÍCIO DA GRATUIDADE

A concessão dos benefícios da gratuidade da justiça depende da insuficiência de recursos da parte para o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no caso concreto. Como não há no Novo Código de Processo Civil o conceito de insuficiência de recursos e com a expressa revogação do art. 2º da Lei 1.060/50 pelo art. 1.072, III, do Novo CPC, entendo que a insuficiência de recursos prevista pelo dispositivo ora analisado se associa ao sacrifício para manutenção da própria parte ou de sua família na hipótese de serem exigidos tais adiantamentos.

No art. 98, § 1º, do Novo CPC há previsão do objeto da gratuidade com indicação de todos os gastos que não serão exigidos do beneficiário da assistência judiciária. Trata-se de rol que amplia e, por vezes, especifica as isenções previstas no art. 3º da Lei. 1.060/50, que foi expressamente revogado pelo art. 1.072, III, do

Novo CPC.

Os incisos I, II, III, IV e V do § 1º do artigo 98 do novo diploma processual já constavam do rol do dispositivo revogado. A gratuidade, portanto, compreende as custas e taxas judiciais, os selos postais, as despesas com publicação na imprensa oficial (na realidade nesse caso não há custo, mas sim uma preterição de publicação por órgão privado), a indenização devida à testemunha (mesmo a parte que não seja beneficiária estará isenta do pagamento de diária em razão do *munus* público da testemunha, de forma que a isenção deve ser compreendida quanto às despesas da testemunha para comparecer à audiência), e as despesas com a realização de exames considerados essenciais, inclusive, mas não somente, de código genético (DNA).

No inciso VI é incluída a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira e mantidos os honorários do advogado e do perito. Melhor teria sido uma previsão mais genérica que envolvesse as remunerações de todos os servidores da Justiça, fixos e eventuais. Afinal, além do perito, intérprete e tradutor, também haverá isenção de pagamento da remuneração de outros servidores, como o avaliador e o depositário.

Sem correspondência na Lei 1.060/50, o inciso VII inclui no âmbito da gratuidade o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução. O dispositivo trata da necessidade de elaboração de cálculo aritmético para a instauração de execução para pagamento de quantia certa, e, sendo ônus do exequente a elaboração dos cálculos, eventual

despesa não será computada como despesa processual. Nesse caso, o beneficiário da assistência judiciária pode propor a execução sem a apresentação do memorial e requerer ao juízo a remessa do processo ao contador judicial, o que não gerará qualquer custo ao beneficiário, mesmo que esteja representado pela Defensoria Pública[601].

Outra novidade no ordenamento vem consagrada pelo inciso VIII ao prever compreendidos na gratuidade os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. Essa novidade é significativa, em especial para a aplicação de sanções processuais que condicionam a admissibilidade do ato processual subsequente ao depósito judicial do valor da multa aplicada. O beneficiário da gratuidade, nesse caso, não estará isento da aplicação da multa, conforme previsto no § 4º do art. 98 do Novo CPC, mas estará isento do depósito imediato do valor da multa como condição para continuar atuando no processo. Há, inclusive, previsões específicas nesse sentido: arts. 1.021, § 5º, e 1.026, § 3º, do Novo CPC.

Já o inciso IX do § 1º do art. 98 do Novo CPC trata da isenção do pagamento de emolumentos devidos aos notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação, ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido. Essa novidade foi, sem dúvida, a que mais chamou a atenção do legislador, que destinou dois parágrafos do dispositivo para discipliná-la.

No § 7º está prevista a aplicação dos §§ 3º a 5º do art. 95, dispositivo já devidamente comentado, e o § 8º prevê que havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6º, caso em que o beneficiário será citado para, em quinze dias, manifestar-se sobre esse requerimento.

Como se pode notar da literalidade do § 8º, as dúvidas suscitas pelo notário ou registrador não impedem a prática gratuita do ato, gerando uma espécie de impugnação somente após o ato já ter sido praticado. A competência para decidir o pedido pela revogação total, parcial ou pelo parcelamento do pagamento deve suscitar interessantes debates, porque o pedido deve ser dirigido ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais e não ao juízo do processo no qual a gratuidade foi concedida. Dessa forma, poderemos ter juízo do mesmo grau jurisdicional em conflito, prevalecendo nesse caso a decisão do juízo provocado a decidir sobre a conveniência da concessão da gratuidade. Nesse caso, a decisão só terá efeitos para o ato cartorial ou registral, porque não se concebe que o juízo competente para decidir questões notariais ou registrais possa revogar totalmente a decisão concessiva da gratuidade de justiça proferida pelo juízo no qual o processo tramita.

A solução encontrada pelo legislador evita que a discussão atrapalhe o andamento do processo, já que ela correrá

paralelamente ao outro processo (o dispositivo prevê a citação do beneficiário), mas pode gerar incompatibilidade lógica entre as decisões, caso um juízo considere a parte apta a ser agraciada com a gratuidade e outro diga exatamente o contrário. Entendo que a melhor solução teria sido permitir o ingresso do notário ou registrador no processo em trâmite, com a criação de um incidente processual, para impugnar a concessão dos benefícios da assistência judiciária.

6.3. GRATUIDADE E ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS

Em previsão inovadora, o art. 95 do Novo CPC resolve um problema considerável verificado na praxe forense: a derrota da parte beneficiária da assistência judiciária sendo que a parte vencedora adiantou as verbas periciais. Como os honorários periciais tem natureza de despesa processual é indiscutível a isenção do beneficiário da gratuidade da justiça de seu pagamento. Sem previsão expressa que resolvesse o impasse, a jurisprudência se firmou em indicar a Fazenda Pública como responsável pelo adiantamento e pagamento dos honorários periciais porque é a ela conferida a obrigação de prestação de assistência judiciária aos necessitados[602].

Os §§ 3º e 4º do dispositivo ora comentado dão outra solução ao problema. E com a solução dada por previsão legal, afasta-se definitivamente a possibilidade de inversão do ônus de adiantar os honorários periciais somente porque a prova técnica foi pedida por beneficiário da assistência judiciária[603].

Antes de passar propriamente à análise dos dispositivos cabe um esclarecimento. Apesar de o § 3º do dispositivo legal ora comentado prever regra somente para o pagamento da verba pericial, portanto um dever do vencido, a regra ali prevista também se aplica para o adiantamento de tal verba quando a perícia for pedida pelo beneficiário da gratuidade da justiça, nos termos do art. 98, § 7º, do Novo CPC.

A forma preferencial será o custeio da perícia com recursos alocados ao orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado. Como não é do Poder Judiciário, mas sim do Estado o dever de prestação assistência judiciária aos beneficiários da gratuidade da justiça, o ideal nesse caso é que a perícia seja feita pelo próprio Estado, sempre que existir órgão público que atue no ramo de especialidade que a prova técnica exigir.

Entendo, inclusive, que o Poder Judiciário poderia firmar convênios com as faculdades públicas para a prestação desse "serviço social". Em regra, não há ramo de conhecimento que escape de uma faculdade pública, que poderia se organizar para atender aos pedidos do Poder Judiciário, indicando um professor responsável e alunos do último ano para elaborarem a perícia como TCC (trabalho de conclusão do curso) ou como parte de sua avaliação. Além de pericias certamente de qualidade, teríamos uma excelente experiência profissional e de vida para os alunos.

Apesar de o ideal ser produzir a prova pericial por órgão público, não se descarta sua realização por particular, sendo, nesse caso, o trabalho remunerado de acordo com o valor fixado

conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça, e pago com recursos alocados ao orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal.

Sendo o beneficiário da gratuidade o vencedor da demanda, cabe ao vencido ressarcir o Estado pelas despesas arcadas por ele na realização da perícia. Como não houve adiantamento de valores pelo beneficiário da assistência judiciária, ele não terá legitimidade para pedir essa condenação. Diante dessa realidade, o § 4º do art. 95 do Novo CPC determina que com o trânsito em julgado o juízo oficiará a Fazenda Pública para que ela proceda a cobrança dos valores dispendidos, o que será feito pela via executiva (cumprimento) em razão da existência de título executivo judicial. Trata-se de excepcional legitimidade ativa executiva da Fazenda Pública.

O § 5° do dispositivo ora comentado é claro ao vedar a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública para os fins previstos no § 3º.

6.4. CONCESSÃO PARCIAL DE GRATUIDADE E PARCELAMENTO

A concessão de assistência judiciária pode ser parcial. No art. 98, § 5º, do Novo CPC está prevista a possibilidade da concessão de gratuidade para ato específico ou ainda a redução do percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento, enquanto no § 6º está previsto que o juiz poderá conceder o direito ao parcelamento de despesas processuais que o

beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

E será sempre pessoal, inclusive não se estendendo ao litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos (art. 99, § 6º do Novo CPC). Há, inclusive, previsão de que se o recurso, mesmo interposto pela parte, versar exclusivamente sobre os honorários advocatícios, o preparo deverá ser recolhido, salvo se o advogado também demonstrar ter direito à gratuidade (art. 99, § 5º do Novo CPC). Nesse caso, a gratuidade mirou o titular do direito material (parte material) e não o sujeito que participa da relação jurídica processual como parte (parte processual).

6.5. CONDENAÇÃO DO BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE

Mesmo tendo sido concedido o benefício da assistência judiciária, a parte continua a ser condenada a pagar as verbas de sucumbência, sendo nesse sentido o art. 98, § 2º, do Novo CPC, ao prever que a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência[604]. No § 3º do artigo comentado continua a regra de suspensão da exigibilidade pelo prazo de cinco anos contados do trânsito em julgado, período em que a cobrança se legitimará se o exequente demostrar que a situação de insuficiência de recursos deixou de existir. Ao final desse prazo, a obrigação será extinta, não havendo previsão de prescrição como estava consagrada no revogado art. 12 da Lei 1.060/50.

Não está incluída no rol do dispositivo a isenção do pagamento de multas processuais aplicadas ao beneficiário da assistência judiciária, sendo expresso o art. 98, § 4º, do Novo CPC no sentido de manter o dever de tal pagamento. E nem poderia ser diferente, porque, caso houvesse isenção, o beneficiário da assistência judiciária teria carta branca para barbarizar no processo, praticando todo e qualquer ato de má-fé e deslealdade processual sem o receio de ser sancionado por isso[605].

6.6. PROCEDIMENTO

6.6.1. FORMA DO PEDIDO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE

O *caput* e o § 1º do art. 99 do Novo CPC preveem as formas de pedido da concessão da gratuidade, sendo bem generoso nesse sentido: na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo, em recurso ou ainda por petição simples, nos autos do próprio processo, se o pedido for superveniente à primeira manifestação da parte na instância. Afasta-se dessa forma a vedação de que o pedido seja feito no próprio corpo do recurso[606].

O pedido de gratuidade no recurso traz alguns interessantes aspectos procedimentais. Nos termos do art. 99, § 7º, do Novo CPC, sendo requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo e, no caso de indeferimento do pedido pelo relator, deve ser concedido prazo para tal recolhimento. O dispositivo deve ser elogiado porque seria claramente ofensivo ao princípio do contraditório se a decisão do relator gerasse imediatamente a

deserção do recurso. Por outro lado, não teria sentido exigir o preparo do beneficiário da gratuidade para ele não correr o risco da deserção. O procedimento constante do dispositivo comentado já vem sendo adotado nos Juizados Especiais, quando a parte requer a gratuidade no recurso inominado,[607] e contraria posição do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema[608].

Ao prever expressamente a decisão unipessoal do relator quanto ao pedido de concessão de assistência judiciária elaborada em recurso, questiona-se se, impugnada a decisão pelo agravo interno (art. 1.021 do Novo CPC), o prazo para o recolhimento do preparo será suspenso ou interrompido pela interposição do recurso. O art. 995, *caput*, do Novo CPC prevê que os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo quando previsto em lei ou proferida decisão nesse sentido. E para o relator conceder efeito suspensivo não previsto em lei, cabe ao recorrente, nos termos do parágrafo único do art. 995 do Novo CPC, comprovar o perigo de grave lesão e a probabilidade de provimento do recurso. Entendo que o primeiro requisito é preenchido de forma natural, considerando que exigir-se o recolhimento do preparo antes da decisão colegiada do agravo interno obviamente gera grave lesão ao recorrente que se diz merecedor da gratuidade, mas para obter a concessão do efeito suspensivo o recorrente terá que convencer o relator da probabilidade de seu direito, o que será tarefa ingrata, considerando-se ter sido o próprio relator que indeferiu monocraticamente o pedido.

Em qualquer das formas previstas o pedido não suspenderá o curso do procedimento.[609]

Só não há previsão para o pedido de forma oral, o que, em tese, poderia ocorrer em audiência. Mesmo diante da omissão legislativa, acredito que, em prestígio ao princípio da oralidade, seja possível ao juiz aceitar o pedido oral elaborado em audiência.

6.6.2. INDEFERIMENTO DO PEDIDO

Nos termos do § 2º do art. 99 do Novo CPC o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para concessão da gratuidade, previstos no art. 98, *caput*, do Novo CPC.

A presunção de veracidade da alegação de insuficiência, apesar de limitada à pessoa natural, continua a ser a regra para a concessão do benefício da gratuidade da justiça. O juiz, entretanto, não está vinculado de forma obrigatória a essa presunção e nem depende de manifestação da parte contrária para afastá-la no caso concreto, desde que existam nos autos ao menos indícios do abuso no pedido de concessão da assistência judiciária. Afastada a presunção, o juiz intimará a parte requerente para que ele comprove efetivamente a sua necessidade de contar com a prerrogativa processual[610].

Os elementos que evidenciem a falta dos pressupostos para a concessão da gratuidade dependerão sempre do caso concreto, mas o legislador tratou de afastar uma situação dessa circunstância: o § 4º do art. 99 do Novo CPC prevê que a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça[611]. E mesmo o renome do advogado afasta essa realidade, até porque a contratação pode ter se dado exclusivamente *ad exitum*.[612]

6.6.3. DEFERIMENTO DO PEDIDO

Conforme se deduz do previsto no art. 100 do Novo CPC, a concessão da gratuidade de justiça se dá com base no contraditório diferido, já que o dispositivo prevê as possíveis reações da parte contrária apenas após o deferimento do pedido pelo juiz. O procedimento de ofício, portanto, será deferir o pedido ou intimar a parte para que comprove o preenchimento dos requisitos legais quando o juiz entender haver nos autos elementos que indicam o contrário.

6.6.4. IMPUGNAÇÃO À DECISÃO CONCESSIVA DO BENEFÍCIO

A forma procedimental de impugnação à decisão concessiva da gratuidade de justiça dependerá da forma como o pedido foi elaborado: pedido na petição inicial, impugnação na contestação; pedido na contestação, impugnação na réplica; pedido no recurso, impugnação nas contrarrazões; pedido superveniente por mera petição ou elaborado por terceiro, por petição simples no prazo de quinze dias.

Embora o momento de impugnação dependa do momento do deferimento do pedido, a reação da parte contrária é preclusiva, de forma que não havendo a devida impugnação dentro do prazo legal esta não será mais cabível.

Mudança significativa é a extinção do incidente de impugnação à concessão dos benefícios da assistência judiciária com a criação de autos próprios, de forma que em qualquer momento admitido em lei, tanto o pedido como a impugnação serão autuados nos autos do processo e ali será decidida incidentalmente

a questão.

Da mesma forma que o pedido de gratuidade não suspende o curso do procedimento, também assim ocorre com a impugnação.

6.6.5. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

Embora não haja previsão específica a esse respeito, sendo necessária a produção de prova todos os meios serão admitidos, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. E somente após a produção de prova, quando necessária, será decidida a impugnação.

6.6.6. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO

Revogado o benefício, a parte arcará com as despesas processuais que deixou de adiantar em razão da gratuidade de justiça. E havendo a comprovação de má-fé, além do pagamento das despesas, sofrerá como sanção a aplicação de uma multa de até o décuplo do valor de tais despesas, sendo nesse caso a Fazenda Pública Estadual ou Federal a credora, que poderá inscrever o valor da multa em dívida ativa e, não havendo pagamento, ingressar com a devida execução fiscal.

A revogação do benefício em primeiro grau não impede a parte de agravar de instrumento da decisão sem recolher o preparo e outras custas processuais referentes ao ato de recorrer, nos termos do § 1º do art. 101 do Novo CPC**.**

6.6.7. RECORRIBILIDADE

Como já mencionado, os arts. 101, *caput*, e 1.015, V, do Novo CPC preveem o cabimento de agravo de instrumento contra decisão

interlocutória que indeferir a gratuidade ou que acolher pedido de sua revogação. Não há previsão de cabimento de agravo de instrumento contra decisão que indefere a impugnação à concessão dos benefícios da assistência judiciária, restando mantida a concessão da gratuidade, mais uma vez tendo falhado o legislador ao considerar o conteúdo da decisão para determinar sua recorribilidade. Entendo que uma interpretação extensiva do art. 1.015, V, do Novo CPC é imperiosa, mas não sendo admitida é importante lembrar que a decisão que rejeitar a impugnação não preclui, podendo ser impugnada na apelação ou contrarrazões.

Por outro lado, se a decisão sobre a gratuidade for capítulo de sentença, o recurso cabível será a apelação.

Havendo recurso contra a decisão que acolhe a impugnação, a parte até então beneficiária da gratuidade estará dispensada do recolhimento de custas até decisão do relator sobre a questão, preliminarmente ao julgamento do recurso (art. 101, § 1º, do Novo CPC). Sendo confirmada a denegação ou revogação da gratuidade, o relator ou órgão colegiado determinará ao recorrente o recolhimento das custas processuais, no prazo de cinco dias, sob pena de não conhecimento do recurso (art. 101, § 2º, do Novo CPC). Entendo que o órgão colegiado só determinará o recolhimento do preparo se tiver sido ele o responsável pelo indeferimento do pedido, seja originariamente ou em julgamento de agravo interno interposto contra a decisão monocrática do relator.

O Superior Tribunal de Justiça entende que no recurso contra a decisão que indefere o pedido de concessão de gratuidade não se pode exigir do recorrente o recolhimento do preparo, sendo um

contrassenso exigir o prévio pagamento das custas recursais nestes casos, sob pena de incorrer em cerceamento de defesa e inviabilizar o direito de recorrer da parte[613].

6.7. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE REVOGA A GRATUIDADE

As consequências da revogação da gratuidade da justiça estão previstas no art. 100, parágrafo único, do Novo CPC. O *caput* do art. 102 do Novo CPC reafirma tais consequências diante do trânsito em julgado da decisão que revoga a gratuidade, o que não deixa de ser curioso, porque em tese elas já deveriam ser geradas independentemente do trânsito em julgado.

O parágrafo único do art. 102 do Novo CPC traz novidades, porque prevê as consequências do não recolhimento das despesas de cujo adiantamento a parte foi dispensada. Haverá extinção terminativa do processo no caso da omissão partir do autor e, no caso do réu, não será deferida a realização de qualquer ato ou diligência requerida antes do depósito ser realizado.

7. LITISCONSÓRCIO

Sumário: 7.1. Conceito – 7.2. Hipóteses de cabimento – 7.3. Classificação do litisconsórcio: 7.3.1. Litisconsórcio ativo, passivo e misto; 7.3.2. Litisconsórcio inicial (originário) ou ulterior (posterior, incidental ou superveniente); 7.3.3. Litisconsórcio necessário ou facultativo; 7.3.4. Litisconsórcio unitário e simples – 7.4. Limitação do litisconsórcio facultativo: 7.4.1. Introdução; 7.4.2. Reconhecimento de ofício pelo juiz; 7.4.3. Pedido da parte; 7.4.4. Litisconsórcio recusável?; 7.4.5. Consequência jurídica da limitação do litisconsórcio facultativo – 7.5. Litisconsórcio necessário e unitário. Necessárias distinções – 7.6. Litisconsórcio ativo necessário? – 7.7. Existe a intervenção iussu iudicis no processo civil brasileiro? – 7.8. Vício gerado pela ausência de litisconsórcio necessário – 7.9. Litisconsórcio alternativo e sucessivo – 7.10. Dinâmica entre os litisconsortes: 7.10.1. Introdução; 7.10.2. Atos de disposição de direito; 7.10.3. Presunção de veracidade dos fatos na revelia (art. 345, I, do Novo CPC); 7.10.4. Recurso interposto por somente um litisconsorte (art. 1.005, caput, do Novo CPC); 7.10.5. Produção da prova; 7.10.6. A confissão e o litisconsórcio; 7.10.7. Prazo para os litisconsortes.

7.1. CONCEITO

O fenômeno processual do litisconsórcio se refere ao elemento subjetivo da relação jurídica processual, mais precisamente às partes. A doutrina é pacífica em conceituar o litisconsórcio como a pluralidade de sujeitos em um ou nos dois polos da relação jurídica processual que se reúnem para litigar em conjunto.

Para a existência do litisconsórcio é irrelevante a postura no processo dos sujeitos que litigam no mesmo polo, sendo admissível, inclusive, que sejam adversários entre si na demanda judicial. Registre-se a corrente doutrinária que faz distinção entre litisconsórcio – multiplicidade de sujeitos com certa afinidade de interesses – e cumulação subjetiva –, multiplicidade de sujeitos com interesses contrapostos[614]. Prefiro, entretanto, o entendimento de que, havendo a possibilidade de a decisão ser diferente para os litisconsortes – litisconsórcio simples –, não deixará de existir um litisconsórcio na hipótese de os litisconsortes terem interesses conflitantes[615]. Basta imaginar o litisconsórcio passivo formado em ação de consignação de pagamento em razão de dúvida a respeito de quem é o credor da dívida.

7.2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Naturalmente, nem toda reunião de pessoas para litigar em conjunto será admitida pela lei, sob pena de permitir-se a criação de situações inusitadas e altamente prejudiciais ao processo. As hipóteses de cabimento do litisconsórcio encontram-se previstas no art. 113 do Novo CPC. Cumpre salientar que, apesar de o art. 113, *caput*, do Novo CPC utilizar-se do termo "podem" litigar, haverá situações concretas, dentro das hipóteses previstas pelo dispositivo legal, nas quais as partes "devem" litigar em conjunto. As hipóteses exaustivas de cabimento do litisconsórcio são:

I – *se entre os sujeitos houver comunhão de direitos ou de obrigações*. A existência de uma pluralidade nos polos da relação jurídica de direito material faz com que dessa relação surjam

direitos e obrigações de titularidade de mais de um sujeito, sendo esses sujeitos habilitados a litigar em litisconsórcio. Ainda que o condômino possa litigar sozinho em defesa do bem em condomínio, a relação de direito material que o envolve com os demais condôminos é suficiente a permitir o litígio em conjunto. Na hipótese de uma dívida solidária, a relação jurídica de direito material envolve todos os devedores, de forma que o credor poderá propor a ação contra todos eles em litisconsórcio.

II – *se houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir*. A consequência natural da conexão entre demandas é a sua reunião perante um mesmo juízo para julgamento em conjunto (art. 55, § 1º do Novo CPC), tendo como justificativa a economia processual e a harmonização dos julgados. Como esses dois benefícios também podem ser obtidos com a existência de uma só demanda, mas com pluralidade subjetiva, o legislador permite a formação do litisconsórcio havendo identidade de pedido ou da causa de pedir entre os litisconsortes. Dois sócios poderão em conjunto propor uma demanda contra a sociedade objetivando a anulação de uma assembleia (identidade de pedidos), como também será possível o ingresso de demanda contra dois réus causadores do mesmo acidente (identidade de causa de pedir).

A hipótese de cabimento de litisconsórcio prevista no art. 46, II, do CPC/1973 foi suprimida, atendendo-se dessa forma reinvindicação doutrinária que apontava a desnecessidade de expressa previsão de direitos e obrigação derivadas do mesmo fundamento de fato ou de direito. Afinal, havendo tal circunstância haverá conexão pela causa de pedir, hipótese já expressamente

contemplada.

III – *se houver afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito*. Nessa espécie de cabimento do litisconsórcio não se exige a identidade dos fatos, até mesmo porque nesse caso haveria conexão (inciso II), bastando para se admitir o litisconsórcio a afinidade – semelhança – de questões por um ponto comum de fato ou de direito. Reunidos diversos servidores públicos para litigar contra o Poder Público em virtude de atos administrativos fundados na mesma norma que se aponta de ilegal, o fato não será o mesmo, porque cada qual sofreu o prejuízo individualmente em virtude de um ato administrativo determinado, mas a finidade entre as situações permitirá o litisconsórcio. O mesmo ocorre na reunião de contribuintes para litigar contra multas – fatos geradores individualizados – aplicadas pelo mesmo fundamento.

7.3. CLASSIFICAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO

O trabalho de classificar institutos jurídicos é determinado essencialmente pelos critérios escolhidos, porque para cada critério haverá uma classificação diferente. No caso do litisconsórcio, tradicionalmente são utilizados quatro critérios para classificá-lo:

(i) posição processual na qual foi formado;

(ii) momento de sua formação;

(iii) sua obrigatoriedade ou não;

(iv) o destino dos litisconsortes no plano material.

7.3.1. LITISCONSÓRCIO ATIVO, PASSIVO E MISTO

Tomando-se como critério de classificação a posição processual em que foi formado o litisconsórcio, ele será *ativo*, se a pluralidade se verificar exclusivamente no polo ativo da demanda, e *passivo*, se a pluralidade ocorrer também de forma exclusiva no polo passivo. Será *misto* o litisconsórcio se a pluralidade de sujeitos for verificada em ambos os polos – ativo e passivo – da relação jurídica processual.

7.3.2. LITISCONSÓRCIO INICIAL (ORIGINÁRIO) OU ULTERIOR (POSTERIOR, INCIDENTAL OU SUPERVENIENTE)

Litisconsórcio inicial é aquele formado desde a propositura da ação, já existindo no momento em que a petição inicial é apresentada em Juízo, por ser esse considerado o primeiro ato do procedimento. É evidente, portanto, que o litisconsórcio inicial é de responsabilidade exclusiva do demandante, porque somente a ele será dado dar início ao processo por meio da petição inicial.

O litisconsórcio ulterior é formado após o momento inicial de propositura da ação, vindo a se verificar durante o trâmite procedimental. Exemplo típico de litisconsórcio ulterior é aquele formado pelo chamamento ao processo, considerando-se que o réu – responsável pelo chamamento – e o terceiro chamado se tornam litisconsortes. Também haverá litisconsórcio ulterior na hipótese de sucessão processual, sempre que forem plurais os sujeitos que ingressem no processo.

Questão interessante surge na hipótese de emenda da petição inicial em decorrência de decisão do juiz que determina ao autor a

formação do litisconsórcio necessário, não formado na petição inicial. Nesse caso, não resta dúvida de que o litisconsórcio será formado num momento posterior à propositura da ação, mas de qualquer maneira constará da petição inicial, em virtude da emenda. Melhor considerar tratar-se de litisconsórcio ulterior, porque o determinante para essa espécie de litisconsórcio é a sua existência quando do momento inicial da demanda, que ocorre com a mera propositura da ação. É evidente que, em regra, a petição inicial não precisará de emenda. Ainda que constante da petição inicial, portanto, será hipótese de litisconsórcio ulterior[616].

Outra questão que diz respeito ao litisconsórcio ulterior refere-se à possibilidade de sua formação no litisconsórcio facultativo. A formação do litisconsórcio gera dois benefícios: economia processual (evita a repetição de prática de atos processuais) e harmonização de julgados (evita decisões contraditórias), mas depois da propositura da demanda pode-se afirmar que os litisconsortes facultativos ulteriores escolhem o juiz, em nítida afronta ao princípio do juiz natural. Apesar de existir decisão do Superior Tribunal de Justiça entendendo que essa formação de litisconsórcio não pode ser admitida em razão do princípio do juiz natural[617], prefiro o entendimento doutrinário que permite o litisconsórcio ulterior até o saneamento do processo[618].

Registre-se que nesse tocante há expressa previsão legal quanto ao momento preclusivo da formação de litisconsórcio ativo no mandado de segurança. O art. 10, § 2.º, da Lei 12.016/2009 prevê que o ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.

7.3.3. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO OU FACULTATIVO

Conforme o próprio nome indica, litisconsórcio necessário se verifica nas hipóteses em que é obrigatória sua formação, enquanto no litisconsórcio facultativo existe uma mera opção de sua formação, em geral a cargo do autor (a exceção é o litisconsórcio formado pelo réu no chamamento ao processo e na denunciação da lide). No primeiro caso há uma obrigatoriedade de formação do litisconsórcio, seja por expressa determinação legal, seja em virtude da natureza indivisível da relação de direito material da qual participam os litisconsortes. No segundo caso a formação dependerá da conveniência que a parte acreditar existir no caso concreto em litigar em conjunto, dentro dos limites legais.

O art. 114 do Novo CPC prevê que "o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes". O dispositivo legal serve para indicar os dois fundamentos que tornam a formação do litisconsórcio necessária.

A lei poderá, por motivos alheios ao mundo do processo, prever expressamente a imprescindibilidade de formação do litisconsórcio, como ocorre na hipótese da ação de usucapião imobiliária, na qual o autor estará obrigado a litigar contra o antigo proprietário e todos os confrontantes do imóvel usucapiendo, como réus certos, e ainda contra réus incertos[619]. Em regra, a necessidade proveniente em lei não tem nenhuma outra justificativa que não a expressa determinação legal, mas é possível que a exigência legal seja até mesmo inútil, porque em virtude do caso concreto o

litisconsórcio seria necessário de qualquer modo.

A segunda forma de tornar um litisconsórcio necessário é a própria natureza jurídica da relação de direito material da qual participam os sujeitos que obrigatoriamente deverão litigar em conjunto. Na realidade, a necessidade de formação do litisconsórcio não decorre somente da natureza da relação jurídica de direito material, mas também da limitação processual que determina que somente as partes sofrerão os efeitos jurídicos diretos do processo.

No plano do direito material, fala-se em relações jurídicas incindíveis[620], cuja principal característica é a impossibilidade de um sujeito que dela faça parte suportar um efeito sem atingir todos os sujeitos que dela participam. Significa dizer que existem determinadas relações jurídicas de direito material que, gerando-se um efeito jurídico sobre ela, seja modificativo ou extintivo, todos os sujeitos que dela participam sofrerão, obrigatoriamente, tal efeito jurídico.

No plano processual, não se admite que o sujeito que não participa do processo sofra os efeitos jurídicos diretos da decisão, com exceção dos substituídos processuais e dos sucessores. Em regra, os efeitos jurídicos de um processo somente atingirão os sujeitos que fizeram parte da relação jurídica processual, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

A soma dessas duas circunstâncias faz com que o litisconsórcio seja necessário: sabendo-se de antemão que todos os sujeitos que participam da relação jurídica material sofrerão todo e qualquer efeito jurídico gerado sobre a relação, e sabendo-se que o

sujeito que não participa do processo poderá sofrer os efeitos jurídicos da decisão, cria-se a obrigatoriedade de todos estarem presentes no processo, única forma possível de suportarem seus efeitos, que inexoravelmente atingirá a relação de direito material da qual participam.

7.3.4. LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO E SIMPLES

Nessa espécie de classificação leva-se em consideração o destino dos litisconsortes no plano do direito material, ou seja, é analisada a possibilidade de o juiz, no caso concreto, decidir de forma diferente para cada litisconsorte, o que naturalmente determinará diferentes sortes a cada um deles diante do resultado do processo. Será unitário o litisconsórcio sempre que o juiz estiver obrigado a decidir de maneira uniforme para todos os litisconsortes, e simples sempre que for possível uma decisão de conteúdo diverso para cada um dos litisconsortes. O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 116, prevê que o litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver que decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.

A respeito da distinção entre essas duas espécies de litisconsórcio deve-se levar em conta a possibilidade material de uma eventual decisão não uniforme relativamente aos litisconsortes ser praticamente exequível, ou seja, para se aferir se o litisconsórcio é simples ou unitário basta imaginar a sentença que decida diversamente para os litisconsortes e verificar se ela seria capaz de gerar seus efeitos em suas esferas jurídicas. Havendo a viabilidade de praticamente se efetivar a decisão, em seus aspectos divergentes para os litisconsortes, o litisconsórcio será simples. No caso

contrário, sendo inviável a efetivação da decisão, o litisconsórcio será unitário.

A análise da questão de a decisão ser uniforme deve ser feita em abstrato, em absolutamente nada interessando o caso concreto. Será plenamente possível que a sentença condene igualmente os dois réus – por exemplo, empregado e empregador –, mas isso não tornará esse litisconsórcio unitário, considerando-se que, antes de proferir a sentença no caso concreto, era possível ao juiz uma decisão diferente para os réus – bastaria, por exemplo, o empregador demonstrar que o ato ilícito praticado pelo empregado ocorreu fora do horário de serviço. A diferença entre litisconsórcio unitário e simples, portanto, é sempre analisada em abstrato, no plano da possibilidade de decidir diferente ou a obrigatoriedade de decidir de forma uniforme.

7.4. LIMITAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO

7.4.1. INTRODUÇÃO

O art. 113, §§ 1º e 2º, do Novo CPC prevê que o juiz pode limitar o número de sujeitos que formam um litisconsórcio facultativo (no litisconsórcio necessário a obrigatoriedade de sua formação torna inaplicável o dispositivo legal, ainda que haja uma multidão litigando em litisconsórcio) desde que o número excessivo de pessoas comprometa a rápida solução do processo, dificulte o exercício do direito de defesa ou o cumprimento de sentença.

Partindo da correta premissa de que as dificuldades no

exercício de defesa são diferentes das dificuldades do cumprimento da sentença, o Enunciado 116 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) corretamente conclui pela possibilidade de o juiz ampliar os prazos (art. 139, VI, do Novo CPC) na fase de conhecimento para não prejudicar o exercício da defesa e determinar o desmembramento do litisconsórcio apenas na fase de cumprimento de sentença.

O dispositivo legal prevê ainda que o pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão que determina a existência do litisconsórcio multitudinário, nomenclatura utilizada pela melhor doutrina[621].

7.4.2. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO JUIZ

Parece não restarem maiores dúvidas de que a limitação do litisconsórcio facultativo, desde que preenchidos os requisitos legais, poderá se verificar sem nenhuma manifestação das partes, tomando-se em conta a natureza dos valores que pretende preservar, nitidamente de caráter de interesse público[622]. O juiz, portanto, poderá de ofício determinar a limitação no número de litisconsortes[623].

Ao apontar como razão para a limitação ora analisada o propósito de evitar que a rápida solução do processo seja comprometida, o legislador busca preservar o princípio da economia processual e da efetivação das decisões judiciais, considerando-se que, em regra, tutela atrasada é tutela ineficaz. Verifica-se a preocupação de que o processo não se eternize em virtude das complicações naturais que poderão decorrer de um

número excessivo de sujeitos na relação jurídica processual. A preocupação é legítima, ainda mais à luz do art. 5.º, LXXVIII, da CF, que estabelece como garantia do jurisdicionado uma razoável duração do processo.

Também quando permite a limitação em virtude do prejuízo ao exercício da defesa, o dispositivo legal fundamenta-se na garantia constitucional da ampla defesa, consagrada pelo art. 5.º, LV, da CF, apesar de doutrina minoritária entender que nesse caso a defesa interessa somente à parte, que deve alegar sua dificuldade para que o juiz possa reconhecer o litisconsórcio multitudinário[624].

7.4.3. PEDIDO DA PARTE

Como se nota, os valores garantidos pela limitação do litisconsórcio facultativo permitem a atuação oficiosa do juiz, o que evidentemente não exclui a legitimação das partes para pedir a limitação. Nesse caso, inclusive, há previsão expressa do art. 113, § 2º, do Novo CPC, prevendo que o pedido de limitação interrompe o prazo de resposta. Na realidade, mesmo diante da omissão legislativa seria possível a alegação da parte, a qualquer momento do processo, em virtude da natureza de ordem pública do litisconsórcio multitudinário.

Não obstante o entendimento de que seja possível ao juiz conhecer a matéria de ofício em virtude de sua natureza de ordem pública e de que as partes poderão alegar o fenômeno a qualquer momento (art. 342, II, do Novo CPC), não será a qualquer momento interrompido o processo em razão de tal alegação[625]. A interrupção do prazo de resposta somente ocorrerá se o pedido for apresentado

pelo réu dentro desse prazo[626].

A clara redação do dispositivo legal ora comentado não deixa nenhuma dúvida a respeito da interrupção, e não da mera suspensão, do prazo para a resposta diante do ingresso de pedido de limitação. Dessa forma, o prazo de defesa será devolvido na íntegra ao réu. Também não há dúvida de que a interrupção dura até a intimação das partes da decisão interlocutória a respeito de tal pedido. Mesmo na hipótese de o pedido mostrar-se uma manobra do réu para ganhar tempo na apresentação da defesa, a interposição do pedido deve ser apta a gerar a interrupção prevista em lei. A sanção processual nesse caso não é a não interrupção do prazo, mas a condenação da parte por litigância de má-fé.

7.4.4. LITISCONSÓRCIO RECUSÁVEL?

Figura de triste lembrança de nossas antigas codificações processuais (art. 88 do CPC/1939), o litisconsórcio recusável fundava-se na vontade do réu em manter o litisconsórcio formado pelo autor. Citado, poderia simplesmente se negar a litigar conforme o litisconsórcio inicial formado na demanda em recusa que era sempre determinativa da dissolução do litisconsórcio. Teria o art. 113, § 1º, do Novo CPC ressuscitado o antigo fenômeno processual?

Certamente o instituto atualmente previsto nos §§ 1º e 2º do art. 113 do Novo CPC tem manifestas diferenças com o instituto do litisconsórcio recusável previsto pelo CPC de 1939. O pedido do réu para que o litisconsórcio facultativo formado pelo autor não seja mantido não decorre de sua pura e exclusiva vontade em não litigar

conforme os limites subjetivos fixados pelo autor na petição inicial. Para a aplicação da limitação prevista no atual diploma legal a parte deverá alegar e demonstrar a presença dos requisitos legais, de nada importando a sua mera vontade de não litigar.

Significa dizer que, de forma fundamentada e desde que presentes os requisitos, o réu poderá recusar o litisconsórcio formado pelo autor, o que, entretanto, não torna o instituto processual idêntico ao litisconsórcio recusável. Há, inclusive, outra diferença fundamental entre os dois institutos: o litisconsórcio recusável previsto pelo art. 88 do CPC/1939 somente se aplicava à hipótese de litisconsórcio formado por afinidade de questão, enquanto o instituto atual se aplica ao litisconsórcio facultativo de forma indistinta, qualquer que seja o fundamento de sua formação (todas as hipóteses do art. 113 do Novo CPC)[627].

Pouco importa afirmar que não é caso de litisconsórcio recusável[628] ou que é uma hipótese diferenciada de litisconsórcio recusável[629]. O que é realmente relevante é a distinção entre os institutos, devendo ser colocado em segundo plano o debate a respeito da inexistência de litisconsórcio recusável ou de existência de litisconsórcio recusável atípico, diverso daquele previsto pelo CPC de 1939. O único equívoco nesse tema é afirmar, pura e simplesmente, que o art. 113, § 1º, do Novo CPC recriou o litisconsórcio recusável.

7.4.5. CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DA LIMITAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO

Reconhecido de ofício ou deferido o pedido para a limitação

dos litisconsortes, a doutrina diverge a respeito do que deva acontecer no processo. Corrente doutrinária afirma que o juiz deverá simplesmente excluir do processo os litisconsortes excedentes, que deverão propor uma nova demanda se pretenderem continuar a pleitear seus direitos – litisconsórcio multitudinário ativo – ou serem citados em nova demanda a ser proposta pelo autor – litisconsórcio multitudinário passivo[630]. Não convence o argumento de que essa é a conclusão mais consentânea com o princípio da economia processual porque um eventual desmembramento do processo geraria graves complicações procedimentais, o que deve ser evitado[631].

Há uma outra razão de ordem eminentemente prática para que não ocorra a exclusão dos litisconsortes excedentes, considerando-se os efeitos materiais e processuais gerados no momento da propositura da ação ou da citação. A necessidade de ingresso de outras demandas por sujeitos excluídos os desfavoreceria, porque nesse caso tais efeitos somente seriam gerados a partir da propositura e citação da segunda demanda. Como afirmar que não houve interrupção da prescrição para os autores excluídos da primeira demanda? Como defender que o bem não se tornou litigioso relativamente a eles, ou o devedor não foi constituído em mora? Essas questões levam a crer ser o desmembramento a melhor solução no caso de reconhecimento do excesso de sujeitos em litisconsórcio.

A segunda corrente doutrinária, que parece dar a solução mais acertada à questão ora enfrentada, entende que o juiz deverá determinar o desmembramento da relação jurídica processual,

criando-se novos processos com os sujeitos excedentes[632]. Caberá ao patrono do autor escolher os autores que ficarão na demanda originária e aqueles que criarão novas demandas, que serão distribuídas por dependência para o mesmo juízo, em respeito ao princípio do juiz natural[633].

O desmembramento por decisão do juiz não se mostra consentâneo com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, não sendo legítimo que o sujeito que ingressou com a demanda legítima perante o Poder Judiciário seja obrigado a uma nova propositura da ação. Ademais, seria também atentatório ao princípio da isonomia, tratando-se de forma desigual, e sem nenhuma justificativa para tanto, os sujeitos que continuam no processo e aqueles que são excluídos.

Poder-se-á alegar que esse entendimento não resolveria plenamente o problema, sendo inclusive pior para o juiz que determinou o desmembramento que, em vez de comandar um só processo, passaria a comandar diversos. O que se deve lembrar, entretanto, é que a limitação não busca facilitar a vida do juiz, mas preservar garantias constitucionais. Ademais, sendo o Judiciário uno e indivisível, a distribuição livre dos processos somente transferiria o trabalho de um juízo para outros, em inútil sacrifício do princípio do juiz natural, já que o trabalho para o Poder Judiciário continuaria a ser exatamente o mesmo.

Suprindo a omissão do art. 46, parágrafo único, do CPC/1973 quanto à consequência de ser reconhecido o litisconsórcio multitudinário, o projeto de lei aprovado na Câmara previa

expressamente o desmembramento da ação, criando-se um número de processos suficientes para reunir os litisconsortes em respeito ao número máximo fixado pelo juiz. Essa regra, entretanto, foi suprimida no texto final aprovado pelo Senado, o que, entretanto, não deve alterar a consequência de desmembramento, já que esse é o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça[634].

E o "corte" realizado pelo Senado no texto final quanto ao projeto de lei aprovado na Câmara não ficou só nisso, bem ao contrário. Foram suprimidas regras a respeito do procedimento do desmembramento, de forma que o procedimento continuará a ser determinado por cada juiz no caso concreto, conforme seu juízo de conveniência. Difícil entender a postura do Senado nesse tocante, porque, ainda que as regras aprovadas na Câmara tivessem falhas, o suprimento total do procedimento consagra o clima de insegurança atualmente existente pela ausência de lei regulamentadora.

Como o procedimento aprovado pela Câmara não permaneceu no texto final do Novo Código de Processo Civil, entendo desnecessário tecer comentários a seu respeito. Entretanto, há uma supressão em especial que me chamou a atenção e deve ser elogiada: a previsão de cabimento de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória de indeferimento do pedido de limitação de litisconsórcio. Estando essa hipótese prevista no inciso VIII do art. 1.015 do Novo CPC, de fato era totalmente desnecessária a repetição. Entendo que também a decisão que defere o pedido é recorrível por agravo de instrumento, podendo-se nesse caso se considerar que o desmembramento exclui litisconsortes do processo (art. 1.015, VII, do Novo CPC)[635].

A doutrina é unânime em apontar que não existe um número fixo de litigantes como limite para toda e qualquer ação judicial. O juiz deverá analisar sempre o caso concreto e decidir concretamente se o número de sujeitos litigando em litisconsórcio prejudica o andamento do processo ou o exercício do direito de defesa. A determinação de quais sujeitos ficam na demanda e de quais deverão propor um novo processo naturalmente não deve ser feita pelo juiz, mas sim pelo patrono do autor, responsável pelo procedimento do desmembramento. O juiz deve se limitar a fixar um número máximo de autores ou réus, deixando a cargo do patrono do autor definir quem são os sujeitos que ficam e aqueles que se vão, não obstante essa diferença seja praticamente irrelevante na prática.

7.5. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO E UNITÁRIO. NECESSÁRIAS DISTINÇÕES

Não se devem confundir esses dois fenômenos processuais, até mesmo porque a questão da necessidade da formação do litisconsórcio diz respeito ao momento inicial da demanda, de propositura da ação, enquanto a questão referente à unitariedade diz respeito a outro momento processual, o da decisão da demanda. Saber se o litisconsórcio deve ou não ser formado não influencia obrigatoriamente no conteúdo uniforme ou não da decisão a ser proferida no processo no qual o litisconsórcio se formou. Nesse sentido, deve ser elogiado o Novo Código de Processo Civil que, em seus arts. 114 e 116, conceitua de maneira distinta e correta os litisconsórcios necessário e unitário.

Sendo o litisconsórcio necessário em decorrência de previsão legal, não existe nenhum obstáculo prático para que a decisão não seja uniforme para todos os litisconsortes, porque esse tipo de decisão será praticamente eficaz para todos os que participaram do processo, em decorrência de não haver nenhuma incindibilidade do objeto do processo. É a hipótese, por exemplo, do litisconsórcio necessário formado no polo passivo da ação popular, sendo absolutamente viável uma solução diferente para cada um deles[636], bem como na hipótese do litisconsórcio formado na ação de usucapião, no qual cada confrontante, por defender sua própria propriedade, poderá ter decisão diversa da dos demais litisconsortes. É possível, portanto, existir um litisconsórcio necessário e simples.

Também é possível, por outro lado, um litisconsórcio facultativo e unitário, significando não ser indispensável a sua formação, mas, uma vez verificada no caso concreto, cria-se uma obrigatoriedade para que o juiz necessariamente decida de forma uniforme para todos os litisconsortes. Nesse caso haverá tão somente uma opção do autor em formar o litisconsórcio, sendo absolutamente válido e eficaz o processo no qual ele não é formado; mas a decisão obrigatoriamente definirá o mesmo destino a todos os litisconsortes no plano do direito material, se a opção do autor tiver sido a de formar o litisconsórcio.

Sempre que existir na lei alguma hipótese de legitimidade extraordinária concorrente o litisconsórcio será facultativo e unitário[637]. Nessa espécie de legitimação a lei permite que somente um dos legitimados defenda o interesse dos terceiros em nome

próprio, não obstante seja admissível que todos os legitimados litiguem em conjunto. O exemplo mais visível dessa circunstância é a legitimação extraordinária concorrente verificada nas ações que têm como objeto os direitos transindividuais, como a ação civil pública, que pode ser proposta isoladamente pelo Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e sindicatos e associações, nos termos da lei. Trata-se de legitimação concorrente e disjuntiva, porque qualquer um desses legitimados poderá propor a demanda solitariamente (litisconsórcio facultativo), mas, uma vez formado o litisconsórcio ativo, a decisão deverá ser uniforme para todos (litisconsórcio unitário)[638].

Outra hipótese na qual haverá o litisconsórcio facultativo unitário é aquela na qual a lei permite expressamente que apenas um titular do direito o defenda solitariamente no processo, fazendo-o em nome próprio na defesa do interesse de todos os titulares. Fala-se nessa hipótese de *legitimação ordinária individual*, significando que a parte litigante também será titular do direito debatido, mas poderá demandar mesmo sem a presença dos demais titulares. Existem inúmeros exemplos, como a ação reivindicatória da coisa comum, que pode ser proposta por qualquer condômino; ação de dissolução de sociedade, que pode ser proposta por qualquer sócio; ação que tenha como objetivo a anulação de uma assembleia geral em sociedade por ações, a declaração de indignidade do herdeiro, que pode ser proposta por qualquer interessado na sucessão; na ação de sonegados, que pode ser proposta por qualquer herdeiro ou credor da herança etc.

Em todas essas hipóteses a formação do litisconsórcio será facultativa, sendo formado ou não conforme a vontade dos sujeitos interessados no litígio, mas, uma vez formado, a decisão obrigatoriamente resolverá a lide do mesmo modo para todos os litisconsortes. A justificativa é evidente, considerando-se a incindibilidade do objeto do processo debatido na demanda, o que torna obrigatória a prolação de uma sentença uniforme para todos os litisconsortes.

Observe-se que a hipótese em que exista dívida solidária não pode ser considerada espécie de litisconsórcio facultativo unitário. Não restam maiores dúvidas de que se trata de litisconsórcio facultativo, permitindo o art. 275 do CC que o credor proponha a ação contra qualquer um dos devedores solidários (apesar do devedor escolhido poder chamar ao processo os demais devedores, o que formará um litisconsórcio passivo ulterior, tornando ineficaz a vontade inicial do credor-autor). Trata-se de litisconsórcio simples porque uma vez proposta a demanda contra todos os devedores (ou alguns deles), será possível que a decisão não seja uniforme para todos, bastando para tal conclusão recorrer ao art. 274 do CC, que expressamente determina a possibilidade de julgamentos diversos para os devedores solidários quando acolhida exceção pessoal apresentada por somente um (ou apenas alguns) deles[639].

> Fernanda celebrou contrato com Felipe e Eliane, que em razão da mora tornaram-se devedores solidários. Fernanda opta por ingressar com demanda de cobrança contra Felipe e Eliane. Em sede de contestação Felipe alega que no momento de celebração do contrato era incapaz, não podendo suportar os efeitos do inadimplemento contratual. Acolhida a defesa de Felipe, que naturalmente em nada beneficia Eliane, é possível que o juiz

julgue o pedido de Fernanda improcedente com relação a Felipe e condene somente Eliane ao pagamento. Trata-se de hipótese de litisconsórcio facultativo e simples.

Apesar da possibilidade de existir litisconsórcio necessário e simples, como também facultativo e unitário, é correto afirmar que, em regra, o litisconsórcio necessário será unitário. Isso porque das duas circunstâncias que tornam o litisconsórcio necessário, a previsão expressa em lei é a exceção, sendo mais frequente a obrigatoriedade de formação em virtude da natureza incindível da relação jurídica de direito material. Nesse caso, há um ponto comum entre o litisconsórcio necessário e o unitário, que é justamente a incindibilidade dessa relação e, por consequência, do objeto litigioso: ao mesmo tempo obrigará a formação do litisconsórcio e a decisão uniforme para os litisconsortes. São duas obrigações distintas, referentes a momentos diversos do processo – propositura e decisão –, mas que derivam da mesma razão: a incindibilidade da relação jurídica de direito material.

Em síntese conclusiva são possíveis algumas afirmações:

(i) todo litisconsórcio necessário em virtude da incindibilidade do objeto do processo será também unitário;

(ii) todo litisconsórcio facultativo em que exista legitimação extraordinária ou ordinária concorrente e disjuntiva será unitário;

(iii) em regra, o litisconsórcio necessário em virtude de expressa previsão em lei será simples.

7.6. LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO?

O tema da existência ou não de um litisconsórcio ativo necessário é dos mais polêmicos na doutrina, considerando-se que nesse caso haverá dois importantes valores em confronto: a regra de que ninguém é obrigado a propor demanda contra a sua vontade e a imprescindibilidade para a geração de efeitos da decisão de formação do litisconsórcio. Na realidade, o problema surgirá sempre que, embora imprescindível que os sujeitos que participam do mesmo polo de uma relação jurídica processual façam parte do processo, um deles não pretende litigar, porque nesse caso haverá um conflito entre o direito de demandar de um e o direito de não demandar do outro.

Existe parcela da doutrina que afirma peremptoriamente que não existe litisconsórcio ativo necessário, sob o argumento de que ninguém pode ser obrigado a integrar o polo ativo de uma demanda contra a sua vontade[640]. Dessa forma, ainda que seja formado no polo ativo o litisconsórcio imprescindível para a geração de efeitos da decisão a ser proferida no processo, esse litisconsórcio será facultativo, porque dois sujeitos somente propõem uma ação em conjunto se desejarem litigar dessa forma. O Superior Tribunal de Justiça discorda da tese, já tendo admitido a existência de litisconsórcio ativo necessário[641].

O ponto mais importante a respeito da questão, entretanto, não diz respeito à inexistência ou não de litisconsórcio ativo necessário. As ponderações já realizadas demonstram que, concordando os sujeitos que necessitam estar no processo em propô-lo, não haverá mais nenhum problema a ser enfrentado, considerando-se formado o litisconsórcio ativo. O mesmo não se pode dizer de um impasse

que tenha como objeto a necessidade da formação do litisconsórcio e a recusa de um dos sujeitos, que precisa estar no processo, em propor a demanda. Como resolver essa intrincada questão? A doutrina tem diversas sugestões diferentes para a solução do tema.

Há corrente doutrinária a entender que o direito a não demandar deve, em regra, se sobrepor ao direito de ação do sujeito que quer propor a demanda, que nesse caso restaria condicionado à concordância de todos que participaram no mesmo polo da relação jurídica de direito material. Para essa corrente doutrinária a propositura de somente um autor quando haveria a necessidade de outros também comporem o polo ativo em razão da incindibilidade da relação jurídica de direito material gera um vício de ilegitimidade. Como é rejeitada qualquer intervenção do sujeito por manifestação das partes ou do juiz, impedindo-se qualquer convocação para o terceiro participar da demanda, conclui-se que, não havendo vontade dos envolvidos na relação jurídica de direito material em propor a ação, não será possível tal propositura[642].

Não parece ser o melhor entendimento para o problema sugerido, porque sacrifica integralmente o interesse do sujeito que quer propor a ação judicial, sendo o ideal tentar conjugar os dois interesses conflitantes sem que nenhum deles seja totalmente sacrificado. Aquele que participa com outro sujeito em um dos polos da relação jurídica de direito material de natureza incindível não pode ficar à mercê desse sujeito no tocante à propositura de demandas que tenham como objeto essa relação jurídica material, até mesmo porque a própria Constituição Federal garante a todos a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5°, XXXV, da CF).

Nesse sentido, antigo julgado do Superior Tribunal de Justiça, que inclusive chega a afirmar a possibilidade excepcional de se obrigar alguém a ser autor[643], com o que não se concorda.

A situação fica ainda mais dramática na hipótese de o sujeito que quer propor a ação não localizar aquele que deveria participar com ele desse ato processual. Nesse caso, não se trata de recusa de um dos sujeitos, mas simplesmente da impossibilidade material em localizá-lo, o que impedirá, inclusive, que se saiba se ele quer ou não litigar. Seria correto entender que, nesse caso, o sujeito que pretende litigar e não encontra o outro não terá legitimidade a propor a ação, sendo-lhe retirado o direito constitucionalmente garantido de acesso à jurisdição? A resposta a essa questão não pode ser dada de forma positiva.

Uma segunda corrente doutrinária entende que o terceiro que deveria estar no polo ativo da demanda em virtude da necessariedade da formação do litisconsórcio, mas não está em virtude de sua vontade de não litigar, deverá ser convocado a se integrar à relação jurídica processual, havendo certa divergência dentro da corrente doutrinária a respeito da forma de convocação desse terceiro. Alguns entendem tratar-se de uma *citação atípica*, dando-se ao termo citação uma interpretação mais ampla, de ato capaz de gerar a integração da relação jurídica processual, ainda que não do réu[644], enquanto outros afirmam tratar-se de uma intimação com o fito de integrar o terceiro ao processo[645].

O principal aspecto dessa corrente doutrinária é que o terceiro, ao ser convocado, e independentemente da sua postura, estará

vinculado ao processo, de forma que sofrerá os efeitos jurídicos diretos da decisão a ser proferida. Como ninguém pode se negar a demandar, estaria superado também o problema de que ninguém é obrigado a propor demanda judicial contra a sua vontade, porque nesse caso o sujeito que não quis ser autor foi colocado no polo passivo do processo. Mas existe uma divergência a respeito das diferentes posturas que o terceiro convocado – citado ou intimado – poderá adotar.

Para alguns, terá três posições possíveis[646]:

(i) assume o polo ativo ao lado do autor com o qual não queria originariamente litigar;

(ii) assume o polo passivo ao lado do réu, contestando a ação;

(iii) fica inerte, não tomando posição na demanda a favor de nenhum dos polos.

Para outros, não poderá litigar no polo passivo como se fosse um corréu, restando três alternativas[647]:

(i) assume o polo ativo;

(ii) fica inerte;

(iii) nega a sua condição de litisconsorte.

Há uma terceira corrente doutrinária que defende que a demanda judicial já se inicie com a colocação no polo passivo do sujeito que não quis litigar no polo ativo. Realizada a sua citação, o sujeito teria duas opções: [648]

(i) continuar no polo passivo, hipótese na qual se tornará efetivamente réu e resistirá à pretensão do autor;

(ii) integrar o polo ativo, formando o litisconsórcio ativo necessário desejado pelo

autor desde o início.

Nenhuma dessas duas sugestões doutrinárias parece ser a melhor solução à questão apresentada, porque, apesar de resolver o problema da necessidade da formação do litisconsórcio, dá uma faculdade ao terceiro para escolher em que polo atuará que não se coaduna com o fenômeno jurídico da lide, que se define antes do processo, e não durante seu trâmite. Como será possível ao terceiro decidir contra a pretensão de qual das partes pretende resistir após o início do processo? Não existe justamente o processo em virtude da resistência a uma pretensão não satisfeita, colocando-se no polo ativo o não satisfeito e no polo passivo os que resistem?

Dessa forma, a corrente doutrinária que parece mais correta é aquela que defende a colocação do sujeito como réu, mantendo-se nessa posição processual até o final do processo. Na realidade, a solução passa pelo conceito de lide no caso concreto. Sempre que alguém resiste a uma pretensão deve ser colocado no polo passivo, independentemente do polo que ocupa na relação de direito material, porque há tempos encontram-se dissociadas essas duas espécies de relação jurídica. Não haverá nenhum problema se os sujeitos estiverem no mesmo polo da relação de direito material e em polos opostos no processo judicial. A ideia principal é: quem resiste a uma pretensão é réu, e assim deverá compor a relação jurídica processual[649].

O único cuidado que deve tomar o autor, tanto para evitar surpresas desagradáveis no processo, como para evitar uma situação no mínimo paradoxal, é certificar-se de que o sujeito não pretende

de fato litigar no polo ativo, sendo até mesmo interessante a realização de uma notificação. Essa certificação evitará que o terceiro, citado, argumente que também queria propor a demanda, hipótese em que deverá reconhecer juridicamente o pedido, mas na qual o autor deverá ser condenado ao pagamento das verbas de sucumbência, porque teria indevidamente colocado o sujeito no polo passivo. No caso de o sujeito não ser localizado, também essa circunstância deverá ser bem demonstrada, sempre para evitar a condenação ao pagamento das verbas de sucumbência.

7.7. EXISTE A INTERVENÇÃO IUSSU IUDICIS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO?

O art. 91 do CPC/1939 autorizava o juiz a determinar a integração do processo por terceiros que tivessem alguma espécie de interesse jurídico na demanda, desde que entendesse conveniente essa intervenção. Tratava-se da intervenção "*iussu iudicis*", instituto que permite a atuação oficiosa de chamar terceiro ao processo desde que se acredite na conveniência dessa medida.

O CPC/1973 não repetiu a regra do art. 91 do CPC/1939, sendo mantida tal supressão pelo Novo Código de Processo Civil, de forma que, ao menos expressamente em lei, não há previsão para o instituto da intervenção "*iussu iudicis*". Nem mesmo a previsão do art. 115, parágrafo único, do Novo CPC, que permite ao juiz determinar "ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena extinção do

processo", pode ser entendida como espécie de intervenção "*iussu iudicis*", considerando-se que nesse caso não é a vontade do juiz fundada em conveniência que determina a formação do litisconsórcio, mas a vontade da lei fundada na imprescindibilidade de o sujeito participar do processo[650].

Ainda que seja nítida a diferença entre o instituto presente no Código de Processo Civil de 1939 e a previsão do art. 115, parágrafo único, do Novo CPC, existem doutrinadores que confundem as duas realidades, afirmando que o dispositivo legal ora mencionado é forma de intervenção "*iussu iudicis*"[651].

Registre-se corrente doutrinária que defende uma interpretação mais extensiva do dispositivo legal, de forma a permitir a atuação do juiz além da hipótese de litisconsórcio necessário não formado. Para os doutrinadores dessa corrente, também na hipótese do litisconsórcio facultativo, em especial sendo unitário, caberá a formação do litisconsórcio por iniciativa do juiz. As justificativas dessa medida oficiosa do juiz em incentivar a integração do processo por esses terceiros seriam[652]:

(i) harmonização de julgados, evitando eventuais decisões contraditórias;

(ii) economia processual, evitando outros processos com repetição desnecessária de atos processuais; e

(iii) maior segurança jurídica, evitando que sujeitos que não participem do processo sejam de alguma forma atingidos por ele.

7.8. VÍCIO GERADO PELA AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

A não formação de litisconsórcio necessário é tratada pelo art. 115, *caput*, do Novo CPC, que modifica a regra do art. 47, *caput*, do CPC/1973. Segundo o dispositivo legal, a sentença de mérito proferida sem a integração do contraditório (ou seja, a citação daquele que deve ser litisconsorte necessário, conforme constava do projeto de lei aprovado na Câmara) é nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos os que deveriam ter integrado o processo (litisconsórcio unitário). Nos demais casos, será ineficaz apenas para os que não foram citados. Como se pode notar, o vício gerado pela ausência de formação de litisconsórcio unitário sempre se opera no plano da validade do ato (decisão de mérito nula).

Mesmo diante da previsão legal há corrente doutrinária que defende a ineficácia para o caso de ausência de litisconsorte necessário quando a obrigatoriedade de a formação do litisconsórcio ocorrer em razão da relação jurídica incindível, inclusive se valendo da previsão do art. 114 do Novo CPC, que prevê que nesses casos a "eficácia da sentença" depende da citação de todos que devem ser litisconsortes[653]. E outra corrente doutrinária prefere "interpretar" o nulo como inexistência jurídica[654].

No caso de litisconsórcio necessário unitário, a nulidade da sentença deve ser tratada como absoluta durante o processo, podendo ser alegada a qualquer momento, considerado o entendimento dos tribunais superiores em exigir o pré-questionamento de matéria de ordem pública em sede de recurso extraordinário e especial, e conhecida de ofício pelo juiz. No entanto, com o trânsito em julgado, as nulidades absolutas se

convalidam, salvo aquelas de gravidade extrema, em fenômeno conhecido por “vício transrescisório”, cujo objetivo claro é a possibilidade de sua alegação mesmo depois de transcorrido o prazo decadencial de dois anos da ação rescisória. Acredito que seja esse o caso, o que permitirá a alegação do vício sem qualquer restrição temporal, tanto pelos sujeitos que participaram do processo como pelos que deveriam ter participado.

Nas hipóteses de litisconsórcio necessário simples, nas quais não existe necessidade de unitariedade da decisão para todos os litisconsortes, o legislador consagra o vício da não formação do litisconsórcio no plano da validade. E, ainda assim, regulamenta uma ineficácia parcial, que só atinge os terceiros que não foram parte do processo. Significa que após o trânsito em julgado da decisão não haverá vício de rescindibilidade que justifique a propositura de uma ação rescisória, cabendo ao terceiro, a qualquer momento, propor ação judicial por não estar vinculado à decisão transitada em julgado.

7.9. LITISCONSÓRCIO ALTERNATIVO E SUCESSIVO

O instituto do litisconsórcio alternativo representa a possibilidade aberta ao autor para demandar duas ou mais pessoas quando tenha dúvidas fundadas a respeito de qual delas, efetivamente, deveria participar do polo passivo da demanda. Na verdade, a construção do instituto do litisconsórcio alternativo atinge também o polo ativo, quando exista dúvida fundada a respeito de quem seja o titular do direito a ser discutido no

processo. O que caracteriza, fundamentalmente, o litisconsórcio alternativo é a indefinição a respeito do sujeito legitimado, seja no polo ativo, seja no polo passivo da demanda.

Observe-se que o litisconsórcio alternativo não se confunde com o litisconsórcio eventual (sucessivo). Neste, a parte sabe, com precisão, quem são os sujeitos que devem participar da relação jurídica processual e o fator que caracteriza essa espécie de litisconsórcio é a cumulação de pedidos dirigidos contra ou por sujeitos distintos, que formarão o litisconsórcio; somente é possível o acolhimento do segundo pedido se for acolhido o primeiro.

7.10. DINÂMICA ENTRE OS LITISCONSORTES

7.10.1. INTRODUÇÃO

O art. 48 do CPC/1973 consagrava a regra da autonomia na atuação dos litisconsortes ao prever que ao menos em regra os litisconsortes são considerados em suas relações com a parte adversa como litigantes distintos, sendo que seus atos e omissões não prejudicam nem beneficiam os outros. O dispositivo criava uma regra e indicava que suas exceções deveriam ser buscadas em lei.

No projeto de lei aprovado pela Câmara essa redação era mantida, mas, no texto final do art. 117, *caput*, do Novo CPC aprovado pelo Senado, a exceção à regra da autonomia é especificada: benefício dos litisconsortes unitários. Dessa forma, segundo o dispositivo legal, os atos e as omissões do litisconsorte simples não prejudicam ou beneficiam os demais, já os atos e as

omissões do litisconsorte unitário não prejudicam os demais, mas os beneficiam.

No litisconsórcio simples será admissível decisão de diferente conteúdo para os litisconsortes, não sendo obrigatória a decisão uniforme. Significa que o destino de cada litisconsorte é independente do destino dos outros, o que evidentemente acentua a ideia de autonomia na atuação de todos eles. Essa autonomia, entretanto, mesmo no litisconsórcio simples, não é plena, sofrendo algumas atenuações, em especial no tocante aos atos que beneficiem a todos e aos atos probatórios. Na hipótese do litisconsórcio unitário, no qual o destino dos litisconsortes será sempre o mesmo, é natural não existir entre eles a autonomia plena em suas atuações.

Entendo que era preferível a redação presente no art. 48 do CPC/1973 e mantida no projeto de lei aprovado pela Câmara, permitindo que as exceções ao princípio da autonomia fossem definidas casuisticamente, e não de forma engessada como parece ter sido a opção do Senado expressada no texto final do art. 117 do Novo CPC.

Por outro lado, a rígida previsão do art. 117 do Novo CPC contraria regras consagradas no mesmo diploma legal, em situações que merecem análise individualizada.

7.10.2. ATOS DE DISPOSIÇÃO DE DIREITO

No litisconsórcio simples os atos de disposição de direito, sejam eles processuais ou materiais, somente atingem o litisconsorte que os praticou no processo, não afetando de forma

prejudicial os outros litisconsortes. Dessa forma, no plano do direito material, o litisconsorte que renuncia ao direito, reconhece juridicamente o pedido, ou transaciona com a parte contrária, pratica ato válido e eficaz, mas a eficácia é limitada a ele, não atingindo os demais litisconsortes. O mesmo ocorre no plano do direito processual, por exemplo, com a desistência da ação ou com a renúncia ao direito de recorrer.

No litisconsórcio unitário, em que o destino dos litisconsortes obrigatoriamente será o mesmo, resta evidenciado que qualquer ato de disposição de direito material por parte de somente um litisconsorte, sem o consentimento do outro, será plenamente ineficaz. Não há como admitir, por exemplo, que apenas um dos litisconsortes transacione com a parte contrária, porque, homologado o acordo, a decisão final será diferente para os litisconsortes. Para um, haverá uma sentença homologatória de transação, para o outro, desde que a demanda seja julgada no mérito, uma sentença de procedência ou improcedência. Dessa maneira, para que tal ato tenha eficácia, deverá ser praticado por todos os litisconsortes.

O mesmo não ocorre com os atos de disposição de direito processual, com exceção da desistência da ação, que também não gera qualquer efeito se não for realizada por todos os litisconsortes. Outros atos, entretanto, como a desistência de produzir prova, desistir de recurso interposto, renúncia ao direito de recorrer, ainda que praticados por somente um dos litisconsortes, gera efeitos regulares, ainda que possam tais atos impedir um eventual benefício aos outros litisconsortes.

7.10.3. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS NA REVELIA (ART. 345, I, DO NOVO CPC)

O mais importante efeito da revelia é a presunção – ainda que relativa – de veracidade dos fatos narrados pelo autor. Esse efeito, entretanto, não é absoluto, encontrando algumas exceções, inclusive tendo algumas delas previsão expressa em lei, como é o caso do art. 345, I, do Novo CPC, que expressamente determina que não haja presunção de veracidade na hipótese de um dos litisconsortes contestar.

Na vigência do CPC/1973, o benefício ao réu revel em razão de contestação apresentada por corréu dependia não só da espécie de litisconsórcio passivo, mas também da matéria alegada pelo réu contestante. No litisconsórcio unitário a exceção legal tinha sempre aplicação, considerando-se que, vinculados ao mesmo destino, a contestação de um litisconsorte sempre beneficiaria os demais, ainda que estes não tivessem apresentado contestação, tornando-se revéis. E o entendimento continua atual diante do previsto no art. 117 do Novo CPC.

Já no litisconsórcio simples, o benefício de evitar a geração da presunção de veracidade para o litisconsorte revel só seria verificado havendo no caso concreto uma comunhão de interesses, ou seja, que a contestação apresentada tivesse como objeto algo que aproveitasse ao revel, contendo alguma matéria que tivesse sido alegada pelo próprio litisconsorte omisso caso esse tivesse contestado.

Numa interpretação literal do art. 117 do Novo CPC, a contestação, nesse caso, independentemente de seu conteúdo, não

poderia beneficiar o réu revel, já que os atos do litisconsorte simples não beneficiam os demais. Mas essa não parece ser a solução mais adequada, porque sendo os fatos de comum interesse do réu contestante e do réu revel, uma vez tendo sido controvertidos, como presumi-los verdadeiros com relação ao réu que deixou de contestar?

> Olívia ingressa com ação judicial visando a condenação por danos materiais por alegada agressão física sofrida por Joaquim e Fernando. Na petição inicial alega que foi agredida no Bar Brahma, em data e horário certo, sendo que apenas Joaquim contesta alegando que nesse dia e horário Olivia não estava no bar, mas em sua aula de inglês. Fernando é revel, e se levado a sério o disposto no art. 117 do Novo CPC seria presumido com relação a ele que Olivia estava no bar no momento indicado na petição inicial, enquanto para Joaquim o fato será controvertido e necessária a produção de prova a respeito. Sendo provado que Olivia faltou com a verdade em sua petição inicial, e que realmente estava em sua aula de inglês, é obvio que a presunção contra Fernando cairá por terra, restando demonstrado que, nesse caso, a contestação de Joaquim beneficiou seu litisconsorte passivo Fernando, ainda que o litisconsórcio entre eles formado seja simples.

Não é preciso muito esforço para se compreender que, nesse caso, por uma questão inafastável de congruência lógica, a contestação apresentada por um dos litisconsortes, independentemente da espécie de litisconsórcio formado entre eles, beneficiaria o litisconsorte revel[655].

7.10.4. RECURSO INTERPOSTO POR SOMENTE UM LITISCONSORTE (ART. 1.005, *CAPUT*, DO NOVO CPC)

O dispositivo legal que prevê que "o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses" (art. 1.005, *caput*, do Novo CPC), deve ser interpretado à luz da situação concreta e da espécie de litisconsórcio. Não há nenhuma dúvida na doutrina de que, tratando-se de litisconsórcio unitário, o dispositivo terá plena aplicação, sendo consequência lógica dessa espécie de litisconsórcio o recurso de um litisconsorte aproveitar aos demais. Como a decisão deve ser a mesma para todos, provido o recurso interposto por um dos litisconsortes, mesmo aqueles que não recorreram se beneficiarão do resultado do julgamento. Nesse sentido é o art. 117 do Novo CPC.

É significativa a corrente doutrinária que entende ser o dispositivo legal aplicável tão somente ao litisconsórcio unitário, valendo plenamente para o litisconsórcio simples a autonomia entre os litisconsortes[656]. Não se aplicaria ao direito pátrio – a não ser em casos excepcionais – o princípio da comunhão dos recursos, segundo o qual haveria o favorecimento de todos os sujeitos. A regra é o princípio da pessoalidade do recurso, segundo o qual somente se favorece com o recurso a parte que recorrer, salvo em situações em que houvesse afronta a própria natureza do litisconsórcio formado, como no caso de litisconsórcio unitário[657]. Esse é o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça[658].

O posicionamento majoritário da doutrina, aparentemente confirmado pela previsão contida no art. 117 do Novo CPC, despreza a eventual existência de comunhão de interesses no litisconsórcio simples, bem como admite que uma decisão considere de forma diversa uma mesma situação fática ou duas teses conflitantes. A eventual ilogicidade da decisão final seria decorrência natural do princípio da personalidade do recurso.

Apesar do entendimento majoritário sobre a exclusividade de aplicação do art. 1.005, *caput*, do Novo CPC, às hipóteses de litisconsórcio unitário, corroborado pelo art. 117 do Novo CPC, não parece ser essa a melhor solução. A existência de uma decisão, que tenha em seu conteúdo um fato ora considerado verdadeiro, ora considerado falso, e que ao mesmo tempo acolha para uns e rejeite para outros a mesma tese jurídica, cria situação demasiadamente danosa ao ordenamento jurídico. Apesar da técnica inegável do sistema da pessoalidade do recurso, parece ser melhor ao sistema excepcioná-lo também no litisconsórcio simples, sempre que exista entre os litisconsortes uma comunhão de interesses e o acolhimento do recurso beneficie o não recorrente, como forma natural da manutenção da lógica interna da decisão (um fato será verdadeiro ou falso para todos; uma tese jurídica será adotada ou rejeitada para todos).

O próprio art. 1.005, parágrafo único, do Novo CPC expressamente prevê a aplicação do princípio da comunhão dos recursos na hipótese de solidariedade passiva, quando houver recurso interposto somente por um devedor com fundamento em defesa que aproveite a todos. Nesse caso específico de

litisconsórcio simples, o provimento do recurso beneficiará a todos os litisconsortes, inclusive aqueles que não tenham recorrido. Note-se, entretanto, que sendo alegado em recurso matéria que interesse somente ao recorrente, ou seja, uma exceção pessoal, o acolhimento de seu recurso não beneficiará aos demais réus. Pelo entendimento já exposto, não é regra exaustiva, sendo possível a aplicação do princípio da comunhão dos recursos em outras hipóteses de litisconsórcio simples[659].

7.10.5. PRODUÇÃO DA PROVA

Qualquer que seja a espécie de litisconsórcio – unitário ou facultativo – a questão da prova produzida por um dos litisconsortes passa à margem da regra – ou princípio – da autonomia de atuação dos litisconsortes. A doutrina é uníssona em afirmar que a prova produzida por um litisconsorte poderá plenamente prejudicar os demais, que em nada colaboraram para a sua produção, mas que sofrerão os seus efeitos da mesma forma que os sofrerá o responsável pela produção. Prejudicial ou benéfica, a prova produzida servirá para formar o convencimento do juiz, e naturalmente esse convencimento será o mesmo para todos os sujeitos processuais, o que incluiu os litisconsortes. E essa circunstância é decorrência da aplicação do princípio da comunhão das provas[660].

Esse entendimento, derivado do princípio da comunhão das provas, é o único capaz de impedir uma situação no mínimo surreal, caso seja permitido ao juiz considerar a prova produzida apenas relativamente ao litisconsorte responsável por sua produção. Saber que a prova serve para formar o convencimento do juiz a respeito

da veracidade da alegação de fato seria admitir que uma mesma alegação de fato, perante o mesmo juiz, pudesse ser considerada verdadeira para um litisconsorte e falsa para outro, o que logicamente é insustentável. Não custa frisar novamente, mas, se a prova não pertence nem ao autor, nem ao réu, e nem mesmo ao juiz, estão incluídos aí também, por consequência óbvia, os litisconsortes.

7.10.6. A CONFISSÃO E O LITISCONSÓRCIO

A par da acirrada discussão a respeito da verdadeira natureza da confissão – que para parcela significativa da doutrina não pode ser considerada meio de prova – é notória a colocação de tal instituto entre os meios de prova arrolados pelo Código de Processo Civil. Segundo o art. 391, *caput*, do Novo CPC, a confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes. Conforme se nota da regra legal, a sua literalidade leva o operador a acreditar que na hipótese de litisconsórcio um meio de prova específico – a confissão – somente geraria efeitos para um dos litisconsortes, que no caso seria aquele responsável por sua produção, o confitente. Seria, portanto, uma exceção ao princípio da comunhão das provas e da aplicação da regra da autonomia da atuação dos litisconsortes.

Na realidade, o art. 391, *caput*, do Novo CPC – apesar da sua tortuosa redação – não excepciona o princípio da comunhão das provas, e isso independe da espécie de litisconsórcio. Para justificar tal conclusão é preciso partir do pressuposto de que a confissão vincula o confitente, senão com força de prova plena, noção rechaçada pela melhor doutrina à luz do princípio da persuasão

racional do juiz[661], como importante meio para a formação do convencimento judicial. Significa dizer que uma confissão eficaz é aquela que convence o juiz da veracidade de uma alegação de fato, sendo justamente esse convencimento o efeito programado da confissão.

O mais importante aspecto da confissão para a análise ora feita é a questão de sua eficácia. Há a regra de que a confissão vincula o confitente, o que significa dizer que a confissão gera seus regulares efeitos para aquele que confessou, ou seja, havendo a confissão, a alegação de fato será considerada verdadeira. Esse efeito, entretanto, somente será gerado se a confissão, diante de outras provas produzidas, for suficiente para convencer o juiz, sendo possível concluir que, ao menos em relação ao confitente, haverá uma vinculação. Nesse ponto é preciso, desde já, fazer uma observação: partindo-se de uma análise sob a perspectiva dos resultados, a confissão não vincula somente o confitente, mas também, e naturalmente, a parte contrária, em razão da aplicação do princípio da comunhão das provas.

Especificamente no tocante ao disposto no dispositivo legal ora enfrentado, há a afirmação de que a confissão faz prova contra o confitente, mas não prejudica os litisconsortes. A afirmativa não se mostra aplicável diante da própria lógica exigida pelo sistema processual. Fazer prova só pode ser entendido como convencer o juiz da veracidade de uma alegação de fato, o que, conforme exaustivamente visto, não pode se configurar em fenômeno subjetivo parcial, dando-se a alegação de fato verdadeira para somente alguns dos sujeitos processuais, e não para outros. Esse

verdadeiro absurdo lógico – antes mesmo de se tratar de absurdo jurídico – é exatamente o sugerido pela interpretação literal do art. 391, *caput*, do Novo CPC, ao afirmar que para o confitente a alegação de fato seria dada como verdadeira, mas ao litisconsorte seria plenamente possível que fosse considerada falsa[662]. E tudo isso na mesma demanda...

Se a confissão gerar seus efeitos de convencer o juiz, todos os sujeitos sofrerão tais efeitos, considerando-se que a alegação de fato será considerada verdadeira para todos os sujeitos processuais, tenham esses participado ou não da confissão. É justamente em virtude desse entendimento que pouco interessa qual a espécie de litisconsórcio para que a confissão vincule ou não o litisconsorte não confitente. Sendo unitário ou simples, o fato será sempre um só, de forma que, sendo a confissão eficaz, vinculará a todos, sendo ineficaz, não vinculará ninguém[663]. A confissão pode ser plenamente eficaz ou plenamente ineficaz, independentemente da espécie de litisconsórcio, não existindo eficácia parcial justamente por não existir uma alegação de fato que possa ser ao mesmo tempo verdadeira para alguns e falsa para outros.

Apenas uma consideração deve ser feita à luz da espécie de litisconsórcio, a título de esclarecimento. Na hipótese de litisconsórcio simples, é plenamente possível que um fato diga respeito a apenas um dos litisconsortes, o que não ocorrerá no litisconsórcio unitário. Essa realidade poderia levar o leitor mais incauto a acreditar que nessa hipótese seria aplicável a regra da eficácia subjetivamente parcial da confissão, prevista pelo art. 391, *caput*, do Novo CPC, visto que, apenas no tocante à parte

confitente, única interessada no fato, a confissão geraria os seus efeitos. Essa, entretanto, é uma conclusão enganosa.

Ainda que o fato diga respeito somente a uma das partes, a confissão será plenamente eficaz se o juiz, no caso concreto, se convencer e considerar verdadeira alegação do fato. Essa circunstância valerá para todos os litigantes, inclusive para o litisconsorte que não confessou e que nada tem a ver com aquele fato. A ausência de relação entre o litisconsorte e o fato narrado, entretanto, não enseja a conclusão de que a confissão fez prova somente contra o confitente; fez prova "contra" todos os sujeitos processuais, mas, dependendo do caso concreto, no litisconsórcio simples tal veracidade não importará ao litisconsorte não confitente[664].

Para sacramentar o absurdo jurídico, o Novo Código de Processo Civil mantém a regra do art. 350, parágrafo único, do CPC/1973, ao prever a invalidade da confissão de cônjuge em ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos sobre imóveis alheios. A nova norma inclui o companheiro ao lado do cônjuge e prevê a exclusão da regra se o regime de casamento for de separação absoluta de bens. Com requintes de crueldade, o legislador associa a validade da confissão ao regime de casamento?!?! Confundem um ato de disposição probatório com atos de disposição material, desconsiderando que o primeiro pode ou não influenciar o juiz em sua decisão, enquanto o segundo o vincula obrigatoriamente.

Prever que o cônjuge ou companheiro não pode praticar ato de disposição de direito – reconhecimento jurídico do pedido,

transação, renúncia – sem a participação do outro, salvo quando o regime for de separação absoluta de bens, é correto, mas tentar transportar essa regra para um meio de prova – confissão – é no mínimo de discutível correção técnica.

7.10.7. PRAZO PARA OS LITISCONSORTES

Segundo o art. 229, *caput*, do Novo CPC, havendo litisconsortes com patronos diferentes, de escritórios de advocacia distintos, os prazos para se manifestarem nos autos serão contados em dobro. A contagem em dobro dos prazos nos termos do dispositivo ora analisado, portanto, depende do preenchimento de três requisitos cumulativos.

A pluralidade de partes independe de quem sejam elas, já tendo tido o Superior Tribunal de Justiça a oportunidade de decidir que, mesmo na hipótese de litisconsórcio entre pessoas casadas, sendo preenchidos os demais requisitos legais, os prazos se contam em dobro[665]. O assistente simples é considerado parte para fins da contagem em prazo[666].

A literalidade da norma deixa suficientemente claro que não basta uma pluralidade de sujeitos, devendo também existir uma pluralidade de patronos, sendo nítida a razão da norma, porquanto somente quando há pluralidade de patronos se verificam no caso concreto dificuldades de acesso aos autos que justifiquem um prazo diferenciado para a efetiva prática dos atos processuais. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, se os litisconsortes passam a ter procuradores distintos no curso do processo, quando já iniciado o prazo recursal, somente se aplica o benefício do prazo em dobro à

parte do prazo recursal ainda não transcorrida até aquele momento[667].

O terceiro requisito, de que os diferentes advogados façam parte de escritórios de advocacia distintos, incorporado ao sistema pelo Novo Código de Processo Civil, tem como objetivo impedir que advogados do mesmo escritório advoguem materialmente em conjunto e apenas formalmente separados tão somente para terem direito ao prazo em dobro. Esse requisito já vinha sendo exigido, mesmo sem previsão expressa nesse sentido, sob a vigência do CPC/1973[668].

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que na recuperação judicial não se aplica o prazo em dobro para os credores da sociedade, considerando que nesse caso não existe tecnicamente um litisconsórcio passivo, já que nessa espécie de processo não existe réu[669].

Registre-se que, nos termos do art. 229, *caput*, do Novo CPC, a concessão do prazo em dobro, uma vez preenchidos os requisitos legais, independe de requerimento expresso nesse sentido, já sendo esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC/1973 mesmo sem expressa previsão legal[670].

Nem sempre, entretanto, o prazo recursal dos litisconsortes será contado em dobro, mesmo que com patronos diferentes de escritórios de advocacia distintos.

O § 2.º do art. 229 do Novo CPC exclui a contagem de prazo em dobro dos processos em autos eletrônicos. A norma tem razão

de ser, considerando que a prerrogativa de prazo tem justamente a justificativa de dificuldade de acesso aos autos. Na realidade, esse entendimento já vinha sendo aplicado por alguns tribunais, na vigência do CPC/1973, mesmo sem qualquer regra nesse sentido, o que é causa de insegurança jurídica e clara violação ao princípio da cooperação, em tese rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça[671]. Ao menos com uma disposição expressa, tais princípios voltarão a ser respeitados.

Quanto à contagem em dobro de prazo em autos eletrônicos, parece acertado o Enunciado 272 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "Não se aplica o § 2.º do art. 231 ao prazo para contestar, em vista da previsão do § 1.º do mesmo artigo".

Por outro lado, o entendimento consolidado pela Súmula 641 do STF é de que não se conta em dobro o prazo para recorrer quando só um dos litisconsortes houver sucumbido. O teor da súmula, na realidade, diz menos do que gostaria. Os precedentes que possibilitaram a sua edição demonstram que o prazo não será em dobro se não houver mais a justificativa de dificuldade de acesso aos autos no caso concreto. É natural que, sucumbindo somente um litisconsorte, o prazo não deva ser em dobro, mas também não será diferenciado o prazo na hipótese de mais de um litisconsorte sucumbir, desde que representados pelo mesmo patrono[672]. Tanto num caso como no outro a justificativa de dificuldade de acesso aos autos está afastada, devendo ser aplicado o entendimento de que o prazo recursal será simples.

Registre-se que o entendimento sumulado não se aplica aos embargos de declaração, considerando que, nesse recurso, mesmo a parte vencedora tem interesse recursal. Como o objetivo dessa espécie recursal é melhorar a qualidade formal da decisão, é inegável que tanto os vencedores quanto os derrotados têm interesse nessa melhora, de forma a ser sempre aplicável a regra do prazo em dobro previsto no art. 229, do Novo CPC.

Segundo o § 1.º do artigo ora analisado, cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo apenas dois réus, é oferecida defesa por apenas um deles. A redação é obscura porque não esclarece se a cessação do prazo em dobro se dá desde a apresentação da defesa ou somente depois dela. Entendo que, se impossível saber previamente a conduta a ser adotada pelos réus, a cessão da prerrogativa da contagem do prazo em dobro só passa a existir após o momento de defesa, para o qual a contagem diferenciada deve ser mantida independentemente da postura a ser adotada pelos litisconsortes passivos[673].

Há divergência doutrinária a respeito da aplicação do prazo em dobro na hipótese de revelia de um dos dois réus. Enquanto alguns julgados entendem que o prazo para a defesa nesse caso passa a ser simples por não haver nos autos diferentes procuradores (obviamente partindo da premissa de que o réu revel não tem advogado constituído), outros entendem que o réu que contesta não pode ser surpreendido negativamente pela inércia do corréu[674].

Acredito que, apesar de não ser clara nesse sentido a redação do art. 229, § 1.º, do Novo CPC, a melhor interpretação é no sentido

de preservar o prazo em dobro de contestação, e, uma vez configurada a revelia do réu que não tenha procurador nos autos, os prazos passem a ser contados de forma simples. E essa contagem simples dos prazos só se justifica se o réu revel efetivamente não participar do processo, sendo contado em dobro os prazos se o réu revel estiver com advogado constituído nos autos[675].

Não é só o art. 229, *caput*, do Novo CPC que prevê o prazo em dobro, havendo também outras regras, com fundamento em outras circunstancias fáticas, que têm a mesma previsão. Assim, contam-se em dobro os prazos para o Ministério Público, nos termos do art. 180 do Novo CPC, e para a Fazenda Pública, nos termos do art. 183 do Novo CPC.

Na vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que não se cumulam hipóteses de contagem diferenciada de prazos[676], sendo tal entendimento totalmente aplicável no Novo Código de Processo Civil. Não há, portanto, prazos em quádruplos, que supostamente seriam derivados da conjugação de diferentes normas que preveem o prazo em dobro.

> Martina e a Fazenda Pública são litisconsortes passivos e sendo intimados de sentença que julgou totalmente procedente o pedido do autor terão o prazo de 30 dias para a interposição da apelação. Recurso interposto aproveitando qualquer deles do prazo de 30 dias (soma do art. 180 e 229, *caput*, ambos do Novo CPC) será intempestivo.

8. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Sumário: 8.1. Intervenções típicas e atípicas: 8.1.1. Processo/fase de conhecimento; 8.1.2. Processo/fase de execução; 8.1.3. Ação probatória autônoma – 8.2. Assistência: 8.2.1. Introdução; 8.2.2. Assistência simples (adesiva); 8.2.3. Assistência litisconsorcial (qualificada); 8.2.4. Procedimento da assistência; 8.2.5. Os poderes do assistente simples; 8.2.6. Os poderes do assistente litisconsorcial; 8.2.7. Imutabilidade da justiça da decisão; 8.2.8. Justiça da decisão e coisa julgada – 8.3. Denunciação da lide: 8.3.1. Conceito; 8.3.2. Hipóteses de cabimento; 8.3.3. Facultatividade; 8.3.4. Qualidade processual do denunciado; 8.3.5. Condenação e cumprimento de sentença diretamente contra o denunciado; 8.3.6. Denunciação sucessiva; 8.3.7. Procedimento da denunciação da lide feita pelo autor; 8.3.8. Procedimento da denunciação pelo réu – 8.4. Chamamento ao processo: 8.4.1. Conceito; 8.4.2. Hipóteses de cabimento; 8.4.3. Procedimento; 8.4.4. Chamamento ao processo no direito do consumidor – 8.5. Amicus curiae: 8.5.1. Introdução; 8.5.2. Interesse institucional; 8.5.3. Requisitos; 8.5.4. Aspectos procedimentais – 8.6. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica: 8.6.1. Introdução; 8.6.2. Momento; 8.6.3. Procedimento; 8.6.4. Forma de defesa do sócio (ou da sociedade na desconsideração inversa); 8.6.5. Recorribilidade; 8.6.6. Fraude à execução.

8.1. INTERVENÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS

Por intervenção de terceiros entende-se a permissão legal para que um sujeito alheio à relação jurídica processual originária

ingresse em processo já em andamento. Apesar das diferentes justificativas que permitem esse ingresso, as intervenções de terceiro devem ser expressamente previstas em lei, tendo fundamentalmente como propósitos a economia processual (evitar a repetição de atos processuais) e a harmonização dos julgados (evitar decisões contraditórias). É natural que, uma vez admitido no processo, o sujeito deixa de ser terceiro e passa a ser considerado parte; em alguns casos "parte na demanda" e noutros "parte no processo"[677].

O Título III do Livro III do Novo Código de Processo Civil tem como rubrica "Da intervenção de terceiros", compreendendo a assistência, a denunciação da lide, o chamamento ao processo (arts. 119 a 132), o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137) e o *amicus curiae* (art. 138).

Ocorre, entretanto, que nem todas as intervenções encontram sua justificação nessas modalidades típicas de intervenção de terceiro, o que demonstra que o rol legal é meramente exemplificativo. Previsões legais esparsas que permitem a intervenção de um terceiro em processo já em andamento e que não são tipificáveis em nenhuma dessas cinco modalidades, constituem as chamadas intervenções de terceiros atípicas. A definição dessa espécie de intervenção dependerá da amplitude que se pretenda dar à atipicidade, não existindo unanimidade na doutrina a respeito de quais efetivamente sejam essas intervenções atípicas.

8.1.1. PROCESSO/FASE DE CONHECIMENTO

Ainda que as intervenções típicas tenham sido projetadas

fundamentalmente para o processo/fase de conhecimento, com aplicação somente subsidiária aos processos/fases de execução e cautelar, existem algumas espécies de intervenção de terceiros no processo de conhecimento que não podem ser consideradas como uma daquelas espécies previstas no título destinado às intervenções de terceiro do Novo Código de Processo Civil.

8.1.1.1. Intervenções da Lei 9.469/1997

O art. 5.º, *caput*, da Lei 9.469/1997 prevê a possibilidade de intervenção da União nas causas em que figurarem como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. O parágrafo único de tal artigo prevê a possibilidade de intervenção de pessoas de direito público (administração direta e indireta, federais, estaduais, municipais e distritais) em demandas já em trâmite com fundamento no eventual prejuízo indireto, mesmo que de natureza meramente econômica. A ausência de interesse jurídico a ser demonstrado afasta essa espécie de intervenção da assistência, tornando esta uma espécie anômala de intervenção, com fundamento em interesse econômico.

De duvidosa constitucionalidade[678], a norma legal não deixa claro qual a qualidade jurídica assumida pela pessoa de direito público, parecendo não ser correta a interpretação de que funcione como *amicus curiae*[679], como consta na Exposição de Motivos da lei. A função da União e dos entes públicos federais é esclarecer questões de fato e de direito e juntar documentos e memoriais, passando a ser considerada como parte se recorrer de decisões[680]. Como esses terceiros ao intervir no processo passam a atuar com os mesmos poderes do assistente, é comum a referência a essa espécie

de intervenção como “assistência anômala”, havendo decisão do Superior Tribunal de Justiça que entende tratar-se de assistência simples[681].

8.1.1.2. Ação de alimentos

Segundo o art. 1.694 do CC, serão obrigados a pagar alimentos os parentes, cônjuges e companheiros, sendo segundo doutrina tradicional hipótese de litisconsórcio facultativo, considerando-se que sua formação dependerá da vontade do autor[682]. São duas as exigências legais: não ter sido formado o litisconsórcio facultativo passivo de forma inicial e não ter o réu – “parente que deve alimentos em primeiro lugar” – condições de arcar total ou parcialmente com o encargo alimentar. Nessa hipótese, segundo o dispositivo legal, será possível chamar a integrar a lide os demais obrigados a prestar alimentos, que responderão na proporção de seus respectivos recursos. Apesar de a primeira exigência ser de fácil compreensão, a segunda merece uma análise mais cuidadosa, porque a legitimidade originária deve ser buscada na interpretação do dispositivo legal.

Entendo inviável considerar-se a intervenção de terceiro ora analisada como uma espécie de denunciação à lide, intervenção fundada no direito regressivo entre o denunciante e o denunciado. O denunciante convoca ao processo o denunciado para que este seja desde já condenado a ressarcir seus eventuais prejuízos suportados com a demanda judicial, sendo importante notar que entre o denunciado e a parte contrária não existe qualquer relação jurídica de direito material. No plano material, as partes da relação jurídica principal têm uma relação entre elas, e outra relação de direito

material têm o denunciante e o denunciado. Na hipótese de intervenção ora analisada nada disso se verifica, sendo nítida a impropriedade do entendimento de tratar-se de uma denunciação à lide[683].

É importante salientar que a inadmissibilidade em se entender a intervenção de terceiros ora analisada como espécie de denunciação da lide se satisfaz com a circunstância de não existir entre os parentes, cônjuges e companheiros qualquer direito de garantia no tocante à obrigação alimentar. Essa circunstância se intensifica em termos de clareza se trazido à baila o caráter irrepetível dos alimentos pagos, o qual, aplicado para o beneficiado dos alimentos, também atinge os codevedores. Significa dizer que uma vez pagos os alimentos por obrigado que não era o que "deve alimentos em primeiro lugar", ele jamais poderá cobrar daquele que deveria ter pago, mas não o fez. Dessa forma, a ideia principal existente na denunciação à lide, da existência de um direito regressivo entre a parte e o terceiro que vem participar do processo em virtude da denunciação, não se encontra presente na intervenção ora analisada, o que já se mostra o suficiente para uma diferenciação clara e definitiva.

A diferença entre a intervenção de terceiro prevista pelo art. 1.698 do Código Civil e o chamamento ao processo não é tão clara e óbvia quanto a diferença com a denunciação à lide, mas ainda assim é possível se identificar algumas características díspares que não permitem a conclusão de ser a intervenção ora analisada espécie de chamamento ao processo. O que torna essa conclusão mais difícil de ser obtida é que entre os dois institutos há certas

características comuns, o que, entretanto, não é o suficiente para concluir de forma diversa da já indicada. Nem mesmo o entendimento de tratar-se de um chamamento ao processo *sui generis* convence, porque a flexibilização de conceitos deve ser aplicada com extremo cuidado, sob pena de sempre ser possível afirmar que determinado fenômeno é um instituto já previsto, mas com algumas diferenças. Somente diferenças muito sutis admitirão tal pensamento, o que não se verifica no caso ora enfrentado.

O grande obstáculo à adoção desse entendimento diz respeito à diferença existente entre a espécie de obrigação de que trata o chamamento ao processo e a obrigação alimentar entre todos os coobrigados.

É pacífico em sede doutrinária que a obrigação alimentar não seja solidária, não sendo possível exigir-se o pagamento da integralidade da dívida dessa natureza de um dos devedores, à escolha do credor[684]. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que a obrigação de os avós alimentarem os netos é espécie de responsabilidade subsidiária e complementar à responsabilidade dos pais, por isso só é exigível em caso de impossibilidade de cumprimento da prestação ou de cumprimento insuficiente pelos genitores[685].

Na realidade, cada devedor responderá dentro dos limites da sua possibilidade, o que naturalmente fará com que possam no caso concreto existir obrigações desiguais. A ausência da possibilidade do credor exigir tão somente de um dos devedores a totalidade da dívida já é suficiente para afastar a obrigação alimentar do rol das

obrigações solidárias, o que é reforçado pela impossibilidade daquele que pagou o valor integral cobrar um ressarcimento dos demais devedores alimentares. Além da ausência de solidariedade, também está pacificado em sede doutrinária que a obrigação alimentar é divisível, porque cada devedor se exime de sua obrigação nos limites de suas possibilidades, ainda que a totalidade da obrigação ainda não tenha sido satisfeita. Havendo dois devedores, cada qual responsável pelo pagamento de 50% da dívida alimentar, a quitação de um deles já o libera da obrigação, ainda que o outro seja inadimplente. É justamente essa limitação de responder nos limites da possibilidade de cada devedor que impede ser a obrigação alimentar solidária.

Sendo o chamamento ao processo hipótese de intervenção fundada em obrigação solidária, e não sendo solidária a obrigação alimentar, como seria possível afirmar-se que o art. 1.698 do CC é espécie de chamamento ao processo?[686] Como se nota, não é uma diferença sutil, que possa simplesmente ser absorvida no próprio conceito do chamamento ao processo, porque essa espécie de intervenção de terceiros somente existe em virtude da existência entre parte e terceiro de dívida de natureza solidária. Parece bastante claro que sem essa solidariedade entre parte e terceiro, a intervenção jamais poderá ser considerada uma espécie – ainda que *sui generis* – de chamamento ao processo.

Não parece ser adequado dar-se ao termo solidariedade previsto no art. 130, III, do Novo CPC uma interpretação ampla a fim de incluir a dívida alimentar ora discutida, conforme sugere parcela da doutrina[687]. Não vejo necessidade de que, por mais

elástica que necessite ser a interpretação dos institutos, novas normas de direito devam ser sempre encaixadas em institutos já existentes. Não há qualquer problema em admitir tratar-se de forma de intervenção atípica. Ademais, o chamamento ao processo é feito exclusivamente pelo réu, enquanto na intervenção dos coobrigados na ação de alimentos, servindo o instituto a favorecer o autor, porque o aumento do número de obrigados no polo passivo aumentará suas chances de receber, a legitimidade para pedir a intervenção não pode ser exclusiva do réu. Dessa forma, é natural que se admita que o autor chame os demais devedores ao processo, até mesmo porque tal convocação não é de interesse do réu, que responderá nos limites de suas possibilidades e não se preocupará se o autor não está totalmente satisfeito.

Ainda que se afirme que houve a formação de um litisconsórcio facultativo ulterior – circunstância que dependendo da corrente doutrinária adotada a respeito da natureza do chamamento ao processo pode ser entendida como identidade entre as duas espécies de intervenção –, não foi por vontade do réu que o litisconsórcio foi formado, mas em razão de manifestação expressa do autor nesse sentido, na tentativa de ampliar as possibilidades de satisfação da obrigação de natureza alimentar por meio da ampliação dos devedores trazidos ao processo.

O autor não é ouvido no chamamento ao processo, não podendo se opor a essa espécie de intervenção de terceiro. O mesmo não se poderá dizer da intervenção prevista especificamente para a demanda de alimentos, porque, sendo intervenção de iniciativa do réu, dependerá necessariamente de anuência do autor,

porque este não pode ser obrigado a litigar contra quem não deseja.

Há, como se pode notar, razões suficientes para não entender a intervenção ora analisada como espécie de chamamento ao processo. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já teve a oportunidade de chamar tal forma de intervenção de chamamento ao processo[688], ainda que sem grandes considerações a respeito do tema.

Apesar de ter sido muito bem recebido pela doutrina nacional, o art. 1.698 do CC também trouxe algumas preocupações. Por um lado, é inegável que essa nova espécie de intervenção nas ações de alimentos otimiza as chances de satisfação integral do credor porque permite um aumento no número de sujeitos que participam do polo passivo do processo quando o réu originário não consegue satisfazer totalmente a obrigação alimentar. Por outro, entretanto, há a preocupação com as complicações de que tal espécie de intervenção poderá gerar no procedimento das ações de alimentos, tradicionalmente simples e expedito.

É preciso distinguir duas situações. A primeira diz respeito à necessidade de intervenção de terceiros com condições de satisfazer a obrigação alimentar diante da incapacidade do réu originário. Nesse caso, ainda que seja inevitável uma complicação procedimental, o autor será beneficiado com a vinda de terceiros ao processo para responder pela obrigação, devendo suportar o natural aumento de complexidade do procedimento. A segunda situação é bem diversa, dizendo respeito a manobras protelatórias do réu com o objetivo de complicar o procedimento e impedir um trâmite

regular da demanda[689]. Nesse caso, as sanções processuais deverão ser duramente aplicadas, como sugere a melhor doutrina que enfrentou o tema[690]. Com isso se concorda, mas registre-se que, sendo sempre a intervenção dependente da vontade do autor – ainda que de iniciativa do réu –, as manobras protelatórias certamente diminuirão muito sua frequência.

Essa constatação é importante para que se conclua que, não pretendendo o autor da ação de alimentos ver tornar-se complexa – ou mais complexa – a relação jurídica processual, poderá se opor à pretensão do réu, que bem poderá estar amparada em má-fé e deslealdade, procurando somente tumultuar o andamento procedimental por meio da formação do litisconsórcio passivo ulterior. Sendo a norma legal elaborada para proteger o autor-credor, naturalmente não deve ser vista com bons olhos uma intervenção que somente torne complexa a relação jurídica processual e moroso o procedimento, sem qualquer ganho efetivo ao credor. Dessa forma, e as razões que levarão a isso dependem exclusivamente do caso concreto, não pretendendo que o litisconsórcio passivo seja formado, o autor poderá se opor à convocação de codevedores realizada pelo réu.

Não sendo possível incluir a intervenção de terceiros prevista pelo art. 1.698 do Código Civil no âmbito da denunciação à lide ou do chamamento ao processo – a análise de outras espécies de intervenção foi dispensada em virtude de diferenças básicas e indiscutíveis com o instituto ora analisado –, não há outra conclusão possível que não seja a de que o Código Civil criou uma espécie anômala de intervenção de terceiros, que não se confunde com

nenhuma daquelas espécies previstas no Capítulo I, do Título III, do Livro I do Novo Código de Processo Civil[691].

Apesar de não ser frequente a situação em que uma norma de direito material cria uma espécie de intervenção de terceiros, não se vê qualquer problema quando isso excepcionalmente ocorrer, como é o caso, dada a constatação pacífica da existência de normas heterotópicas, que, mesmo previstas no Código Civil, são regras de procedimento e, ainda, que mesmo previstas no Código de Processo Civil, são regras de direito material. É evidente que a localização da norma não modifica sua natureza jurídica, e a confusão é consequência natural da proximidade – a cada dia mais reconhecida – entre o direito material e o direito processual.

8.1.2. PROCESSO/FASE DE EXECUÇÃO

Há intervenções atípicas no processo executivo e na fase de cumprimento de sentença[692], e somente a assistência é considerada espécie de intervenção de terceiros admissível no processo/fase de execução, conforme amplamente demonstrado no Capítulo 42, item 42.5.1.

Sempre que um terceiro ingressa na demanda executiva durante a fase de expropriação do bem com a intenção de adquiri-lo, estar-se-á diante de uma espécie atípica de intervenção de terceiros[693]. Atualmente, pode-se imaginar essa situação na adjudicação por todos os legitimados que não o exequente (art. 876, § 5º, do Novo CPC); na alienação do bem realizada pelo próprio exequente, por corretor especializado ou por leiloeiro (art. 880 do Novo CPC); na alienação judicial por meio de arrematação,

naturalmente por sujeito que não seja o exequente.

Também haverá intervenção anômala sempre que outros credores ingressem na demanda executiva para discutir o direito de preferência. Cada qual participará do incidente processual que se formará (concurso de credores) defendendo interesse próprio à satisfação de seu crédito em primeiro lugar, sendo impossível imaginar que essa situação seja amoldável às espécies de intervenção de terceiros previstos pelo Código de Processo Civil[694].

8.1.3. AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA

Na vigência do CPC/1973, sempre se entendeu que no processo cautelar são inadmissíveis as intervenções de terceiros típicas, salvo a assistência[695]. Como continuo a defender a manutenção do processo cautelar autônomo antecedente, conforme devidamente exposto no Capítulo 12, item 12.5.1., esse entendimento continua atual. Essa vedação criava uma interessante situação nas cautelares probatórias: estando limitada a utilização da prova produzida antecipadamente aos sujeitos que foram parte no processo cautelar, e sendo inadmissíveis intervenções como a denunciação da lide ou o chamamento ao processo, como valer-se dessa prova contra terceiros que poderão intervir no processo principal como denunciados à lide ou chamados ao processo?

A melhor doutrina criou uma espécie de assistência provocada, na qual o requerente da produção antecipada de provas simplesmente pedirá a citação do terceiro para fazer parte desse processo. Apesar de seu tratamento procedimental de assistente, sua intervenção coercitiva – independentemente de sua vontade – afasta

essa espécie de intervenção da assistência clássica. Segundo a melhor doutrina, uma vez integrado ao processo, mesmo que se mantenha omisso, a prova será plenamente eficaz contra esse sujeito[696]. Como se nota, essa espécie atípica de intervenção – assistência provocada – terá o mérito de ampliar subjetivamente a eficácia da prova produzida antecipadamente.

> Marina e Eliane colidem seus veículos, sendo que Eliane ingressa com uma produção antecipada de provas para demonstrar os danos que teria suportado e que poderiam tornar-se de difícil comprovação sem a intervenção jurisdicional imediata. Marina, sendo citada na cautelar probatória, tem interesse na participação de sua seguradora, porque uma vez demandada em ação reparatória de danos (ação principal) denunciará a seguradora à lide (art. 125, II, do Novo CPC). Como não cabe tal forma de intervenção de terceiros no processo cautelar, Marina simplesmente requer a citação da seguradora para que integre a relação jurídica processual cautelar, única forma de futuramente poder usar a prova produzida contra a seguradora.

Não só a doutrina, como também a jurisprudência, mostrou-se sensível à problemática mencionada; existem julgados na vigência do diploma processual revogado no sentido de admitir um terceiro no processo cautelar de produção antecipada de provas por meio de uma intervenção atípica chamada assistência provocada[697].

Conforme devidamente analisado no Capítulo 22, item 22.1.14., o Novo Código de Processo Civil retirou a ação antecipada para a produção da prova do capítulo referente à tutela antecipada cautelar. O tema será tratado no capítulo referente à teoria geral da prova, mas não afetará a intervenção ora analisada,

porque, mesmo não sendo mais uma ação cautelar, continua inaplicável a denunciação da lide ou chamamento ao processo em demanda que visa exclusivamente à produção da prova.

8.2. ASSISTÊNCIA

8.2.1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil acertou em incluir entre as espécies de intervenção de terceiro típicas a assistência. Ao ingressar de modo voluntário em processo alheio para auxiliar uma das partes na busca da vitória judicial, resta suficientemente claro que a assistência preenche os requisitos mínimos para ser considerada uma intervenção de terceiros. É importante registrar que, mesmo quando o terceiro é informado da existência da demanda, a intervenção continua a ser voluntária, considerando-se que ingressará como assistente somente se quiser participar do processo[698].

O pressuposto da assistência é a existência de um interesse jurídico do terceiro na solução do processo, não se admitindo que um interesse econômico, moral ou de qualquer outra natureza legitime a intervenção por assistência. Dessa forma, somente será admitido como assistente o terceiro que demonstrar estar sujeito a ser afetado juridicamente pela decisão a ser proferida em processo do qual não participa, sendo irrelevante a justificativa no sentido de que sofrerá eventual prejuízo de ordem econômica ou de qualquer outra natureza. A natureza desse interesse jurídico varia conforme a natureza da assistência – simples ou litisconsorcial –, sendo analisada em outro momento.

8.2.2. ASSISTÊNCIA SIMPLES (ADESIVA)

Essa é a espécie tradicional de assistência, tanto assim que a locução isolada "assistência" significa *assistência simples*, também chamada de *adesiva*. Conforme visto, só se permite a assistência se houver um interesse jurídico do terceiro na solução da demanda, representado no caso pela existência de uma relação jurídica não controvertida, distinta daquela discutida no processo entre o assistente (terceiro) e o assistido (autor ou réu), que possa vir a ser afetada pela decisão a ser proferida no processo do qual não participa.

O tradicional exemplo lembrado pela doutrina é a intervenção assistencial do sublocatário na ação de despejo promovida pelo locador contra o locatário. Nesse caso o sublocatário mantém com o locatário uma relação jurídica não controvertida, diversa daquela discutida no processo, que será afetada na hipótese de sentença de procedência que decrete o despejo, sendo admissível a intervenção do sublocatário como assistente, para auxiliar o locatário a se sagrar vitorioso no processo, única forma de evitar seu prejuízo jurídico. É evidente que esse exemplo considera que a sublocação não fez parte do contrato originário, porque nesse caso não seria hipótese de assistência, mas de litisconsórcio passivo necessário.

Nem sempre se mostra fácil a identificação da natureza do interesse do terceiro diante da decisão a ser proferida no processo, até mesmo porque o interesse jurídico invariavelmente tem reflexos econômicos, morais ou de outra natureza[699]. Conforme corretamente decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a existência de um interesse econômico não desnatura o interesse jurídico[700], mas

não basta para justificar a intervenção do terceiro como assistente[701]. A única forma de distingui-los será a análise cuidadosa a respeito da existência da relação jurídica entre terceiro e a parte que venha a ser afetada pela decisão judicial. Somente com a sua existência haverá o interesse apto a justificar a assistência.

Tome-se como exemplo o proprietário de imóvel que recebe a notícia de que em frente de sua casa será construído o *shopping center* mais charmoso da cidade. Esse fato naturalmente gerará inúmeros efeitos, entre eles a valorização do imóvel. Havendo uma ação judicial proposta contra a construção do *shopping center*, o proprietário do imóvel terá inegavelmente um interesse econômico na solução da demanda. Ocorre, entretanto, que lhe faltará a relação jurídica com uma das partes, sendo inviável o seu ingresso no processo como assistente. O mesmo, entretanto, não ocorreria com o seu vizinho, que, em vez de pensar em vender seu imóvel, celebrou contrato de locação de um espaço no *shopping center* que seria construído. Nesse caso, existe a relação jurídica entre o terceiro e a parte, e, embora também se possa falar em interesse econômico – afinal o espaço locado presumidamente será explorado comercialmente –, este é decorrência do interesse jurídico, sendo admissível a intervenção do terceiro no processo como assistente.

Note-se, entretanto, que não basta a existência da relação jurídica não controvertida entre o terceiro e a parte, sendo ainda necessário que essa relação jurídica seja diretamente afetada em virtude da decisão a ser proferida no processo. Em razão disso, não se admite como assistente o credor de um sujeito que esteja sendo

demandado na ação de cobrança. É evidente que nesse caso interessa ao terceiro a improcedência da ação, mantendo-se inalterada a situação patrimonial do seu devedor, existindo também relação jurídica entre ele e uma das partes. A assistência, entretanto, não será admitida em virtude da não afetação dessa relação jurídica, mantida entre a parte e o terceiro, pela decisão a ser proferida no processo. Na realidade, o interesse nesse caso é meramente econômico, ainda que exista entre as partes uma relação jurídica.

8.2.3. ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL (QUALIFICADA)

Prevista pelo art. 124 do Novo CPC, a assistência litisconsorcial é excepcional, diferenciando-se substancialmente da assistência simples. A principal diferença entre essas duas espécies de assistência diz respeito à natureza da relação jurídica controvertida apta a permitir o ingresso do terceiro no processo como assistente. Na assistência litisconsorcial o terceiro é titular da relação jurídica de direito material discutida no processo, sendo, portanto, diretamente atingido em sua esfera jurídica pela decisão a ser proferida. Dessa forma, o assistente litisconsorcial tem relação jurídica tanto com o assistido quanto com a parte contrária, afinal todos eles participam da mesma relação de direito material, diferente do que ocorre no litisconsórcio simples, no qual não há relação jurídica do assistente com o adversário do assistido.

Certamente causa estranheza num primeiro momento a verificação de que para que exista a assistência litisconsorcial seja necessário que o titular do direito não faça parte do processo que tenha como objeto justamente o seu direito. Em regra, tal situação não poderia ocorrer, mas excepcionalmente admitir-se-á que

terceiro titular do direito não participe do processo em que o seu direito é discutido. Trata-se das hipóteses de legitimação extraordinária, pela qual é possível que seja parte processual um sujeito que não é titular do direito (substituição processual) ou de sujeito que é titular juntamente com outros sujeitos (cotitulares) que não precisam participar do processo para que este seja válido e eficaz[702].

A assistência litisconsorcial somente é possível nos casos de litisconsórcio facultativo, porque somente nesse caso o titular do direito poderá ser excluído da demanda por vontade das partes. Significa dizer que, se porventura o autor tivesse formado o litisconsórcio entre todos os titulares do direito, não haveria terceiros a ingressar como assistentes. Como esse litisconsórcio, entretanto, é facultativo, uma vez não formado por vontade do autor, os titulares do direito que ficaram de fora da relação jurídica processual serão os terceiros que, querendo, ingressarão no processo alheio como assistentes litisconsorciais.

Promovida demanda judicial por um dos sócios para a anulação da assembleia, os demais sócios poderão intervir no processo como assistentes litisconsorciais, considerando-se que também são titulares do direito discutido. O mesmo ocorre na hipótese de apenas um condômino estar sozinho em juízo defendendo o bem em condomínio, admitindo-se a intervenção dos demais condôminos, que também são titulares do direito discutido no processo, como assistentes litisconsorciais. Outro tradicional exemplo de assistente litisconsorcial é verificado na alienação de coisa litigiosa (art. 109 do Novo CPC) sempre que o autor não

permitir a alteração do polo passivo e o réu originário passar a atuar em nome próprio em defesa do interesse do terceiro adquirente (substituição processual). Nesse caso, por ser titular do direito discutido no processo, o terceiro adquirente poderá ingressar no processo como assistente litisconsorcial.

8.2.3.1. Assistente litisconsorcial ou litisconsorte facultativo ulterior?

Existe divergência – com ao menos uma importante consequência prática – a respeito da real qualidade processual do terceiro que ingressa no processo como assistente litisconsorcial: será efetivamente um assistente qualificado ou um litisconsorte da parte, tratando-se nesse caso de litisconsórcio ulterior?

A corrente doutrinária que defende que o substantivo *assistência* prepondera sobre o adjetivo *litisconsorcial*, afirmava que a redação do art. 54 do CPC/1973, o mesmo se podendo dizer da redação do art. 124 do Novo CPC, não estabelece que o assistente será considerado litisconsorte, simplesmente significando que o seu tratamento procedimental será de litisconsorte, mas a sua qualidade processual continua a ser de assistente. Sustenta-se que esse terceiro que ingressa no processo nada pede e contra ele nada é pedido, de forma que o seu ingresso não inclui no processo qualquer nova demanda, o que é suficiente para não considerá-lo parte[703].

Não parece ser esse, entretanto, o melhor entendimento, porque o fato de o terceiro que ingressa no processo não fazer pedido ou contra ele nada ser pedido é irrelevante na definição de

sua posição jurídica processual[704]. Na realidade, fazendo ou não o pedido ou sendo ou não feito pedido contra ele, por ser o titular do direito material discutido no processo, o acolhimento ou a rejeição o atingirá da mesma forma que o atingiria se o sujeito tivesse feito pedido ou contra ele tivesse sido feito qualquer pedido. O que precisa restar claro é que o pedido será sempre o mesmo, esteja o sujeito presente ou não no início da demanda, tornando-se absolutamente irrelevante o fato de aquele pedido ser feito expressamente por ele ou contra ele.

Intervindo no processo, passa a ser parte, sendo tal constatação inegável até porque o mesmo ocorre com o assistente simples. E também será parte na demanda, considerando-se que é titular do direito discutido no processo. Tendo o terceiro legitimidade para participar do processo e somente não o fazendo desde o início por vontade do autor, a partir do instante em que passa a fazer parte da relação jurídica processual, como titular do direito discutido, deverá ser considerado parte na demanda.

A conclusão, portanto, é de inexistência da figura jurídica criada pelo art. 124 do Novo CPC, considerando-se que o assistente litisconsorcial na verdade é reputado autor ou réu a partir do momento em que ingressa no processo, em verdadeira hipótese de litisconsórcio facultativo ulterior[705]. De qualquer forma, mesmo a doutrina que defende a existência de assistência litisconsorcial, é tranquila em afirmar que, embora não seja litisconsorte, esse assistente é tratado, no tocante à aplicação das regras procedimentais, como se o fosse[706].

8.2.4. PROCEDIMENTO DA ASSISTÊNCIA

O terceiro que se considera assistente – seja simples ou litisconsorcial – deverá requerer seu ingresso no processo por meio de petição devidamente fundamentada, expondo em especial o interesse jurídico que legitima a sua intervenção como assistente. Não há necessidade de preenchimento dos requisitos formais previstos para a petição inicial pelo art. 319 do Novo CPC, considerando-se que o único pedido que o terceiro formula é para ingressar no processo, não levando ao processo qualquer outra pretensão[707].

Esse pedido é admitido em qualquer processo, inclusive no de execução, como exposto no Capítulo 42, item 42.5.1., e em qualquer procedimento, seja ele comum ou especial, de jurisdição contenciosa ou voluntária. A exceção fica por conta do procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis (art. 10 da Lei 9.099/1995), na ADI e ADECON (art. 7.º da Lei 9.868/1999), havendo divergência a respeito de seu cabimento no mandado de segurança[708], ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha entendimento pacificado pelo não cabimento da assistência simples[709].

A amplitude da assistência vem confirmada pela regra de que o assistente pode ingressar no processo a qualquer momento do procedimento (desde a petição inicial até o trânsito em julgado[710]), ainda que nesse caso seja observado o fenômeno processual da preclusão. Assim, o assistente recebe o processo no estado em que ele se encontra (art. 119, parágrafo único, do Novo CPC), ou seja, os atos já praticados estarão protegidos pela preclusão e não serão

repetidos ou praticados originariamente, sendo a atuação do assistente válida somente do momento de seu ingresso em diante.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de indeferir pedido de assistência em sede de embargos de divergência em razão da especial natureza de tal recurso[711] e o Supremo Tribunal Federal já admitiu o pedido em sede de recurso extraordinário[712].

O juiz pode indeferir o pedido de assistência liminarmente na hipótese de manifesta inadmissibilidade ou improcedência da pretensão. É o caso, por exemplo, de um pedido fundado em interesse meramente econômico ou ainda em procedimento que não admite tal espécie de intervenção, como o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais.

Caso não indefira liminarmente o pedido de assistência, o juiz intimará as partes que terão um prazo comum de quinze dias para se manifestar, dez dias a mais do que tinham sob a égide do CPC/1973.

A instauração desse incidente não suspenderá o andamento do procedimento principal, que continuará a tramitar normalmente. O procedimento, bastante simples e concentrado, costuma ser realizado em breve lapso temporal, não gerando significativos prejuízos ao assistente, que somente poderá passar a atuar no processo a partir do momento em que tiver o seu pedido de intervenção acolhido.

O *caput* do art. 120 do Novo CPC inova ao deixar de prever a

necessidade de criação de autos em apenso na hipótese de haver impugnação de uma ou de ambas as partes. Prestigiam-se dessa forma a simplicidade e celeridade, decidindo-se o pedido incidentalmente nos próprios autos principais. Apesar da omissão legal, havendo manifestação favorável ao ingresso do terceiro no processo, o procedimento será o mesmo.

No inciso II do art. 51 do CPC/1973, havia previsão expressa de autorização para a produção de provas, regra não repetida no artigo ora comentado. Trata-se de supressão indevida. Ainda que se reconheça que a necessidade de produção de provas nesse caso é de extrema raridade, sendo necessária, e mesmo sem previsão legal a respeito, ela deve ser admitida em respeito ao princípio do contraditório. Da decisão interlocutória que admite ou não a intervenção do terceiro como assistente cabe o recurso de agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, IX, do Novo CPC.

Na hipótese de indeferimento do pedido de ingresso no processo somente terá legitimidade e interesse recursal o sujeito que teve seu pedido de ingresso no processo indeferido[713], considerando-se que a assistência é sempre voluntária, e se o terceiro abre mão de seu direito recursal significa – ainda que tacitamente – que não pretende mais ingressar no processo como assistente. O recurso interposto por uma das partes nessa situação poderia – quando provido – vincular um terceiro ao processo como assistente que porventura não tenha mais vontade de participar do processo nessa qualidade.

Também a decisão que deferir o pedido de assistência será

recorrível por agravo de instrumento, tendo legitimidade e interesse recursal a(s) parte(s) que não concordar(em) com a intervenção do terceiro..

O agravo de instrumento não possui, em regra, efeito suspensivo, de forma que, diante da rejeição do pedido, o processo prossegue sem a participação do terceiro. Apenas excepcionalmente haverá a suspensão do processo na hipótese de o agravante pedir e receber o efeito suspensivo, nos termos dos art. 1.019, I, e 995, parágrafo único, do Novo CPC. Significa dizer que durante todo o trâmite procedimental para o julgamento do agravo os atos processuais serão praticados no processo, sem a presença do assistente. A questão a ser enfrentada é: caso o agravo seja provido, e por consequência o terceiro admitido como assistente, o que ocorrerá com os atos praticados depois de seu pedido de ingresso até o provimento do recurso?

Não parece correto entender que tais atos devam ser anulados para que, uma vez repetidos, contem com a participação do assistente, porque tal entendimento contrariaria frontalmente o princípio da economia processual[714]. Caso a intervenção do assistente se dê tardiamente, não haverá nenhum empecilho a seu ingresso no processo, até porque a assistência pode ocorrer a qualquer momento, mas é natural que, se em virtude do ingresso em processo já muito adiantado não tiver efetiva participação, o assistente não sofra os efeitos da imutabilidade da justiça da decisão, prevista no art. 123 do Novo CPC[715].

Há situações, entretanto, nas quais a espera pela definição do

procedimento para a aceitação do terceiro poderá sacrificar significativamente a atuação daquele que pretende ingressar no processo como assistente. Não havendo a suspensão do processo em virtude do seu pedido, muitas vezes o transcurso do prazo até que seja aceito poderá impossibilitá-lo de praticar determinados atos processuais. Essa situação se verifica sempre que o pedido é feito durante a contagem de um prazo para a prática de determinado ato processual essencial ao processo. Nesse caso, o terceiro deverá ingressar no processo praticando o ato e pleiteando seu ingresso, única forma de garantir a prática do ato caso seja aceito, já que receberá o processo no estado em que ele se encontra. Tem importância fundamental esse entendimento no caso do prazo de contestação, situação na qual se mostrará legítimo ao assistente contestar e ao mesmo tempo pedir a sua intervenção[716].

8.2.5. OS PODERES DO ASSISTENTE SIMPLES

O assistente simples não defende direito próprio na demanda, apenas auxiliando o assistido na defesa de seu direito, de forma que a sua atuação no processo está condicionada à vontade do assistido, não se admitindo que a sua atuação contrarie interesses deste. Essa subordinação da atuação do assistente simples, apesar de não estar prevista expressamente em lei, é decorrência natural das razões que fundamentam a participação do assistente no processo, não sendo crível que um sujeito que ingressa no processo com a função de auxiliar da parte atue contrariamente aos seus interesses[717].

Essa necessária condição de subordinação na atuação do assistente simples não significa que ele só possa praticar atos que o assistido já tenha praticado, porque nesse caso será muito limitada a

atuação auxiliar desse assistente. A única postura vedada ao assistente simples é contrariar a vontade expressa do assistido, praticando ato processual contrário a ato processual praticado pelo assistido em sentido diverso do pretendido pelo assistente. Não há, entretanto, nenhum obstáculo para praticar atos diante da mera omissão do assistido, entendimento, inclusive, que otimiza a atuação do assistente simples, considerando-se que somente repetir o que já foi realizado pelo assistido seria delimitar demasiadamente a importância do auxílio prestado pelo assistente[718].

Há algumas interessantes situações em que ficam claros quais os reais limites de atuação do assistente simples. No tocante à produção probatória, admite-se o pedido de produção de prova por parte do assistente, ainda que o assistido tenha quedado em silêncio a esse respeito. O mesmo não se pode dizer na hipótese de o assistido ter expressamente se manifestado nos autos requerendo o julgamento antecipado da lide (art. 355 do Novo CPC), porque nesse caso a produção de prova contraria a vontade expressamente manifestada pelo assistido. O mesmo se pode dizer do recurso, sendo admissível a interposição de recurso pelo assistido ainda que o assistente não tenha recorrido, o que lhe será vedado, entretanto, se houver no processo a renúncia ao direito de recorrer ou um ato de aquiescência do assistido[719]. Registre-se que, praticado o ato pelo assistente na omissão do assistido, sua eficácia ficará condicionada a ausência de uma manifestação posterior contrária expressa por parte deste[720].

João ingressa como assistente de Fernanda em processo movido contra ela por Olga. No prazo de resposta João ingressa

> com exceção de incompetência, sendo que Fernanda apenas apresenta contestação. Nesse caso, diante do silêncio de Fernanda (assistida) o ato de excepcionar o juízo praticado por João (assistente) é legítimo, mas sua eficácia está condicionada à manifestação posterior de Fernanda: (a) caso entenda favorável a ela o ato praticado por João, a exceção segue normalmente; (b) caso entenda prejudicial aos seus interesses, basta requerer a extinção da exceção de incompetência sem a resolução de seu mérito.

Ainda que o entendimento jurisprudencial seja no sentido de se permitir ato do assistente simples diante da inércia do assistido, deve ser saudada a redação do parágrafo único do art. 119 do Novo CPC no sentido de que, mesmo diante de omissão do assistido, o assistente será considerado seu substituto processual, de forma que poderá livremente praticar o ato processual. O ato, entretanto, poderá se tornar ineficaz se posteriormente o assistido se manifestar expressamente contra sua prática. Afinal, a subordinação do assistente à vontade do assistido continuará a ser a regra mesmo diante de ato praticado por aquele diante da omissão deste.

Por outro lado, sendo possível no acordo de procedimento previsto no art. 190 do Novo CPC a convenção sobre ônus processuais, é importante afastar a atuação do assistente diante da omissão do assistido quando ela for decorrência de tal ajustamento prévio. Dessa forma, caso as partes convencionem que não será cabível o recurso de agravo de instrumento no processo, a omissão do assistido diante de uma decisão interlocutória não decorrerá de vontade espontânea ou de desídia, mas de compromisso previamente firmado. E nesse caso o assistente não poderá ser considerado substituto legal do assistido e qualquer ato por ele

praticado será ineficaz.

Em virtude de não estar em juízo defendendo interesse próprio, é integralmente aplicável ao assistente simples o art. 122 do Novo CPC, não podendo esse assistente se opor a atos de disposição – tanto de direito material quanto de direito processual – praticados pelo assistido. Dessa forma, reconhecido juridicamente o pedido, ocorrendo a renúncia ou transação, bem como a desistência da ação, o processo será extinto, e nada poderá fazer contra isso o assistente simples, dada a natureza nitidamente acessória dessa espécie de intervenção. É indubitável, entretanto, que a prática de tais atos processuais será determinante na aplicação ou não do art. 123 do Novo CPC (imutabilidade da justiça da decisão), tema a ser abordado em momento próprio.

Havia uma interessante especialidade no tocante à atuação do assistente simples prevista pelo art. 52, parágrafo único, do CPC/1973, que previa a hipótese de revelia do assistido, e nesse caso considerava o assistente seu gestor de negócios. A doutrina era uníssona em criticar o dispositivo legal porque a qualidade processual do assistente diante da revelia do assistido não era propriamente de gestor de negócios, instituto de direito material, e com características muito distintas da atuação do assistente. Sempre se defendeu que, em vez de gestor de negócios, o assistente deveria se tornar substituto processual do assistido revel.

O parágrafo único do art. 121 do Novo CPC prestigiou a doutrina e consagrou a qualidade de substituto processual do assistente não só na hipótese de revelia do assistido, mas pontualmente diante de qualquer omissão sua. Cumpre consignar,

entretanto, que se trata de uma espécie *sui generis* de substituição processual, considerando-se que o "substituído" faz parte da relação jurídica processual, sendo somente uma parte relapsa em se defender.

Certamente causa estranheza num primeiro momento a verificação de que, para que exista a assistência litisconsorcial, seja necessário que o titular do direito não faça parte do processo que tenha como objeto justamente o seu direito. Em regra, tal situação não poderia ocorrer, mas excepcionalmente admitir-se-á que terceiro titular do direito não participe do processo em que o seu direito é discutido. Trata-se das hipóteses de legitimação extraordinária, pela qual é possível que seja parte processual um sujeito que não é titular do direito (substituição processual) ou de sujeito que é titular com outros sujeitos (cotitulares) que não precisam participar do processo para que este seja válido e eficaz[721].

Era justamente nesse sentido a novidade da previsão do parágrafo único do art. 124 do Novo CPC no projeto de lei aprovado na Câmara, ao consagrar expressamente que o colegitimado intervirá no processo na qualidade de assistente litisconsorcial. No texto final aprovado pelo Senado, essa norma foi suprimida, o que, entretanto, não deve alterar o entendimento jurisprudencial a respeito do tema.

8.2.6. OS PODERES DO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL

Já foi devidamente explorada a polêmica a respeito da real qualidade jurídica do assistente litisconsorcial, chegando-se à

conclusão que interessa a respeito de seus poderes de atuação no processo: seja ou não litisconsorte do assistido, será tratado como tal. Assim sendo, o assistente litisconsorcial atuará no processo como se fosse um litisconsorte unitário, sendo a ele aplicáveis todas as considerações já feitas no Capítulo 7, item 7.10.

Justamente em virtude de o assistente litisconsorcial ser também titular do direito que compõe o objeto do processo, os atos de disposição praticados exclusivamente pelo assistido não terão nenhum efeito, sendo necessário que ambos pratiquem tais atos, como renunciar ao direito, reconhecer juridicamente o pedido, transacionar ou desistir da ação. Significa dizer que o art. 122 do Novo CPC, que determina a natureza acessória da assistência, não será aplicado na hipótese da assistência litisconsorcial, considerada autônoma em relação à ação principal[722].

Também em virtude da especialidade da assistência formada quando o terceiro é titular da relação jurídica de direito material discutida no processo, não se aplica à assistência litisconsorcial o art. 122 do Novo CPC, que, conforme já visto, transforma o assistente em substituto processual do assistido revel. Na assistência litisconsorcial o assistente é titular do direito discutido na demanda, de forma que, caso ingresse em processo no qual o assistido é revel, não será jamais seu substituto processual, porque afinal estará em nome próprio litigando por interesse próprio.

8.2.7. IMUTABILIDADE DA JUSTIÇA DA DECISÃO

A participação do assistente no processo alheio gera um interessante efeito, previsto no art. 123 do Novo CPC, que torna

para ele imutável e indiscutível a justiça da decisão após o trânsito em julgado. Por justiça da decisão a doutrina corretamente entende os fundamentos fáticos e jurídicos que motivam a sentença. É efeito anômalo de imutabilidade e indiscutibilidade, considerando-se que o instituto típico que gera tal segurança jurídica é a coisa julgada material, que somente atinge o dispositivo da sentença, enquanto o art. 123 do Novo CPC determina que tais efeitos sejam gerados relativamente à fundamentação da decisão.

Ao não poder mais discutir a justiça da decisão, o assistente ficará impedido de voltar a suscitar as questões já enfrentadas e resolvidas no processo em que interveio em futuro processo. Promovida ação de reparação de danos por acidente automobilístico, ingressando a seguradora como assistente do réu (que poderia tê-la denunciado à lide, mas não o fez) e acolhido o pedido do autor com o fundamento que o réu deu causa ao acidente, não poderá a seguradora – assistente na primeira demanda – na futura ação regressiva a ser promovida pelo segurado – assistido na primeira demanda – alegar que não deve ressarcir porque a responsabilidade pelo acidente é de terceiros e o contrato não cobre tal circunstância.

O próprio art. 123 do Novo CPC traz duas exceções à regra prevista em seu *caput*, apontando duas circunstâncias nas quais o assistente não sofre o efeito da imutabilidade e indiscutibilidade da justiça da decisão. Trata-se da chamada *exceptio male gesti processus*, alegação de exceção de má gestão processual que afastará os efeitos do dispositivo legal ora comentado.

Sempre que se provar que, em razão do estado em que

recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença, o assistente poderá voltar a discutir os fundamentos da decisão em futuro processo (art. 123, I, do Novo CPC). Sendo possível a intervenção do assistente a qualquer momento do processo, é natural que, ingressando na relação jurídica processual em estágio adiantado do procedimento, não poderá mais produzir provas, deixando de influir de forma significativa no convencimento do juiz. Por outro lado, como o assistente – ao menos o simples – tem sua atuação subordinada à vontade do assistido, sempre que for impedido por este de produzir provas capazes de influir no convencimento do juiz, também não suportará os efeitos da eficácia da intervenção. É o caso, por exemplo, de o assistido pedir o julgamento antecipado da lide, tornando ineficaz o pedido de produção de prova feito pelo assistente.

Outro motivo para afastar a incidência da imutabilidade de indiscutibilidade da justiça da decisão é a demonstração pelo assistente de que desconhecia a existência de alegações ou de provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu (art. 123, II, do Novo CPC). Nessa hipótese busca-se evitar um prejuízo ao assistente em virtude de atuação deficitária do assistido no processo, seja de forma culposa ou dolosa. Não seria mesmo crível a geração de efeito danoso ao assistente na hipótese de desídia ou má-fé do assistido em fazer alegações ou produzir provas das quais o assistente não tinha conhecimento.

8.2.8. JUSTIÇA DA DECISÃO E COISA JULGADA

A doutrina costuma corretamente afirmar que a eficácia da intervenção prevista pelo art. 123 do Novo CPC é ao mesmo tempo mais ampla e mais restrita que a coisa julgada material. É mais ampla porque atinge a fundamentação, não sendo possível imaginar hipótese em que o assistente possa discutir o dispositivo sem a alteração da fundamentação, enquanto a coisa julgada material limita-se ao dispositivo da sentença. É mais restrita porque existem exceções à sua geração fundadas na inexistência de efetiva participação do assistente no processo, ao passo que a coisa julgada material não é excepcionada em razão da forma de atuação das partes no processo[723].

O tratamento dos fenômenos da justiça da decisão e da coisa julgada dependerá da espécie de assistência.

O assistente simples não defende interesse próprio em juízo, não sendo titular da relação jurídica de direito material discutida no processo, de forma que a coisa julgada jamais o atingirá; já que no tocante a ela, embora participe do processo, será considerado terceiro[724]. É evidente que sofrerá os efeitos reflexos dessa decisão, visto que a relação jurídica não controvertida que mantém com uma das partes será atingida pelos efeitos da decisão, mas tais efeitos, que evidentemente não se confundem com a coisa julgada, seriam gerados com ou sem a participação do assistente no processo. Sua intervenção, entretanto, gerará os efeitos previstos pelo art. 123 do Novo CPC, já enfrentado no tópico anterior.

Na hipótese de ser litisconsorcial a assistência, o terceiro que

intervém é titular da relação de direito material discutida no processo, e por tal razão sofrerá de qualquer maneira os efeitos da coisa julgada, participando ou não do processo. Essa circunstância se justifica porque a assistência litisconsorcial só existe em hipóteses de legitimação extraordinária ou de pluralidade de titulares do direito sem que todos sejam obrigados a participar do processo, situações nas quais o titular do direito não participa do processo, mas sofre os efeitos da coisa julgada. Dessa forma, é incorreto afirmar que o assistente litisconsorcial sofre os efeitos da coisa julgada porque participou do processo; na realidade, sofre tais efeitos porque é titular da relação de direito material discutida no processo, sendo inexoravelmente atingido pela coisa julgada, participe ou não do processo[725].

Existiria nesse caso algum efeito ao assistente litisconsorcial que só é gerado em virtude de sua participação no processo? A resposta dependerá da corrente adotada a respeito da qualidade jurídica desse assistente no processo:

(a) para aqueles que entendem que o assistente litisconsorcial é um litisconsorte ulterior, a ele não se aplicará o art. 123 do Novo CPC, porque nesse caso o terceiro, a partir do seu ingresso no processo, passa a ser litisconsorte, sendo que o art. 55 do CPC é de aplicação exclusiva ao assistente[726];

(b) para aqueles que sustentam que o assistente litisconsorcial é efetivamente um assistente, apesar de ser tratado como parte, sua participação no processo gera os efeitos do art. 123 do Novo CPC[727].

Para a primeira corrente, portanto, a participação ou não do assistente litisconsorcial é irrelevante no tocante à coisa julgada (será gerada com ou sem sua participação) e a justiça de decisão

(não será gerada nunca, participe ou não do processo); enquanto para a segunda, a participação ou não do assistente litisconsorcial é irrelevante no tocante à coisa julgada (será gerada com ou sem sua participação), sendo que a participação ou não do assistente litisconsorcial definirá se esse sujeito fica ou não vinculado à justiça da decisão.

8.3. DENUNCIAÇÃO DA LIDE

8.3.1. CONCEITO

A lei não prevê expressamente o conceito de denunciação da lide, dando início ao seu tratamento no art. 125 do Novo CPC, já por suas hipóteses de cabimento. Partindo dessas hipóteses de cabimento, a doutrina ficou encarregada de conceituar o instituto. Serve a denunciação da lide para que uma das partes traga ao processo um terceiro que tem responsabilidade de ressarci-la pelos eventuais danos advindos do resultado desse processo. O direito regressivo da parte contra terceiros (ou excepcionalmente contra a própria parte contrária), portanto, é o fator principal que legitima a denunciação da lide.

A denunciação da lide é uma espécie de intervenção coercitiva, estando vinculado o denunciado à demanda em razão de sua citação, pedida tempestivamente por autor ou réu. Diferente da nomeação à autoria, não existe a possibilidade de esse terceiro negar sua qualidade de parte; pode até não participar, restando omisso durante todo o trâmite procedimental, mas para todos os efeitos jurídicos será considerado vinculado à relação jurídica processual com a sua citação regular. Ainda que se aponte para a

denunciação como uma espécie de intervenção-ação, em aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, admite-se o seu pedido por meio de mero tópico da petição inicial ou contestação, dispensando-se as formalidades de uma petição inicial. A única exigência é a narração da causa de pedir, ou seja, a indicação expressa de uma das hipóteses de denunciação da lide prevista em lei[728].

Segundo autorizada doutrina, a denunciação da lide é uma demanda incidente, regressiva, eventual e antecipada:

(a) incidente porque será instaurada em processo já existente;

(b) regressiva porque fundada no direito de regresso da parte contra o terceiro;

(c) eventual porque guarda uma evidente relação de prejudicialidade com a demanda originária, considerando-se que, se o denunciante não suportar dano algum em razão de seu resultado, a denunciação da lide perderá seu objeto[729];

(d) antecipada porque no confronto entre o interesse de agir e a economia processual o legislador prestigiou a segunda; afinal, não havendo ainda nenhum dano a ser ressarcido no momento em que a denunciação da lide ocorre, em tese não há interesse de agir do denunciado em pedir o ressarcimento. Razões de economia processual, entretanto, permitem excepcionalmente uma demanda sem interesse de agir[730].

8.3.2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Conforme já afirmado, o art. 125 do Novo CPC é o dispositivo responsável pela previsão das duas hipóteses de cabimento da denunciação da lide. A denunciação da lide do possuidor direto pelo possuidor indireto, consagrada no CPC/1973, foi suprimida do novo diploma processual. Não deixará saudade porque era hipótese raramente vista na praxe forense.

8.3.2.1. Denunciação da lide pelo comprador evicto

Aduz o art. 125, I, do Novo CPC ser cabível a denunciação da lide do alienante sempre que terceiro reivindicar a coisa, possibilitando-se ao adquirente exercer o direito que da evicção resulta. Significa dizer que, demandado o adquirente de coisa, sua perda em razão de decisão judicial (evicção) lhe gerará um dano que deverá ser ressarcido pelo sujeito que alienou a coisa. Não interessam as razões da evicção, porque em qualquer uma delas – tema de direito material – o alienante tem a responsabilidade regressiva de ressarcir o adquirente pelos danos gerados pela perda da coisa.

O *caput* do art. 456 do CC previa que a denunciação podia ser feita na pessoa do alienante imediato ou em qualquer dos anteriores. Na interpretação dessa norma, formou-se doutrina majoritária no sentido de que seria permitida a chamada denunciação *per saltum*, ou seja, o denunciante poderia escolher qualquer um dos sujeitos que participou da cadeia de transmissão do bem, mesmo aqueles que não tivessem mantido qualquer relação jurídica de direito material com ele[731].

A denunciação *per saltum* se prestava a evitar fraudes comuns, verificadas quando o alienante imediato não tem nenhum patrimônio e não conseguirá responder pelos danos suportados pelo adquirente, enquanto o sujeito que alienou o bem a ele é extremamente saudável economicamente, e ficaria a salvo de responsabilização sem essa espécie diferenciada de denunciação da lide.

O art. 125, I, do Novo CPC parece ter repudiado a denunciação *per saltum* ao prever expressamente que a denunciação deve ter como denunciado o alienante imediato, tendo, portanto, incluído o termo "imediato" ao texto que substituiu o do art. 70, I, do CPC/1973. A confirmação da opção legislativa vem com o art. 1.072, II, do Novo CPC, que expressamente revoga o art. 456 do CC, de forma a não existir mais norma, nem no plano processual, nem no plano material, que permita a denunciação *per saltum*. A novidade não deve ser elogiada[732], mas sem substrato legal resta inviabilizada tal forma de denunciação da lide.

8.3.2.2. Denunciação do obrigado, por lei ou contrato, a indenizar regressivamente a parte (art. 125, II, do Novo CPC)

Trata-se da hipótese mais frequente de denunciação da lide em razão de sua evidente amplitude. Enquanto as outras duas hipóteses de cabimento exigem situações muito específicas – evicção e relação possuidor direto/possuidor indireto ou proprietário –, a melhor doutrina entende que o art. 125, II, do Novo CPC permite a denunciação da lide em qualquer hipótese de direito regressivo previsto em lei ou contrato, como ocorre relativamente ao contrato de seguro ou à previsão legal de que o empregador responde pelos atos danosos de seu empregado.

Existe um interessante debate doutrinário a respeito da real amplitude desse dispositivo legal, envolvendo a questão relativa à garantia própria (referente à transmissão de direito) e imprópria (referente à responsabilidade civil de ressarcimento de dano).

Para parcela da doutrina, não pode a denunciação da lide levar ao processo um fundamento jurídico novo, que não estivesse

presente na demanda originária, salvo a responsabilidade direta decorrente de lei ou contrato. Reconhecendo que sempre haverá uma ampliação objetiva da demanda em razão da denunciação da lide, essa parcela da doutrina entende que tal ampliação deve ser mínima, não se admitindo que se exija do juiz o enfrentamento da questão referente ao direito regressivo. Quando menciona a responsabilidade direta, quer essa doutrina dizer que o direito regressivo tem que ser natural e indiscutível diante do dano suportado pela parte denunciante, o que não exigirá do juiz o enfrentamento de novas questões relativas a esse direito, limitando-se o julgador a, uma vez condenado o denunciante, automaticamente condenar o denunciado ao ressarcimento[733].

Por outro lado, em teoria que merece ser acolhida, parcela da doutrina defende um entendimento significativamente amplo para o art. 125, II, do Novo CPC, afirmando basicamente que as diferenças entre a garantia própria e imprópria e correspondentes institutos jurídicos adequados para sua discussão em termos de direito regressivo, teoricamente existentes na Itália, não podem contaminar o desenvolvimento do tema no Brasil. Nosso direito não prevê diferença entre a garantia própria e a imprópria, de forma que não será legítimo o intérprete criar essa diferença não prevista em lei para limitar a abrangência do direito de denunciar da lide o responsável regressivo[734].

Dessa forma, ainda que a denunciação da lide leve ao processo um fundamento jurídico novo, fundado na existência ou não do direito de regresso no caso concreto, a denunciação da lide deve ser admitida. Dentro da concepção de efetividade do processo, da

celeridade processual e da harmonização dos julgados derivados da denunciação da lide não se admite que tais princípios sejam sacrificados pela interpretação restritiva dessa espécie de intervenção de terceiro, até mesmo porque tal entendimento impediria a situação mais frequente de denunciação da lide, que envolve segurado e seguradora, na qual evidentemente deverá ser enfrentado e decidido no processo não só a existência do direito de regresso alegado pelo denunciado, como também a sua extensão[735].

Questão interessante a respeito desse tema diz respeito à possibilidade de denunciação da lide do Estado ao funcionário público quando o primeiro é demandado por danos causados pelo segundo. Sendo a responsabilidade do Estado objetiva, o elemento culpa é irrelevante para fins de responsabilização, de forma que na demanda envolvendo exclusivamente a vítima do ato ilícito e o Estado, essa questão não será discutida, mesmo que o autor indevidamente alegue em sua causa de pedir a culpa do funcionário público, porque nesse caso aplica-se o brocardo *iura novit curia*, devendo o juiz afastar o elemento culpa do objeto da demanda, porque inútil a formação de seu convencimento a esse respeito. Por outro lado, a responsabilidade do funcionário público é subjetiva, só existindo se configurada a sua culpa no ato danoso, de modo que a denunciação da lide desse funcionário trará ao processo questão jurídica alheia ao objeto da demanda originária.

Não é unânime a doutrina a respeito do tema[736], e a jurisprudência parece estar se modificando, registre-se, para melhor. Após um posicionamento pela adoção da teoria restritiva[737], inclusive adotada em outras hipóteses, tal como em ação movida

por paciente contra o hospital (responsabilidade objetiva) com vedação de denunciação da lide do médico (responsabilidade subjetiva)[738], há decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça que reafirmam não ser obrigatória a denunciação da lide, permitindo ao juiz no caso concreto avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à celeridade ou à economia processuais[739].

Por outro lado, mesmo que se admita a teoria restritiva, há uma hipótese em que não haverá qualquer sentido no impedimento da denunciação da lide. Alegado pelo Estado em sua defesa, como excludente de sua responsabilidade, a culpa exclusiva da vítima, ou ainda culpa concorrente, o juiz necessariamente enfrentará a questão da culpa na demanda originária, e, nesse caso, a denunciação da lide ao funcionário público não traz nenhuma ampliação objetiva indevida[740].

Naturalmente, a questão só se coloca se a vítima do ato ilícito optar por litigar apenas contra o Estado, porque entre Estado e agente público existe uma responsabilidade solidária perante a vítima que os torna legitimados passivos. Dessa forma, o autor da ação indenizatória poderá escolher litigar contra o Estado (terá a facilidade da responsabilidade objetiva e o prejuízo das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo), contra o agente público que praticou o ato ilícito (escapa de execução por precatório e litiga contra um "igual") ou contra ambos[741].

8.3.3. FACULTATIVIDADE

No *caput* do art. 70 do CPC/1973, responsável pela previsão das hipóteses de cabimento da denunciação da lide, estava previsto

que tal espécie de intervenção de terceiro seria obrigatória, o que numa interpretação literal poderia levar o intérprete mais afoito a acreditar que, não feita a denunciação da lide, a parte perderia o seu direito de regresso, não podendo ingressar com demanda posterior à demanda originária para cobrar seus prejuízos contra o sujeito que deveria ter sido denunciado. Essa interpretação, entretanto, nunca foi a mais adequada, para não dizer incorreta.

As normas legais processuais se prestam exclusivamente a prever o procedimento, sendo encargo das normas legais materiais a criação, extinção ou modificação de direitos materiais, de forma que não se admite que um ato processual seja capaz de extinguir uma relação jurídica de direito material. Sendo omissa a parte no tocante à denunciação da lide quando cabível essa espécie de intervenção de terceiro, a única consequência será processual, qual seja a preclusão temporal a impedir que se realize a denunciação após o transcurso do prazo legal.

É prejudicial à parte que poderia denunciar porque o terceiro – que responderia por seus danos de forma regressiva – não participará do processo, não sendo, portanto, atingido pelos efeitos da coisa julgada. Além disso, a parte que poderia ter denunciado o terceiro deixará de contar com o auxílio deste na demanda originária, na qual sempre há interesse de ambos na vitória da parte denunciante. O direito material de regresso, entretanto, resta intacto, sendo legítima a propositura de demanda de seu titular contra o sujeito que poderia ter sido denunciado da lide.

Com essa visão, o art. 70, *caput*, do CPC/1973 não seria capaz, sendo uma norma de direito processual, de extinguir o direito

material de regresso em razão do não oferecimento da denunciação da lide. Ademais, como é evidente, essa obrigatoriedade nunca poderia ser exigida nos casos em que a própria lei processual não admitia a denunciação, como acontecia no procedimento sumário (exceção feita ao art. 280 do CPC/1973)[742] e ainda acontece nos Juizados Especiais.

A crítica doutrinária à obrigatoriedade da denunciação da lide era comungada pelo Superior Tribunal de Justiça[743] que afastava a obrigatoriedade, inclusive na hipótese do art. 70, I, do CPC/1973, com o fundamento de que a perda do direito material de regresso, com a impossibilidade de propositura de demanda contra o alienante evicto, geraria seu enriquecimento ilícito, o que o direito rejeita.

Afastando o manifesto equívoco do *caput* do art. 70 do CPC/1973, ao prever a obrigatoriedade da denunciação da lide, o *caput* do art. 125 do Novo CPC corretamente consagra o entendimento de que a denunciação da lide é facultativa, ou seja, se a parte deixar de denunciar à lide, o terceiro não perde seu direito material de regresso. Confirmando a facultatividade da denunciação da lide, o parágrafo único do art. 125 do Novo CPC prevê que o direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida. No mesmo sentido, o Enunciado 120 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A ausência de denunciação da lide gera apenas a preclusão do direito de a parte promovê-la, sendo possível ação autônoma de regresso”.

8.3.4. QUALIDADE PROCESSUAL DO DENUNCIADO

Pelas previsões contidas nos arts. 127 e 128, I, do Novo CPC, a denunciação da lide – realizada por autor ou réu – tornará o denunciante e o denunciado litisconsortes. A denunciação da lide, portanto, criaria um litisconsórcio:

(a) ulterior, já que formado depois da propositura da demanda;

(b) passivo ou ativo a depender de ser o denunciante autor ou réu na demanda originária;

(c) facultativo, porque a denunciação é facultativa, e o processo não será extinto sem resolução do mérito, caso a parte não realize a denunciação da lide;

(d) unitário, porque a decisão da ação principal será obrigatoriamente no mesmo sentido para denunciante e denunciado.

É natural que essa relação de litisconsórcio só pode ser considerada na demanda originária, visto que na demanda secundária formada pela denunciação da lide o denunciante é adversário do denunciado.

Apesar da expressa previsão legal, o tema está longe de pacificação. Enquanto parcela da doutrina prefere a opção legal, admitindo a formação de um litisconsórcio, ainda que com certas especialidades[744], outra parcela doutrinária desafia a expressa previsão legal ao afirmar que o denunciado será um assistente do denunciante, e não um litisconsorte[745]. Nessa visão não há como considerar o denunciado litisconsorte do denunciante porque na demanda originária não é titular do direito discutido, o que é indispensável para que alguém defenda em juízo um direito como parte na demanda (no caso, como litisconsorte da parte originária). Participará da demanda originária auxiliando o denunciante porque é interessante para o denunciado que o denunciante não suporte

nenhum dano, com o que a denunciação perde seu objeto, em típica atuação de assistente simples. Existe até mesmo doutrina intermediária, que defende a existência de uma assistência litisconsorcial, em tese que não é, entretanto, apta a afastar as críticas fundadas na ausência de titularidade de direito do denunciado quanto ao direito discutido na demanda originária[746].

Adotando-se a tese de que o denunciado é assistente do denunciante, será impossível uma condenação direta daquele na ação originária. A sentença nesse caso terá no mínimo dois capítulos:

(a) decisão do processo principal, envolvendo tão somente o denunciante e a parte contrária;

(b) decisão da denunciação da lide, envolvendo apenas o denunciante e o denunciado.

Não sendo o titular do direito discutido na demanda principal e dela funcionando como assistente simples, jamais poderá a parte contrária e vitoriosa executar diretamente o denunciado, considerando-se que não existe título executivo para tanto.

Inexiste dúvida de que o denunciado não é titular do direito discutido na ação originária, mas essa conclusão não leva inexoravelmente à conclusão de que seja um assistente simples do denunciante. Há problemas incontornáveis na adoção desse entendimento, em especial quanto à regra de que a atividade do assistente está condicionada à vontade do assistido, o que limitaria indevidamente a sua atuação na demanda originária e, em especial, a regra de que o assistente simples não pode se opor a atos dispositivos de direito praticados pelo assistido (art. 122 do Novo

CPC), o que ensejaria na denunciação da lide um largo espaço para a fraude processual.

Imagine-se que o autor e réu simulem um acidente automobilístico, sendo que o réu inquestionavelmente deva ser ressarcido de qualquer dano em razão de tal evento pela seguradora. Basta ao réu denunciar a seguradora e reconhecer juridicamente o pedido do autor, que homologado pelo juiz vinculará o denunciado, de forma a restar tão somente a discussão a respeito do direito de regresso. Nem mesmo se poderá falar que o assistente não sofre os efeitos da coisa julgada, e somente a eficácia da intervenção (art. 123 do Novo CPC), porque a sentença homologatória não tem fundamentação em questões de fato e de direito como a genuína sentença de mérito (art. 487, I, do Novo CPC). O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que acordo celebrado entre autor e réu denunciante na ação principal não vincula o denunciado[747].

Mas nada disso macula o fato de o denunciado realmente não ser titular do direito discutido na ação originária, o que, entretanto, não afasta totalmente a possibilidade de ser tratado como litisconsorte do denunciante. Sabe-se que a legitimação extraordinária permite que um sujeito em nome próprio defenda interesse de terceiro, e, embora o art. 18, *caput*, do Novo CPC exija a expressa previsão em lei, a melhor doutrina entende que tal espécie de legitimação pode decorrer logicamente do sistema, sendo excepcionalmente dispensável a expressa previsão legal. O mais adequado, portanto, à luz da previsão legal de litisconsórcio formado entre denunciante e denunciado, e da ausência de titularidade de direito deste na ação originária, é concluir pela

existência de uma legitimação extraordinária autônoma do denunciado**,** que permitirá a conclusão de que atua como litisconsorte do denunciante[748].

8.3.5. CONDENAÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DIRETAMENTE CONTRA O DENUNCIADO

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, em especial nas demandas envolvendo denunciação da lide de seguradora, na vigência do CPC/1973, vinha entendendo que, por serem denunciante e denunciado litisconsortes, a condenação da demanda originária criava uma responsabilidade solidária de ambos perante a parte contrária, admitindo-se que a execução fosse movida diretamente contra o denunciado[749]. A tese vinha, inclusive, sendo ampliada para permitir a execução direta do denunciado para qualquer hipótese de denunciação da lide[750].

Há decisões que, para manter a coerência do raciocínio, permitem o ingresso da demanda diretamente contra a seguradora, deixando-se fora dela o causador do dano[751], ou mesmo a formação de litisconsórcio passivo inicial entre eles, justamente em razão da solidariedade existente entre ambos[752]. Registre-se, entretanto, decisão recente que não admite a propositura da ação pela vítima somente contra a seguradora, argumentando que sendo necessária a discussão sobre a responsabilidade do segurado na demanda judicial, sua ausência impediria o exercício da ampla defesa pela seguradora, que sem condições de saber o que efetivamente ocorreu não teria como devidamente se defender[753].

É interessante notar que muitas dessas decisões fundamentam-

se em questões pragmáticas, na busca de uma maior efetividade do processo. Afirma-se que muitas vezes o causador do dano, condenado na demanda em que figurou como réu, não tem condições de ressarcir a vítima do ato danoso, de forma que não sofre real prejuízo econômico, o que inviabiliza a cobrança desse valor da seguradora. O processo, portanto, fica travado; a vítima tem decisão a seu favor e merece receber, bem como o causador do dano tem decisão contra a seguradora, mas por ausência de condições financeiras do causador do dano em satisfazer a vítima, o credor originário – vítima – não recebe, e com isso o devedor final – seguradora – não precisa pagar nada. Para evitar tal situação de impasse e frustração dos resultados do processo, aplica-se a literalidade dos arts. 127 e 128, I, do Novo CPC, admitindo-se o litisconsórcio entre denunciante e denunciado, o que permitirá a condenação e execução direta desse último[754].

Emblemática nesse sentido decisão da 2.ª Seção do Superior Tribunal de Justiça na qual o fundamento para justificar a condenação direta do denunciado à lide é privilegiar o propósito maior do processo, que é a pacificação social, a efetividade da tutela judicial prestada, a duração razoável do processo e a indenizabilidade plena do dano sofrido[755].

Há, entretanto, justificativas mais técnicas, ora pela aplicação dos arts. 787 e 788 do CC, ora pela aplicação do art. 436 do CC, ao interpretar o contrato de seguro como de estipulação em favor de terceiro[756]. A função social do contrato justificaria a proteção de vítima de ato ilícito praticado por um dos contratantes (segurado) que tenha suportado algum dano, ainda que não faça parte da

relação jurídica contratual.

A doutrina majoritária, entretanto, com fundamento na inexistência de relação jurídica de direito material entre a parte contrária e o denunciado defendia a impossibilidade de condenação direta do denunciado à lide, afirmando que as duas demandas existentes (autor-réu e denunciante-denunciado) são decididas de forma autônoma, em diferentes capítulos, o que inviabiliza essa condenação direta[757]. Mesmo doutrinadores que defendem a qualidade de litisconsorte do denunciado afirmavam que essa qualidade jurídica processual não seria suficiente para a condenação direta[758].

O Novo Código de Processo Civil preferiu o entendimento pragmático da jurisprudência e prevê no parágrafo único do art. 128 a possibilidade de o autor requerer o cumprimento de sentença também contra o denunciado, nos limites da condenação deste na ação regressiva. O dispositivo não chega a falar em condenação direta, até porque assim o fazendo estaria a consagrar uma condenação sem pedido, mas ao permitir a execução diretamente contra o denunciado criou situação ainda mais intrigante: a permissão de execução de um título executivo que não consagra em favor do exequente o direito exequendo. Pragmaticamente tudo resolvido, mas com severo sacrifício da melhor técnica processual.

Sobre o tema, o Enunciado 121 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “O cumprimento da sentença diretamente contra o denunciado é admissível em qualquer hipótese de denunciação da lide fundada no inciso II do art. 125”.

8.3.6. DENUNCIAÇÃO SUCESSIVA

O fenômeno da denunciação sucessiva está consagrado no art. 125, § 2º, do Novo CPC, permitindo-se ao denunciado pelo autor ou réu da demanda originária também denunciar um terceiro.

Ainda que a praxe forense tenha demonstrado sua rara ocorrência, é admissível o receio de que o fenômeno da denunciação sucessiva gere uma cadeia consideravelmente longa de denunciações da lide, o que poderia em caso extremo tornar a relação jurídica processual muito complexa, a ponto de dificultar o próprio desenvolvimento do processo, com sensível dificuldade no tramitar procedimental. Na vigência do CPC/1973, mesmo sem qualquer previsão expressa nesse sentido, a doutrina era pacífica em apontar para o poder do juiz em indeferir a denunciação, amparado nos princípios da celeridade processual e da efetividade da tutela jurisdicional.[759]

O legislador, entretanto, resolveu não correr qualquer risco, passando a prever no art. 125, § 2º, do Novo CPC que a denunciação sucessiva só será admitida uma vez, de forma que os problemas advindos de uma possível sucessão prolongada de denunciações da lide são afastados por tal previsão legal.

8.3.7. PROCEDIMENTO DA DENUNCIAÇÃO DA LIDE FEITA PELO AUTOR

É de extrema raridade a denunciação da lide pelo autor, sendo exemplo comumente lembrado pela doutrina a ação reivindicatória proposta pelo proprietário de bem que denuncia o alienante evicto para garantir o ressarcimento pelos eventuais prejuízos advindos de

sua derrota na demanda que move contra o réu[760].

Havendo denunciação da lide pelo autor, seu prazo será o da propositura da ação originária, devendo ser requerida a citação do denunciado juntamente com a do réu originário da demanda (art. 127 do Novo CPC). Pelo princípio da instrumentalidade das formas não há necessidade de interposição de duas petições iniciais, bastando que o autor elabore um tópico da petição inicial justificando a denunciação da lide (causa de pedir), além de fazer um pedido de citação do denunciado. É nesse sentido o art. 126 do Novo CPC.

Em aplicação do art. 131 do Novo CPC (aplicável à denunciação da lide nos termos do art. 126 do mesmo diploma legal), o pedido de denunciação da lide feito pelo autor suspende o andamento do processo – melhor seria dizer procedimento principal – devendo a citação do terceiro ocorrer no prazo de 30 dias quando o denunciado for domiciliado no mesmo foro em que tramita a demanda e em 2 meses quando for domiciliado em outro foro ou estiver em local incerto. É expresso o *caput* do art. 131 do Novo CPC, na previsão de que, não realizada a citação dentro desse prazo, é tornada ineficaz a denunciação, seguindo a demanda entre as partes originárias. Caso o atraso derive de circunstâncias alheias à vontade do denunciante – demora do cartório ou postura do denunciado –, a sanção prevista no artigo ora analisado não será aplicada[761].

Sendo pedida a denunciação da lide pelo autor, o denunciado à lide passa a ser seu litisconsorte diante de uma petição inicial já

apresentada. O art. 74 do CPC/1973 previa a possibilidade de o denunciado nesse caso aditar a petição inicial já apresentada, o que suscitava debate doutrinário a respeito da extensão desse aditamento, inclusive e em especial a respeito da possibilidade de modificação objetiva da demanda. O respeito ao objeto (causa de pedir e pedido) fixado pelo autor-denunciante limita a atuação do denunciado porque o art. 127 do Novo CPC não prevê mais a possibilidade de emenda da petição inicial, mas apenas a possibilidade de o denunciado acrescentar novos argumentos à petição inicial.

8.3.8. PROCEDIMENTO DA DENUNCIAÇÃO PELO RÉU

A denunciação da lide realizada pelo réu é muito mais frequente do que a realizada pelo autor, apontando o art. 126 do Novo CPC que tal espécie de intervenção será feita pelo réu na contestação. Como já afirmado, o princípio da instrumentalidade das formas dispensa a elaboração de uma petição inicial, bastando um mero tópico na contestação descrevendo a causa de pedir da denunciação da lide (tipificação no caso concreto de uma das situações previstas no art. 125 do Novo CPC) e o pedido de citação do denunciado. É nesse sentido o art. 126 do Novo CPC, ao prever que cabe ao réu denunciar à lide o terceiro, na contestação.

O art. 126 do Novo CPC, ao fazer remissão ao art. 131 do mesmo diploma legal, passa a prever um prazo de trinta dias para a citação do denunciado à lide (na hipótese de denunciado residente em outro foro ou em lugar incerto, o prazo será de dois meses), sendo a ineficácia da denunciação a consequência pelo descumprimento do prazo. A ineficácia, entretanto, depende de

atraso imputável ao autor em providenciar os elementos necessários à citação, porque sendo culpa do cartório ou mesmo do denunciado não tem qualquer sentido prejudicar o denunciante decretando sem efeito seu pedido de intervenção.

O art. 128, III, do Novo CPC descreve três condutas possíveis ao denunciado da lide quando o denunciante é o réu, sendo importante lembrar que a mera citação válida já vincula o denunciado ao processo. O dispositivo deve ser interpretado com redobrado cuidado porque aparentemente redigido sob forte influência da sistemática das intervenções de terceiro do Código de Processo Civil de 1939[762].

A primeira reação do denunciado pelo réu, prevista pelo art. 128, I, do Novo CPC, é contestar o pedido formulado pelo autor, dando a entender que nesse caso ele deixa de impugnar sua denunciação, com o que não mais se discutirá o direito regressivo que motivou sua intervenção no processo[763]. Ainda que não haja previsão expressa nesse sentido, parece ser um reconhecimento tácito do pedido regressivo do denunciante.

O dispositivo deve ser elogiado por ter excluído a “aceitação” do denunciado, prevista no art. 75, I, do CPC/1973. Não há que falar em aceitação da denunciação porque ela é coercitiva, integrando o denunciado ao processo por meio de sua citação independentemente de sua vontade. Diante de tal realidade, salutar afastar qualquer termo que possa levar à enganosa conclusão de que o denunciado pode não aceitar a sua denunciação da lide.

Ao prever a revelia do denunciado pelo réu, o art. 128, II, do

Novo CPC parece se referir às duas ações em que o denunciado figura como réu, deixando, portanto, de se defender tanto na ação secundária gerada pela denunciação da lide como na ação principal.

O legislador aparentemente trata de forma distinta a situação em que o denunciado se insurge apenas na ação principal contra o pedido do autor e quando simplesmente não reage defensivamente. Na primeira haveria uma espécie atípica de reconhecimento tácito do pedido, mas na segunda haverá tão somente revelia, inclusive, dependendo do caso concreto, com a geração de seu principal efeito, a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo réu-denunciante. A previsão de que o denunciante pode restringir sua atuação à ação regressiva corrobora o entendimento de que a pretensão regressiva ainda não está definida no caso de revelia do denunciado.

Essa possibilidade, inclusive, é a grande novidade do dispositivo, porque o inciso II do art. 75 do CPC/1973 exigia do denunciante, diante da revelia do denunciado, o exercício de defesa de seu direito até o final. Tratava-se de indevida confusão entre o sistema de chamamento à autoria do CPC/1939 e o sistema de denunciação da lide, que veio no CPC/1973 a substituir o antigo chamamento à autoria. A redação do art. 128, II, do Novo CPC, portanto, é extremamente feliz ao prever que diante da revelia do denunciado o denunciante pode abster-se de recorrer na ação principal.

Registre-se que a nova regra torna geral o que especificamente já vinha disposto no art. 456, parágrafo único, do CC, que prevê a possibilidade de o denunciante deixar de oferecer contestação ou de

usar recursos quando o denunciado não atende a denunciação da lide na hipótese de manifesta procedência da evicção[764].

No inciso III, o art. 128 do Novo CPC prevê hipótese de confissão pelo denunciado dos fatos alegados pelo autor, e, apesar de modificar parcialmente a redação do art. 75, III, do CPC/1973, não muda o conteúdo da regra. No artigo revogado, vinha previsto que o denunciante poderia prosseguir em sua defesa, o que, evidentemente, permitia também a ele que deixasse de se defender na ação principal.

Na nova redação, o denunciante poderá prosseguir em sua defesa ou aderir a tal reconhecimento, com o que a matéria fática da ação principal aparentemente estaria resolvida, restando ao juiz somente aplicar o Direito ao caso concreto. A aparência, entretanto, não é correta, porque a confissão não é prova plena, e mesmo que venha de denunciante e denunciado não obriga o juiz a dar os fatos alegados pelo autor como verdadeiros, tudo dependendo da formação de seu livre convencimento motivado. A aderência à confissão nesse caso apenas reforça a carga valorativa da prova, mas não vincula obrigatoriamente o juiz.

No tocante às possíveis reações do denunciado, o Enunciado 122 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) merece um comentário. Segundo o Enunciado, sendo “vencido o denunciante na ação principal, e não tendo havido resistência à denunciação da lide, não cabe a condenação do denunciado nas verbas de sucumbência”.

Numa ação comum, a inexistência de resistência por parte do

réu derrotado não afasta sua condenação no pagamento das verbas de sucumbência, como se nota comumente na hipótese de procedência diante de revelia. A ação secundária criada pela denunciação da lide, entretanto, tem uma singular característica que legitima o tratamento diferenciado: trata-se de ação eventual, que depende da derrota do denunciante na ação principal para que venha a ser decidida.

O art. 129 do Novo CPC melhora consideravelmente o tratamento da sentença que julga as ações principal e secundária, dada anteriormente pelo art. 76 do CPC/1973, reconhecendo de forma expressa a prejudicialidade da denunciação da lide em relação à ação principal.

Caso o denunciante seja vencido na ação principal, terá se concretizado, ao menos abstratamente, seu prejuízo em razão da ação judicial, sendo nesse caso julgada a denunciação da lide, que poderá ser acolhida ou rejeitada. Sendo o denunciante vencedor, não haverá prejuízo a ser ressarcido regressivamente, de forma que a denunciação da lide restará prejudicada e por essa razão será extinta sem que seu mérito seja decidido.

Ao prever que, sendo a denunciação da lide julgada prejudicada, caberá a condenação do denunciante ao pagamento das verbas de sucumbência em favor do denunciado, consagra-se o princípio da causalidade. Afinal, se não havia prejuízo, não existiria razão para exercer o direito regressivo por meio da denunciação da lide, tendo o denunciado injustificadamente dado causa à ação secundária extinta sem a resolução de mérito.

8.4. CHAMAMENTO AO PROCESSO

8.4.1. CONCEITO

Mais uma vez o legislador não conceitua a espécie de intervenção de terceiros que prevê, considerando-se que o primeiro artigo referente ao chamamento ao processo (art. 130 do Novo CPC) já traz as hipóteses de seu cabimento. Da leitura das três hipóteses de cabimento previstas pelo dispositivo legal conclui-se que o chamamento ao processo tem forte ligação com as situações de garantia simples, nas quais se verifique uma coobrigação gerada pela existência de mais de um responsável pelo cumprimento da obrigação perante o credor. O art. 130, I, do Novo CPC trata da relação entre devedor principal e fiador, o art. 130, II, do Novo CPC, da relação entre fiadores, e o art. 130, III, do Novo CPC, dos devedores solidários.

Trata-se de espécie coercitiva de intervenção de terceiro[765], pela qual o terceiro será integrado à relação jurídica processual em virtude de pedido do réu e independentemente da sua concordância. Como se verifica na denunciação da lide, a mera citação válida já é suficiente para o chamado ao processo ser integrado ao processo e, vinculado juridicamente a ele, para suportar não só os efeitos da sentença a ser proferida, como também a coisa julgada material. Por parte do réu, não existe dúvida de que o chamamento ao processo é facultativo, sendo plenamente admissível o ingresso posterior de ação de regresso contra aqueles sujeitos que poderiam ter sido chamados ao processo.

A questão mais relevante enfrentada pela doutrina no tocante ao chamamento ao processo diz respeito à consequência jurídica que gera na demanda originária. Enquanto parcela da doutrina afirma tratar-se de formação de litisconsórcio passivo ulterior, em peculiar hipótese de litisconsórcio facultativo formado pela vontade do réu[766], outra parcela da doutrina entende que, a exemplo da denunciação da lide, haverá uma ampliação objetiva da demanda, que passará com o chamamento ao processo a ter duas ações: a originária entre credor (autor) e o(s) devedor(es) que o autor escolheu para formar o polo passivo e a ação criada pelo chamamento ao processo entre o(s) réu(s) e o(s) chamado(s) ao processo[767].

Compreende-se a apreensão gerada pelo chamamento ao processo ao admitir a formação de litisconsórcio passivo formado por vontade do réu. Aduz o art. 275 do CC que cabe ao credor escolher dentre os devedores solidários aqueles contra quem quer litigar, direito que estaria condicionado à vontade do réu na demanda judicial em não chamar ao processo os demais devedores solidários. Nota-se, com mediana clareza, que a possibilidade de o devedor escolhido pelo credor para figurar no polo passivo chamar os demais devedores solidários não escolhidos pelo credor para também participarem do processo em litisconsórcio passivo afasta o pleno exercício do direito previsto no art. 275 do CC. Apesar desse correto raciocínio, a solução oferecida pela doutrina para a preservação do direito de escolha do credor é absolutamente inadequada.

Afirma-se que, em respeito ao art. 275 do CC, o chamamento

ao processo é uma ação incidental regressiva do réu contra os demais devedores solidários, de forma que, não sendo formado o litisconsórcio entre réu e chamado ao processo, o credor continuaria a litigar somente contra quem escolheu litigar. Essa solução, entretanto, nada resolve.

Sendo admitido o entendimento que qualifica o chamamento ao processo como uma ação regressiva do réu contra os demais devedores solidários, idêntica à denunciação da lide, os chamados ao processo naturalmente participarão da ação originária, senão como litisconsortes, como assistentes. Mas, sendo titulares do direito discutido na demanda originária, serão no mínimo assistentes litisconsorciais, de forma que serão tratados em termos procedimentais como litisconsortes unitários. Significa dizer que a solução apresentada não evita que os chamados ao processo participem da ação originária como verdadeiros litisconsortes, sendo extrema ingenuidade dizer que ainda assim o autor continuará a litigar somente contra quem escolheu. Há mais a criticar.

Admitindo-se a existência das duas ações, poderá se chegar à conclusão de que o réu será condenado perante o autor e os chamados ao processo, perante o réu, de forma que o autor só poderá executar o réu, contra quem escolheu litigar, tendo esse réu reconhecido o direito regressivo contra os chamados. Além de contrariar o texto expresso do art. 132 do Novo CPC, esse entendimento é extremamente prejudicial ao autor, que foi obrigado a suportar uma demanda judicial contra o devedor que originariamente foi demandado e contra todos os demais que foram

chamados ao processo, mas só poderá executar diretamente o réu originário. Não parece ser adequado obrigar o autor a arcar com o atraso e a complicação decorrente do chamamento ao processo e limitar a formação de título executivo a seu favor somente contra o réu originário.

Diante das colocações feitas, ainda que se admita a incongruência existente entre o art. 275 do CC e o art. 130 do Novo CPC, e sejam plenamente válidas as críticas feitas ao instituto, que contraria claramente norma de direito material[768], melhor entender que o chamamento ao processo amplia subjetivamente a demanda originária, com a criação de um litisconsórcio passivo ulterior, por vontade do réu, entre o devedor solidário originariamente demandado e os demais devedores solidários chamados ao processo[769]. Essa formação de litisconsórcio – lembre-se que os chamados ao processo são titulares do direito discutido na demanda originária – permite a conclusão pacífica de que a sentença de procedência forma título executivo contra todos os litisconsortes, sendo opção do autor quem executar[770].

Adotando o entendimento da doutrina majoritária[771] e do Superior Tribunal de Justiça[772], o art. 131, *caput*, do Novo CPC consagra expressamente o entendimento de que com o chamamento ao processo haverá a formação de um litisconsórcio passivo ulterior, ao prever a citação dos que devam figurar em litisconsórcio passivo, quando cuida da citação dos chamados ao processo.

8.4.2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

São três as hipóteses de cabimento do chamamento do

processo previstas pelo art. 130 do Novo CPC, sendo que em todas elas o denominador comum é ser o terceiro chamado ao processo tanto ou mais devedor que o réu. Até mesmo pela ausência de previsão legal em sentido contrário, é pacífico o entendimento quanto a ser voluntária essa espécie de intervenção de terceiros. Ainda que se possa vislumbrar o exercício do direito regressivo do réu perante os chamados ao processo, diferentemente do que ocorre na denunciação da lide no chamamento ao processo o terceiro é titular do direito material discutido na demanda instaurada entre autor e o devedor que ele escolheu contra quem litigar, sendo o réu e o chamado ao processo obrigados solidários perante o credor que move a demanda[773].

Diz o art. 130, I, do Novo CPC que, demandado o fiador, que apesar de não ser devedor, responde solidariamente com o devedor perante o credor pelo cumprimento da obrigação, é permitida a chamada ao processo do devedor principal. Interessante nesse tocante que, pretendendo o fiador se valer do benefício de ordem na fase executiva, necessariamente deverá realizar o chamamento ao processo previsto nesse dispositivo legal, porque esse benefício do fiador de nomear à penhora bens livres e desembaraçados do devedor só é permitido se o devedor fizer parte do título executivo que fundamenta a execução[774].

Registre-se que o Novo CPC preferiu se valer do termo “afiançado” ao invés de “devedor”, em modificação sem grande repercussão prática, que apenas considera a possibilidade de o afiançado poder não ser o devedor, mas ter responsabilidade secundária.

Registre-se que o contrário não é admitido, ou seja, sendo demandado o devedor principal, não será permitido a ele chamar ao processo o fiador ou os fiadores. Sendo satisfeito o direito pelo devedor principal, a garantia prestada pelo fiador desaparece em decorrência da sua natureza acessória, não se justificando o chamamento ao processo nesse caso[775]. Caso o autor não tenha o seu direito satisfeito na demanda movida contra o devedor principal, deverá mover nova demanda contra o fiador ou os fiadores, já que contra eles não terá título executivo judicial.

Segundo o art. 130, II, do Novo CPC, demandado um ou alguns fiadores, é permitido o chamamento ao processo dos demais, que respondem com ele (s) solidariamente perante o credor que ingressou com a demanda judicial. A previsão de chamamento ao processo de fiadores não demandados se coaduna com o chamamento ao processo do devedor principal, de maneira que os dois primeiros incisos do art. 130 do Novo CPC podem ser cumulados no caso concreto[776].

Sendo demandado apenas um ou alguns dos devedores solidários, admite-se o chamamento ao processo dos demais devedores solidários não escolhidos originariamente pelo credor que moveu a demanda judicial. O art. 130, III, do Novo CPC, portanto, prevê a hipótese típica de dívida solidária entre os devedores principais quando nem todos são escolhidos pelo credor para figurar no polo passivo da demanda judicial.

No tocante a essa última hipótese de cabimento prevista pelo art. 130 do Novo CPC, entendimento consagrado nos tribunais

superiores pela impossibilidade de chamamento ao processo da União em ação na qual se pede a condenação de Estado-membro a entrega de medicamentos. Além de se entender que a medida é meramente protelatória, sem qualquer efeito prático para o processo[777], também é limitado o chamamento ao processo de devedores solidários à obrigação de pagar quantia certa[778].

Em qualquer das hipóteses de cabimento do chamamento ao processo o juiz deve atentar para a quantidade de chamados, não se admitindo que essa forma de intervenção de terceiro dificulte em demasia o andamento regular do processo ou crie uma dificuldade excepcional ao exercício da ampla defesa por parte do autor. Considerando-se que o réu e os chamados ao processo formam um litisconsórcio passivo ulterior, aplica-se ao caso o art. 113, § 1º do Novo CPC, permitindo-se ao juiz o indeferimento parcial ou total do chamamento ao processo na hipótese de litisconsórcio multitudinário[779].

8.4.3. PROCEDIMENTO

O chamamento ao processo deve ser realizado dentro do prazo legal sob pena de preclusão temporal. A comparação entre o art. 131, *caput*, do Novo CPC e o art. 78 do CPC/1973 mostra uma pequena, mas significativa modificação. O artigo revogado previa que o chamamento ao processo deveria ser feito no prazo para contestar, enquanto o novo dispositivo prevê que o chamamento será requerido pelo réu na contestação. Não existe dúvida de que contestar e chamar ao processo são espécies diferentes de resposta do réu diante de sua citação, mas, pretendendo o réu se valer de ambas, deverá fazê-lo num mesmo momento procedimental,

incluindo o chamamento ao processo como tópico da contestação.

A novidade, entretanto, gera um questionamento: o réu que pretender chamar ao processo terceiros coobrigados tem necessariamente que contestar o pedido do autor? Apesar de a literalidade do *caput* do art. 131 do Novo CPC indicar conclusão nesse sentido, não parece que a questão deva ser respondida afirmativamente. Contestação e chamamento ao processo são duas espécies diferentes e autônomas de reação do réu diante de sua citação, de forma que, se o réu pretender se limitar a chamar ao processo sem contestar o pedido do autor, por mais exótica que seja tal opção, terá o prazo de resposta para tanto.

Sem correspondência no CPC/1973, passa a haver um prazo para a citação dos chamados ao processo, sob pena de o chamamento se tornar sem efeito. O prazo é de 30 dias, salvo se o chamado tiver que ser citado em outro foro ou estiver em lugar incerto, quando o prazo passa a ser de 2 meses. A ineficácia prevista no art. 131 do Novo CPC, entretanto, depende de atraso imputável ao réu em providenciar os elementos necessários à citação, porque, sendo culpa do cartório ou mesmo do chamado, não tem qualquer sentido prejudicar o autor do pedido de chamamento, decretando sem efeito seu pedido de intervenção.

Nos termos do art. 132 do Novo CPC, a sentença de procedência valerá como título executivo em favor do réu que satisfizer a dívida, a fim de que possa exigi-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos codevedores a sua quota, na proporção que lhes tocar.

> Aline demanda Carlos, fiador num contrato de empréstimo, que chama ao processo Eliane, devedora principal. Sendo realizado o pagamento à Aline por Carlos, a sentença proferida em favor de Aline servirá a Carlos como título executivo judicial para cobrar todo esse valor de Eliane. Em outra demanda, Aline demanda Felipe, devedor principal, que chama ao processo Fernanda, devedora principal solidária. Sendo realizado o pagamento integral por Felipe ou por Fernanda, caberá ao devedor solidário que pagou executar a sentença contra o outro devedor, cobrando-lhe 50% do valor total da dívida.

8.4.4. CHAMAMENTO AO PROCESSO NO DIREITO DO CONSUMIDOR

A denunciação da lide nas demandas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor é vedada por expressa previsão do seu art. 88, que, apesar de fazer referência expressa somente às hipóteses previstas no art. 13, parágrafo único, do mesmo diploma legal, é interpretado de maneira extensiva pela melhor doutrina para toda e qualquer situação. A justificativa é proteger o consumidor que promove demanda contra determinado réu e não pretende que a relação jurídica torne-se complexa com a intervenção de um terceiro. É indiscutível que a denunciação da lide torna a relação jurídica mais complexa e o objeto do processo mais amplo, o que em regra gera uma maior morosidade no andamento procedimental. Mas nem sempre isso representa ao consumidor um prejuízo, bastando para tanto imaginar a hipótese na qual o denunciado tem situação patrimonial muito melhor do que a do réu, quando será interessante ao consumidor atrasar a entrega da prestação jurisdicional para aumentar as chances de satisfação do seu direito. Por essa razão, sempre entendi que nesse caso particular a denunciação da lide deveria ser aceita, desde que com a anuência

expressa do autor-consumidor, que teria condições de verificar no caso concreto os prejuízos e benefícios da intervenção de um terceiro que figuraria como litisconsorte do réu.

Apesar da vedação expressa à denunciação da lide, o art. 101, II, do CDC permite o chamamento ao processo da seguradora quando o réu tiver com esse terceiro um contrato de seguro de responsabilidade. Nota-se que a intervenção coativa da seguradora não se dá tecnicamente por meio do chamamento ao processo, até porque a seguradora não é titular do direito discutido na demanda originária, tampouco obrigada solidária perante o consumidor-autor. Entende-se na doutrina que o legislador propositalmente chama essa intervenção de terceiros de chamamento ao processo para criar no caso concreto uma responsabilidade solidária entre o réu e a seguradora, o que naturalmente beneficia o consumidor-autor em termos de satisfação do seu direito de crédito a ser reconhecido pela sentença[780]. Registre-se que no mesmo dispositivo legal está previsto que, havendo o réu declarado a falência, o consumidor-autor poderá demandar diretamente contra a seguradora. Como já apontado anteriormente, encontram-se no Superior Tribunal de Justiça decisões que já permitem essa demanda direta contra a seguradora, mesmo no caso de o réu não estar falido.

8.5. *AMICUS CURIAE*

8.5.1. INTRODUÇÃO

Mesmo que o Novo Código de Processo Civil tenha passado a prever expressamente o *amicus curiae* entre os terceiros intervenientes típicos, com o que concordo plenamente, não

acredito em mudança do Supremo Tribunal Federal a respeito da qualidade processual que adquire ao ingressar no processo[781], de forma que continuarei a tratá-lo como terceiro interveniente atípico.

O tema é tratado pelo art. 138 do Novo CPC, sendo interessante a inovação do dispositivo legal ao cuidar da intervenção do *amicus curiae* de forma geral, considerando-se que atualmente há apenas menções pontuais a respeito de sua participação e que o Superior Tribunal de Justiça limita a intervenção do *amicus curiae* às hipóteses expressamente consagradas em lei[782], restringindo sua atuação ao processo objetivo, à análise da repercussão geral no recurso, ao julgamento por amostragem dos recursos excepcionais e ao incidente de inconstitucionalidade.

8.5.2. INTERESSE INSTITUCIONAL

A origem da figura do *amicus curiae* vem do direito romano, sendo que no direito norte-americano deu-se o seu maior desenvolvimento, com fundamento na intervenção de um terceiro desinteressado em processo em trâmite com o objetivo de contribuir com o juízo na formação de seu convencimento. Em tese seus conhecimentos a respeito da matéria tratada na ação justificam a intervenção, sempre com o propósito de melhorar a qualidade da prestação da tutela jurisdicional.

Apesar de a origem do instituto estar atrelada à ideia de "amigo da corte" (*friend of court* ou *freund des gerichts*), é preciso reconhecer que demandar um total desinteresse do *amicus curiae* seria o suficiente para aniquilar completamente essa forma de

participação na ação direta de inconstitucionalidade. É preciso reconhecer que o *amicus curiae* contribui com a qualidade da decisão dando sua versão a respeito da matéria discutida, de forma que ao menos o interesse para a solução da demanda no sentido de sua manifestação sempre existirá. Ainda que tenha muito a contribuir em razão de seu notório conhecimento a respeito da matéria, não é comum que as manifestações do *amicus curiae* sejam absolutamente neutras.

Por outro lado, demonstra-se a existência de um interesse institucional por parte do *amicus curiae*, que, apesar da proximidade com o interesse público, com este não se confunde. O interesse institucional é voltado à melhor solução possível do processo por meio do maior conhecimento da matéria e dos reflexos no plano prático da decisão[783]. Esse verdadeiro interesse jurídico, diferente do interesse jurídico do assistente, porque não diz respeito a qualquer interesse subjetivo, é justamente o que legitima a participação do *amicus curiae* no processo.

Essa constatação, entretanto, não é o suficiente para entender a intervenção do *amicus curiae* como hipótese de assistência, porque não há interesse jurídico por parte deste na solução da demanda; tampouco equipará-lo com a atípica intervenção prevista pelo art. 5.º da Lei 9.469/1997, fundada em mero interesse econômico. O interesse institucional que motiva a intervenção do *amicus curiae* não se confunde com interesse próprio, de natureza jurídica ou econômica, daí serem inconfundíveis as diferentes formas de intervenções ora analisadas.

No tratamento específico do terceiro ora tratado, existe corrente doutrinária que entende serem inconfundíveis a figura do *amicus curiae* e as hipóteses de intervenções de terceiro, devendo ser o primeiro considerado um mero auxiliar do juízo, em figura muito mais próxima do perito do que de um terceiro interveniente[784]. Para outros, apesar das especificidades, trata-se de um terceiro interveniente atípico, admitido no processo como parte não para defender interesse próprio ou alheio, mas para contribuir com a qualidade da prestação jurisdicional[785].

Conforme já afirmado, tudo dependerá da elasticidade que se pretenda atribuir ao termo "atípico", mas em meu entendimento a existência do interesse institucional que justifica a participação do *amicus curiae* o diferencia de forma substancial do mero auxiliar do juiz, tal qual o perito, o intérprete ou o tradutor. Ainda que substancialmente diferente dos terceiros intervenientes tradicionais, prefiro o entendimento de que a intervenção ora analisada é uma espécie diferenciada de intervenção de terceiro, tendo como principal consequência a atribuição da natureza jurídica de parte após sua admissão no processo.

8.5.3. REQUISITOS

São três condições alternativas para justificar o ingresso de terceiro como *amicus curiae* no processo: a relevância da matéria, as especificidades do tema objeto da demanda e a repercussão social da controvérsia.

Existe entendimento doutrinário que afirma que todas as matérias versadas em sede de ações de controle concentrado de

inconstitucionalidade são relevantes, de forma que com a mera existência da demanda judicial a matéria nela veiculada *ipso facto* passa a ser relevante também[786]. O entendimento, apesar de interessante, tornaria letra morta o dispositivo constitucional, afastando o preenchimento casuístico desse requisito no caso concreto.

Apesar de reconhecer a relevância das matérias tratadas pelas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a fim de atribuir alguma função ao requisito legal, é preferível o entendimento de que a relevância da matéria prevista pelo dispositivo legal significa complexidade fática/jurídica que legitime a atuação do *amicus curiae*. Nos casos em que o relator entender que as meras alegações do autor e dos demais sujeitos processuais já são suficientes ao necessário esclarecimento das questões para um julgamento de qualidade, deverá indeferir a intervenção do *amicus curiae*.

Para parcela da doutrina, os colegitimados serão sempre admitidos como *amicus curiae*, com o que não concordo porque em meu entendimento esses sujeitos são litisconsortes ulteriores, o que parece ter sido confirmado pelo art. 12-E, § 1.º, da Lei 9.868/1999. De qualquer forma, é interessante a utilização dos critérios exigidos pelo Supremo Tribunal Federal para legitimar os sujeitos previstos pelo art. 103 da CF à propositura da ação para definir-se a representatividade dos terceiros que postulam o ingresso no processo como *amicus curiae* em referidas ações.

O *caput* do art. 138 do Novo CPC, ao prever a possibilidade de

intervenção como *amicus curiae* de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, atende a melhor doutrina, que aponta como potenciais *amicus curiae* tanto uma pessoa jurídica, tal como uma associação civil, um instituto, um órgão etc., como natural, tal como um professor de direito, cientista, médico etc.

Exige-se nesse caso a existência de representatividade adequada, ou seja, que o terceiro demonstre ter um interesse institucional na causa, não sendo suficientes interesses meramente corporativos, que digam respeito somente ao terceiro que pretende ingressar na ação. Por interesse institucional compreende-se a possibilidade concreta do terceiro em contribuir com a qualidade da decisão a ser proferida, considerando-se que o terceiro tem grande experiência na área à qual a matéria discutida pertence.

A pessoa jurídica deve ter credibilidade e tradição de atuação concernentes à matéria que se discute, enquanto da pessoa natural se espera conhecimento técnico sobre a matéria. Ainda que sejam conceitos indeterminados, dependentes de grande dose de subjetivismo, são requisitos que se mostram importantes para evitar a admissão de terceiros sem efetivas condições de contribuir com a qualidade da prestação jurisdicional.

Tratando-se o *amicus curiae* de pessoa jurídica, merece destaque o Enunciado 127 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa”.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de

decidir que a mera presença do sujeito em muitas ações em que se discuta o mesmo tema versado no recurso representativo não é o suficiente para justificar a intervenção da parte como *amicus curiae*.[787]

8.5.4. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Nos termos do § 1.º do art. 138 do Novo CPC, a intervenção do *amicus curiae* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3.º. Como sabido, a competência em razão da pessoa é absoluta, e a intervenção de terceiro pode passar a exigir aplicação de regra de competência que até então era inaplicável ao caso concreto. Segundo a regra elogiada, a intervenção do *amicus curiae* não modifica a competência, de forma que, por exemplo, ingressando no processo em trâmite perante a Justiça Estadual uma fundação federal como *amicus curiae*, o processo não será remetido à Justiça Federal.

Não concordo com a exclusão do *amicus curiae* do rol de legitimados recursais, porque, sendo terceiro interveniente atípico, ao ingressar no processo participa como parte, e como tal tem legitimidade para recorrer. O § 1.º do art. 138 do Novo CPC, entretanto, consagra o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o *amicus curiae* não tem legitimidade recursal, mas há duas exceções consagradas em lei: (a) cabimento de embargos de declaração, previsto no próprio § 1.º, e cabimento de recurso contra a decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no § 3.º.

Os poderes do *amicus curiae* ainda geram muita polêmica, em especial quanto à sustentação oral, já que a questão da legitimidade recursal está resolvida por imposição legal. As polêmicas não foram enfrentadas diretamente pelo Novo Código de Processo Civil, que se limitou a prever no art. 138, § 2.º, que caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. Significa que compete ao juiz ou relator que deferir o pedido indicar desde já os poderes do *amicus curiae*, de forma a evitar discussões posteriores no processo. E essa decisão, que pode tolher significativamente tais poderes, será definitiva. O *amicus curiae* dela não pode recorrer por vedação legal expressa, e as partes, embora tenham legitimidade para tanto, não terão interesse recursal.

Tradicionalmente, admitem-se a manifestação escrita e a sustentação oral pelo *amicus curiae*.

Ainda que a redação do art. 138, *caput*, do Novo CPC seja mais completa e de melhor qualidade que a redação do art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/1999, aparentemente herdou alguns vícios, como prever a irrecorribilidade da *decisão* (melhor do que a indevida expressão *despacho*) que admitir o *amicus curiae* e da que determinar de ofício sua integração ao processo.

E a decisão que indeferir o pedido de ingresso, será recorrível? Na vigência do CPC/1973, o Supremo Tribunal Federal vinha respondendo afirmativamente a essa pergunta, admitindo a interposição de agravo regimental contra decisão do relator de inadmissão de terceiro como *amicus curiae*[788].

Acredito que a vedação do art. 138, caput, do Novo CPC excepciona parcialmente o amplo cabimento do agravo interno contra decisão monocrática previsto no art. 1.021, *caput*, do Novo CPC. Dessa forma, da decisão do relator que admitir ou convocar de ofício terceiro para participar do processo como *amicus curiae* não caberá agravo interno. Sendo a decisão de indeferimento do pedido de intervenção, não resta dúvida a respeito da aplicabilidade do art. 1.021 do Novo CPC.

Sendo a questão do ingresso do *amicus curiae* resolvida no primeiro grau de jurisdição, a decisão que deferir pedido de ingresso e que determiná-lo de ofício é irrecorrível, nos termos do art. 138, *caput*, do Novo CPC. Já a decisão que indefere o pedido parece ser recorrível por agravo de instrumento, já que no art. 1.015, IX, do Novo CPC há expressa previsão de recorribilidade por meio de agravo de instrumento da decisão que versa sobre a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiro. Ainda que contrariando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que entende ser o *amicus curiae* um mero colaborador eventual do juízo, essa forma de intervenção está prevista no capítulo das intervenções de terceiro e será possível uma interpretação de aplicação do inciso IX do art. 1.015 do Novo CPC à decisão que indefere o pedido de intervenção do *amicus curiae****789***.

Pessoalmente, duvido que tal interpretação vingue porque, se o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que o *amicus curiae* não é um terceiro interveniente, dificilmente será aceita a aplicação do art. 1.015, IX, do Novo CPC à hipótese ora analisada. Afinal, a natureza jurídica do fenômeno processual deve

prevalecer ao caráter topológico de sua previsão legal.

E minha falta de esperança nos leva a uma situação dramática. Sendo a decisão recorrível, mas não sendo cabível o agravo de instrumento, deverá ser impugnada em apelação ou contrarrazões de apelação, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC. Mas nesse caso fica claro que o meio recursal é ineficaz para reverter a sucumbência do terceiro, porque de pouco adiantará ser admitido como *amicus curiae* somente no julgamento da apelação. Será caso, portanto, de mandado de segurança contra ato judicial.

8.6. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

8.6.1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil prevê um incidente processual para a desconsideração da personalidade jurídica, finalmente regulamentando seu procedimento. Tendo seus requisitos previstos em diversas normas legais (art. 50, CC; art. 28, CDC; art. 2º, § 2º, da CLT, art. 135 do CTN, art. 4º da Lei 9.605/98; art. 18, § 3º, da Lei 9.847/99; art. 34 da Lei 12.529/2011, arts. 117, 158. 245 e 246 da Lei 6.404/76), faltava uma previsão processual a respeito do fenômeno jurídico, devendo ser saudada tal iniciativa.

Segundo o art. 1.062 do Novo CPC, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.

Nos termos do art. 795, § 4.º, do Novo CPC, para a

desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto no Código. A norma torna o incidente obrigatório, em especial na aplicação de suas regras procedimentais, mas o art. 134, § 2.º, do Novo CPC consagra hipótese de dispensa do incidente.

A criação legal de um incidente processual afasta dúvida doutrinária a respeito da forma processual adequada à desconsideração da personalidade jurídica e à sua natureza: trata-se de um incidente processual e não de ação autônoma[790].

A desconsideração tem natureza constitutiva, considerando-se que por meio dela tem-se a criação de uma nova situação jurídica. Sempre houve intenso debate doutrinário a respeito da possibilidade da criação de uma nova situação jurídica de forma incidental no processo/fase de execução, ou se caberia ao interessado a propositura de uma ação incidental com esse propósito.

Havia corrente doutrinária que defendia – e mesmo com o texto legal pode continuar a defender[791], mas apenas num plano acadêmico – a existência de um processo de conhecimento com os pretensos responsáveis patrimoniais secundários compondo o polo passivo para se discutir os requisitos indispensáveis à desconsideração da personalidade jurídica[792].

Por outro lado, havia doutrina que afirmava que, estando presentes os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica, e conseguindo o credor prová-los de forma incidental, seria desnecessário o processo autônomo, sendo esse entendimento

prestigiado pelo Superior Tribunal de Justiça[793].

É compreensível que o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça esteja fundado nos princípios da celeridade e da economia processual, até porque exigir um processo de conhecimento para se chegar à desconsideração da personalidade jurídica atrasaria de forma significativa a satisfação do direito, além de ser claramente um caminho mais complexo que um mero incidente processual na própria execução ou falência. E tais motivos certamente influenciaram o legislador a consagrar a natureza de incidente processual ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

Reconhecendo que o incidente criado se limita a tratar do procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica, o § 1.º do art. 133 do Novo CPC prevê que a desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos estabelecidos em lei. A opção do legislador deve ser saudada porque os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica são tema de direito material e dessa forma não devem ser tratados pelo Código de Processo Civil.

Na desconsideração da personalidade jurídica clássica, expressamente prevista pelos arts. 50 do CC e 28 do CDC, a sociedade empresarial figura como devedora e os sócios como responsáveis patrimoniais secundários, ou seja, mesmo não sendo devedores, responderão com o seu patrimônio pela satisfação da dívida.

A jurisprudência, entretanto, valendo-se da *ratio* das normas

legais referidas, as vem interpretando de forma extensiva e criando novas modalidades de desconsideração de personalidade jurídica, não previstas expressamente em lei. Há a desconsideração da personalidade jurídica entre empresas do mesmo grupo econômico[794], bem como a desconsideração da personalidade jurídica inversa[795].

Na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica inversa, o sócio figura como devedor e a sociedade empresarial como responsável patrimonial secundária, quando se constata que o sócio transferiu seu patrimônio pessoal para a sociedade empresarial com o objetivo de frustrar a satisfação dos direitos de seus credores. O § 2.º do art. 133 do Novo CPC não consagra legislativamente essa espécie atípica de desconsideração, limitando-se a prever que o incidente criado também a ela será aplicado.

8.6.2. MOMENTO

Na doutrina muito se discutiu a respeito do momento adequado para a desconsideração da personalidade jurídica. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a desconsideração pode ocorrer em qualquer fase do processo, não havendo que falar em decadência de um direito potestativo[796]. A dúvida é resolvida pelo art. 134, *caput*, do Novo CPC, ao prever que o incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Ao admitir expressamente a desconsideração da personalidade jurídica na execução – processo e cumprimento de sentença – o

legislador deixa clara a viabilidade de se incluir no polo passivo e responsabilizar patrimonialmente os sócios mesmo que esses não façam parte do título executivo exequendo.

8.6.3. PROCEDIMENTO

O art. 133, *caput*, do Novo CPC prevê expressamente que a desconsideração da personalidade jurídica depende de pedido da parte ou do Ministério Público, com o que afasta a possibilidade de o juiz instaurar o incidente ora analisado de oficio[797]. Já era nesse sentido a previsão do art. 50 do CC. A legitimidade do Ministério Público, apesar de o artigo ora mencionado sugerir ser ampla, deve ser limitada à hipótese em que participa do processo como autor, não havendo sentido em se admitir tal pedido quando funciona no processo como fiscal da ordem jurídica[798].

Como toda petição postulatória, a petição que veicula o pedido para a instauração do incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica deve conter *fundamentação* (pressupostos legais para a desconsideração) e *pedido* (desconsideração e penhora sobre o bem dos sócios). Nesse sentido deve-se compreender o § 4.º do art. 134 do Novo CPC, que não foi feliz em prever que no requerimento cabe à parte demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais para a desconsideração, o que pode passar a equivocada impressão de que o requerente terá que apresentar prova pré-constituída e liminarmente demonstrar o cabimento da desconsideração.

Na realidade, o requerente não deve demonstrar, mas apenas alegar o preenchimento dos requisitos legais para a

desconsideração, tendo o direito a produção de prova para convencer o juízo de sua alegação, inclusive conforme expressamente previsto nos arts. 135 e 136 do Novo CPC, ao preverem expressamente a possibilidade de instrução probatória no incidente ora analisado.

Apesar da previsão do art. 795, § 4.º, do Novo CPC, a criação de um incidente processual não será sempre necessária, pois, nos termos do art. 134, § 2.º, do Novo CPC, a instauração do incidente será dispensada se o pedido de desconsideração da personalidade jurídica for requerido na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. Nesse caso, o Enunciado 248 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) indica que "incumbe ao sócio ou à pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconsideração, mas também os demais pontos da causa".

A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas (art. 134, § 1.º, do Novo CPC), não suspendendo o processo, salvo na hipótese de o pedido ser formulado na petição inicial (art. 134, § 3.º, do Novo CPC). Trata-se de suspensão imprópria, já que o processo deve ser suspenso apenas naquilo que dependa da solução da controvérsia criada com a instauração do incidente[799].

Há controvérsia doutrinária a respeito do momento em que ocorre a instauração do incidente ora analisado: para parcela da doutrina o mero pedido da parte já é o suficiente[800], enquanto para outra somente quando o juízo admite o pedido, considerando

preenchidos os requisitos exigidos pela lei, estará instaurado o incidente[801]. Em termos de segurança jurídica, em especial para fins de configuração de fraude à execução, é mais adequado entender-se que o mero pedido da parte já seja o suficiente para a instauração do incidente, até mesmo porque, infelizmente, a decisão judicial pode demorar a ser proferida, o que deixará tempo para manobras fraudulentas do sujeito que poderá ser atingido pela desconsideração.

Ainda que não haja a instauração do incidente processual, as regras procedimentais previstas nos dispositivos ora analisados serão aplicáveis, no que couber, à desconsideração da personalidade jurídica, e nunca será exigido um processo autônomo para tal finalidade.

Ao prever que, instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou a pessoa jurídica será citada para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias, o art. 135 do Novo CPC consagrou a exigência do contraditório tradicional para a desconsideração da personalidade jurídica, exigindo a intimação e a oportunidade de manifestação dos sócios e da sociedade antes de ser proferida a decisão. Atendeu, assim, parcela da doutrina que, mesmo sem previsão expressa, já se posicionava nesse sentido[802].

O tema não era tranquilo no Superior Tribunal de Justiça, havendo decisões decretando a nulidade de decisões de desconsideração da personalidade jurídica proferidas sem a observação do contraditório tradicional[803], enquanto outras

admitiam o contraditório diferido[804].

É preciso registrar que a previsão legal que exige o contraditório tradicional não afasta peremptoriamente o contraditório diferido na desconsideração da personalidade jurídica, apenas tornando-o excepcional. Dessa forma, sendo preenchidos os requisitos típicos da tutela de urgência e do pedido de antecipação dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, entendo admissível a prolação de decisão antes da intimação dos sócios e da sociedade[805]. Nesse sentido, inclusive, mencionando o poder geral de cautela do juiz, existe decisão do Superior Tribunal de Justiça[806].

Ao prever a citação do sócio ou da sociedade, o art. 135 do Novo CPC parece distinguir a desconsideração tradicional da desconsideração inversa. Significa que o demandado no processo em que se instaura o incidente processual não será intimado a se manifestar, sendo tal direito franqueado apenas aos terceiros que poderão passar a ser responsáveis patrimoniais com a concessão do pedido. A utilização da conjunção “ou”, e não “e”, e a necessidade de “citação” corroboram a conclusão.

Considero, entretanto, que o legislador não foi bem ao excluir o demandado do contraditório, porque este também tem legitimidade e interesse no pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Na desconsideração clássica, o Superior Tribunal de Justiça entende que a pessoa jurídica tem legitimidade para impugnar decisão interlocutória que desconsidera sua personalidade com o intuito de defender a sua regular administração e autonomia[807].

Sendo necessária a produção da prova, que poderá ser requerida por qualquer das partes envolvidas no incidente processual, todos os meios de prova em Direito serão admitidos em respeito ao princípio do contraditório. E apenas após a produção da prova o juiz decidirá o incidente por meio de decisão interlocutória, confirmando-se mais uma vez a opção do legislador pela adoção do contraditório tradicional para a desconsideração da personalidade jurídica.

8.6.4. FORMA DE DEFESA DO SÓCIO (OU DA SOCIEDADE NA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA)

O Novo Código de Processo Civil perdeu uma excelente oportunidade de colocar fim à polêmica a respeito da forma processual de defesa dos sócios na execução após a desconsideração da personalidade jurídica.

O sócio (ou a sociedade na desconsideração inversa) passa, a partir da desconsideração da personalidade jurídica, a ser responsável patrimonial secundário pela dívida da sociedade empresarial. Será o sócio legitimado a formar um litisconsórcio passivo ulterior, transformando-se em executado junto à sociedade empresarial, ou continuará como um terceiro no processo? A resposta a esse questionamento é resultante da definição da qualidade processual do responsável patrimonial secundário.

O responsável patrimonial secundário, com hipóteses previstas pelo art. 592 do CPC/1973 e art. 790 do Novo CPC, mesmo não sendo devedor, responde com seus bens pela satisfação da obrigação em juízo. É preciso atentar que, no tocante a algumas hipóteses de responsabilidade secundária, a questão da legitimidade passiva era totalmente superada pelo art. 568 do CPC/1973, e continua a ser pelo art. 779 do Novo CPC. A questão, entretanto, remanesce relativamente aos demais responsáveis secundários, em especial àquele indicado pelo art. 790, II, do Novo CPC.

Parte da doutrina entendia que não se devia considerar o responsável patrimonial como parte na demanda executiva, ainda que sejam os seus bens que respondam pela satisfação da obrigação,

em interpretação que limita a legitimação passiva da execução aos sujeitos previstos no art. 568 do CPC/1973. Por esse entendimento, não se devem confundir a *legitimidade passiva* e a *responsabilidade secundária*, uma vez que o sujeito passivo é o executado, enquanto o responsável não é executado, tão somente ficando seus bens sujeitos à execução[808]. O entendimento deve ser mantido com o Novo CPC, pois a legitimidade passiva na execução continua a ser expressamente prevista, agora pelo art. 779.

Para outra corrente doutrinária, o legislador indevidamente separou o tema da legitimidade passiva da responsabilidade patrimonial, não se podendo admitir que o sujeito que potencialmente perderá seu bem em virtude da expropriação judicial não seja considerado parte na demanda executiva[809].

Sendo o sujeito responsável por dívida que não é sua – responsabilidade patrimonial secundária –, é natural que seja considerado parte na demanda executiva, visto que será o maior interessado em apresentar defesa para evitar a expropriação de seu bem. O devedor, que também deverá estar na demanda como litisconsorte passivo, poderá não ter tanto interesse assim na apresentação da defesa, imaginando que, em razão da propriedade do bem penhorado, naquele momento o maior prejudicado será o responsável secundário, e não ele. Trata-se de *legitimação extraordinária*, porque o responsável secundário estará em juízo em nome próprio e na defesa de interesse de outrem, o devedor.

Para os responsáveis patrimoniais que não têm sua legitimidade passiva expressamente prevista em lei, como no caso

dos sócios diante da desconsideração da personalidade jurídica, a *legitimação extraordinária* apresenta uma particularidade interessante, considerando-se que para esses sujeitos ela só surgirá no caso concreto quando ocorrer a efetiva constrição judicial do bem do responsável secundário. Não teria qualquer sentido a citação de todos os sócios da pessoa jurídica, se na execução não houver qualquer tipo de constrição judicial, desejada pelo exequente ou efetivamente ocorrida, de bens desses sócios. Há, portanto, uma condição para que a legitimidade extraordinária nesse caso exista: que o patrimônio do responsável secundário efetivamente responda no caso concreto pela execução, o que passa a ocorrer com a penhora de seus bens em consequência da desconsideração da personalidade jurídica.

A importância prática de definir a qualidade processual do sócio após a desconsideração da personalidade jurídica é a defesa adequada a apresentar na execução: sendo terceiro, a defesa parece ser mais adequadamente apresentada por meio de embargos de terceiro; sendo parte, a defesa será elaborada por meio de embargos à execução (ou mesmo impugnação, no caso de cumprimento de sentença).

O Superior Tribunal de Justiça adota o segundo entendimento, ao apontar a citação do sócio[810] e sua integração à relação jurídica processual executiva, bem como a inadmissão dos embargos de terceiro, indicando os embargos à execução como via adequada dos sócios diante da desconsideração da personalidade jurídica[811].

Entendo que está correto o posicionamento do Superior

Tribunal de Justiça, até porque considero que todos os responsáveis patrimoniais secundários, ao terem bem de seu patrimônio constrito em processo alheio, automaticamente passam a ter legitimidade passiva, e, uma vez sendo citados ou integrando-se voluntariamente ao processo, formarão um litisconsórcio passivo ulterior com o devedor. E que mesmo sem previsão legal nesse sentido nada mudará.

Poder-se-á afirmar que a defesa adequada são os embargos de terceiro, porque, não concordando o sócio com a desconsideração, deve alegar que não tem responsabilidade patrimonial secundária e, dessa forma, deve ser tratado como um mero terceiro no processo. O problema, entretanto, é a distância entre a qualidade real que o sócio adquire no processo ao ser citado e a qualidade que ele gostaria de ter.

Importante notar que o conceito de parte na demanda ou no processo não se confunde com o conceito de parte material, que é o sujeito que participa da relação de direito material que constitui o objeto do processo. Dessa forma, mesmo que não seja o titular dessa relação de direito material, mas participe do processo, o sujeito será considerado parte processual, independentemente da legalidade de sua presença no processo. É por isso que, mesmo sendo parte ilegítima, o sujeito é considerado parte processual pelo simples fato de participar do processo. Significa que o sócio será parte, querendo ou não, tendo ou não legitimidade para participar da execução.

Concluo afirmando que, nos embargos à execução, caberá ao sócio alegar em sede de preliminar de ilegitimidade passiva a

eventual incorreção da desconsideração da personalidade jurídica, até porque, se não foi devida, não existe responsabilidade patrimonial secundária e, por consequência, o sócio é parte ilegítima. O acolhimento dessa defesa, além de excluir o sócio da execução por ilegitimidade de parte, ainda resultará na imediata liberação da constrição judicial sobre o seu bem. Além da alegação de ilegitimidade de parte, o sócio poderá alegar todas as outras defesas típicas do devedor, firme no princípio da eventualidade.

Registre-se que essa alegação de ilegitimidade vinculada à inadequação da desconsideração da personalidade jurídica é a única forma de preservar o princípio do contraditório, ainda que diferido. Como nessa forma de contraditório a informação e a reação são posteriores à decisão judicial, não será legítimo exigir da parte a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que determina a desconsideração, sob pena de preclusão. Naturalmente o sócio poderá se valer de tal recurso, conforme já exposto no item anterior, mas, se preferir, poderá aguardar os embargos à execução para se defender. Condicionar a defesa do sócio ao agravo de instrumento seria suprimir um grau de jurisdição no exercício de seu contraditório.

8.6.5. RECORRIBILIDADE

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será resolvido por meio de uma decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, IV, do Novo CPC. O conteúdo da decisão para fins de recorribilidade é irrelevante, podendo ter sido o pedido acolhido, rejeitado ou mesmo decidido sem a análise do mérito em razão de alguma imperfeição formal.

Na vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça não conseguia encontrar um entendimento uníssono a respeito da legitimidade para recorrer da decisão interlocutória de desconsideração da personalidade jurídica, em mais uma triste demonstração da aparente despreocupação da Corte Superior com a uniformização de jurisprudência. Enquanto a 1.ª Seção entendia não haver legitimidade da sociedade, porque nesse caso estar-se-ia diante de uma legitimação extraordinária não prevista em lei[812], a 3.ª Turma admitia tal legitimidade recursal, desde que a sociedade recorresse para defender a sua regular administração e autonomia – isto é, a proteção da sua personalidade –, sem se imiscuir indevidamente na esfera de direitos dos sócios ou administradores incluídos no polo passivo por força da desconsideração[813].

Como o Novo Código de Processo Civil prevê que os sócios (ou a sociedade na desconsideração inversa) são terceiros intervenientes ou partes (quando o pedido de desconsideração é formulado na petição inicial), a questão da legitimidade estará superada, mas poderá ser perfeitamente transferida para outro pressuposto de admissibilidade recursal: o interesse recursal. Da causa de pedir recursal da parte que teve sua personalidade desconsiderada se concluirá pela presença ou não de tal pressuposto.

Deixando claro que a desconsideração da personalidade jurídica pode ocorrer no tribunal, o parágrafo único do art. 136 do Novo CPC prevê o cabimento de agravo interno caso a decisão seja proferida pelo relator. Entendo que o incidente ora analisado pode ser instaurado em processo de competência originária do tribunal e

também em grau recursal, diante da previsão do art. 134, *caput*, do Novo CPC, que permite sua instauração em todas as fases do processo de conhecimento.

Questão interessante surge diante da prolação de decisão interlocutória pelo relator sobre questão incidental, ou seja, durante o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Há doutrina que entende que nesse caso a decisão será irrecorrível, por analogia à irrecorribilidade por agravo de instrumento das decisões de mesma natureza proferidas pelo juízo de primeiro grau[814]. Discordo desse entendimento diante da literalidade do art. 1.021 do Novo CPC, que não excluiu tais decisões monocráticas do relator do cabimento do agravo interno.

8.6.6. FRAUDE À EXECUÇÃO

O art. 137 do Novo CPC prevê que, sendo acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente. Como se pode notar do dispositivo legal, somente após o acolhimento do pedido de desconsideração haverá fraude à execução, em previsão que contraria o disposto no art. 792, § 3.º, do Novo CPC, que estabelece haver fraude à execução nos casos de desconsideração da personalidade jurídica a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

Tratando-se de questão meramente patrimonial de interesse das partes envolvidas no processo, deve ser elogiado o Enunciado 123 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “É desnecessária a intervenção do Ministério Público, como fiscal da

ordem jurídica, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, salvo nos casos em que deva intervir obrigatoriamente, previstos no art. 178”.

O tema é mais amplamente desenvolvido no Capítulo 45, item 45.7.2.

9. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E CALENDARIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

Sumário: 9.1. Negócio jurídico processual: 9.1.1. Espécies de negócios jurídicos processuais; 9.1.2. Negócios jurídicos processuais típicos; 9.1.3. Cláusula geral de negócios jurídicos processuais; 9.1.4. Objeto do negócio jurídico processual previsto no art. 190 do Novo CPC; 9.1.5. Momento; 9.1.6. Requisitos formais; 9.1.7. Limites à liberdade das partes; 9.1.8. Decisão que decreta a invalidade do negócio jurídico processual; 9.1.9. Casuística – 9.2. Calendário procedimental: 9.2.1. Introdução; 9.2.2. Negócio jurídico plurilateral; 9.2.3. Momento de definição do calendário; 9.2.4. Revisão excepcional do calendário

9.1. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

9.1.1. ESPÉCIES DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Há no processo negócios jurídicos unilaterais, por meio dos quais o sujeito processual, pelo exercício de vontade, gera consequências no processo. Nessa espécie de negócio jurídico apenas a vontade de uma das partes é relevante, como ocorre, por exemplo, na renúncia ao prazo (art. 225 do Novo CPC), na desistência da execução ou de medida executiva (art. 775 do Novo CPC), na desistência do recurso (art. 998 do Novo CPC), na

renúncia ao direito recursal (art. 999 do Novo CPC) etc. Outros atos considerados pela doutrina como negócio jurídico processual unilateral[815], como a renúncia e o reconhecimento jurídico do pedido, são, na realidade atos de autocomposição unilateral, que apesar de praticados no processo tem conteúdo material (renúncia e submissão).

O negócio processual bilateral depende de um acordo de vontades das partes, sendo dessa espécie de negócio jurídico que versa o art. 190 do Novo CPC, além de outros negócios jurídicos típicos indicados no item 9.1.2.

Também pode o negócio jurídico processual ser plurilateral, quando a sua eficácia depende de um acordo de vontade das partes e do juiz, aqui entendido como órgão jurisdicional, já que nada impede a realização de tais espécies de negócio processual no tribunal, seja em atividade recursal ou originária. A calendarização do procedimento, previsto no art. 191 do Novo CPC, e o saneamento compartilhado, consagrado no art. 357, § 3º, do Novo CPC são excelentes exemplos de negócio jurídico processual plurilateral.

9.1.2. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS TÍPICOS

Apesar da divergência doutrinária a respeito da admissão de negócios jurídicos processuais, já no CPC/1973 existiam várias passagens que os consagravam de forma expressa, realidade mantida e ampliada no Novo Código de Processo Civil. Sempre que a lei prever um negócio jurídico processual de forma expressa, tem-se um negócio jurídico processual típico. Nesses casos, conforme

será analisado com a devida profundidade, é possível que os requisitos de admissibilidade também estejam previstos de forma específica.

O exemplo mais tradicional é a cláusula de eleição de foro, que permite às partes, antes da propositura da ação, modificar o foro abstratamente competente para a demanda judicial. Esse frequente negócio jurídico pré-processual, está previsto no art. 63 do Novo CPC, e deve respeitar os requisitos formais lá previstos para ter validade no caso concreto.

Há outros exemplos, como na escolha do mediador ou conciliador (art. 168 do Novo CPC), a suspensão do processo por convenção das partes (art. 313, II, do Novo CPC), a convenção de arbitragem (art. 3º, § 1º, do Novo CPC), o saneamento consensual (art. 357, § 2º, do Novo CPC), o acordo para o adiamento da audiência de instrução e julgamento (art. 362, I, do Novo CPC), a convenção entre os litisconsortes para dividir entre si o tempo das alegações finais orais em audiência (art. 364, § 1º, do Novo CPC), a convenção sobre a redistribuição do ônus da prova (art. 373, § 3º, do Novo CPC), acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (art. 432, parágrafo único, do Novo CPC) e a escolha consensual do perito (art. 471 do Novo CPC).

Nessas hipóteses de negócio jurídico processual bilateral surge um interessante questionamento: esses acordos devem respeitar os requisitos legais previstos pelo art. 190 do Novo CPC? Apesar de parcela da doutrina entender que as condições específicas do acordo previstas no art. 190 do Novo CPC não são exigidas nos negócios

jurídicos típicos, que seguem suas próprias regras formais[816], entendo que a existência de regras formais específicas não afastam as regras formais gerais previstas no dispositivo ora analisado.

Tome-se como exemplo o mais tradicional acordo processual típico: a cláusula de eleição de foro. O art. 63 do Novo CPC exige que se trate de cláusula escrita, limitada a direito obrigacional e que tenha como objeto negócio jurídico determinado. A ausência de situação de vulnerabilidade de um dos contratantes, por exemplo, não está prevista no art. 63 do Novo CPC, mas sendo requisito formal para os negócios jurídicos atípicos, como deixar de aplicá-la à cláusula de eleição de foro? Não vejo como isso seja possível.

9.1.3. CLÁUSULA GERAL DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Como se pode notar do já alegado, a existência de negócios jurídicos processuais não é novidade do Novo Código de Processo Civil, já que no diploma processual revogado existiam várias previsões pontuais de negócios jurídicos típicos. A novidade, portanto, não é a criação de fenômeno jurídico já reconhecido e presente em nosso sistema processual, mas sim sua generalização.

O art. 190, *caput*, do Novo CPC, prevê em seu *caput* a possibilidade de as partes, desde que plenamente capazes e em causa que verse sobre direitos que admitam a autocomposição, estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. O novo diploma legal, seguindo tendências do direito inglês (*case management*) e francês (*contrat de procédure*), cria uma cláusula geral de negociação

processual, que pode ter como objeto as situações processuais das partes e o procedimento.

Diferente do diploma legal revogado, o Novo Código de Processo Civil passou a prever de forma expressa uma verdadeira cláusula geral de negócio jurídico processual, de forma a permitir, além das hipóteses específicas de negócio processual típico, que continuam entre nós, a celebração de acordo entre as partes de forma geral, envolvendo tanto o procedimento como as suas situações processuais.

Parcela da doutrina, entusiasmada com o art. 190 do Novo CPC, vem defendendo que o dispositivo legal consagra em nosso sistema processual um novo princípio: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil[817]. Não estou plenamente convencido de que tenhamos um novo princípio em razão do art. 190 do Novo CPC, mas tal aspecto interessa mais à Academia do que à praxe forense. Princípio ou não, a regra legal consagrada no dispositivo ora comentado merece atenção.

Reconheço que o tema do negócio jurídico processual trazido por meio de uma cláusula geral desperta extremo interesse acadêmico, mas tenho sérias dúvidas de sua repercussão prática. A verdade é que, conforme já apontado, ainda que de forma tímida, o CPC/1973 já previa a possibilidade de acordos procedimentais pontuais entre as partes, sendo de raríssima ocorrência, salvo na cláusula de eleição de foro. Pergunto: quem já viu acontecer uma inversão convencional do ônus da prova?

Durante o processo, até se encontra uma justificativa para que

não ocorra, porque dificilmente uma parte em litígio aceitará se incumbir de um ônus que era da parte contrária por exercício de vontade. Seria altruísmo exacerbado e significativamente raro. Quem sabe se a parte contrária oferecesse algo em troca, como o reconhecimento jurídico de um dos pedidos, poderia ser possível o acordo sobre a inversão do ônus da prova, mas o fato é que durante o processo tal acordo não ocorre.

Seria então o caso de pesquisar a existência de tal acordo antes do processo, em cláusulas contratuais. Quando acordado antes da existência do processo, nenhum dos contratantes sabe se será autor ou réu em futura e eventual ação judicial, de forma que a inversão do ônus da prova não prejudicaria *a priori* nenhuma das partes. Entretanto, novamente não se tem notícia de que tais acordos estão sendo celebrados.

Quem sabe com a ampliação do objeto do acordo procedimental ele se torne mais frequente, em especial na formatação de contratos que não contenham convenção de arbitragem. As partes não abririam mão do acesso ao Poder Judiciário, mas já estabeleceriam de antemão as regras procedimentais para o futuro e eventual processo judicial. Sinceramente, acredito que a consagração efetiva do art. 190 do Novo CPC depende de mudança de cultura jurídica, tanto contratual como processual, e por isso não nutro grandes expectativas práticas quanto à novidade.

9.1.4. OBJETO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL PREVISTO NO ART. 190 DO NOVO CPC

9.1.4.1. Introdução

O negócio jurídico processual bilateral permitido pelo art. 190 do Novo CPC tem dois objetos distintos: as posições processuais das partes e o procedimento, sendo certo que se tratam de objetos autônomos, de forma que o acordo celebrado entre as partes pode recair apenas sobre um deles ou ambos[818].

Partindo-se da premissa defendida no Capítulo 3, item 3.1.7, de que o processo é um procedimento animado por uma relação jurídica em contraditório, pode se notar que dos três elementos que compõe o conceito de processo, dois deles podem ser objeto do negócio jurídico processual previsto no art. 190 do Novo CPC.

Questão interessante surge na hipótese de morte da parte que celebrou o negócio jurídico processual. Há doutrina que entende que em razão da proximidade do negócio jurídico ora tratado dos contratos, merece incidência o art. 426 do CC, segundo o qual não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva[819]. Discordo do entendimento porque nesse caso, apesar da inegável proximidade, não se pode desconsiderar que o objeto da convenção é processual, devendo a ele ser aplicado as regras da sucessão processual e não material[820].

9.1.4.2. Acordo procedimental

Nos termos do art. 190, *caput*, do Novo CPC, as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa. Pode até não ter sido essa a intenção do legislador, mas ao condicionar as mudanças pretendidas pelas partes no procedimento às especificidades da causa criou uma necessária correlação lógica e jurídica entre o procedimento

pretendido pelas partes e a eventual especialidade da causa.

Compreendo que o negócio jurídico processual esteja associado à ideia de flexibilização procedimental, e, mais ainda, à ideia de tutela jurisdicional diferenciada, por meio da qual o procedimento deve se adaptar às exigências impostas pelo direito material no caso concreto para que a tutela seja real e efetiva.

O acordo procedimental previsto no art. 190 do Novo CPC poderia ou não estar vinculado à ideia de tutela diferenciada clássica, porque ainda que as partes pretendessem modificar o procedimento no caso concreto poderiam fazê-lo independentemente de tais mudanças estarem voltadas às exigências do caso concreto. Poderiam estipular mudanças no procedimento exclusivamente porque nesse sentido é o acordo de vontades celebrado entre elas. Ao criar a correlação mudança procedimental-especificidades da causa, o legislador, entretanto, não consagrou a vontade livre das partes, mas sim uma vontade justificada, condicionada a uma adequação procedimental que atenda a eventuais peculiaridades do caso concreto.

Por isso não concordo com parcela doutrinária que, apesar de reconhecer a opção legislativa, entende que, diferente do previsto em lei, o acordo não depende de especificidades na causa, bastando que seja conveniente às partes.[821] Trata-se de uma opção legislativa, consciente ou não, acertada ou não, mas ainda assim uma opção legítima, que não pode ser simplesmente ignorada pelos operadores do Direito.

Registre-se entendimento doutrinário que afirma que as

especificidades da causa constituem as circunstâncias que as próprias partes elegem como relevantes para determinar um tratamento diferenciado ao procedimento[822]. Ao se concordar com tal entendimento, a norma será letra morta, já que as especificidades da causa não decorrem da vontade das partes, mas da realidade, que deve ser objeto de análise pelo juiz.

Trata-se, portanto, de uma limitação ao poder das partes de modificarem o procedimento, porque se não houver qualquer especialidade na causa que justifique a alteração procedimental, não terá cabimento tal acordo e o juiz deverá anulá-lo. Por exemplo, numa causa simples, de despejo por falta de pagamento, as partes convencionam que seus prazos processuais serão contados em quádruplo. Nesse caso, não haverá qualquer especialidade da causa que justifique um tratamento diferenciado quanto aos prazos processuais, conclusão que seria distinta diante de uma demanda mais complexa, como uma dissolução parcial de sociedade com apuração de haveres com vários litisconsortes.

9.1.4.3. Posições processuais

Nos termos do art. 190, *caput*, do Novo CPC, as partes podem convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Na relação jurídica processual há múltiplos e variados liames jurídicos entre o Estado-juiz e as partes, criando a esses sujeitos a titularidade de situações jurídicas a exigir uma espécie de conduta ou a permitir a prática de um ato que representam a relação jurídica processual[823]. Essa relação jurídica é complexa e continuada, sendo composta de inúmeras posições processuais ativas (poderes, ônus, faculdades e direitos) e passivas (sujeição,

deveres e obrigações).

Com relação ao objeto do negócio jurídico processual ora analisado, o próprio art. 190, caput, do Novo CPC, estabelece uma limitação – bastante razoável – para a vontade das partes. Segundo o dispositivo legal, elas podem negociar as suas posições jurídicas, de forma que o acordo não pode ter como objeto as posições processuais do juiz[824]. Os poderes-deveres do juiz, portanto, não podem ser objeto do acordo entre as partes, porque na realidade elas não podem dispor de uma posição processual da qual não sejam titulares.

Há exemplos em que claramente não há poder de disposição das partes, como ocorre no dever do juiz de observar e exigir a boa-fé processual (art. 5º do Novo CPC), o dever de decidir com fundamento na legalidade (art. 8º do Novo CPC), o dever de fundamentação de suas decisões (art. 489, § 1º, do Novo CPC), o dever de decidir conforme as súmulas e precedentes com eficácia vinculante (art. 927 do Novo CPC) etc.

Quanto a essa limitação, há interessante questão a respeito dos poderes instrutórios do juiz. Ainda que pessoalmente não entenda existir poder algum previsto no art. 370 do Novo CPC, mas uma faculdade do juiz, ainda assim trata-se de uma posição processual do juiz, permanecendo pertinente o questionamento: podem as partes, por acordo, proibirem o juiz de produzir prova de ofício? O tema já vem dividindo a doutrina, havendo aqueles que entendem pela impossibilidade, por se tratar de poder do juiz[825], enquanto outros defendem que há tal possibilidade, alguns justificando o

entendimento com a equiparação da limitação legal à cognição judicial, como ocorre no mandado de segurança e no processo de inventário e partilha[826]. Discordo desse entendimento porque nos casos de limitação legal da prova a questão fática não é enfrentada: na ação de inventário as partes ingressam com ação autônoma, e no caso do mandado de segurança ele é extinto sem resolução do mérito, podendo a questão voltar a ser livremente discutida em outra demanda.

Entendo ser inviável às partes convencionarem sobre a proibição do exercício de uma posição jurídica do juiz, não vendo porque deveria ser tratado o chamado poder instrutório de forma distinta. A insegurança que será criada no dia a dia forense pelo art. 190 do Novo CPC não é desprezível, cabendo ao intérprete, em especial quanto aos limites do negócio jurídico processual, adotar a posição mais unitária possível. Se a própria lei prevê que as partes só podem negociar as suas posições processuais, em nenhuma hipótese o acordo poderá ter como objeto uma posição jurídica do juiz, independentemente de qual seja ela.

Ademais, o juiz não pode ser obrigado pelas partes a proferir decisão sem qualidade, consequência natural de eventual impedimento imposto ao juiz em produzir prova que entenda essencial à formação de seu convencimento. Não se pode desconsiderar que o processo é instituto de direito público e que a qualidade da prestação jurisdicional é de ordem pública, interessando a toda a coletividade e não exclusivamente as partes do processo.

Há, ainda, outra forma de raciocínio capaz de atingir a mesma conclusão. Se o juiz precisa da prova para se convencer e as partes por meio de acordo o proíbem de produzi-la, só haverá uma forma de julgamento: por meio da aplicação da regra do ônus da prova. Nesse caso, a vontade das partes, ainda que indiretamente, estaria criando ao juiz o dever de aplicar tal regra de julgamento, o que não se pode admitir porque as únicas posições processuais que podem ser objeto de transação são aquelas de titularidade das partes.

Registre-se, por fim, que diferente do acordo procedimental, quando o negócio jurídico tiver como objeto as posições processuais das partes, não há exigência legal de que a vontade seja justificada em especificidades da causa[827]. Nesse caso, a vontade das partes é livre e deve ser sempre prestigiada, salvo quando sobre ela se impuserem algumas das limitações legais.

9.1.5. MOMENTO

Nos termos do art. 190, caput, do Novo CPC, o negócio jurídico processual pode ser celebrado antes ou durante o processo.

No tocante à celebração em momento anterior ao processo, concordo com a doutrina que defende uma aproximação do negócio jurídico processual ora analisado com a arbitragem, de forma que a convenção possa ser elaborada por meio de cláusula contratual ou por meio de instrumento em separado, celebrado concomitantemente ou posteriormente ao contrato principal[828].

Quando celebrado durante o processo, as partes podem fazer o acordo extrajudicialmente, apenas protocolando-o em juízo, como também podem celebrar o negócio jurídico na presença do juiz, em

ato oral, como na audiência de instrução e julgamento e até mesmo na presença do conciliador ou mediador na audiência prevista pelo art. 334 do Novo CPC, já que tal acordo não depende de homologação judicial para gerar efeitos.

9.1.6. REQUISITOS FORMAIS

9.1.6.1. Introdução

O negócio jurídico processual não depende de homologação pelo juiz[829], aplicando-se ao caso o previsto no art. 200, *caput*, do Novo CPC[830], de forma que o acordo procedimental é eficaz independentemente de qualquer ato homologatório judicial. Cabe ao juiz, entretanto, controlar a validade do negócio jurídico processual, de ofício ou a requerimento da parte, levando em conta a análise dos requisitos formais exigidos de forma geral para a regularidade do negócio jurídico e o previsto no art. 190, parágrafo único, do Novo CPC.

Nos termos do mencionado dispositivo legal, o juiz poderá recusar a aplicação do negócio jurídico processual realizado pelas partes, ou seja, anulá-lo, nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Além disso, nos termos do *caput*, do art. 190 do Novo CPC, o processo deve versar sobre direitos que admitam a autocomposição.

9.1.6.2. Requisitos formais gerais do negócio jurídico

Tratando-se o negócio jurídico processual previsto pelo art. 190 do Novo CPC de espécie de negócio jurídico, não restam dúvidas que sua validade depende do preenchimento dos requisitos

previstos no art. 104 do CC[831]. Dessa forma, exige agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinado e forma prescrita ou não defesa em lei.

A capacidade dos sujeitos que celebram o negócio jurídico é tema que gera divergência na doutrina, estando também previsto no art. 190, *caput*, do Novo CPC, que exige para sua validade que as partes sejam plenamente capazes. Trata-se de capacidade material, processual ou de ambas?

Há corrente doutrinária que defende tratar-se de capacidade material, de forma que os relativamente ou absolutamente incapazes, mesmo que assistidos ou representados, não podem celebrar negócio jurídico[832]. Outra corrente doutrinária entende que a capacidade exigida é tão somente a processual, de forma que havendo representação processual os incapazes poderão celebrar o negócio jurídico[833].

Não vejo como se interpretar a capacidade exigida pelo art. 190, *caput*, do Novo CPC, como sendo exclusivamente a processual, porque nesse caso a exigência formal simplesmente cairia no vazio. A parte precisa ter capacidade de estar em juízo, de forma que mesmo aquelas que são incapazes no plano material, ganham capacidade processual ao estarem devidamente representadas. Se a capacidade for a processual, todo e qualquer sujeito processual poderá celebrar o negócio jurídico ora analisado, já que todos devem ter capacidade de estar em juízo no caso concreto.

Registre-se que a representação não se confunde com a presentação, conforme devidamente analisado no Capítulo 3, item 3.3.3.2.2. de forma que as pessoas jurídicas e formais, devidamente presentadas no processo, tem capacidade material e processual e nesse sentido é admitido o negócio jurídico processual por elas celebrado. Inclusive quando a parte for a Fazenda Pública[834] e o Ministério Público[835].

O objeto lícito é determinado pelo próprio art. 190, *caput*, do Novo CPC, sendo lícito o negócio jurídico que versar sobre procedimento e as posições processuais das partes, com todas as limitações impostas pelo sistema processual e devidamente analisadas no presente capítulo.

A forma do negócio jurídico é outro tema que vem despertando controvérsia, já que há doutrinadores que defendem a possibilidade de o negócio ser celebrado oralmente[836], enquanto outros exigem a forma escrita[837]. Entendo ser preferível exigir-se a forma escrita em razão da previsibilidade e de segurança jurídica que devem nortear o negócio jurídico processual ora analisado.[838]

9.1.6.3. Direitos que admitam a autocomposição

O art. 190, *caput*, do Novo CPC, prevê que o negócio jurídico processual só é admitido em processos que versem sobre direitos que admitam a autocomposição.

Conforme entendimento doutrinária uníssono[839], o legislador foi extremamente feliz em não confundir direito indisponível com direito que não admita autocomposição, porque mesmo nos

processos que versam sobre direito indisponível é cabível a autocomposição. Naturalmente, nesse caso a autocomposição não tem como objeto o direito material, mas sim as formas de exercício desse direito, tais como os modos e momentos de cumprimento da obrigação.

Em razão dessa importante distinção, é admitida a convenção processual no processo coletivo[840], ainda que os direitos difusos e coletivos sejam indisponíveis e o autor da ação seja o Ministério Público[841].

9.1.6.4. Nulidade

Será nulo o negócio jurídico processual que não atenda aos requisitos formais gerais de negócio jurídico previstos pelo art. 104 do CC ou os requisitos formais específicos previstos no art. 190, *caput*, do Novo CPC. Também será nulo em razão dos vícios sociais e do consentimento e se o negócio jurídico for simulado (art. 167 do CC). Aplica-se ao negócio jurídico processual o art. 166 do CC[842].

É acertado o Enunciado 16 do FPPC a respeito da invalidade do negócio jurídico processual: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

Não tenho dúvida de que o negócio jurídico deve ser realizado, interpretado e aplicado em respeito ao princípio da boa-fé objetiva[843]. E nesse sentido, entendo que o negócio jurídico é nulo

sempre que o juiz entender que há abuso no exercício do direito das partes de modificar o procedimento e suas posições jurídicas. Como todo direito, também o de autorregramento da vontade no processo não pode ser exercido de forma abusiva.

Tomo como exemplo a possível dilação do tempo legal para a sustentação oral. O tema já desperta controvérsias, porque há resistência da magistratura por entender que a sustentação compõe a estrutura do julgamento e por isso seu prazo não pode ser ampliado[844]. Não concordo com esse entendimento porque apesar de partir de correta premissa, desconsidera que não se está alterando a forma de julgamento, apenas se dilatando o prazo para a prática de ato processual pela parte. Chega a ser curiosa a admissão tranquila dessa dilação para atos escritos e sua vedação a ato oral.

Os anunciadores do fim do mundo gritarão que tal entendimento pode inviabilizar as sessões de julgamento dos tribunais. É uma preocupação genuína, já que o número de sustentações orais vem aumentando consideravelmente e ocupando tempo significativo das sessões, muito em razão da pouca confiança dos advogados de que os desembargadores e ministros tenham apreciado com a devida atenção e profundidade suas alegações escritas. Na última sustentação oral que fiz perante o Tribunal de Justiça de São Paulo eram 32, sendo que a minha, 27º na ordem, começou por volta das 11:30 em uma sessão iniciado às 09:00.

A proibição pura e simples da dilação do tempo – prazo – de sustentação oral, entretanto, não é a melhor solução diante de tal situação. Mas as partes devem celebrar o acordo com base na boa-

fé objetiva, sem abusar de seu direito de dilação dos 15 minutos previstos em lei. É sabido que determinados processos são extremamente complexos, e o prazo legal é sabidamente insuficiente para uma explanação completa e suficiente. Nesses casos, o órgão jurisdicional deve se valer da proporcionalidade e razoabilidade, previstas no art. 8º do Novo CPC, para aceitar a dilação acordada pelas partes, podendo até mesmo prorrogar o prazo legal em tempo inferior ao pretendido pelas partes. Como deve entender nula a convenção no caso de processo simples, no qual o prazo legal é suficiente para a exposição oral das razões das partes.

Na realidade, esse dever de o juiz evitar o abuso no exercício do direito de autorregramento da vontade das partes se aplica também para a dilação dos prazos para a prática do ato escrito. É razoável que as partes acordem que o prazo de apelação e de contrarrazões seja de 6 meses? Obviamente não, tal acordo representa violação clara ao princípio da boa-fé objetiva prevista no art. 5º do Novo CPC, e assim sendo deve ser anulado, como em qualquer outro caso em que se constate o abuso no direito de celebração do negócio jurídico processual.

9.1.6.5. Inserção abusiva em contrato de adesão

Cabe ao juiz invalidar negócio jurídico processual inserido de forma abusiva em contrato de adesão. Como se pode notar da mera leitura do art. 190, parágrafo único, do Novo CPC, não existe uma vedação absoluta para que as partes incluam o negócio jurídico processual em um contrato de adesão, dependendo sua nulidade da existência de abusividade no caso concreto[845].

É possível nesse caso se fazer um paralelo com um negócio jurídico processual típico bastante frequente entre nós: a cláusula de eleição de foro. Ainda que o art. 63, § 3º, do Novo CPC permita ao juiz anular de ofício tal cláusula, a nulidade dependerá de sua abusividade no caso concreto. Na realidade, independentemente de o contrato ser ou não de adesão, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a cláusula de eleição de foro só é nula se ficar comprovada a dificuldade de acesso à justiça[846] ou reconhecida a hipossuficiência de uma das partes[847], exigindo-se a manifesta abusividade para se anular de ofício a cláusula de eleição de foro[848].

Entendo, portanto, que caberá ao juiz a análise no caso concreto a respeito da eventual – e não obrigatória – nulidade do negócio jurídico processual inserido em contrato de adesão. Um bom indício de que o negócio jurídico é valido é a previsão de regras isonômicas, que tratem o aderente e o responsável pela elaboração do contrato da mesma forma.

Qual exatamente seria a nulidade de uma cláusula que estabeleça que os prazos processuais de ambas as partes serão contados em dobro? Ou ainda que afastem o ônus da impugnação específica dos fatos alegados pelo autor sem se saber de antemão quem será o autor e quem será o réu de um futuro e eventual processo? Ainda mais evidente, mesmo que pouco provável, a validade de acordo procedimental que beneficia o aderente[849].

Por outro lado, tenho séria resistência na decretação de nulidade do negócio jurídico processual se ambas as partes o

ratificarem de forma expressa no processo. Nesse caso, até mesmo uma eventual hipossuficiência do aderente não poderá ser considerada, porque no processo a parte aderente não é obrigada a aceitar a vontade da parte contrária. Como o juiz é obrigado a ouvir as partes antes de decidir pela anulação do negócio jurídico processual[850], em respeito ao princípio do contraditório previsto nos arts. 9º e 10 do Novo CPC, entendo que havendo expressa reiteração dos termos do acordo em juízo não será caso de anulação.

9.1.6.6. Vulnerabilidade

Será nulo o negócio jurídico processual se o juiz entender que uma das partes o celebrou em situação de vulnerabilidade. Como o objeto do acordo celebrado entre as partes tem natureza processual, a vulnerabilidade prevista no art. 190, parágrafo único, do Novo CPC deve ser compreendida como vulnerabilidade processual, que segundo a melhor doutrina decorre de limitação pessoal involuntária de caráter permanente ou provisório, ensejada por fatores de saúde, de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional[851].

A utilização de conceito jurídico indeterminado para prever causa de nulidade do negócio jurídico processual certamente irá gerar grande controvérsia no caso concreto, mas é possível imaginar algumas situações que são contempladas pelo art. 190, parágrafo único, do Novo CPC.

O que me parece imprescindível é notar que vulnerabilidade não será necessariamente causa de nulidade do negócio jurídico

processual, porque mesmo que improvável, tal acordo pode beneficiar a parte vulnerável, ou, no limite, não lhe trazer prejuízo.

Uma parte em difícil situação econômica e que precisa de qualquer forma celebrar um contrato – ainda que não seja de adesão – para se manter, certamente está em situação de vulnerabilidade econômica, e nesse caso o negócio jurídico processual pode ser nulo, desde que seu objeto imponha um sacrifício injustificado à parte vulnerável.

Nos termos do Enunciado 18 do FPPC, “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”. Trata-se de presunção relativa de vulnerabilidade, já que a parte pode não se valer de advogado para celebrar um negócio jurídico processual e ainda assim ter domínio pleno do Direito, como ocorre, por exemplo, com os juízes e promotores de Justiça.

9.1.7. LIMITES À LIBERDADE DAS PARTES

9.1.7.1. Introdução

Não há dúvidas de que os requisitos formais previstos no art. 190, parágrafo único, do Novo CPC funcionam como limitações ao poder das partes de celebrarem o negócio jurídico processual atípico. Da mesma forma, a exigência de a mudança procedimental estar vinculada às especificidades da causa e à vedação de as partes convencionarem sobre as posições jurídicas do juiz.

As limitações, entretanto, são ainda mais amplas, sendo atualmente a grande questão a ser respondida pela doutrina e pela jurisprudência. Não há dúvida de que a liberdade das partes foi significativamente aumentada, o que deve ser saudado, até porque permite um processo mais democrático, no qual a vontade das partes deva ser considerada para a fixação do procedimento e observância das posições processuais. Mas é natural que existam limites.

Ainda que exista uma nítida influência da arbitragem nessa maior liberdade das partes fixarem o procedimento e estabelecerem suas posições processuais no caso concreto, impor um procedimento a um árbitro, contratado pelas partes, é natural. Impor um procedimento a um juiz, no exercício de sua função jurisdicional, representando o Estado, é um pouco mais complexo, não sendo adequado colocar juiz e árbitro em um mesmo patamar[852]. As partes não terão, portanto, a mesma liberdade que têm na arbitragem, quando podem livremente determinar o procedimento a ser observado, mas já é um avanço as partes

poderem contribuir com o juiz na tentativa de adequar o procedimento às exigências do caso concreto.

9.1.7.2. Normas fundamentais do processo

Com algumas variações terminológicas e por vezes até mesmo de alcance, a doutrina vem defendendo que o negócio jurídico processual ora analisado não pode violar as normas fundamentais do processo[853] – ou garantias mínimas[854], ou garantias constitucionais do processo[855], ou posições jurídicas inerentes ao modelo processual adotado no Brasil[856], ou devido processo legal[857].

A lição, que parece justa e até mesmo elementar, já que afastadas as normas fundamentais do processo sua própria natureza restará desnaturada, não é tão simples e muito menos tão homogênea como pode parecer.

No art. 5º do Novo CPC está consagrado o princípio da boa-fé processual, não parecendo crível que as partes possam acordar pelo afastamento de seus deveres de boa-fé e lealdade processual, transformando o processo em verdadeira "terra de ninguém", obrigando o juiz a aceitar todo tipo de barbaridades sem poder coibir ou sancionar tal comportamento. Nesse sentido é o correto Enunciado 06 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação"[858]. O que não significa que as partes não possam prever deveres e sanções concernentes ao descumprimento da convenção[859].

A doutrina parece tranquila no sentido de que as partes não podem convencionar a respeito do princípio da publicidade, de forma que não podem criar hipóteses de segredo de justiça não previstas em lei[860] e tampouco afastar tais hipóteses do caso concreto[861]. Nesse caso, parece que o art. 11 do Novo CPC é absoluto, não podendo ser violado por negócio jurídico celebrado pelas partes.

Mas nem sempre a violação à norma fundamental do processo como causa de ineficácia ou nulidade do negócio jurídico processual é tão clara assim.

Tomemos como exemplo o contraditório, norma fundamental do processo previsto nos arts. 9º e 10 do Novo CPC. É possível um acordo entre as partes que afaste o contraditório do processo? A resposta intuitiva é que não, até porque o contraditório é elemento do próprio conceito de processo. Infelizmente, entretanto, as coisas não são assim tão simples.

Parece não haver muita dúvida na doutrina que o direito constitucional à prova é garantia de observância do princípio do contraditório, já que permite à parte a produção de provas visando convencer o juiz de suas alegações. Tanto assim que o cerceamento de defesa fundado em indevida restrição à produção de prova é considerado forma de violação do princípio do contraditório. Mesmo assim, alguém entenderia por nula uma convenção das partes que tivesse como objeto a renúncia de seu direito à produção da prova? O direito recursal é reconhecidamente fundado nos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas a doutrina parece

tranquila em admitir no negócio jurídico processual que verse sobre a renúncia do direito recursal.

Nesses e em vários outros exemplos que poderiam ser citados, o princípio do contraditório está sendo, ainda que pontualmente, sacrificado pela vontade das partes. E nesse caso parece que não incomoda a doutrina o afastamento de uma norma fundamental do processo em razão do negócio jurídico processual.

Pode se alegar que na realidade o contraditório é a possibilidade de reação, de forma que as renúncias ora indicadas não violariam tal princípio, que não obriga as partes a reagirem. É um bom fundamento, e pode legitimamente afastar o negócio jurídico de qualquer violação de norma fundamental do processo. Mas o que dizer do acordo entre as partes pelo qual elas renunciam ao seu direito de serem intimadas no processo, o que, inclusive, pode ocorrer com a calendarização do procedimento previsto no art. 191 do Novo CPC? Nesse caso, a informação é elemento indispensável do contraditório, mas a lei, inclusive de forma expressa no art. 191 do Novo CPC, permite que por negócio jurídico, nesse caso plurilateral, não ocorra tal intimação. E, nesse caso, o princípio do contraditório não estará sendo violado?

Pode se alegar que na hipótese da calendarização as partes estarão previamente informadas dos atos subsequentes, de forma que o contraditório estaria preservado. É argumento de peso, mas que ainda não resolve o questionamento a respeito da possível dispensa da intimação de atos judiciais por meio de acordo de vontade das partes. Qual o motivo para se proibir tal convenção, já que as partes podem optar por um processo mais célere, sem os

entraves e demoras geradas pelas intimações?

Outra norma fundamental que suscita dúvidas é aquela prevista no art. 7º do Novo CPC: a isonomia entre as partes. Podem as partes convencionar de forma a violar a isonomia consagrada no dispositivo legal supramencionado? Partes capazes, que sejam tratadas de forma isonômica pela lei, podem conscientemente acordar para um tratamento diferenciado? Podem as partes, por exemplo, acordar que para uma delas o prazo de apelação é o legal, de 15 dias, mas que a parte contrária terá o prazo em dobro para contrarrazoar? Ou, ainda, que uma das partes terá direito ao recurso de embargos de declaração e a outra não?

Por outro lado, o princípio da isonomia real estabelece que os diferentes devam ser tratados diferentemente nos limites de sua desigualdade, havendo no processo inúmeras prerrogativas – e alguns privilégios – processuais para atender ao princípio consagrado no art. 7º do Novo CPC em sua moderna acepção. E caso a parte tratada diferentemente acordar com a parte contrária pela isonomia de tratamento entre elas, o negócio jurídico será nulo por ofender o princípio da isonomia? O idoso não pode acordar com a parte contrária que o processo não terá o direito de preferência que lhe garante o Estatuto do Idoso?

Note-se que quando a lei cria como regra de competência o foro do domicílio do autor, parte de alguma espécie de hipossuficiência sua e pretende protegê-lo, mas nunca se duvidou que o sujeito abstratamente protegido pela lei possa acordar com a outra parte um foro diverso do apontado pela lei por cláusula contratual, sem qualquer espécie de violação ao princípio da

isonomia real.

Como pretendi demonstrar, as dificuldades são imensas. Num primeiro momento, enunciados que tratem da vedação a acordo que viole norma fundamental do processo podem impressionar, mas a materialização desse enunciado não é fácil, até porque se formos levá-lo ao pé da letra, aparentemente inúmeros acordos que parecem legítimos e válidos serão obstados em respeito às normas fundamentais.

9.1.7.3. Normas cogentes

Normas cogentes são aquelas impostas pela lei aos sujeitos processuais, sendo irrelevante sua vontade no caso concreto. Como o negócio jurídico processual ora analisado tem como base a vontade das partes, parece lógica a conclusão de que o acordo não pode ter como objeto uma norma cogente[862].

Com o fundamento de que as partes não podem afastar normas cogentes, não se admite acordo que verse sobre a admissão de prova ilícita[863], para excluir a participação do Ministério Público quando a lei exige sua presença[864], para fixar prioridade de julgamento quando não previsto em lei[865], para criar novos recursos ou ampliar suas hipóteses de cabimento[866], para modificar regra de competência absoluta[867], para criar hipóteses de ação rescisória e de outras medidas tendentes a desconstituir a coisa julgada[868], para a dispensa da presença de litisconsorte necessário etc.

Ainda que não exista uma simbiose perfeita entre a cogência das normas e sua natureza de ordem pública[869], parece que tais

matérias não podem ser objeto do negócio jurídico processual ora analisado[870], em especial as condições da ação e os pressupostos processuais[871]. Mas o tema, como sói acontecer quando se enfrenta a novidade prevista no art. 190 do Novo CPC, não é de fácil solução.

Com relação às condições da ação, parece inegável que o interesse de agir não pode ser objeto de convenção entre as partes[872], porque não se pode obrigar o Poder Judiciário a desenvolver um processo inútil e/ou desnecessário. Nesse tocante, deve ser lembrado o famigerado art. 785 do Novo CPC, que permite à parte que já tem em seu favor um título executivo extrajudicial ingressar com processo de conhecimento. Como exposto no Capítulo XX, o dispositivo permite um processo onde não há interesse de agir, e a parte poderá se sentir livre para fazer o mesmo por acordo de vontades. Afinal, se a lei pode, porque as partes não podem? A resposta, entretanto, é simples: um erro não justifica outro.

Quanto à legitimidade, o tema é mais controverso. É inegavelmente uma matéria de ordem pública, mas deve realmente ser vedada a substituição processual convencional? Ou seja, não podem as partes convencionarem para que uma outra pessoa, que não o titular do direito, o defenda em juízo em nome próprio? Imagine que em um contrato uma das partes pretenda incluir cláusula nesse sentido, o acordo será nulo?

Já há considerável corrente doutrinária defendendo a possibilidade de criação de uma legitimação extraordinária por

convenção das partes[873]. E apesar de ser matéria de ordem pública, não vejo nesse momento obstáculos para a admissão da legitimação extraordinária convencional porque a vontade dessas partes não traz qualquer prejuízo ou oneração ao Poder Judiciário. O direito é disponível, a parte não quer participar do processo e aponta uma outra pessoa para fazê-lo. Havendo concordância do legitimado extraordinário e da parte contrária, porque não se permitir a convenção processual? Só porque a matéria é de ordem pública?

O problema também é sentido nos pressupostos processuais, não sendo possível que o acordo tenha como objeto pressupostos processuais de existência, já que as partes não podem acordar por tornar válido aquilo que não tem condições de existir juridicamente. E quanto aos pressupostos de validade, é possível serem objeto do negócio jurídico processual previsto no art. 190 do Novo CPC?

Não concordo com a doutrina que entende pela possibilidade em razão da permissão de acordo sobre a competência relativa[874], porque entendo que apenas a competência absoluta é pressuposto processual, e quanto a ela é inadmissível qualquer acordo entre as partes. Também não considero que a anuência do cônjuge para que o outro litigue sozinho nas ações reais imobiliárias seja acordo sobre a capacidade processual[875], já que nesse caso não é propriamente um acordo, mas um ato unilateral de vontade do cônjuge que não será parte no processo. Essas resistências, entretanto, ainda não são suficientes para resolver a questão proposta.

A capacidade de estar em juízo das pessoas jurídicas e formais

está prevista no art. 75 do Novo CPC, estando ali previstos os presentantes e representantes que a lei indica para que tais pessoas tenham capacidade processual. Poderiam as partes deliberar pela presentação ou representação por pessoas humanas diversas daquelas indicas pela lei? Por exemplo, uma sociedade empresarial poderia acordar com a parte contrária em um contrato que num eventual processo será representada por pessoa que não esteja indicada em seus respectivos atos constitutivos? Ou um condomínio, não poderia deliberar que sua representação em juízo será feita por outro condômino que não o síndico? Qual seria o motivo para a vedação a tal acordo?

A citação é comumente lembrada como sendo um pressuposto processual de validade, inclusive prevista como tal no art. 239, *caput*, do Novo CPC. Não poderiam as partes acordarem que no processo a citação será dispensada, assumindo o réu o encargo de acompanhar a distribuição para descobrir se a ação foi instaurada? E nem se fale que tal convenção viola o princípio do contraditório porque como já devidamente analisado no item 9.1.7.2. é possível que as partes abram mão de serem comunicadas dos atos processuais, inclusive sendo essa a maior vantagem da calendarização do procedimento previsto no art. 191 do Novo CPC.

Por fim, uma última observação a respeito da coisa julgada material, indubitavelmente matéria de ordem pública. Não concordo com a doutrina que defende a possibilidade de as partes afastarem a coisa julgada material por meio de acordo com o fundamento de que se podem renunciar ao direito reconhecido por sentença transitada em julgado podem por acordo afastar a coisa julgada[876].

Não há dúvida de que as partes podem afastar a imutabilidade e indiscutibilidade de decisão transitada em julgada por ato de vontade, mas isso não significa que possam afastar a coisa julgada material, que não recai sobre os efeitos da decisão transitada em julgado, mas sobre seu conteúdo.

Por outro lado, qual a vantagem prática de as partes acordarem pelo afastamento da coisa julgada? Só pode ser o afastamento da eficácia negativa da coisa julgada – e eventualmente até da positiva – o que permitirá a repropositura da ação já decidida definitivamente em seu mérito. Nesse caso, o acordo das partes afeta diretamente o órgão jurisdicional, obrigando-o a decidir novamente o já decidido. É situação bem diferente daquela criada pela parte quando, por ato de vontade, modifica os efeitos da decisão de mérito transitada em julgado.

9.1.7.4. Desnecessidade e incapacidade de atingir os objetivos previstos em lei

A doutrina aponta a possibilidade de as partes escolherem a liquidação por arbitramento, consagrada no art. 509, I, do Novo CPC como espécie de negócio jurídico bilateral típico[877]. Dentro do conceito de negócio jurídico processual até se compreende a lição doutrinária, mas não se pode esquecer que o dispositivo não tem aplicabilidade prática, porque a vontade das partes não tem aptidão de afastar a espécie de liquidação exigida pelo caso concreto.[878]

Assim, se o juiz entender que no caso concreto é possível se chegar ao valor devido por meio de um mero cálculo aritmético, não será um acordo de vontade entre as partes que o levará a

realizar a liquidação por arbitramento. Afinal, se não existe concretamente a necessidade de produção de uma prova pericial, como exatamente justificar uma liquidação por arbitramento no caso concreto? Por outro lado, caso o juiz entenda que é indispensável a alegação e prova de fato novo para a fixação do *quantum debeatur*, obviamente não poderá dar seguimento à liquidação por arbitramento, que será nesse caso incapaz de revelar o valor devido.

Essa espécie de negócio processual bilateral típico demonstra de forma clara mais uma limitação imposta aos poderes das partes para celebrar negócios jurídicos processuais: as partes não têm o poder, mesmo que celebrem um acordo, de exigir do juiz uma conduta incompatível com a realidade. Ou mais precisamente, não podem impor ao juiz uma situação processual desnecessária ou que seja incapaz de gerar os resultados pretendidos pelo fenômeno processual objeto da negociação.

A imposição de atividade processual desnecessária ou incapaz de gerar resultados contraria de forma clara o princípio da duração razoável do processo, prevista no art. 4º do Novo CPC, da eficiência da atividade jurisdicional, consagrada no art. 8º do Novo CPC e da economia processual. São violações que justificam a criação de limitação aos poderes das partes na celebração do negócio jurídico processual.

9.1.8. DECISÃO QUE DECRETA A INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Conforme devidamente analisado, o acordo celebrado pelas partes nos termos do art. 190 do Novo CPC não depende de

homologação judicial, mas pode ser anulado por decisão judicial.

Apesar de bastante improvável, o acordo pode ser anulado em capítulo de sentença, quando não haverá dúvida a respeito do cabimento da apelação. Muito mais frequente, entretanto, será a decretação de nulidade por decisão interlocutória, surgindo nesse caso instigante questão a respeito de sua impugnabilidade.

Não concordo com a corrente doutrinária que defende o cabimento de agravo de instrumento contra essa decisão interlocutória por interpretação extensiva do art. 1.015, III do Novo CPC, que prevê a recorribilidade da decisão interlocutória que rejeita a alegação de convenção de arbitragem[879]. Ainda que o negócio jurídico processual previsto no art. 190 do Novo CPC decorra da vontade das partes da mesma forma que a convenção de arbitragem, o objeto de ambas é distinto o suficiente para não permitir a interpretação extensiva. Conforme devidamente exposto no Capítulo 72, item 72.2.1, limitar o cabimento do agravo de instrumento foi um dos maiores erros do Novo Código de Processo Civil, mas as interpretações que visam aumentar as hipóteses de cabimento de tal recurso devem ser realizadas de maneira cuidadosa e razoável.

Descartado o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória que anula o negócio jurídico celebrado entre as partes, a recorribilidade seguirá a regra do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC: apelação ou contrarrazões. Trata-se de mais uma hipótese de nítida inutilidade do recurso previsto em lei, já que após a prolação da sentença todo o procedimento já terá se desenvolvido

em desrespeito ao acordo de vontade das partes. Sendo o recurso previsto em lei incapaz de reverter a sucumbência experimentada pela parte, será cabível o mandado de segurança contra tal decisão[880].

9.1.9. CASUÍSTICA

Como já deve ter ficado claro, o art. 190 do Novo CPC é um vasto campo a ser explorado, havendo inúmeras e sérias dúvidas a seu respeito. Os doutrinadores precisam criar limites não casuísticos ao negócio jurídico processual, ainda que a indicação de exemplo ajude na compreensão do tema.

Diante de tal realidade, é interessante ao intérprete conhecer os Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) e da Escola de Formação dos Magistrados (ENFAM) que casuisticamente indicam hipótese que podem e que não podem ser objeto do negócio jurídico ora analisado.

Para o FPPC são admissíveis: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de

medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais, para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença.[881]

Para o FPPC são inadmissíveis os negócios jurídicos de acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, de exclusão do Ministério Público, vedação da participação do *amicus curiae*. [882]

Para a ENFAM são inadmissíveis os negócios jurídicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.[883] E são nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: autorizem o uso de prova ilícita; limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; modifiquem o regime de competência absoluta; e dispensem o dever de motivação[884].

9.2. CALENDÁRIO PROCEDIMENTAL

9.2.1. INTRODUÇÃO

O art. 191 do Novo CPC prevê de forma inovadora a possibilidade de fixação um calendário para a prática dos atos processuais, de forma semelhante a institutos já existentes no direito francês, italiano e inglês.

A grande vantagem da fixação do calendário procedimental é encontrada no § 2.º do art. 191 do Novo CPC: a dispensa de intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário. Trata-se de forma de diminuir o trabalho burocrático do cartório judicial, com a consequente eliminação de tempos mortos, que consomem em alguns casos até 95% do tempo de tramitação total do processo[885], e de se evitar a nulidade de alguma intimação realizada com vício formal. Nesse sentido devem ser reconhecidos os benefícios da nova técnica processual.

A fixação do calendário procedimental está intimamente ligada à efetividade do processo, e também da eficiência, consagrada no art. 8º do Novo CPC[886]. Além disso, conforme lição de autorizada doutrina, proporciona maior segurança jurídica, decorrente da elevada previsibilidade da duração do processo nesse modelo[887].

Compreendo que academicamente se elogie a novidade, em especial quando institutos próximos já vêm sendo aplicados com sucesso em outros países, mas novamente temo que seja mais uma novidade para a Academia do que para a praxe forense.

Os benefícios são óbvios, mas a concretização da novidade

dependerá de juízes realmente preocupados com a gestão processual, sabendo-se que com o calendário estarão se afastando do conforto da ausência de consequência no processo do descumprimento de seus prazos em razão de sua natureza imprópria. É evidente que a fixação do calendário procedimental não torna o prazo judicial próprio, porque continuará a ser válido o ato praticado pelo juiz depois do prazo, mas, se o próprio juiz desrespeitar seus prazos estabelecidos no calendário, todo o procedimento programado estará comprometido.

Não duvido de que haverá juízes que perceberão a adequação de fixar um calendário procedimental, mas não podemos fechar os olhos para a realidade. Se ainda existe algum conforto na atividade jurisdicional, é não ter verdadeiramente prazo para a prática dos atos, sendo difícil crer que os juízes se disponham a perder tal conforto. Por outro lado, de nada adianta a fixação do calendário procedimental se o juiz de antemão não se sentir obrigado a praticar seus atos nos prazos fixados. Nesse caso, naturalmente, é melhor que nem se percam tempo e energia com a fixação do calendário procedimental.

Desconfio, apesar de nunca ter sido juiz nem trabalhado em cartório judicial, que a fixação de calendário procedimental é excelente para os trabalhos cartoriais a médio e longo prazo, porque reduz significativamente os atos burocráticos de andamento do processo. Ocorre, entretanto, que, ao menos num primeiro momento, tal tarefa demandará tempo e trabalho, ainda mais pela inexperiência de todos os envolvidos (juízes e partes). E a situação de excesso significativo de volume de processos em alguns juízos

impedirá a adoção da novidade. Ainda que se possa dizer que seria dar um passo atrás para depois dar dois à frente, a verdade é que, em determinados juízos, se for dado um passo para trás, cai-se em buraco fundíssimo...

9.2.2. NEGÓCIO JURÍDICO PLURILATERAL

Não resta dúvida de que a calendarização procedimental é um negócio jurídico plurilateral, considerando-se que nos termos do art. 191, *caput*, do Novo CPC a fixação do calendário depende no caso concreto de um acordo entre as partes e o juiz. Dessa forma, não podem as partes, mesmo que formalmente perfeito o acordo, impor a calendarização ao juiz, como o contrário também não é admissível[888].

O termo *partes* utilizado pelo dispositivo ora comentado deve ser interpretado de forma ampla, ou seja, como parte no processo, porque qualquer sujeito processual que participe da relação jurídica processual será diretamente afetado pela calendarização do procedimento, sendo imprescindível sua concordância. Assim, havendo terceiros intervenientes,[889] ou o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, também deverão anuir com a calendarização procedimental sob pena de inviabilizá-la, salvo se o acordo não lhes gerar prejuízo, quando sua anuência será dispensada[890] e no caso do assistente simples, que não pode se opor à vontade do assistido, não pode impedir que ele celebre o negócio jurídico processual.

É irrelevante de quem tenha surgido a proposta de calendarização. Ela pode vir do juiz, de uma das partes, ou de

ambas, como pode surgir coletivamente na audiência de saneamento e organização do processo.

O termo *juiz* deve ser compreendido como juízo[891], já que a calendarização do procedimento também pode ocorrer em processos em trâmite nos tribunais, seja em grau recursal ou de competência originária.

9.2.3. MOMENTO DE DEFINIÇÃO DO CALENDÁRIO

Como a proposta do calendário pode ocorrer de variadas formas, não é interessante se criar um momento próprio para sua definição, ainda que o mais provável seja que sua fixação se dê no momento de saneamento e organização do processo[892]. Há, inclusive, doutrina que defende a possibilidade de a calendarização ser um negócio pré-processual, cabendo às partes levar ao juiz para homologação já no momento da propositura da ação[893]. Na audiência de conciliação e de mediação não será possível definir o calendário, já que essa audiência não ocorre na presença do juiz, e sim de um conciliador ou mediador, de forma que, no máximo, as partes poderão prever um calendário que ficará pendente da anuência do juiz.

Ainda que esteja correto o entendimento no sentido de que o juízo pode designar uma audiência com a finalidade exclusiva de fixar em conjunto com as partes um calendário procedimental[894], não devemos desconsiderar a realidade forense de pautas de audiências lotadas e pouca disposição para a realização de audiências não previstas em lei. Ou seja, possível, mas pouco provável que aconteça.

9.2.4. REVISÃO EXCEPCIONAL DO CALENDÁRIO

De qualquer forma, havendo a fixação do calendário procedimental, o § 2.º do art. 191 do Novo CPC prevê que a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário será dispensada. Eventual modificação dos prazos fixados nos calendários é excepcional, devendo ser justificada pelo juiz. E com as novas exigências de fundamentação de decisão judicial trazidas pelo art. 489, § 1º, do Novo CPC, não bastará ao juiz uma decisão-padrão, cabendo a explicação pontual e específica de não cumprimento do calendário no caso concreto.

A partir do momento em que o juiz descumprir o calendário procedimental, esse se tornará ineficaz, cabendo no caso concreto o prosseguimento do procedimento por meio de novo calendário[895] ou sem calendarização[896].

10. ATOS PROCESSUAIS

Sumário: 10.1. Introdução – 10.2. Da Prática Eletrônica de Atos Processuais: 10.2.1. Introdução; 10.2.2. Atos processuais por meio eletrônico; 10.2.3. Prática eletrônica de atos notariais e de registro; 10.2.4. Garantias dos sistemas de automação processual; 10.2.5. Publicidade; 10.2.6. Acesso e participação das partes e de seus procuradores; 10.2.7. Garantias de natureza técnica; 10.2.8. Registro do ato processual eletrônico; 10.2.9. Regulamentação da prática e da comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico; 10.2.10. Caráter oficial das informações processuais prestada pelos sistemas dos tribunais; 10.2.11. Problemas técnicos e erro ou omissão do axiliar da justiça responsável pelo registro dos andamentos; 10.2.12. Facilitação no acesso aos autos eletrônicos – 10.3. Dos atos das partes: 10.3.1. Eficácia imediata dos atos processuais; 10.3.2. Direito de exigir recibo; 10.3.3. Cotas marginais ou interlineares – 10.4. Dos Pronunciamentos do Juiz: 10.4.1. Pronunciamentos do juízo de primeiro grau; 10.4.2. Pronunciamentos proferidos em tribunal; 10.4.3. Requisitos formais dos pronunciamentos judiciais; 10.4.4. Publicação dos pronunciamentos – 10.5. Dos Atos do Escrivão ou do Chefe de Secretaria: 10.5.1. Autuação; 10.5.2. Numeração e rubrica das folhas dos autos; 10.5.3. Termo de juntada, vista e conclusão; 10.5.4. Métodos de registro dos atos processuais; 10.5.5. Formalidades materiais dos atos e termos processuais – 10.6. Do tempo dos atos processuais: 10.6.1. Dias úteis das 06:00 às 20:00; 10.6.2. Momento para a prática eletrônica de ato processual; 10.6.3. Atos praticados durante as férias forenses e feriados – 10.7. Do lugar da prática dos atos processuais – 10.8. Dos prazos: 10.8.1. Espécies de prazos processuais; 10.8.2. Comparecimento em juízo; 10.8.3. Ato praticado antes do início da contagem do prazo; 10.8.4. Contagem do prazo; 10.8.5. Intimação tácita por meio eletrônico; 10.8.6. Suspensão e interrupção do prazo; 10.8.7. Obstáculo criado pela parte contrária; 10.8.8. Foro onde for

difícil o transporte; 10.8.9. Vedação à redução de prazo sem a anuência das partes; 10.8.10. Preclusão; 10.8.11. Extinção do direito de emendar o ato processual; 10.8.12. Contagem do prazo; 10.8.13. Indisponibilidade dos sistemas de informática; 10.8.14. Publicação no diário oficial; 10.8.15. Renúncia ao prazo recursal; 10.8.16. Prazos para o pronunciamento judicial; 10.8.17. Prazos para os serventuários da justiça; 10.8.18. Termo inicial do prazo; 10.8.19. Contagem e fluência do prazo; 10.8.20. Atos da parte; 10.8.21. Atos praticados por carta; 10.8.22. Excesso de prazo pelo serventuário; 10.8.23. Restituição dos autos; 10.8.24. Excesso de prazo pelo magistrado – 10.9. Comunicação dos atos processuais: 10.9.1. Formas de comunicação; 10.9.2. Citação; 10.9.3. Intimação; 10.9.4. Cartas – 10.10. Ordem cronológica de julgamento: 10.10.1. Introdução; 10.10.2. Publicidade; 10.10.3. Requerimento em processo já incluído na ordem de julgamento; 10.10.4. Exceções à ordem cronológica; 10.10.5. Dever ou faculdade?.

10.1. INTRODUÇÃO

O andamento procedimental depende da prática de atos processuais, responsáveis pelo desenvolvimento da relação jurídica processual. O capítulo referente aos atos processuais versa sobre as diferentes espécies de atos praticados pelos sujeitos processuais, do tempo e lugar da prática de tais atos e das formas de comunicação.

10.2. DA PRÁTICA ELETRÔNICA DE ATOS PROCESSUAIS

10.2.1. INTRODUÇÃO

10.2.2. ATOS PROCESSUAIS POR MEIO ELETRÔNICO

Segundo o art. 193, *caput*, do Novo CPC, os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de modo a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei, que é substancialmente a Lei 11.419/2006. Como o tema é tratado pela Lei 11.419/2006, que continua em vigência, e também pelo Novo Código de Processo Civil, numa eventual colisão de normas deve prevalecer a norma mais recente, ou seja, aquela prevista no diploma processual[897].

O processo eletrônico é um avanço porque elimina atos humanos custosos, tanto em termos de esforço, temporais, como de custo. Por parte do serventuário da justiça elimina a necessidade de formação dos autos, da juntada de peças ou de decisões, com que se diminui o tempo morto do processo, em nítida vantagem à duração razoável do processo. Por parte do patrono e das partes o processo eletrônico facilita o protocolo das peças processuais (naturalmente quando o sistema eletrônico não trava...) e a consulta aos autos, em especial às decisões judiciais. No processo físico o advogado vai ao Fórum despachar com o juiz e fica do lado de fora de sua sala esperando a decisão, enquanto no processo eletrônico ele retorna ao escritório e acessa a internet para saber o resultado de seu pedido. E também elimina os eternos problemas de carga dos autos, em especial quando há no processo litisconsortes com patronos diferentes.

Nos atos praticados por meio eletrônico é irrelevante a assinatura do advogado no documento físico ou até mesmo sua existência[898]. A exigência nesse caso é que o titular do certificado digital utilizado para o peticionamento eletrônico tenha procuração

nos autos, sendo, inclusive, irrelevante seu nome estar ou não grafado no documento[899].

10.2.3. PRÁTICA ELETRÔNICA DE ATOS NOTARIAIS E DE REGISTRO

O parágrafo único do art. 193 do Novo CPC estende a regra do *caput*, no que for cabível, à prática de atos notariais e de registro. Apesar de o art. 37 da Lei 11.977/2009 já prever que os serviços de registros públicos instituirão o sistema de registro eletrônico, entendo que o dispositivo ora comentado tem como função, ainda que não tenha sido expressa nesse sentido, a criação de um ambiente virtual entre o Poder Judiciário e os Cartórios extrajudiciais que possibilite que entre eles sejam praticados atos eletrônicos. Significa que deve existir uma compatibilidade entre os sistemas, para que possam se comunicar. Como bem apontado pela melhor doutrina, chega a ser caricatural um juiz ser obrigado a enviar um ofício escrito para o Cartório extrajudicial para que ele o inclua em seu sistema eletrônico[900].

De qualquer forma, é válida a crítica doutrinária no sentido de que a norma é estranha ao direito processual, e estaria melhor colocada se prevista nas Leis 6.015/1973 e 8.935/1994[901]. Servirá como uma mera autorização para o uso do meio eletrônico nos atos notariais e de registro, quando deverá seguir, no que couber, as regras sobre o assunto previstas no diploma processual, que em sua grande maioria aplicam-se exclusivamente para o processo judicial[902].

10.2.4. GARANTIAS DOS SISTEMAS DE AUTOMAÇÃO PROCESSUAL

O art. 194 do Novo CPC, ao prever que o sistema de automação processual deve respeitar certas garantias se presta a consagrar a compatibilidade do processo eletrônico com o princípio do acesso à ordem jurídica justa[903]. Nem poderia ser diferente, porque o processo eletrônico na realidade é processo, e como tal, deve respeitar a todos os princípios processuais.

Como corretamente observa a melhor doutrina, o dispositivo legal tem como destinatário imediato o administrador judicial, que é o sujeito responsável por garantir um sistema de automação processual que atenda às suas exigências. Os sujeitos da relação jurídica processual são destinatários apenas indiretos porque não havendo no processo eletrônico do qual participam o atendimento às exigências contidas no art. 194 do Novo CPC não poderão ser prejudicados por isso[904]. Exemplo clássico do afirmado pode ser retirado do art. 10º, § 2º da Lei 11.419/2006 ao prever que estando o sistema indisponível por motivo técnico o prazo automaticamente se prorroga para o primeiro dia útil subsequente à resolução do problema.

10.2.5. PUBLICIDADE

A expressa previsão de que o processo eletrônico deve respeitar a publicidade é redundante, porque sem essa possibilidade estaria inviabilizada qualquer informatização do processo. Na realidade, o processo eletrônico facilita o acesso de todos aos atos e termos do processo, pois não exige mais que o consulente vá à sede do juízo para consultar os autos. Qualquer pessoa poderá acessar pela internet os autos eletrônicos, com o que a publicidade não se torna mais ampla, mas certamente é facilitada.

Não há diferença processual quanto à publicidade e às suas restrições no processo físico e eletrônico, de forma que também nesse se aplica o “segredo de justiça” previsto no art. 189 do Novo CPC, conforme, inclusive, previsto no art. 195 do Novo CPC[905]. A diferença fica por conta da forma pela qual o administrador da justiça criará as barreiras necessária de acesso aos atos e termos do processo.

10.2.6. ACESSO E PARTICIPAÇÃO DAS PARTES E DE SEUS PROCURADORES

O acesso amplo aos autos eletrônicos, tanto das partes como de seus procuradores, está garantido pelo art. 194 do Novo CPC, sendo indispensável para que essa garantia seja cumprida a existência de um sistema informático judicial estável e seguro. Por outro lado, o dispositivo garante a participação das partes e de seus procuradores, dando ênfase aos atos orais, quais sejam, a audiência e as sessões de julgamento.

Nesse sentido a norma é importante porque garante às partes, mesmo em atos orais, o acesso aos autos eletrônicos, o que, evidentemente, pode gerar problemas na prática. Basta imaginar os debates orais em audiência de instrução e julgamento. Em autos físicos o advogado tem acesso a todos os atos e termos do processo imediatamente, podendo preparar suas alegações finais com base nessa consulta prévia. Por outro lado, terá acesso aos autos físicos para rebater alguma alegação feita pelo advogado da parte contrária e que contrarie ato ou termo do processo. Nos autos eletrônicos esses atos não serão tão facilmente realizados. Terá que ser disponibilizado ao advogado um computador com acesso à internet

para que possa consultar os autos, e ainda assim dificilmente terá à sua disposição as oitivas das partes e das testemunhas ouvidas na audiência. Tais dificuldades advindas do suporte material dos autos – eletrônico – será motivo para o juiz converter os debates orais em memoriais[906].

10.2.7. GARANTIAS DE NATUREZA TÉCNICA

Disponibilidade é a qualidade de sistemas informáticos que permaneçam constantemente em funcionamento, salvo por curtos períodos de tempo em que fiquem fora do ar. Sistema indisponível – fora do ar – impede a prática de atos processuais por todos os sujeitos processuais, o Estado-juiz inclusive, mas a situação é certamente mais dramática para as partes, considerando que para elas o prazo é, ao menos em regra, próprio, e a preclusão temporal sempre estará à espreita para colocar a parte que deixa de praticar o ato no prazo legal em situação de desvantagem.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento tranquilo no sentido de que comprovada a inconsistência operacional do serviço de peticionamento eletrônico no dia fatal do prazo é tempestivo o ato praticado no primeiro dia útil subsequente[907]. O mesmo ocorre na hipótese de erro ou omissão do serventuário da justiça responsável pelo registro dos andamentos processuais[908].

Somente um sistema disponível pode ser acessível, mas não é só, porque também é preciso não vincular o processo eletrônico a apenas um determinado sistema operacional, com o que se estará limitando o acesso. Com a independência da plataforma funcional garante-se que o sistema não fique subordinado a um determinado

programa (ou sistema operacional), o que naturalmente democratiza a prática dos atos por meio eletrônico.

A interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções é ainda uma promessa distante, porque há no Brasil dezenas de sistemas, a depender de cada tribunal, para a prática dos atos processuais. Ainda que o Conselho Nacional de Justiça tenha editado a Resolução 185/2013 com o objetivo de uniformizar os diversos sistemas de processo eletrônico, a realidade é que o regramento foi incapaz de cumprir tal tarefa.

10.2.8. REGISTRO DO ATO PROCESSUAL ELETRÔNICO

Ao prever que o registro do ato processual eletrônico deverá ser feito em padrões abertos, o art. 195 do Novo CPC exige que o programa utilizado pelo Poder Judiciário não tenha qualquer custo ou limitação de uso. Por outro lado, o padrão aberto não exige daqueles que pretendam consultar os autos eletrônicos a aquisição ou instalação de componentes específicos para navegação na internet.

O art. 195 do Novo CPC prevê os requisitos do registro dos atos processuais eletrônicos: autenticidade (identificação do ator do ato processual), integridade (impossibilidade de modificação do conteúdo do ato após ele ter sido praticado), temporalidade (identificação do dia e horário da prática do ato), não repúdio (de origem, que protege o receptor da mensagem, indicando que a mensagem efetivamente originou-se do declarante, e de envio, que protege o declarante, comprovando que a mensagem foi efetivamente recebida pelo destinatário), conservação (preservação

dos atos, mantendo-os íntegros pelo tempo que se fizer necessário), e, nos casos que tramitem em segredo de justiça a confidencialidade (art. 189 do Novo CPC).

O dispositivo é mais completo que o art. 14, *caput*, da Lei 11.419/2006, que se limita a prever que "os sistemas a serem desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário deverão usar, preferencialmente, programas com código aberto, acessíveis ininterruptamente por meio da rede mundial de computadores, priorizando-se a sua padronização".

Há no dispositivo legal ora comentado a exigência de que seja observada a infraestrutura de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei. Para parcela majoritária da doutrina trata-se do ICP-Brasil, disciplinada na Medida Provisória 2.200/2001, até hoje vigente por força da Emenda Constitucional 32/2001, que tem como objetivo garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais[909]. Há, entretanto, doutrina que defende que a lei mencionada pelo art. 195 do Novo CPC ainda está por ser editada, porque a Medida Provisória 2.200/2001 não cria uma infraestrutura nacional e muito menos unificada[910].

10.2.9. REGULAMENTAÇÃO DA PRÁTICA E DA COMUNICAÇÃO OFICIAL DE ATOS PROCESSUAIS POR MEIO ELETRÔNICO

Cabe em primeiro lugar ao Conselho Nacional de Justiça a regulamentação da prática e da comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico, sendo a atuação dos tribunais

nesse sentido apenas supletiva. Registre-se nesse sentido a Resolução 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça que institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico – PJe, como sistema informatizado de processo judicial no âmbito do Poder Judiciário.

10.2.10. CARÁTER OFICIAL DAS INFORMAÇÕES PROCESSUAIS PRESTADA PELOS SISTEMAS DOS TRIBUNAIS

Segundo o art. 197, *caput*, do Novo CPC, os tribunais divulgarão as informações constantes de seu sistema de automação em página própria na rede mundial de computadores, gozando a divulgação de presunção de veracidade e confiabilidade. Essa norma é extremamente importante porque afasta de uma vez por todos, de forma clara e incontornável, a polêmica a respeito do caráter oficial das informações prestadas pelos sistemas informatizados dos tribunais.

Por incrível que pareça houve época em que o Superior Tribunal de Justiça entendia em sentido contrário, afirmando que as informações prestadas por meio eletrônico eram fonte de mera consulta supletiva, de forma que a prática de ato com base em erro em tais informações acarretaria a nulidade ou intempestividade de tal tempo[911].

Com o advento da Lei 11.419/2006, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça modificou o absurdo entendimento de entender não oficial uma informação oficial prestada por meio eletrônico pelos tribunais, passando a entender que estando em vigência legislação específica sobre o tema todas as informações veiculadas pelo sistema passassem a ser consideradas oficiais[912]. Atualmente

esse entendimento encontra-se pacificado na jurisprudência[913] e vem a ser consolidado legislativamente pelo art. 197, *caput*, do Novo CPC.

10.2.11. PROBLEMAS TÉCNICOS E ERRO OU OMISSÃO DO AXILIAR DA JUSTIÇA RESPONSÁVEL PELO REGISTRO DOS ANDAMENTOS

Já antevendo a possibilidade de problema técnico do sistema e de erro ou omissão do auxiliar da justiça responsável pelo registro dos andamentos, o art. 197, parágrafo único, do Novo CPC prevê que poderá ser configurada a justa causa prevista no art. 223, *caput* e § 1.º do mesmo diploma legal, o que impedirá que tal falha gere a perda do prazo para a prática do ato processual[914].

A respeito do tema, o art. 10, § 2.º, da Lei 11.419/2006 prevê que, se o Sistema do Poder Judiciário se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema.

10.2.12. FACILITAÇÃO NO ACESSO AOS AUTOS ELETRÔNICOS

A prática de atos processuais de forma eletrônica depende de equipamentos que nem sempre estarão ao alcance do advogado. Ainda que, atualmente, a maioria dos advogados tenha computador com acesso à internet, o art. 198, *caput*, do Novo CPC prevê que as unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais e à consulta e ao acesso ao sistema e aos documentos dele constantes. E, caso não sejam disponibilizados tais equipamentos, o parágrafo único do dispositivo prevê a admissão

da prática dos atos por meio não eletrônico. Essa preocupação já foi externada anteriormente na interpretação do art. 10, § 3.º, da Lei 11.419/2006.

Preocupado com as pessoas com deficiência, o art. 199, *caput*, do Novo CPC prevê que as unidades do Poder Judiciário assegurarão a elas a acessibilidade aos seus sítios na rede mundial de computadores, ao meio eletrônico de prática de atos judiciais, à comunicação eletrônica dos atos processuais e à assinatura eletrônica.

10.3. DOS ATOS DAS PARTES

10.3.1. EFICÁCIA IMEDIATA DOS ATOS PROCESSUAIS

As partes praticam atos unilaterais (oriundos de manifestação de vontade de apenas uma das partes) e bilaterais (oriundos de manifestação de acordo de vontades das partes) no processo, prevendo o *caput* do art. 200 do Novo CPC que tais atos produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Significa dizer que esses efeitos não dependem de homologação judicial para gerar seus efeitos, como se pode notar, por exemplo, do acordo celebrado entre as partes para suspender o processo. Ainda que não seja incomum a “homologação” dessa declaração bilateral de vontade, o efeito de suspensão do processo se opera desde o momento em que as partes celebraram o acordo e não daquele em que se deu a tal “homologação”.

Apesar de em regra os atos das partes produzirem

imediatamente constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, a desistência da ação só produzirá efeitos após a homologação judicial. Nessa excepcional hipótese a homologação judicial passa a ter eficácia *ex nunc*, de forma a se considerar a ação extinta por desistência somente a partir da prolação da sentença homologatória.

Justamente por não haver extinção por desistência antes da prolação de sentença que homologue essa declaração de vontade do autor, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que é possível o autor se retratar do pedido de desistência antes da homologação judicial, dando-se assim regular continuidade ao processo[915].

10.3.2. DIREITO DE EXIGIR RECIBO

Sempre que as partes entregarem em cartório petições (que naturalmente incluiu "arrazoados") ou documentos (que naturalmente inclui "papéis") terão o direito de exigir o recibo, que deixará documentado data e horário do protocolo, ainda que não seja incapaz de versar sobre o conteúdo do ato praticado.

Apesar de o dispositivo se referir apenas às partes, também terceiros e serventuários da justiça têm o direito a exigir o recibo quando entregarem no cartório petições, arrazoados, papéis e documentos, como o perito quando deposita seu laudo pericial, a testemunha que entrega documentos para comprovar seus gastos com a oitiva ou oficial de justiça ao entregar algum mandado cumprido.

10.3.3. COTAS MARGINAIS OU INTERLINEARES

Após a apresentação da peça processual é proibido à parte

peticionante lançar nos autos cotas marginais (escritos lançados fora do local adequado) ou interlineares (anotações lançadas entre linhas de texto escrito), havendo no art. 202 do Novo CPC uma dupla sanção: as anotações serão riscadas e a parte responderá pelo pagamento de multa correspondente à metade do salário-mínimo. Apesar do silêncio do dispositivo legal, a parte contrária será a credora do valor da multa.

Entendo que as sanções só devam ser impostas no caso de cotas marginais ou interlineares serem fruto de tentativa do patrono da parte de ludibriar o juiz, por meio de mudança abusiva ou intempestiva do teor do arrazoado. Dessa forma, não deve ser aplicada a multa na hipótese de o advogado incluir algum comentário escrito a peça já impressa, desde que o faça sem abuso no exercício de se expressar.

É inaplicável o dispositivo ora analisado à manifestação da parte por cota nos autos, quando o advogado, presente no cartório, manifesta-se de forma manuscrita nos próprios autos[916].

10.4. DOS PRONUNCIAMENTOS DO JUIZ

10.4.1. PRONUNCIAMENTOS DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU

O juízo de primeiro grau pratica uma série de atos processuais, sendo os pronunciamentos apenas espécies deles, não se confundindo, portanto, com atos como a condução de audiência, a colheita de provas, a tentativa de conciliação. A sentença é pronunciamento exclusivo do juiz de primeiro grau, enquanto o

despacho e a decisão interlocutória podem ser proferidos em qualquer grau de jurisdição.

10.4.1.1. Sentença

O art. 203, § 1º, do Novo CPC conceitua a sentença tomando como critério tanto o seu conteúdo como seu efeito para o processo. O dispositivo legal prevê ser a sentença, salvo as previsões expressas nos procedimentos especiais, como o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Fica clara a opção do legislador em criar um conceito híbrido, que considera tanto o conteúdo como o efeito da decisão para qualificá-la como sentença.

No Capítulo 23, item 23.1. é desenvolvida a análise a respeito do conceito de sentença.

10.4.1.2. Decisão interlocutória

O art. 203, § 2º do Novo CPC optou por um conceito residual de decisão interlocutória, prevendo-a como qualquer pronunciamento decisório que não seja sentença. Nesse caso a decisão interlocutória poderá ter como conteúdo questões incidentais ou mérito, como ocorre, por exemplo, no julgamento antecipado parcial de mérito.

Caberá ao intérprete, a partir do momento em que definir tratar-se de pronunciamento decisório do juízo de primeiro grau, buscar os requisitos previstos pelo § 1º do art. 203 do Novo CPC para conceituar a sentença. Se o conteúdo do pronunciamento decisório não estiver consagrado nos arts. 485 ou 487 do Novo

CPC, não resta dúvida a respeito de sua natureza de decisão interlocutória. Trata-se da decisão de questões incidentes, tais como o valor da causa, a concessão de gratuidade de justiça, questões probatórias, intervenção de terceiro, aplicação de multas, etc.

É possível que o pronunciamento decisório tenha como conteúdo matérias do art. 485 ou 487 do Novo CPC, mas se não colocar fim a fase de conhecimento do procedimento comum ou extinguir a execução será considerada uma decisão interlocutória, sendo irrelevante ter como conteúdo a solução de uma questão incidental ou o mérito do processo.

10.4.1.3. Despacho

O § 3º do art. 203 do Novo CPC ao prever que despachos são todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo deve ser interpretado à luz dos dois parágrafos anteriores. Fica claro que os dois primeiros parágrafos do art. 203 do Novo CPC tratam da conceituação dos pronunciamentos decisórios, de forma que o despacho só pode ser considerado um pronunciamento sem caráter decisório, tradicionalmente associado a atos necessários para o desenvolvimento do procedimento.

10.4.1.4. Decisão interlocutória x despacho

Nem sempre é fácil distinguir uma decisão interlocutória de questão incidental e de um despacho. E essa distinção é importante porque o despacho é irrecorrível e a decisão interlocutória não, sendo passível de impugnação por agravo de instrumento ou como preliminar de apelação ou contrarrazões desse recurso, a depender de estar ou não prevista no rol consagrado pelo art. 1.015 do Novo

CPC.

Segundo tradicional lição do Superior Tribunal de Justiça, a diferenciação entre decisão interlocutória e despacho está na existência, ou não, de conteúdo decisório e de gravame. Enquanto os despachos são pronunciamentos meramente ordinatórios, que visam impulsionar o andamento do processo, sem solucionar controvérsia, a decisão interlocutória, por sua vez, ao contrário dos despachos, possui conteúdo decisório e causa prejuízo às partes[917].

Entendo que a existência de prejuízo seja um elemento irrelevante para a distinção entre decisão e despacho. Não vejo qualquer problema em aceitar que, excepcionalmente, um pronunciamento com conteúdo decisório mínimo seja capaz de gerar um prejuízo às partes, hipótese em que deverá ser atacado por meio do mandado de segurança. Também imagino a possibilidade de uma decisão interlocutória que não gere qualquer prejuízo às partes, o que, entretanto, não será suficiente para que tal pronunciamento seja considerado como um despacho.

A distinção em meu entender deve ser feita partindo-se da premissa de possibilidade legal de resolver a questão incidental em outro sentido. Ou seja, se o pronunciamento se limita a cumprir o que está expressamente previsto em lei, sem qualquer margem de consideração apreciativa pelo juízo, o pronunciamento será um despacho. Assim, por exemplo, quando o juiz chama os autos a conclusão quando a petição é despachada pelo advogado, ou ainda quando intima a parte para se manifestar em réplica diante de preliminar de contestação. São hipóteses em que o pronunciamento

do juiz decorre de expressa previsão legal, não existindo a ele qualquer margem de efetiva decisão.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir não ter conteúdo decisório o despacho que remete cópias ao Ministério Público para a apuração de eventual crime, dando estrito cumprimento ao que dispõe o art. 40 do Código de Processo Penal[918].

10.4.1.5. Atos ordinatórios

O § 4º do art. 203 do Novo CPC prevê que os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário. Nesse caso o ato praticado pelo servidor não é impugnável, cabendo à parte provocar o juízo a respeito do ato e impugnar esse pronunciamento judicial[919].

Como somente os atos ordinatórios podem ser praticados pelo servidor, passa a ser necessária uma distinção deles com os despachos. O despacho, dessa forma, teria um conteúdo decisório mínimo, enquanto os atos ordinatórios não teriam qualquer carga decisória.

10.4.2. PRONUNCIAMENTOS PROFERIDOS EM TRIBUNAL

Os tribunais de segundo grau e de superposição, na atuação de sua competência originária, recursal, ou no julgamento do reexame necessário, proferem, a exemplo do que ocorre com o juiz de primeiro grau, pronunciamentos judiciais, de três diferentes espécies: (a) despacho; (b) decisão interlocutória; (c) decisão final.

Os despachos e as decisões interlocutórias são em regra proferidas por meio de decisão unipessoal do relator, do presidente ou do vice-presidente do tribunal. Já as decisões finais são proferidas, em regra, pelo órgão colegiado.

Na realidade, todos esses pronunciamentos são de competência do órgão colegiado, funcionando o relator como um "porta-voz avançado" desse órgão, que por razões de facilitação procedimental ou urgência da situação recebe de forma delegada do órgão colegiado a competência, ou seja, o poder de proferir pronunciamentos de forma legítima.

10.4.2.1. Acórdão

Sempre que o pronunciamento, independentemente de sua natureza, for proferido por um órgão colegiado, será proferido um acórdão, que é a decisão – interlocutória ou final – representativa de qualquer decisão colegiada proferida nos tribunais.

Houve época em que toda decisão final proferida em tribunal era reservada ao órgão colegiado, reservando-se a decisão unipessoal para os despachos e decisões interlocutórias. Essa realidade, entretanto, foi substancialmente modificada a partir de 1998, sendo atualmente muito comum a prolação de decisões monocráticas como forma de decidir recursos, reexame necessário e processos de competência originária do tribunal. Os acórdãos, entretanto, continuam a ser pronunciamento comum e frequente nos tribunais, ainda quando proferidos em agravo interno, justamente o recurso previsto para atacar a decisão unipessoal e que só não serão julgados por um acórdão na hipótese de retratação do relator.

10.4.3. REQUISITOS FORMAIS DOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS

Todo pronunciamento judicial, independentemente da espécie e do grau em que for proferido, deverá ser redigido, datado e assinado pelos juízes. Ainda que seja notório que os juízes tenham assistentes que os ajudam nas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, além da redação do pronunciamento, cabe a eles, ao menos oficialmente, a redação.

A assinatura, que é indispensável, porque sem ela o pronunciamento não passa de mero parecer, sem eficácia jurídica, pode ser feita eletronicamente. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a ausência de assinatura em decisão pode não gerar sequer nulidade se ficar concretamente demonstrado ter sido a decisão lavrada pelo juízo competente para tanto[920]. Sendo a decisão colegiada não se exige a assinatura de todos os componentes do órgão para sua validade[921].

Na hipótese de pronunciamento oral, caberá ao servidor sua documentação, submetendo-os aos juízes para revisão e assinatura. Trata-se de prática rotineira em audiências realizadas em primeiro grau, quando o servidor apresenta ao juiz o termo de audiência para assinatura.

10.4.4. PUBLICAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS

Os despachos e as decisões interlocutórias devem ser publicados na íntegra no Diário de Justiça Eletrônico, enquanto que para as sentenças e acórdãos basta a publicação do dispositivo.

Entendo que o § 3º do art. 205 do Novo CPC deva ser

interpretado à luz da nova realidade criada pelo novo diploma legal de que a decisão interlocutória poderá ser de mérito, hipótese em que se assemelha com a sentença em termos de conteúdo, sendo nesse caso possível a publicação somente do dispositivo da decisão.

O dispositivo ora comentado é omisso quanto a decisão monocrática final do relator que substitui o acórdão na decisão do recurso, reexame necessário e processos de competência originária do tribunal. Acredito que nesse caso, como a decisão unipessoal substitui o acórdão, deve ser a ela aplicada a regra dele, bastando a publicação do dispositivo da decisão.

10.5. DOS ATOS DO ESCRIVÃO OU DO CHEFE DE SECRETARIA

10.5.1. AUTUAÇÃO

Cabe ao interessado provocar o Poder Judiciário por meio da propositura da ação, que se dá, nos termos do art. 312 do Novo CPC, com o protocolo da petição inicial. Após esse protocolo haverá o registro e, quando necessário, a distribuição. Após esses atos burocráticos a petição inicial e os documentos que a instruem chegarão ao cartório judicial, cabendo ao escrivão ou ao chefe de secretaria a atuação da petição inicial.

A autuação representa a colocação de uma capa que protegerá fisicamente a petição inicial, os documentos que a instruem e todas as demais peças a serem protocoladas, bem como as certidões, cópias de ofícios e decisões do juízo. Nessa capa caberá ao escrivão ou ao chefe da secretaria a indicação do juízo, da natureza do

processo, o número de seu registro, os nomes das partes e a data de seu início.

A atuação do escrivão ou do chefe da secretaria na autuação da petição inicial é exclusiva do processo que tenha autos físicos, porque nos autos eletrônicos os requisitos exigidos para a atuação são preenchidos pelo próprio autor. Não há, propriamente, uma autuação automática, conforme previsto no art. 10 da Lei 11.419/2006, já que caberá ao advogado do autor a indicação do juízo, da natureza do processo, o número de seu registro, os nomes das partes e a data de seu início.

No caso de autos eletrônicos a função do escrivão ou do chefe de secretaria deixa de ser executória e passa a ser fiscalizatória, cabendo a ele analisar a adequação dos dados indicados pelo advogado do autor em sua distribuição eletrônica da petição inicial.

Para facilitar o manuseio dos autos por todos os envolvidos no processo, não se admite que sejam eles compostos de laudas em número indefinido. Assim, chegando as laudas juntadas aos autos em determinado número, caberá ao escrivão ou ao chefe de secretaria a formação de novos autos, sendo nesse caso repetidos os dados da autuação originária, apenas com o indicativo de se tratar de um novo volume.

Além dos demais volumes de um mesmo processo é possível que seja necessária a autuação de petições iniciais de ações incidentais ou acessórias, sendo nesse caso necessária rigorosamente uma nova autuação, ainda que os autos possam ser juntados fisicamente aos autos do processo principal.

10.5.2. NUMERAÇÃO E RUBRICA DAS FOLHAS DOS AUTOS

Formado os autos do processo, cabe ao escrivão ou ao chefe da secretaria a numeração de todas as folhas, o que deve fazer de forma sequencial a fim de evitar, ao menos no processo em autos físicos, a subtração de alguma peça. A numeração também é exigível no processo em autos eletrônicos, de forma a facilitar, tanto quanto nos autos físicos, a consulta a referência às folhas de forma mais organizada.

Além de numerar todas as páginas, o escrivão ou o chefe da secretaria deverá apor sua rubrica em todas elas, o que atestará que aquela numeração foi realizada pelo próprio servidor, ou por alguém às suas ordens. Nos autos eletrônicos a rubrica será substituída pela certificação digital do servidor que numerar as folhas.

Enquanto a rubrica em todas as folhas dos autos é um dever do escrivão ou do chefe da secretaria, para as partes, para o procurador, para o membro do Ministério Público, para o defensor público e para os auxiliares da justiça trata-se de mera faculdade a rubrica das folhas correspondentes aos atos em que intervierem. Significa dizer que poderão opor a rubrica nas folhas que documentam tais atos, mas sua ausência não gerará qualquer consequência processual.

10.5.3. TERMO DE JUNTADA, VISTA E CONCLUSÃO

Termo é expressão utilizada para designação da documentação de ato praticado pela serventia judiciária. Caso o ato seja praticado por oficial de justiça essa documentação dar-se-á por meio de auto.

A introdução de quaisquer documentos aos autos do processo é documentada por meio de um termo de juntada, geralmente um documento padronizado que depende apenas do preenchimento de alguns dados referentes ao caso concreto. A reponsabilidade pela juntada de forma íntegra e inteira das peças protocoladas é da serventia[922]. Da mesma forma que se tem termo de juntada, também caberá ao escrivão ou chefe de secretaria a elaboração de termo de desentranhamento quando assim for decidido pelo juízo.

Por termo de vista entende-se o ato de passar os autos aos advogados, membros do Ministério Público ou da Defensoria Pública, enquanto o termo de conclusão é justamente a vista do juiz, ou seja, é passar aos autos ao juiz para alguma deliberação.

O dispositivo legal é expresso em indicar o rol exemplificativa da juntada, vista e conclusão como atos praticados pela serventia que devem ser documentados em um termo. Pode se dar como exemplo não previsto expressamente no dispositivo a penhora por termo nos autos, o que ocorrerá sempre que for desnecessária a presença do oficial de justiça para a realização do ato processual (p. ex; penhora pelo sistema BacenJud).

Todo termo elaborado pelo escrivão ou pelo chefe da secretaria deverão ser datados e rubricados. A data do termo é de essencial relevância, em especial quando a contagem de prazos depende dessa data, sendo a rubrica a formalidade que permite a conclusão de que a data foi aposta pelo escrivão ou pelo chefe da secretaria e por isso dotada de fé pública.

10.5.4. MÉTODOS DE REGISTRO DOS ATOS

PROCESSUAIS

O art. 210 do Novo CPC permite o uso da taquigrafia e da estenotipia para o registro dos atos processuais em qualquer juízo, seja de primeiro grau ou tribunal. No primeiro caso tem-se a escrita abreviada à mão, enquanto no segundo tem-se a escrita abreviada por meio de aparelho mecânico chamado estenótipo.

Esses dois métodos de registro dos atos processuais são meramente exemplificativos, conforme expressamente consta do dispositivo ora comentado ao admitir o registro por qualquer método idôneo. É inclusive curiosa sua manutenção expressa no Novo Código de Processo Civil em razão de seu flagrante desuso, em especial a estenotipia. Registre-se especial destaque aos atos processuais registrados eletronicamente, como, por exemplo, a gravação em vídeo de audiência.

10.5.5. FORMALIDADES MATERIAIS DOS ATOS E TERMOS PROCESSUAIS

A confiabilidade dos atos e termos processuais é essencial dentro do espirito do processo justo, sendo inadmissível a existência de espaços em branco, salvo se inutilizados expressamente, as entrelinhas, emendas ou rasuras, salvo quando expressamente ressalvadas. Há nítida preocupação do legislador com a confiabilidade do conteúdo do ato ou termo processual, já tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido pela imprestabilidade de documento rasurado para comprovar a tempestividade recursal[923].

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, informação posta à

mão em documento que deveria ser preenchido eletronicamente é considerada como rasura[924].

10.6. DO TEMPO DOS ATOS PROCESSUAIS

10.6.1. DIAS ÚTEIS DAS 06:00 ÀS 20:00

Os atos processuais devem ser praticados em dias uteis, ou seja, em dias que não sejam considerados feriados para efeitos forenses (art. 216 do Novo CPC). Excepcionalmente se admitirá a prática de atos processuais, em especial a prolação de decisões, em dias sem expediente forense, quando o tribunal funcionar em sistema de plantão judiciário. Nesses casos, em razão da urgência e da relevância da matéria, é possível se obter decisão mesmo não havendo expediente forense.

Além de serem praticados em dias úteis, os atos processuais devem ser praticados entre as 6 (seis) às 20 (vinte) horas, entendendo a doutrina majoritária que esse prazo não se confunde com o horário forense, que é aquele em que o fórum se encontra aberto ao público para a prática de atos processuais que dependam de peticionamento ou de requerimento em processos que tenham autos físicos[925]. Significa dizer que, dentro dos limites impostos pelo dispositivo ora analisado, as leis de organização judiciária determinarão o horário de expediente forense, ou seja, de funcionamento do fórum.

A distinção é importante porque para fins de contagem de prazo para a prática de atos em processos com autos físicos deve se considerar o horário do expediente forense e não aquele indicado pelo *caput* do art. 212 do Novo CPC, nos termos do § 3º do

dispositivo ora comentado. Ou seja, se a lei de organização judiciária determina que o expediente forense se encerra às 18:00, qualquer petição protocolada após esse horário será, para fins de contagem de prazo, considerada protocolada no primeiro dia útil subsequente. Já era nesse sentido o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC/1973[926], inclusive para atos práticos por *fac simile*[927].

Registre-se que é o protocolo que interessa para fins de contagem de prazo, de forma que de nada adianta a certificação por serventuário de que o ato foi praticado dentro do horário de expediente forense se o protocolo indicar em sentido contrário[928]. Nem mesmo despacho do juiz tem tal serventia, sempre sendo considerado somente o horário do protocolo em cartório.

Nos termos do § 1º do art. 212 do Novo CPC serão concluídos após as 20 horas os atos iniciados antes, quando o adiamento prejudicar a diligência ou causar grave dano. Trata-se de salutar medida fundada nos princípios da economia processual e duração razoável do processo.

Basta para justificar a previsão o exemplo de uma audiência na qual ainda tenha que ser ouvida uma testemunha, que está à disposição do juízo no fórum, sendo viável em decorrência da previsão legal que o ato prossiga até sua conclusão, o que evitará uma nova designação para a continuidade da audiência e evitará o transtorno da testemunha ter que voltar à sede do juízo.

Além de atos já iniciados que podem se encerrar depois das 20

horas, cumpre registrar que nos Juizados Especiais, nos termos do art. 12 da Lei 9.099/95, os atos podem ser praticados em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária. Podem, portanto, ter início após as 20 horas e não meramente continuar se tiverem se iniciado antes desse horário.

Para os atos praticados fora do juízo não se exige respeito aos limites traçados pelo art. 212, *caput*, do Novo CPC, ou seja, podem ser praticados antes das 6 horas, depois das 20 horas e em dias considerados como feriados forenses (art. 216 do Novo CPC). O art. 212, § 2º do Novo CPC, que prevê de forma exemplificativa os atos de citação, intimação e penhora, dispensa autorização específica do juízo para que os atos ocorram além dos limites consagrados no *caput* do art. 212 do Novo CPC, o que deve ser elogiado porque desburocratiza o procedimento.

A norma está em consonância com os dias atuais, em que as pessoas praticamente vivem para trabalhar e só conseguem ser localizadas em seus domicílios aos finais de semana ou em horários alternativos.

Há, entretanto, um obstáculo possível à realização do ato pelo oficial de justiça no período noturno, já que não poderá deixar de observar o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Sendo a casa considerada pelo texto constitucional asilo inviolável do indivíduo, permitindo a prática de atos somente quando autorizados judicialmente durante o dia, para que o ato seja praticado no período noturno deverá haver consentimento da parte.

10.6.2. MOMENTO PARA A PRÁTICA ELETRÔNICA DE

ATO PROCESSUAL

Segundo o art. 213, *caput*, do Novo CPC, a prática eletrônica de ato processual pode ocorrer em qualquer horário até as vinte e quatro horas do último dia do prazo. Já o parágrafo único do dispositivo prevê que o horário vigente no juízo perante o qual o ato deve ser praticado será considerado para fins de atendimento do prazo.

Num primeiro momento considerei que o dispositivo contrariava a previsão do art. 10, § 1.º, da Lei 11.419/2006, que dispõe que, quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição eletrônica, serão considerados tempestivos os efetivados até as 24 horas do último dia, sendo esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça diante do silêncio quanto ao tema no CPC/1973[929].

Em minha primeira impressão o termo “horário vigente” seria interpretado como “horário do expediente forense”, tornando assim homogênea a contagem de prazos nos processos eletrônicos e físicos.

Numa análise mais aprofundada do dispositivo legal percebo que me equivoquei, porque na realidade o horário vigente não se refere ao horário do expediente forense, servindo na realidade para indicar o horário vigente no foro judicial. A norma, portanto, se presta a tratar dos diferentes fusos horários existentes no Brasil, de forma que o ato poderá ser praticado até as 24 horas do último dia do prazo considerando-se o fuso horário do local do foro em que tramita o processo, e não do local da prática do ato (escritório do

advogado que peticiona eletronicamente)[930].

10.6.3. ATOS PRATICADOS DURANTE AS FÉRIAS FORENSES E FERIADOS

Durante as férias forenses e os feriados não haverá expediente forense, em regra não se praticarão atos processuais, sendo excepcionada a regra para a realização de citação, intimação e penhora e para atos referentes à tutela de urgência (cautelar e antecipada), tanto no tocante à sua concessão como à sua efetivação[931].

A lei estabelece os feriados nacionais, estaduais e municipais, que só devem ser computados como feriados forenses se naquela data não houver expediente forense. É natural que nos feriados nacionais isso ocorra, mas há feriados locais em que excepcionalmente o Poder Judiciário funciona normalmente, de forma que essas datas não serão consideradas como feriados forenses. Também é feriado forense o sábado e o domingo, dias em que também não há expediente forense.

Para parcela da doutrina, havendo a concessão de tutela de urgência, por uma questão de respeito à paridade de armas, também deve se admitir à parte contrária a reação a tal concessão, seja por via de pedido de reconsideração ou da interposição de recurso, que fatalmente também terá um pedido de tutela de urgência que deverá ser analisado e decidido, mesmo que durante as férias forenses e feriados[932].

A tutela de urgência consagrada no art. 214, II, do Novo CPC deve ser interpretada ampliativamente, de forma a admitir a prática

de ato mesmo quando esse não estiver expressamente associado aos arts. 294 a 310 do Novo CPC. Um bom exemplo é a produção antecipada de provas, que deixou de ser uma cautelar típica, mas ainda tem entre suas hipóteses de cabimento o risco de a prova não poder ser produzida no momento adequado (art. 381, I, do Novo CPC)[933]. Nesse caso a produção antecipada de prova terá natureza cautelar e nesse sentido poderá ser produzida durante as férias e feriado forense, desde que o autor do pedido convença o juiz que não pode nem mesmo esperar o final das férias ou do feriado para produzir a prova.

Há intenso debate doutrinário a respeito da espécie de vício e em qual plano deve ser colocado o ato processual praticado durante as férias ou feriados forenses que não sejam tipificados nas exceções consagradas pelos incisos do art. 214 do Novo CPC. Há doutrina que entende tratar-se de ato juridicamente inexistente[934], enquanto outra parcela defende a invalidade do ato, ainda que não sua nulidade em razão da inexistência de prejuízo[935], e uma terceira corrente doutrinária defende que o ato seja temporalmente ineficaz, ou seja, só passe a gerar efeitos a partir do fim das férias ou feriado forense[936].

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o ato praticado nas circunstancias ora analisadas existe juridicamente, é válido, e tem sua eficácia condicionada ao final do feriado e férias forenses, em especial no tocante ao início da contagem de prazo[937].

O art. 215, *caput*, do Novo CPC prevê que em regra os processos não se processam durante as férias forenses, não se

suspendendo em razão de sua superveniência. Consagra em seus três incisos as exceções a essa regra, de processos, portanto, que continuam a tramitar normalmente durante as férias forenses: procedimentos de jurisdição voluntária; processos necessários à conservação de direitos, quando puderem ser prejudicados pelo adiamento; processo de alimentos; processo de nomeação ou remoção de tutor e curador e outros processos que a lei determinar, como ocorre com os processos locatícios (art. 58, I, da Lei 8.245/1991) e como o processo de desapropriação (art. 39, Decreto-Lei 3.365/1941).

O dispositivo tem forçosamente que ser interpretado à luz do art. 93, XII, da CF, que estabelece não existirem mais férias coletivas em primeiro grau e nos tribunais de segundo grau, órgãos que deverão manter as atividades jurisdicionais de forma ininterrupta. Diante dessa realidade, a aplicação do art. 215 do Novo CPC fica limitada aos tribunais superiores[938], o que indiscutivelmente o torna dispositivo de pouca aplicação prática.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça rotineiramente equipara o recesso forense com as férias, em especial quanto à prorrogação do prazo prescricional[939] e à suspensão dos prazos processuais[940]. Nesse sentido é possível que o dispositivo ora analisado venha a ser aplicado durante o recesso forense nos juízos de primeiro grau e nos tribunais de segundo grau.

10.7. DO LUGAR DA PRÁTICA DOS ATOS PROCESSUAIS

Nos termos do art. 217 do Novo CPC, os atos processuais serão em regra praticados na sede do juízo. Há, entretanto, exceções à essa regra, quando os atos processuais poderão ser praticados em outro lugar.

A deferência a determinadas autoridades arroladas no art. 454 do Novo CPC permite que elas sejam ouvidas em sua residência ou onde exerçam sua função, criando uma excepcional hipótese de oitiva de testemunha fora da sede do juízo.

Em razão do interesse da justiça também é possível que o ato seja praticado fora da sede do juízo, como ocorre com a justificação, meio de prova na qual o juiz se coloca em contato direto com a coisa, pessoa ou local que servirá como fonte de prova. Nesse caso, o art. 483 do Novo CPC prevê as hipóteses em que o juiz irá ao local onde se encontre a pessoa ou coisa. Também poderá o juiz comparecer ao local do conflito possessório, nos termos do art. 565, § 3º do Novo CPC.

Há atos processuais que pela sua própria natureza não podem ser praticados na sede do juízo, como se verifica com atos de comunicação de atos judiciais que deverão ocorrer por via postal ou por oficial de justiça. Excepcionalmente, entretanto, esses atos podem ocorrer na sede do juízo, já que a parte pode se dar por citada e intimada na sede do juízo e terceiros podem fazer o mesmo quanto à sua intimação. O mesmo fenômeno ocorre com atos de constrição judicial, que se dependerem da atuação do oficial de justiça naturalmente ocorrerão fora da sede do juízo, o mesmo não ocorrendo quando a constrição puder ser realizada por termo nos autos.

Havendo um obstáculo arguido pelo interessado para que o ato seja praticado fora da sede do juízo, o juiz poderá, desde que convencido, assim proceder. Exemplos clássicos são a oitiva de testemunha acometida de enfermidade ou por outro motivo relevante que a impossibilite de comparecer à sede do juízo (art. 449, parágrafo único do Novo CPC) e a oitiva do interditando que não possa se deslocar (art. 751, § 1º do Novo CPC).

Entendo que a expedição de carta precatória para a prática de ato processual não excepciona o dispositivo ora analisado, porque nesse caso o ato continuará a ser praticado na sede do juízo, mas não do juízo da causa e sim do juízo deprecado. Inclusive no depoimento pessoal e oitiva de testemunha por meio de videoconferência ou outro meio tecnológico de transmissão de som e imagem o ato será praticado na sede do juízo deprecado. O mesmo raciocínio se aplica à expedição de carta rogatória para a prática de ato processual no exterior.

10.8. DOS PRAZOS

10.8.1. ESPÉCIES DE PRAZOS PROCESSUAIS

Os prazos podem ser legais (fixados pela lei), judiciais (fixados pelo juiz) ou convencionais (fixados por acordo procedimental celebrado entre as partes nos termos do art. 190 do Novo CPC).

Em regra, a lei prevê prazos específicos para a prática de atos processuais, cabendo às partes e mesmo ao juízo atentar para tais previsões para evitar a intempestividade do ato processual. Para as

partes a intempestividade gera preclusão temporal, já que seus prazos são próprios, enquanto que para o juízo os prazos são, ao menos em regra, impróprios, de forma que o ato judicial praticado além do prazo é válido e eficaz como se tivesse disso praticado dentro do prazo.

Havendo omissão da lei em prever de forma específica o prazo processual para a prática do ato poderá o juiz fixar o prazo no caso concreto levando em conta a complexidade do ato a ser praticado. Como se pode notar pela leitura do art. 218, § 1º, do Novo CPC, a atividade do juiz de fixar prazos processuais é subsidiária, só podendo ser exercida quando a lei for omissa a esse respeito. Se a fixação de prazo pelo juiz está condicionada à omissão da lei, seus poderes são bem mais amplos, até mesmo ilimitados, no tocante ao aumento de um prazo legal, nos termos do art. 139, VI do Novo CPC.

Na hipótese de omissão legal e de inércia do juiz em fixar um prazo para a prática do ato processual o prazo será de 5 dias. Trata-se de um prazo legal genérico, aplicável a qualquer espécie de ato processual diante do binômio silêncio da lei-omissão do juiz.

10.8.2. COMPARECIMENTO EM JUÍZO

Nos termos do art. 218, § 2º do Novo CPC, quando a lei não prever e o juiz não determinar prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento após decorridas 48 horas. Trata-se de um prazo mínimo para que o intimado se prepare para comparecer em juízo, não parecendo razoável que as pessoas sejam prejudicadas com intimações para comparecimento em juízo em prazo mais exíguo do que esse.

É importante ressaltar que os §§ 2º e 3º do art. 218 do Novo CPC não se confundem porque tratam de situações distintas, ainda que geradas pelo binômio silêncio da lei-omissão do juiz. O prazo mínimo de 48 horas é para comparecimento em juízo, de forma que o intimado não terá que praticar qualquer ato processual, porque sendo intimado para tanto seu prazo será de 5 dias[941].

10.8.3. ATO PRATICADO ANTES DO INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO

Todo prazo tem um termo inicial (*dies a quo*) e um termo final (*dies ad quem*), ou seja, uma data em que tem início a contagem do prazo e outra em que se dá seu fim. O termo inicial, ao menos em regra, é a intimação da parte, e o termo final é calculado com base no prazo previsto em lei ou indicado pelo juiz no caso concreto.

Apesar de o termo inicial do prazo se dar, ao menos em regra, com a intimação das partes, não se pode aceitar a tese criada nos tribunais superiores de ato prematuro, ou de intempestividade *ante tempus*, especialmente utilizada para não se conhecer de recurso por intempestividade[942]. A tese afirma que o ato processual intempestivo é aquele interposto fora do prazo, o que pode ocorrer depois de finda ou antes de iniciada a sua contagem. Com esse raciocínio, tem-se por intempestivo o ato processual interposto antes da intimação das partes, considerado que o termo inicial para a contagem do prazo ainda não se verificou. E ainda mais extravagante, trata-se de uma intempestividade sanável, porque se a parte que praticou o ato prematuramente o reiterar após sua intimação, o ato processual será considerado tempestivo.

O entendimento é lamentável porque conspira claramente contra os princípios da duração razoável do processo e da cooperação. Apesar de recentemente o Supremo Tribunal Federal ter superado a tese do recurso prematuro intempestivo[943], a tendência de nossos tribunais na vigência do CPC/1973 era sua aplicação, em mais um triste capítulo do fenômeno conhecido por "jurisprudência defensiva". Nesse sentido deve ser saudada a previsão do art. 218, § 4º do Novo CPC, que consagra expressamente que o ato praticado antes da intimação da parte é tempestivo, independentemente de reiteração após a intimação.

10.8.4. CONTAGEM DO PRAZO

Os prazos podem ser fixados em minutos (por exemplo, no prazo de 20 minutos prorrogáveis por mais 10 na sustentação oral, nos termos do art. 364, *caput*, do Novo CPC), dias (por exemplo, nos prazos recursais), meses (por exemplo, o prazo de 2 meses para pagamento de RPV previsto no art. 535, § 3º, II, do Novo CPC) ou anos (por exemplo, o prazo de 1 ano de paralisação do processo para sua extinção por abandono bilateral, previsto no art. 485, II, do Novo CPC).

Apesar dessa pluralidade temporal, os prazos processuais são em regra contados em dias, e quanto a eles há uma grande novidade no Novo Código de Processo Civil. O art. 219, *caput*, do Novo CPC traz interessante inovação quanto à contagem de prazo, passando a estabelecer que a contagem de prazo em dias, determinado por lei ou pelo juiz, computará somente os dias úteis.

Sendo advogado militante no contencioso cível, não tenho

como deixar de saudar efusivamente a novidade legislativa. Nem é preciso muita experiência forense para se compreender que com prazos em trâmite durante o final de semana o advogado simplesmente não tem descanso. Basta imaginar o termo inicial de contestação numa ação cautelar numa quarta-feira com feriado na quinta e sexta.

Com o pedido de desculpas antecipadas aos que entendem o contrário, a crítica de que a previsão legal ofende o princípio da celeridade processual destoa em absoluto da realidade forense. O processo demora demais, muito além do tempo razoável previsto no art. 5.º, LXXVIII, da CF, mas culpar os prazos por isso é inocência. A culpa na realidade é do tempo morto, ou seja, o tempo de espera entre os atos processuais, principal culpado pela morosidade procedimental. Com audiências sendo designadas para meses depois, com autos conclusos a perder de vista, com esperas dramáticas pela mera juntada de uma peça, entender que a contagem de prazos somente durante os dias úteis irá atrasar o andamento do processo é trabalhar em paralelo com a realidade.

O parágrafo único do dispositivo ora analisado deixa claro que a regra se aplica somente aos prazos processuais, de forma que os prazos para o cumprimento de obrigações determinadas por decisão judicial continuam a ser contados de maneira contínua, inclusive em férias, feriados e finais de semana[944].

Da mesma forma não se aplica a regra do *caput* do art. 219 do Novo CPC a prazo de prescrição e de decadência, que são prazos materiais e não processuais[945]. Dessa forma, por exemplo, o prazo

de 120 dias para a impetração do mandado de segurança consagrado no art. 23 da Lei 12.016/2009, ainda que fixado em dias, por ter natureza material será contado de forma ininterrupta.

10.8.5. INTIMAÇÃO TÁCITA POR MEIO ELETRÔNICO

Na hipótese de intimação por meio eletrônico é reputado como termo inicial do prazo a data da consulta efetuada pelo destinatário em portal próprio do Tribunal ou em 10 dias corridos, contados do envio da comunicação pelo portal caso o destinatário não a acesse.

O § 3º do art. 5º da Lei 11.419/2006 é norma específica e que prevê expressamente que o prazo de 10 dias será contado em dias corridos, não sendo, portanto, aplicável a tal prazo a regra geral do art. 219, *caput*, do Novo CPC[946]. Na intimação tácita por meio eletrônico, portanto, continuará a serem contados, durante o prazo, os feriados, férias forenses e dias sem expediente forense.

10.8.6. SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO DO PRAZO

Havendo causa de suspensão de prazo, como aquela prevista no art. 220, *caput* do Novo CPC, a contagem do prazo é interrompida durante o período previsto por lei, sendo devolvido à parte o saldo do prazo ainda não transcorrido antes do início do período de suspensão. Tendo a parte um prazo de 15 dias para apelar e sendo intimada da sentença no dia 15 de dezembro, uma segunda-feira, até o início do recesso forense serão contados 4 dias (16, 17, 18 e 19 de dezembro), de forma que, a partir do dia 21 de janeiro e do primeiro dia útil subsequente posterior a essa data, a parte terá mais 11 dias para interpor o recurso de apelação.

Fenômeno diferente se observa na hipótese de interrupção do

prazo, porque nesse caso, encerrado o período de interrupção, a parte receberá o prazo na íntegra, sendo irrelevante o transcurso de dias desse prazo antes do início do período de interrupção. Assim por exemplo, ocorre com a interrupção do prazo recursal gerada pela interposição dos embargos de declaração (art. 1.026, *caput*, do Novo CPC). Dessa forma, caso a parte intimada da sentença se aproveite do prazo máximo para interposição dos embargos de declaração (5 dias), ainda terá o prazo integral de 15 dias para apelar após ser intimada do julgamento do recurso interposto.

Segundo o art. 220, *caput*, do Novo CPC, suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive. O dispositivo apenas uniformiza o prazo de suspensão durante as festas de final de ano e o início de janeiro, não tratando – nem poderia fazer – do funcionamento do Poder Judiciário nesse período. Fica confirmada a previsão do § 1.º do dispositivo legal ao dispor que, ressalvados as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período previsto no *caput*, dispositivo em consonância com o art. 93, XII, da CF, que determina que a atividade jurisdicional no primeiro grau e nos tribunais de segundo grau se desenvolvem de forma ininterrupta.

Significa dizer que atos judiciais que não dependam da participação das partes, como ocorre com a prolação de despachos, decisões interlocutórias, sentenças e decisões monocráticas proferidas por relator em tribunal, podem ser normalmente

praticados durante o período do recesso forense. E as partes poderão ser intimadas desses atos durante o feriado forense, tendo início a contagem de seu prazo no primeiro dia útil subsequente ao do fim do feriado, ou seja, dia 20 de janeiro.

Concordo com o Enunciado 269 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) que indica a aplicação da previsão legal ora analisada aos Juizados Especiais.

Nos termos do art. 220, § 2.º, do Novo CPC, durante a suspensão do prazo não se realizarão audiências nem sessões de julgamento. A previsão está em consonância com o espírito da norma, que indubitavelmente é permitir durante o período do recesso forense de fim de ano que os advogados saiam em férias. Estaria frustrada essa intenção se, ainda que os atos suspensos, as audiências e sessões de julgamento, que demandam a presença dos procuradores e eventualmente até mesmo das partes, continuassem a ocorrer normalmente.

Havendo designação de audiência ou de sessão de julgamento durante o período de recesso forense apontado pelo art. 220, *caput*, do Novo CPC, e sendo praticado o ato, ter-se-á hipótese de nulidade absoluta, devendo o ato ser anulado e redesignada data para sua nova realização. Ainda que se trate de nulidade absoluta, será aplicável ao caso o princípio da instrumentalidade das formas, de maneira que não sendo provado o prejuízo à parte o ato não deverá ser anulado. Assim, por exemplo, pode ocorrer se o ato foi acompanhado normalmente pelo patrono da parte.

Quanto à audiência é possível que, havendo causa de urgência,

seja realizada para a oitiva de testemunha de forma antecipada, nos termos do art. 381, I, do Novo CPC; se atos urgentes são praticados mesmo durante a suspensão do processo, com maior razão deverão ser praticados durante a suspensão dos prazos.

Segundo o parágrafo único do art. 221 do Novo CPC, suspendem-se os prazos durante a execução de programa instituído pelo Poder Judiciário para promover a autocomposição, incumbindo aos tribunais especificar, com antecedência, a duração dos trabalhos.

O objetivo dessa suspensão dos prazos é permitir que os advogados se entreguem plenamente à tentativa de autocomposição, não precisando se preocupar com contagem de prazos durante esse período. Por outro lado, os juízes e serventuários também poderão concentrar seu trabalho na tentativa de autocomposição durante esse período[947].

10.8.7. OBSTÁCULO CRIADO PELA PARTE CONTRÁRIA

Sendo constatado um obstáculo criado em detrimento da parte, ou seja, um obstáculo que impeça a parte de cumprir o prazo processual e que não seja criado por ela mesma, o prazo para a prática do ato processual será suspenso, recebendo a parte o saldo do prazo ainda não utilizado quando se afastar o obstáculo que impedia a prática do ato.

O obstáculo pode ser criado pela parte contrária, sendo exemplo clássico a retirada dos autos físicos por uma das partes durante a contagem de prazo comum[948].

Por outro lado, o obstáculo também pode ser criado pela serventia judiciária, como ocorre quando torna concluso o processo ao juiz durante a contagem de prazo para a parte ou quando os autos físicos simplesmente não são localizados em cartório[949].

Discute-se em doutrina e diverge a jurisprudência sobre qual seria o momento adequado para a parte alegar a existência do obstáculo que impede a prática do ato processual.

Não resta dúvida de que o mais seguro é informar o juízo ainda durante o prazo, justificando-se pela impossibilidade de seu cumprimento e requerendo a devolução do prazo, ainda que pelo saldo. É realmente o mais seguro até porque existe decisão do Superior Tribunal de Justiça que consagrou essa exigência, afirmando-se que deixar para alegar o impedimento em momento posterior configuraria a situação de "nulidade guardada"[950].

Esse, entretanto, não é o melhor entendimento. O termo inicial dessa suspensão da contagem do prazo deve ser a data em que se criou o obstáculo mencionado no art. 221, *caput*, do Novo CPC, enquanto o termo final é o afastamento definitivo desse obstáculo. Dessa forma, é irrelevante a data em que a parte informou o juízo da existência do obstáculo ou da decisão judicial que o reconhece: o prazo estará suspenso sempre antes desses momentos.

Dessa forma, pode a parte se limitar a praticar o ato processual extemporaneamente justificando no próprio ato a existência de impedimento para a prática do ato processual dentro do prazo legal. Há, inclusive, decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse

sentido[951].

10.8.8. FORO ONDE FOR DIFÍCIL O TRANSPORTE

O art. 222, *caput*, do Novo CPC prevê uma hipótese específica de prorrogação, inclusive prevendo um prazo máximo para tanto. Nos foros onde seja difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até 2 meses, sendo possível que tal período de prorrogação seja ainda maior na hipótese de calamidade pública, nos termos do § 2º do dispositivo ora analisado. Na realidade, havendo calamidade pública o juiz pode determinar a suspensão do processo (art. 313, VI, do Novo CPC), com o que ter-se-ia a suspensão dos prazos (art. 221 do Novo CPC) e não sua prorrogação.

Destaque-se que por variadas razões o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, dilatar os prazos processuais, nos termos do art. 139, VI, do Novo CPC. Entendo que a forma de compatibilizar os dispositivos é entender que sendo o fundamento da prorrogação do prazo a dificuldade de transporte no foro o poder do juiz estará limitado pelo prazo previsto no *caput* do art. 222 do Novo CPC, salvo na hipótese consagrada no § 2º do mesmo dispositivo. Sendo outra a fundamentação, a prorrogação não encontra limites na lei, devendo ser aquela que o juiz entender conveniente diante da própria causa da prorrogação.

10.8.9. VEDAÇÃO À REDUÇÃO DE PRAZO SEM A ANUÊNCIA DAS PARTES

O § 1º do art. 222 do Novo CPC está em descompasso com a nova realidade quanto aos prazos instituída pelos arts. 139, VI, e

190 do Novo CPC. A possibilidade de o juiz aumentar qualquer prazo e das partes fazerem o mesmo por acordo procedimental afasta de nosso sistema processual os chamados prazo peremptórios, que eram justamente aqueles que não podiam ser prorrogados por ordem juiz nem por vontade das partes.

É no mínimo curioso que o dispositivo ora comentado preveja uma vedação à atuação do juiz a respeito de uma espécie de prazo que simplesmente não existe mais. No Novo Código de Processo Civil todos os prazos passaram a ser dilatórios, e diante disso fica demonstrada a impropriedade do art. 222, § 1º, do diploma legal processual a fazer menção a espécie de prazo inexistente no sistema. Para parcela da doutrina onde se lê peremptório deve se compreender próprio, não podendo o juiz sem a anuência das partes diminuir prazo que descumprido gera preclusão temporal[952]. Pessoalmente, tenho dificuldade em aceitar esse entendimento, porque entendo que mesmo sendo impróprio o prazo, ou seja, quando seu descumprimento não ensejar preclusão temporal, o juiz não pode reduzi-lo sem a anuência das partes.

Os prazos para o juiz, conforme visto, são impróprios porque não geram preclusão temporal, podendo ser praticados após o fim do prazo de forma regular e eficaz. Mas também há prazo impróprio para o Ministério Público (art. 180, § 1º, do Novo CPC), para terceiros intervenientes, como ocorre com o *amicus curiae*, e mesmo para as partes, como, por exemplo, reconhece o Superior Tribunal de Justiça no tocante à apresentação de quesitos e assistente técnico depois de vencido o prazo, desde que antes do início da perícia. E são esses prazos impróprios não dirigidos ao

juiz que não podem ser reduzidos sem a anuência das partes.

10.8.10. PRECLUSÃO

Segundo a melhor doutrina, o processo, para atingir a sua finalidade de atuação da vontade concreta da lei, deve ter um desenvolvimento ordenado, coerente e regular, assegurando a certeza e a estabilidade das situações processuais, sob pena de retrocessos e contramarchas desnecessárias e onerosas que colocariam em risco não só os interesses das partes em litígio, mas, principalmente, a majestade da atividade jurisdicional.

Não há dúvida de que a preclusão é instrumento para evitar abusos e retrocessos e prestigiar a entrega de prestação jurisdicional de boa qualidade. A preclusão atua em prol do processo, da própria prestação jurisdicional, não havendo qualquer motivo para que o juiz não sofra seus efeitos, pelo menos na maioria das situações.

Tradicionalmente a preclusão é classificada em três espécies: a consumativa, a lógica e a temporal.

A preclusão consumativa se verifica sempre que realizado o ato processual. Dessa forma, somente haverá oportunidade para realização do ato uma vez no processo e, sendo esse consumado, não poderá o interessado realizá-lo novamente e tampouco complementá-lo ou emendá-lo. Essa espécie de preclusão não se preocupa com a qualidade do ato processual, limitando-se a impedir a prática de ato já praticado, ainda que de forma incompleta ou viciada.

Na preclusão lógica, o impedimento de realização de ato

processual advém da realização de ato anterior incompatível logicamente com aquele que se pretende realizar. Exemplo clássico dessa espécie de preclusão é a aquiescência prevista no art. 1.000 do Novo CPC, que extingue o direito da parte de recorrer quando pratica ato de concordância, expressa ou tácita, com a decisão.

Diz-se preclusão temporal quando um ato não puder ser praticado em virtude de ter decorrido o prazo previsto para sua prática sem a manifestação da parte. Ao deixar a parte interessada de realizar o ato dentro do prazo previsto, ele não mais poderá ser realizado, já que extemporâneo.

A preclusão temporal pode ser excepcionalmente afastada diante do descumprimento de um prazo próprio se a parte convencer o juiz de que não praticou o ato processual por justa causa, ou seja, em razão de evento alheio à vontade da parte suficiente para impedir a ela ou a seu mandatário de praticar o ato processual. O Superior Tribunal de Justiça exige que a justa causa advenha de evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impossibilite de praticar determinado ato processual no prazo[953], devendo ser alegado no prazo de 5 dias após o término da situação que impossibilita a parte de cumprir o prazo "sob pena" de preclusão temporal[954].

Informação equivocada disponibilizada na página oficial do tribunal na rede mundial de computadores, ainda que meramente informativa, não substituindo a publicação oficial, induz a parte em erro e permite a conclusão de justa causa para eventual perda de prazo[955]. A doença do patrono, para ser caracterizada como justa

causa para a perda do prazo, deve impossibilitar totalmente o exercício da advocacia ou o substabelecimento do mandato, caso contrário não se devolverá o prazo[956].

A greve dos servidores técnicos da Advocacia Geral da União[957], tanto quanto a greve dos servidores da empresa de correios (ECT)[958], não constituem justa causa para fins de devolução de prazo já vencido.

Nos termos do § 2º do art. 223 do Novo CPC, verificada a justa causa, o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar, sendo aconselhável que o juiz assinale o mesmo prazo que não pôde ser cumprido em razão da justa causa. De qualquer forma, tratando-se de prazo judicial e sendo omisso a esse respeito o juiz no caso concreto aplica-se o prazo geral de 5 dias consagrado no art. 218, § 3º do Novo CPC[959].

10.8.11. EXTINÇÃO DO DIREITO DE EMENDAR O ATO PROCESSUAL

Nos termos do art. 223, *caput*, do Novo CPC, não só o direito de praticar o ato é extinto com o decurso do prazo, mas também o direito de emendar o prazo. Essa previsão legal vem dividindo a doutrina a respeito de que espécie de emenda está tratando o dispositivo legal.

Para parcela da doutrina o dispositivo permite a emenda de ato processual já praticado, desde que dentro do prazo legal, de forma a flexibilizar a preclusão consumativa, que só se operaria definitivamente com o decurso do prazo e não com a mera prática do ato[960]. Na realidade, ao ser adotada essa tese não há mais que se falar em preclusão consumativa, porque se a parte pode emendar seu ato processual já praticado, desde que dentro do prazo recursal, seu direito de praticá-lo só se extinguirá com o decurso do prazo legal[961].

Para outra corrente doutrinária a emenda prevista no dispositivo legal é aquela prevista especificamente para determinados atos, como ocorre, por exemplo, com a emenda da petição inicial. Assim, decorrido o prazo de 15 dias para emenda da petição inicial considerar-se-á extinto o direito da parte a tal emenda[962]. Registre-se que é nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC/1973[963], sendo uma incógnita como interpretará o dispositivo legal ora analisado.

10.8.12. CONTAGEM DO PRAZO

O art. 224, *caput* do Novo CPC consagra tradicional regra de contagem de prazo: o primeiro dia se exclui (*dies a quo non computatur in termino*) e o ultimo dia se inclui (*dies ad quem computatur in termino*). O prazo nunca pode se iniciar em dia em que não haja expediente forense, de forma que o início da contagem do prazo nesse caso será prorrogado para o primeiro dia útil subsequente. Caso o prazo se vença em dia sem expediente bancário seu término será prorrogado para o primeiro dia útil subsequente[964].

Além disso, o § 1º do dispositivo ora comentado traz inovadora previsão ao afirmar que os dias do começo e do vencimento do prazo serão protraídos para o primeiro dia útil seguinte, se coincidirem com dia em que o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal.

A previsão por um lado confirma o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que já vinha na vigência do CPC/1973 entendendo que sendo encerrado prematuramente o expediente forense no último dia do prazo seu vencimento se prorroga para o primeiro dia útil subsequente. Mas por outro lado contraria entendimento pacificado de que se o horário forense começar depois do normal, mas se encerrar no horário regular, não há motivo para a prorrogação de prazo, como ocorre, por exemplo, na quarta-feira de cinzas.[965]

Por outro lado, contraria frontalmente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que havendo encerramento prematuro do expediente forense no primeiro dia da

contagem do prazo não haverá prorrogação para o primeiro dia útil subsequente.[966]

10.8.13. INDISPONIBILIDADE DOS SISTEMAS DE INFORMÁTICA

Havendo indisponibilidade dos sistemas de informática quando o processo tramitar em autos eletrônicos, o que inviabilizará tanto o acesso aos autos como a prática do ato processual por meio eletrônico, o art. 10, § 2º da Lei 11.419/2006 prevê que o termo final do prazo será prorrogado para o primeiro dia útil subsequente em que o sistema esteja novamente disponível. A previsão tem todo o sentido porque sem sistema não há como praticar o ato por meio eletrônico e haverá nítida justa causa para o descumprimento do prazo.

O art. 224, § 1º, do Novo CPC inova ao também incluir a prorrogação do termo inicial do prazo em processo eletrônico quando no dia do termo inicial de contagem se constatar a indisponibilidade dos sistemas de informática.

Havendo a indisponibilidade do sistema durante a contagem do prazo, excluído o dia inicial e final, não há previsão que permita a conclusão da prorrogação do prazo, mas entendo que em situações excepcionais a parte possa convencer o juiz de justa causa, apta a devolução do prazo, como na hipótese de o sistema só ter funcionado regularmente no primeiro e no último dia do prazo, o que, obviamente, causa considerável obstáculo à parte para o cumprimento do prazo.

10.8.14. PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL

A intimação das partes se dá em regra por meio de publicação no Diário Oficial da Justiça. Nos termos do § 3º do art. 224 do Novo CPC a contagem do prazo nesse caso terá início no primeiro dia útil subsequente ao da publicação, sendo irrelevante tratar-se de Diário Oficial físico ou eletrônico.

Deve-se apenas lembrar que, nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei 11.419/2006, considera-se como data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico, de forma que sendo a intimação disponibilizada, por exemplo, numa segunda-feira, a publicação ocorrerá na terça e o prazo só terá início na quarta-feira[967].

10.8.15. RENÚNCIA AO PRAZO RECURSAL

Segundo a doutrina a parte só pode renunciar ao prazo recursal estabelecido em seu favor, ou seja, só pode renunciar aquele que poderia potencialmente se beneficiar com o ato processual a ser praticado dentro de determinado lapso temporal[968]. Entendo que mesmo o prazo sendo comum será possível a renúncia desde que todas as partes a quem aproveita o prazo se manifestem expressamente nesse sentido[969].

A doutrina majoritária entende que havendo litisconsórcio simples a renúncia ao prazo recursal será eficaz para o litisconsorte que nesse sentido se manifestar, enquanto no litisconsórcio unitário a eficácia do ato está condicionada a manifestação expressa de todos os litisconsortes[970]. Discordo do entendimento majoritário, porque entendo ser viável ao litisconsorte unitário renunciar a prazo, hipótese em que a eficácia do ato será parcial, não

vinculando os demais litisconsortes. Assim, ainda que o ato praticado por litisconsorte que não renunciou ao prazo beneficie o litisconsorte renunciante, esse não poderá mais praticar o ato em razão da renúncia do prazo para sua prática.

A renúncia só será admitida se ocorrer de forma expressa, não se admitindo, portanto, a renúncia tácita.

10.8.16. PRAZOS PARA O PRONUNCIAMENTO JUDICIAL

O juiz tem o prazo de 5 dias para proferir despachos, de 10 dias para proferir decisões interlocutórias e de 30 dias para proferir sentença, sendo tais prazos contados a partir do primeiro dia útil subsequente à remessa pela serventia dos autos à conclusão do juiz. Os prazos são impróprios, de forma que seu descumprimento não gera qualquer consequência processual, o que é positivo, porque se o decurso do prazo sem a prolação do pronunciamento afastasse o juiz de praticá-lo alguns juízes nunca mais profeririam um despacho sequer.

No caso do prazo de 30 dias para a prolação de sentença deve se destacar a possível incompatibilidade com o disposto no art. 12 do Novo CPC, que consagra uma ordem para a prolação de sentenças. A partir do momento que o próprio sistema processual obriga o juiz a seguir uma ordem de julgamento dos processos conclusos, ao menos em regra, parece incongruente se exigir o cumprimento do prazo de 30 dias, considerando que antes de julgar aquele processo ele terá, por dever legal, que sentenciar todos os que foram conclusões antes dele.

Os prazos judiciais são impróprios, de forma que não sendo

praticado o ato dentro do prazo não haverá preclusão temporal, até porque o prosseguimento do procedimento depende da prática de tais atos. De qualquer forma, o juiz poderá se justificar a respeito da perda do prazo e, havendo motivo justificado terá sua prorrogação, limitada ao dobro do prazo previsto em lei.

O motivo justificado exigido pelo art. 227 do Novo CPC deve ser considerado como evento alheio à vontade do juiz[971], sendo tradicionalmente lembrado o excesso de trabalho e a estrutura deficitária para fazer frente a ele[972]. É imprescindível que o juiz fundamente o motivo que lhe leva a não cumprir os prazos legais.

Pode se questionar a utilidade de o juiz justificar a impossibilidade de cumprir os prazos já que não há preclusão temporal para a prática de atos pelo juiz. Afinal, mesmo que não cumpra os prazos, e mesmo sem apresentar qualquer justificativa para isso, o ato praticado após o decurso do prazo será válido e eficaz como seria se o prazo tivesse sido respeitado para sua prática. A justificativa, entretanto, encontra razão de ser no art. 235 do Novo CPC, sendo a forma de o juiz afastar sua aplicação no caso concreto.

10.8.17. PRAZOS PARA OS SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA

De nada adianta a previsão de prazos para o juiz se os serventuários também não tiverem prazo para a remessa dos autos à conclusão e para o cumprimento das ordens do juiz. O procedimento, afinal, depende essencialmente para seu desenvolvimento dos serviços cartoriais, que também devem ser exercidos em consonância com o princípio da duração razoável do

processo.

Os prazos previstos no art. 228 do Novo CPC e que têm como destinatário o serventuário, a exemplo dos prazos para os juízes, são impróprios, porque mesmo decorrido o prazo o serventuário continua com o dever de praticá-lo, não havendo nulidade ou ineficácia no ato praticado depois do decurso do prazo. A única consequência do descumprimento injustificado da perda do prazo é de natureza disciplinar, conforme previsão do art. 233 do Novo CPC.

Tem o serventuário o prazo de 1 dia para remeter os autos conclusos ao juiz, sendo aplicável tal prazo sempre que exista a necessidade de pronunciamento judicial, provocado pelas partes. Assim, do protocolo da petição que exige um pronunciamento judicial o serventuário terá o prazo de 1 dia para remeter os autos ao juiz em conclusão.

Para a execução de atos processuais o serventuário terá o prazo de 5 dias, variando apenas o termo inicial de contagem desse prazo: a conclusão de ato processual anterior, se lhe foi imposto pela lei, e a ciência da ordem, quando determinada pelo juiz.

Nos termos do § 1º do art. 228 do Novo CPC cabe ao serventuário certificar o dia e a hora em que receber os autos do juiz, para que possa demonstrar o exato momento em que teve ciência da ordem judicial e assim possa cumpri-la no prazo de 5 dias previsto no *caput* do dispositivo ora comentado.

Não deixa de ser curiosa a exigência de que o serventuário

faça constar o horário em que recebeu os autos uma vez que seu prazo para o cumprimento da ordem se conta em dias[973]. Trata-se de mais uma anomalia do Novo Código de Processo Civil voltado para o presente, mas com olhos no passado, já que no art. 190 do CPC/1973 os prazos para os serventuários eram contados em horas.

A mudança da contagem do prazo em horas para dias, inclusive, se prestou a permitir que sua contagem siga a regra do art. 219 do Novo CPC de que a contagem se dê somente em dias úteis. Realmente não teria qualquer sentido dar aos advogados o descanso merecido nos dias em que não há expediente forense e não fazer o mesmo para o serventuário.

Segundo o § 2º do art. 228 do Novo CPC, nos processos em autos eletrônicos, a juntada de petições ou de manifestações em geral ocorrerá de forma automática, independentemente de ato de serventuário da justiça. A norma se dirige aos tribunais e não ao serventuário, já que a juntada automática não depende dele, mas sim do sistema eletrônico disponibilizado pelo tribunal para a prática dos atos em autos eletrônicos.

De qualquer forma, não sendo a juntada automática possível em razão do sistema eletrônico adotado no juízo, caberá ao serventuário proceder à juntada da mesma forma que faz com processos que tramitam em autos físicos. No tocante ao prazo de 1 dia para remessa dos autos à conclusão não há diferença.

10.8.18. TERMO INICIAL DO PRAZO

Apesar de o art. 230 do Novo CPC prever que o prazo será contado, para a parte, o procurador, para a Advocacia Pública, para

a Defensoria Pública e para o Ministério Público da citação, da intimação ou da notificação, na realidade o termo inicial de contagem do prazo é o primeiro dia útil subsequente à prática de tais atos de comunicação.

Aos sujeitos que têm a prerrogativa da intimação pessoal o termo inicial do prazo se dá com o ingresso dos autos em seu setor administrativo responsável pelo recebimento dos autos, sendo irrelevante a data aposta como de recebimento dos autos pelo promotor, defensor público ou advogado público[974]. Esse entendimento é o único capaz de evitar que o responsável pela prática do ato fixe o termo inicial de seu prazo a seu bel prazer.

10.8.19. CONTAGEM E FLUÊNCIA DO PRAZO

Os oito incisos do art. 231 do Novo CPC preveem o termo inicial de fluência do prazo, sendo que o termo inicial da contagem segue a regra consagrada no art. 224 do Novo CPC, ou seja, a data de início de fluência do prazo não é computada para sua contagem, que começa no primeiro dia útil subsequente.

Sendo a citação ou a intimação realizada pela via postal, ou seja, por carta com aviso de recebimento (AR), é da data de sua juntada aos autos que começa a fluir o prazo, sendo sua contagem iniciada no primeiro dia útil subsequente. A regra é aplicável, inclusive, à Fazenda Pública quando sua citação ou intimação ocorrer por via postal[975].

Não existe intimação da juntada do aviso de recebimento aos autos, e mesmo que tal intimação equivocadamente se realize no caso concreto será irrelevante para fins de fluência e contagem do

prazo.

Se a citação ou intimação for realizada por oficial de justiça, a fluência do prazo tem início da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido, sendo a contagem iniciada no primeiro dia útil subsequente. A exemplo da comunicação realizada pelo correio, as partes não devem ser intimadas da juntada do mandado de citação ou de intimação aos autos para o prazo começar a fluir.

Nos termos do art. 231, § 4º do Novo CPC, essa regra se aplica inclusive à citação por hora certa, sendo que nesse caso o termo inicial da fluência do prazo é a juntada aos autos do mandado de citação, sendo irrelevante a data da comunicação posterior realizada pelo cartório nos termos do art. 254 do Novo CPC)[976].

Comparecendo a parte ao cartório judicial o escrivão ou o chefe da secretaria poderão proceder a citação e a intimação, o que não se confunde com o ingresso voluntário da parte no processo na pendência de sua citação ou intimação. A realização da citação ou intimação em cartório é ato formal que torna inequívoca a ciência da parte a respeito do ato processual e por isso capaz, sem margem à discussões, de ser considerada como termo inicial da fluência do prazo.

Dando-se a citação ou intimação por edital caberá ao juiz, nos termos do art. 257, III, do Novo CPC, fixar prazo entre 20 e 60 dias, para dar ciência às partes, sendo a contagem iniciada no primeiro dia útil subsequente.

Seguindo o já previsto na Lei 11.419/2006, nos atos de

comunicação praticados por via eletrônica o prazo começa a fluir no dia de acesso pela parte ao teor do ato na página do tribunal mantida na rede mundial de computadores e, caso não ocorra esse acesso, em 10 dias da disponibilização do ato no sistema eletrônico.

O art. 231, VI do Novo CPC deve ser interpretado em conjunto com o art. 232 do mesmo diploma legal, de forma que a juntada da carta aos autos principais só é considerada para fins de termo inicial caso não ocorra a informação pelo juízo deprecado do cumprimento do ato objeto da carta.

Apesar de o art. 231, VII, do Novo CPC, prever somente a intimação por meio de publicação no Diário da Justiça, excepcionalmente também a citação pode ser pessoal, como ocorre, por exemplo, nos embargos de terceiro (art. 677, § 3º do Novo CPC) e na oposição (art. 683, parágrafo único, do Novo CPC). A regra, portanto, se aplica tanto à intimação como à citação ocorrida pelo Diário da Justiça.

Se a publicação ocorrer em Diário da Justiça impresso, o que se dá cada vez mais raramente, a fluência do prazo é a data da publicação e da contagem do prazo o primeiro dia útil subsequente. Ocorrendo a publicação em Diário da Justiça eletrônico deve ser observado o disposto no art. 224, §§ 2º e 3º do Novo CPC, devendo se considerar como data da publicação o primeiro dia após a disponibilização do ato na página do tribunal na rede mundial de computadores.

A retirada dos autos de cartório em carga configura ciência inequívoca da parte, sendo considerada para fins de início de

fluência do prazo.[977] Quanto à citação em razão de carga dos autos o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que nesse caso não estará configurado o comparecimento espontâneo[978], mas o tribunal o admite desde que fique evidenciada a ciência da parte da existência da ação e que sejam praticados atos de preparação ou de efetiva defesa[979].

Nos §§ 1º e 2º do art. 231 do Novo CPC há previsão a respeito do termo inicial de fluência de prazo, e por consequência de contagem, quando houver no processo litisconsórcio.

Para a contestação, a regra é de que só tem início a fluência do prazo a partir da juntada do último aviso de recebimento ou mandado de citação cumprido aos autos. Trata-se, portanto, de termo inicial comum da fluência de prazo. Registre-se que tal regra se aplicará somente quando não houver a audiência de conciliação e de mediação, porque nesse caso o prazo de contestação começa a fluir da data da audiência frustrada e a contagem do primeiro dia útil subsequente.

Com relação às intimações a regra é outra, tendo para cada parte a fluência do prazo a partir da data de juntada de seu aviso de recebimento ou mandado aos autos, conforme já vinha decidindo o Superior Tribunal de Justiça[980]. Trata-se, portanto, de termos iniciais autônomos de fluência do prazo e por consequência de sua contagem.

10.8.20. ATOS DA PARTE

Segundo o § 3.º do art. 231 do Novo CPC, quando o ato tiver

de ser praticado diretamente pela parte ou por quem, de qualquer forma, participe do processo, sem a intermediação de representante judicial, o dia do começo do prazo para cumprimento da determinação judicial corresponderá à data em que se der a comunicação. O dispositivo distingue o termo inicial para contagem de prazo para os atos postulatórios e os atos da parte.

Nesse sentido, o Enunciado 271 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Quando for deferida tutela provisória a ser cumprida diretamente pela parte, o prazo recursal conta a partir da juntada do mandado de intimação, do aviso de recebimento ou da carta precatória; o prazo para o cumprimento da decisão inicia-se a partir da intimação da parte”.

10.8.21. ATOS PRATICADOS POR CARTA

Nos termos do art. 232 do Novo CPC, nos atos de comunicação por carta precatória, rogatória ou de ordem, a realização da citação ou da intimação será imediatamente informada, por meio eletrônico, pelo juiz deprecado ao juiz deprecante. Essa nova regra gera consequências no termo inicial da contagem de prazo, passando o art. 231, VI, do Novo CPC a prever que a data de juntada do comunicado do juízo deprecado será o termo inicial da contagem de prazo, salvo quando não houver informação, quando o termo inicial será a juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta.

Quando se encontrarem resistências no envio da comunicação por parte da secretaria, a própria parte pode informar o juízo deprecado de que o ato processual de comunicação já foi praticado,

o que fará com a juntada de cópia do mandado de citação ou de intimação devidamente cumprido. Essa informação da própria parte faz plenamente as vezes da comunicação do juízo deprecado prevista em lei, sendo correto concluir que nesse caso a contagem do prazo para a prática do ato terá início quando da juntada dessa informação aos autos principais do processo.

10.8.22. EXCESSO DE PRAZO PELO SERVENTUÁRIO

Cabendo ao juiz a direção do processo (art. 139 do Novo CPC), deverá verificar se os prazos dos serventuários previstos no art. 228 do Novo CPC estão sendo cumpridos. Tal supervisão é importante porque garante que o procedimento não tenha atrasos injustificáveis em razão da morosidade do trabalho cartorial.

O juiz pode apurar o excesso de prazo de oficio, determinando a oitiva do serventuário para justificá-lo, mas também pode tal excesso ser objeto de representação de qualquer das partes, do Ministério Público e da Defensoria Pública. Nesse caso o juiz poderá indeferir de plano a representação caso entenda haver motivo justificado para o atraso, proferindo decisão interlocutória não recorrível por agravo de instrumento por não estar prevista no rol do art. 1.015 do Novo CPC. Pode, por outro lado, intimar o serventuário para manifestação e posteriormente decidir pela instauração do processo administrativo ou indeferimento da representação, outra decisão interlocutória irrecorrível por agravo de instrumento.

O serventuário pode justificar o atraso alegando motivo legítimo, que será analisado pelo juiz no caso concreto, sendo o excesso de trabalho uma justificativa plausível e comum. Caso o

juiz aceite a justificativa do serventuário ordenará a instauração de processo administrativo, sendo assegurado ao serventuário a ampla defesa e o contraditório, nos termos do art. 5º, LV, da CF.

10.8.23. RESTITUIÇÃO DOS AUTOS

Cabe aos advogados públicos ou privados, ao defensor público e ao membro do Ministério Público a restituição dos autos no prazo do ato a ser praticado, em norma aplicável apenas aos processos que tramitam em autos físicos, já que nos autos eletrônicos não há retirada dos autos e, por consequência óbvia, também não há restituição dos autos.

Havendo excesso de prazo, o juiz, de ofício ou provocado por qualquer interessado, intimará o advogado, defensor ou membro do Ministério Público a restituir os autos, sendo-lhe concedido o prazo de 3 dias para tanto. Em Razão da gravidade das consequências a intimação será necessariamente pessoal[981]. Caso não restitua os autos nesse prazo aplicar-se-ão as sanções previstas nos §§ 2º a 5º do art. 234 do Novo CPC).

Conforme antiga jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o excesso de prazo na devolução dos atos não afeta a regularidade do ato processual praticado, não havendo nesse caso intempestividade do ato[982]. As consequências do excesso de prazo na devolução dos autos são tão somente aquelas previstas no art. 234 do Novo CPC.

Nos termos do art. 234, § 2º do Novo CPC, na hipótese de o advogado, devidamente intimado a restituir os autos após o vencimento do prazo para a prática do ato que o levou a fazer carga,

não o fizer em 3 dias, perderá o direito à vista fora do cartório. Trata-se indubitavelmente de sanção processual a ser aplicada pelo juiz no processo.

O mesmo dispositivo prevê uma segunda sanção ao advogado: a aplicação de multa com valor correspondente a metade do valor do salário mínimo. Nos termos do § 3º do dispositivo ora comentado, verificada a falta, o juiz comunicará o fato à seção local da Ordem dos Advogados para procedimento disciplinar e imposição de multa.

Questiona-se se a multa prevista no § 2º do art. 234 do Novo CPC é a mesma que aquela prevista no § 3º do mesmo dispositivo legal. Para a doutrina amplamente majoritária a multa só pode ser aplicada ao advogado pela Ordem dos Advogados do Brasil[983], de forma que caberá ao juiz apenas a comunicação do ato para que a multa seja aplicada pelo órgão de classe.

Havendo excesso de prazo na restituição de autos pelo advogado público, defensor público ou membro do Ministério Público, não cabe a sanção de perda do direito de vista fora do cartório, sendo a única pena possível a aplicação da multa. Caberá ao juiz, nos termos do § 5º do art. 234 do Novo CPC, comunicar o fato ao órgão responsável pela instauração de procedimento disciplinar contra o membro que atuou no feito, cabendo a ele a aplicação da multa, que será aplicada ao agente público responsável pelo ato.

10.8.24. EXCESSO DE PRAZO PELO MAGISTRADO

O juiz, esteja atuando em primeiro grau ou no tribunal, quando

passa a ser chamado de desembargador (tribunais de segundo grau) e de ministro (tribunais superiores) tem o dever de cumprir os prazos previstos no art. 226, em regulamentos e nos regimentos internos, conforme previsto no art. 35, II da LC 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura)

Qualquer parte pode alegar o excesso de prazo do magistrado, devendo-se nesse caso acolher o conceito mais amplo de partes no processo, o que inclui autor, réu e os terceiros intervenientes, inclusive o assistente simples, que apesar de não ser parte na demanda é indiscutivelmente parte no processo.

Além das partes, o art. 235, *caput* do Novo CPC prevê a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública, estando tal legitimidade condicionada aos processos de que participam. Não podem, nem mesmo o Ministério Público com a justificativa de ser o fiscal da ordem jurídica, representar contra juiz que exceda seu prazo em processo do qual não participe.

Apesar da omissão do art. 235, *caput*, do Novo CPC nesse sentido, nos termos do art. 78 do Regimento Interno do CNJ, a representação por excesso de prazo poderá ser lá instaurada a pedido do presidente do tribunal ou de oficio pelos membros do CNJ.

A representação pode ser feita ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça, nos termos do art. 235, *caput*, do Novo CPC.

O § 1º do art. 235 do Novo CPC não merece elogios, porque

prevê que, ouvido previamente o juiz, não sendo caso de arquivamento liminar, será instaurado procedimento administrativo para a apuração da responsabilidade do magistrado. Ora, decisão liminar é justamente aquela proferida antes da manifestação do demandado, não sendo exatamente o que ocorre quando a representação é arquivada depois da oitiva do representado. De qualquer forma, como o dispositivo prevê a instauração do procedimento somente após essa decisão não ser pelo arquivamento, pareceu adequado ao legislador chamá-lo de liminar.

Não sendo caso de arquivamento liminar o órgão competente instaurará o procedimento e intimará o representado para, querendo, apresentar justificativa em 15 dias. Tudo leva a crer que essa manifestação do representado será cópia idêntica daquela já apresentada antes da instauração do procedimento, invariavelmente se baseando no excesso de trabalho e estrutura deficitária. A intimação, que está prevista como eletrônica, naturalmente só pode ser realizada por esse meio se a corregedoria do tribunal estiver aparelhada para tanto, sendo possível a intimação por outros meios quando isso não ocorrer. O prazo de 15 dias nesse caso é próprio, porque o juiz é parte na representação, não se tratando, portanto, de prazo processual.

Segundo o § 2º do art. 235 do Novo CPC, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis, em até 48 horas após a apresentação da justificativa ou do decurso do prazo sem manifestação do representado, pode o corregedor do tribunal ou o relator da representação no Conselho Nacional de Justiça determinar a intimação do representado por meio eletrônico –

quando possível – para que pratique o ato em 10 dias.

Essa derradeira chance ao magistrado não exclui necessariamente a aplicação de sanção administrativa, mas sendo praticado o ato e comunicada a corregedoria ou o Conselho Nacional de Justiça evita-se a consequência prevista no art. 235, § 3º do Novo CPC: a remessa dos autos ao substituto legal do juiz ou do relator relapso. Essa consequência deve ser reservada para situações excepcionais, porque, além de ofender de alguma forma o princípio do juiz natural, premia o juiz relapso que assim transfere seu trabalho para seu substituto legal.

10.9. COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

10.9.1. FORMAS DE COMUNICAÇÃO

Há duas formas de comunicação de atos processuais previstas pelo Novo Código de Processo Civil: a citação e a intimação. Em legislação extravagante, entretanto, a notificação por vezes aparece prevista como forma de comunicação de ato processual, como ocorre quanto à comunicação à autoridade coatora da existência da petição inicial do *habeas data* (art. 9º da Lei 9.507/1997) e do mandado de segurança (art. 7º, I, da Lei 12.016/2009). Há parcela doutrinária que defende sua natureza de citação, considerando-se que, nesse caso, o réu terá sido integrado à relação jurídica processual[984]. Outra parcela, entretanto, prefere o entendimento de que a notificação é uma espécie *sui generis* de comunicação do ato processual, de forma a ser considerada uma terceira e excepcional

forma de comunicação, ao lado da citação e intimação[985]. Qualquer que seja a natureza da notificação, ela deve dar-se por correio ou oficial de justiça, na forma da lei processual[986].

Em regra, para a prática de atos fora dos limites territoriais do foro em que tramita o processo será expedida carta em respeito ao princípio da territorialidade, devidamente analisado no Capítulo 1, item 1.5.2.

O Novo Código de Processo Civil incentiva a prática de atos por meio de videoconferência ou outros recursos tecnológicos de transmissão de sons e imagens em tempo real, como se pode notar das previsões contidas nos arts. 385, § 3º (depoimento pessoal), 453, § 1º (prova testemunhal) e 461, § 2º (acareação).

No § 3º do art. 236 do Novo CPC há previsão de admissão genérica da prática de atos processuais por tais meios tecnológicos, que permitem que o juiz da causa pratique o ato mesmo sendo ele realizado em outro foro. Apenas destaco que a utilização de tais recursos tecnológicos não necessariamente dispensa a expedição de carta precatória, já que os atos processuais que podem ser realizados por videoconferência se dão na sede do juízo do local da prática do ato, sendo nesse sentido necessária a expedição de carta precatória para o juízo deprecado preparar o ato, ainda que não mais o pratique.

10.9.2. CITAÇÃO

O art. 238 do Novo CPC prevê que a citação é o ato pelo qual se convoca o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação jurídica processual. O tema é enfrentado com a devida

profundidade no Capítulo 16, item 16.5.

10.9.3. INTIMAÇÃO

10.9.3.1. Conceito

Os atos processuais são comunicados por meio da citação e da intimação, sendo o primeiro dirigido exclusivamente ao réu para tomar conhecimento da propositura da ação e o segundo dirigido a qualquer sujeito, processual ou não, para tomar conhecimento dos atos e termos do processo.

A utilização do termo "alguém" pelo art. 269, *caput*, do Novo CPC, deve ser saudada porque a intimação é voltada aos sujeitos processuais, aos terceiros e aos serventuários da Justiça, fixos ou eventuais. E da mesma forma que é amplo e genérico o destinatário da intimação o mesmo ocorre com relação ao seu conteúdo, já que a intimação se presta a informar todos os atos e termos do processo, salvo a propositura da ação, que será informada ao réu, executado ou interessado, por meio da citação.

O Novo Código de Processo Civil, mantendo a tendência do diploma legal revogado, não prevê a notificação como forma de comunicação de ato processual, limitando-se a prevê-la como procedimento especial para manifestação de vontade (art. 726, do Novo CPC).

10.9.3.2. Meios de intimação

A intimação pode ser realizada diretamente pelo advogado (art. 269, § 1º do Novo CPC), por meio eletrônico (art. 270 do Novo CPC), por publicação no órgão oficial (art. 272 do Novo CPC), pelo

correio (art. 273, II e 274 do Novo CPC), pelo escrivão ou chefe da secretaria (art. 274 do Novo CPC), por oficial de justiça (art. 275 do Novo CPC), inclusive por hora certa (art. 275, § 2º do Novo CPC) e por edital (art. 275, § 2º do Novo CPC).

O Superior Tribunal de Justiça entende que não cabe a intimação por telefone, por não ser considerada forma idônea de intimação[987], ainda que o tribunal já tenha decidido que não sendo provado o prejuízo não se deve anular intimação realizada pelo telefone, em aplicação do princípio da instrumentalidade das formas[988]. Também há entendimento pelo cabimento dessa forma de intimação nos Juizados Especiais em razão da informalidade do procedimento[989].

10.9.3.3. Responsável pela intimação

No CPC/1973 a intimação seria necessariamente realizada pelo cartório judicial, pelas diferentes formas previstas em lei. O Novo Código de Processo naturalmente não descarta a intimação a ser realizada pelo cartório judicial, mas passa a prever nos §§ 1º e 2º do art. 269 a possibilidade de o advogado realizar a intimação do advogado da parte contrária. A novidade segue a realidade de outros países de tradição da *commom law* e mesmo da *civil law*, como Portugal.

Parece claro que o objetivo do legislador com essa novidade é permitir que o advogado da parte tome o lugar do cartório judicial na tentativa de emprestar maior celeridade ao processo, em atendimento aos princípios da duração razoável do processo e da economia processual. Infelizmente é notória a demora nas

intimações em alguns cartórios judiciais de nosso país, em atrasos insuportáveis ao andamento do processo. Levando em conta o ditado de que a necessidade produz atividade, a norma prevê a delegação de tarefa do cartório para o advogado que tenha interesse em agilizar o procedimento.

Como expressamente previsto no § 1º do art. 269 do Novo CPC trata-se de uma mera faculdade do advogado, de forma que não querendo assumir o ônus da intimação ela continuará a ser realizada normalmente pelo cartório judicial.

Vale lembrar que, mesmo sendo possível a intimação de qualquer sujeito, a técnica adotada pelos dispositivos ora comentados se limita à intimação do advogado da parte contrária, não podendo, portanto, ser utilizada para a intimação pessoal da parte contrária, de serventuários da justiça ou mesmo de terceiros, salvo no caso das testemunhas em razão de regra expressa nesse sentido (art. 455 do Novo CPC).

Por outro lado, o advogado não poderá se valer de qualquer meio de intimação, estando limitado à intimação por meio do correio, cabendo a ele mesmo instruir o ofício de intimação com cópia do despacho, da decisão ou da sentença. A exigência busca dar alguma segurança ao ato a ser praticado pelo advogado, mas não se pode considerar como apta a evitar desvios de conduta que deverão ser apurados no caso concreto e severamente punidos. Afinal, o advogado da parte contrária assina o aviso de recebimento ao receber a carta, mas o seu teor pode não trazer o pronunciamento judicial que deveria ter, ou mesmo apenas parte desse pronunciamento, ou ainda uma cópia ilegível do pronunciamento.

Como se sabe, a mente criminosa não tem limites, infelizmente.

A faculdade concedida para os advogados exige que o ofício de intimação, a ser elaborado pelo cartório judicial, seja instruído com cópia do despacho, da decisão ou da sentença. Embora o dispositivo permita a conclusão de tratar apenas de pronunciamentos judiciais de primeiro grau, não há qualquer razão jurídica ou lógica para afastar sua aplicação das intimações a serem realizadas nos tribunais. Dessa forma, é preferível interpretar o termo “decisão” no seu sentido lato, o que, apesar de tornar inútil a consagração expressa de sentença, permite a intimação pelo advogado de qualquer decisão proferida em primeiro grau ou nos tribunais.

Nos termos do art. 269, § 1º, do Novo CPC, após a realização da intimação, cabe ao advogado juntar aos autos a cópia do oficio de intimação e do aviso de recebimento, por meio de simples petição de juntada, e começará no primeiro dia útil subsequente o prazo para prática de eventual ato. Não há necessidade de manifestação judicial e tampouco cartorial para tanto, bastando a juntada da petição pelo advogado responsável pela intimação.

10.9.3.4. Intimação da fazenda pública

Segundo o art. 269, § 3º do Novo CPC, a intimação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público será realizada perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial. A norma busca evitar o endereçamento da intimação para o próprio órgão que é parte na relação jurídica processual e que não é responsável por sua defesa em juízo.

10.9.3.5. Intimação por meio eletrônico

Não resta dúvida de que o meio eletrônico de intimação é a forma mais simples, rápida e barata de comunicação dos atos e termos do processo, sendo compreensível sua preferência consagrada no art. 270, *caput*, do Novo CPC. O meio eletrônico só não é obrigatório porque alguns juízos ainda não têm a estrutura necessária para isso. Oxalá chegaremos a um dia em que todos as intimações sejam realizadas por meio eletrônico.

A intimação por meio eletrônico é regulada pelos arts. 4º e 5º da Lei 11.419/2006, sendo o primeiro desses artigos voltado à publicação por meio do Diário Oficial eletrônico, uma feliz realidade, e o segundo voltado à intimação em portal próprio, nos endereços eletrônicos fornecidos pelas próprias partes. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, em aplicação do art. 4º, § 2º da Lei 11.419/2006, a intimação eletrônica substitui qualquer outro meio e publicação oficial para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal[990].

O parágrafo único do art. 270 do Novo CPC, ao prever que a regra consagrada no art. 246, § 1º, do mesmo diploma processual se aplica ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública, deixa claro que esses entes também serão intimados por meio eletrônico, já que são obrigados a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos.

10.9.3.6. Intimaçação por publicação no órgão oficial

Conforme previsão do art. 270, *caput*, do Novo CPC, a forma preferencial de intimação é o meio eletrônico, mas por variadas

razões esse meio pode ser inviável no caso concreto. Nesse caso, segundo o art. 272, *caput*, do Novo CPC, a intimação deve ser realizada por meio de publicação do ato no órgão oficial. Entendo que a intimação pelo Diário Oficial Eletrônico, apesar de ser realizada por meio eletrônico, segue as regras formais dos §§ 1º a 7º do art. 272 do Novo CPC.

10.9.3.7. Intimação em nome da sociedade de advogados

Em norma inovadora o § 1º do art. 272 do Novo CPC prevê a possibilidade de a intimação ocorrer na pessoa da sociedade de advogados a qual pertença o patrono que atua no processo, desde que tal sociedade esteja devidamente registrada na Ordem dos Advogados do Brasil, o que se demonstra no caso concreto com a indicação de seu número de inscrição.

A norma é suficientemente clara ao estabelecer que tal forma de intimação depende de pedido expresso e substitui a intimação na pessoa do advogado, já que o dispositivo menciona expressamente a intimação apenas no nome da sociedade de advogados[991].

O controle de publicações em escritórios de médio e grande porte, nos quais a entrada e a saída de advogados são contínuas, certamente será facilitado pela previsão legal.

10.9.3.8. Requisitos formais da publicação (nome da parte, do advogado ou da sociedade)

É nula a intimação por meio de publicação no órgão oficial na qual não conste o nome das partes e de seus advogados, com o respectivo número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, ou, se assim requerido, da sociedade de advogados.

O art. 272, § 3º do Novo CPC exige que a grafia dos nomes das partes não contenha abreviaturas, sendo no mesmo sentido a previsão do § 4º do mesmo dispositivo legal ao prever que a grafia dos nomes dos advogados deve corresponder ao nome completo e ser a mesma que constar da procuração ou que estiver registrada na Ordem dos Advogados do Brasil.

Na vigência do CPC/1973 o entendimento do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que eventuais abreviaturas no nome do advogado e/ou da parte, ou mesmo erro de grafia, quando o erro fosse insignificante e sendo possível a identificação do feito pelo exame de outros dados constantes da publicação, não levaria a invalidade da publicação[992]. A nulidade, portanto, ficaria condicionada a vício que impedisse a exata identificação do advogado[993].

Apesar de as previsões dos §§ 2º e 3º do art. 272 do Novo CPC animarem parcela da doutrina a defender que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça deva ser alterado para se compatibilizar com as novas previsões legais[994], é preciso atentar que o referido tribunal, mesmo sem previsão expressa nesse sentido, já entende que é requisito formal da publicação a inclusão do nome completo das partes e dos advogados, bem como o número de sua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, apenas aplicando a eventual vício formal o princípio da instrumentalidade das formas. Esse posicionamento resta evidenciado em julgamento de Recurso Especial Repetitivo no qual o Superior Tribunal de Justiça entende que o erro ou ausência do número de inscrição do advogado não gera nulidade da publicação quando os nomes das

partes e dos patronos tiverem sido grafados corretamente, sendo elementos suficientes a identificação da demanda, salvo quando houver homonímia que possa induzir o patrono em erro[995].

O simples fato de a nulidade passar a ser cominada nos dispositivos ora analisados não parece ser o suficiente para afastar o princípio da instrumentalidade das formas, aplicável a qualquer espécie de vício, inclusive aqueles teoricamente capazes de gerar nulidades absolutas. Por tal razão entendo ainda não ser possível dizer que os §§ 2º e 3º do art. 272 do Novo CPC sejam capazes de alterar a jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema.

10.9.3.9. Publicação em nome de advogado indicado

Nos termos do art. 272, § 5º do Novo CPC, havendo pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade. Na realidade, mesmo diante do silêncio do CPC/1973 a respeito do tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já havia pacificado tal entendimento[996].

Havendo pluralidade de advogados e não sendo feito pedido expresso para que a publicação ocorra em advogado determinado, não é necessário que da publicação conste o nome de todos os advogados constituídos, bastando para a regularidade do ato a inclusão do nome de um deles[997]. Essa realidade é aplicável, inclusive, quando há substabelecimento com reserva de poderes, sendo considerada válida a publicação feita na pessoa do advogado substabelecente[998].

Há, entretanto, decisão que entendeu nula a intimação no advogado substabelecente domiciliado em outra Comarca quando o advogado substabelecido tem como função acompanhar o processo perante a comarca em que tem domicilio profissional, sendo nesse caso irrelevante o substabelecimento ter se dado com reserva de poderes e não ter havia pedido expresso para intimação na pessoa do advogado substabelecido[999].

10.9.3.10. Retirada dos autos de cartório

Nos termos do § 6º do art. 272 do Novo CPC, a retirada dos autos do cartório ou da secretaria em carga implicará intimação de qualquer decisão contida no processo retirado, ainda que pendente de publicação. Na realidade não é só a retirada dos autos de cartório[1000], mas também o comparecimento espontâneo da parte aos autos capaz de fazer com que a parte se dê por intimada[1001].

A carga dos autos do cartório pode ser realizada pelo advogado. Havendo pedido expresso nesse sentido a publicação só se considerará válida se realizada na pessoa do advogado indicado para tal fim (art. 272, § 5º, do Novo CPC), havendo decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que diante da necessidade de publicação em nome de advogado determinado, a retirada dos autos de cartório por outro advogado não enseja a dispensa da publicação, que a partir da indicação de advogado determinado para ser intimado passa a ter caráter personalíssimo[1002].

Além do advogado, também poderá fazer carga dos autos do cartório preposto por ele indicado, desde que credenciado perante o

juízo pelo advogado ou pela sociedade de advogados.

Também o advogado público, o defensor público e o membro do Ministério Público, ao fazer carga dos autos ou comparecer voluntariamente aos autos se dá por intimado, ou seja, mesmo aqueles que têm a prerrogativa da intimação pessoal se darão por intimados pela carga dos autos ou pelo comparecimento voluntário.

10.9.3.11. Alegação da nulidade

Nos termos do § 8º do art. 272 do Novo CPC cabe à parte arguir a nulidade da intimação em capítulo preliminar do próprio ato que lhe caiba praticar, o qual será tido por tempestivo se o vício for reconhecido. A regra tem como objetivo a duração razoável do processo, evitando que a prática do ato seja precedida de um pedido e decisão a respeito do vício da intimação.

Ocorre, entretanto, que nem sempre será possível a prática imediata do ato diante da necessidade de acesso prévio aos autos, hipótese prevista pelo art. 272, § 9º do Novo CPC e autorizadora de que a parte se limite a arguir a nulidade da intimação, caso em que o prazo será contado da intimação da decisão que a reconheça.

10.9.3.12. Intimação pessoal do advogado

Em situação rara do dia-a-dia forense, o art. 273 do Novo CPC prevê que não sendo viável a intimação por meio eletrônico e não havendo na localidade publicação em órgão oficial, caberá ao escrivão ou chefe de secretaria a intimação dos advogados das partes de todos os atos praticados no processo.

Os incisos do dispositivo ora comentado contêm uma

incorreção, dando a entender que a intimação pessoal do advogado só tem lugar quando o advogado tiver seu domicilio profissional na sede do juízo. Na realidade a intimação será pessoal também na hipótese prevista no inciso II, ou seja, quando tiver domicilio profissional fora do juízo em que tramita o processo[1003]. Na realidade na primeira hipótese a intimação se dará por oficial de justiça e na segunda por carta com aviso de recebimento, mas em ambos os casos a intimação será pessoal.

10.9.3.13. Intimação pelo correio

A intimação pelo correio só tem lugar se nenhuma das outras formas for possível no caso concreto, de forma a ocorrer precipuamente na hipótese do art. 273, II, do Novo CPC.

Cabe às partes e aos advogados indicarem nos autos seus endereços e manterem tais informações atualizadas, cabendo a informação imediata no caso de eventual mudança de endereço durante o processo. Na intimação pelo correio no endereço constante nos autos, caso não tenha ocorrido mudança, exige-se que o intimado assine a carta de recebimento para que o ato seja considerado realizado.

Por outro lado, nos termos do parágrafo único do art. 274 do Novo CPC, caso ocorra mudança e ela não seja informada ao juízo, serão presumidas válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.

10.9.3.14. Intimação pelo escrivão ou chefe de secretaria

Havendo comparecimento das partes, representantes legais, advogados e demais sujeitos do processo ao cartório, a intimação pode ser realizada diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria. O comparecimento pode ser espontâneo ou provocado, não havendo qualquer impedimento legal para que a intimação ocorra em sujeito presente ao cartório, por exemplo, para participar de uma audiência.

10.9.3.15. Intimação por oficial de justiça

O *caput* do art. 275 do Novo CPC prevê como subsidiária a intimação por oficial de justiça, prevendo que ela só deve ocorrer quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio. Ressalte-se a intimação prevista no art. 273, I, do Novo CPC, quando a regra será a intimação por oficial de justiça, desde que preenchidos os requisitos previsto pelo dispositivo legal.

Havendo intimação por oficial de justiça será imprescindível a confecção de uma certidão, que deverá preencher os requisitos formais do § 1º do art. 275 do Novo CPC: indicação do lugar e a descrição da pessoa intimada, mencionando, quando possível, o número de seu documento de identidade e o órgão que o expediu; declaração de entrega da contrafé; nota de ciente ou a certidão de que o interessado não a apôs no mandado. Como o oficial de justiça é portador de fé pública, a recusa do intimado em assinar o mandado de intimação não é capaz de evitar sua intimação, bastando para tanto que o oficial de justiça declare ter realizado a intimação e encontrado resistência do intimado quanto à assinatura.

O § 1º do art. 275 do Novo CPC prevê os requisitos mínimos da certidão, sendo plenamente admissível que o oficial de justiça faça constar da certidão outras informações que entenda

importantes para o processo[1004].

10.9.3.16. Intimação ficta

A exemplo do que ocorre com a citação, a intimação não precisa ser necessariamente certa, ou seja, não precisa haver a certeza de ciência do intimado, prevendo o § 2º do art. 275 do Novo CPC a possibilidade de intimação por edital e por hora certa, espécies de comunicação ficta, nas quais há apenas uma presunção relativa de ciência.

Como não há qualquer previsão procedimental a respeito da intimação ficta são cabíveis as regras procedimentais da citação por edital e por hora certa, salvo a necessidade de indicação de curador especial, que não ocorre na intimação realizada por esses meios.

10.9.4. CARTAS

10.9.4.1. Espécies

As cartas são a forma processual de um juízo pedir auxílio a outro juízo para a prática de um ato processual para o qual o juízo em que tramita o processo não tem competência para praticá-lo.

O art. 237 do Novo CPC prevê quatro diferentes espécies de carta de auxílio: (i) a carta de ordem se presta para o tribunal – de segundo grau e de superposição – delegar atividade jurisdicional para o primeiro grau de jurisdição; (ii) a carta rogatória serve para um juízo nacional requerer a juízo estrangeiro a prática de ato processual, sendo nesse caso inviável a prática do ato pelo juízo nacional em razão de falta de jurisdição; (iii) a carta precatória serve para juízos de primeiro grau requisitarem a prática de ato para o qual não têm competência para outro juízo de primeiro grau; e (iv) a carta arbitral serve para o árbitro pedir ao juízo do local em que o ato deve ser praticado seu auxílio para a efetivação de decisão proferida no processo arbitral.

Em qualquer espécie de carta os atos processuais a serem praticados serão de comunicação (citação, intimação e notificação), de instrução (produção de prova, tais como a oitiva de testemunha, colheita de depoimento pessoal e realização de perícia) e de constrição (como, por exemplo, a penhora e o depósito)[1005].

10.9.4.2. Carta de ordem

Nos termos do art. 236, § 2º do Novo CPC, o tribunal pode expedir carta de ordem a juízo a ele vinculado. Quanto aos tribunais

superiores, em razão de sua competência nacional, o dispositivo não desperta interesse, mas nos tribunais de segundo grau a norma tem sentido, limitando a expedição de carta de ordem pelo tribunal aos juízos a ele vinculados, ou seja, que estejam dentro de seus limites de competência. Dessa forma, um Tribunal de Justiça não expede carta de ordem para juízo federal de primeiro grau e Tribunal Regional Federal não expede carta de ordem para juízo estadual de primeiro grau.

Havendo competência por delegação (art. 109, §§ 3º e 4º da CF), mesmo sendo o processo de competência da Justiça Federal, não sendo o local sede da Justiça Federal, o processo seguirá em primeiro grau diante de vara da Justiça Estadual, sendo nesse caso a competência da Justiça Federal preservada apenas com a interposição de recurso, que será de competência do Tribunal Regional Federal. Nesses casos é natural que o Tribunal Regional Federal possa expedir carta de ordem para o juízo estadual de primeiro grau que atua com competência federal delegada.

O parágrafo único do art. 237 do Novo CPC vai ainda mais longe ao prever que em qualquer hipótese, ou seja, mesmo em processos em que não há a competência por delegação prevista no art. 109, §§ 3º e 4º da CF, o Tribunal Regional Federal – e também os tribunais superiores – poderá expedir carta de ordem a ser cumprida por juízo estadual de primeiro grau se no local onde tiver que ser praticado o ato não houver vara federal.

10.9.4.3. Carta rogatória

As cartas rogatórias podem ser passivas ou ativas, a depender do órgão expedidor e daquele que praticará o ato. A carta rogatória

passiva é aquela expedida por juízo estrangeiro visando a prática de ato no Brasil, dependendo sua efetivação da expedição do *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça. A carta rogatória ativa é aquele expedida por juízo nacional para a prática de ato no exterior, sendo enviada ao país estrangeiro por meio do Ministério das Relações Exteriores.

10.9.4.5. Carta precatória

A carta precatória se presta a juízo de primeiro grau pedir o auxílio de outro juízo do mesmo grau jurisdicional para a prática de ato a ser praticado no local sobre o qual o juízo deprecado tem competência. Entendo que a carta precatória não é exceção ao princípio da indelegabilidade, porque nesses casos o juiz deprecante não tem competência para a prática do ato, de forma que ao pedir a colaboração de outro juízo, nada estará delegando, afinal não se pode delegar poder que não se tenha originariamente. A carta precatória é, na realidade, a confirmação do princípio da indelegabilidade, determinando que o juízo competente pratique os atos processuais para os quais tenha competência, independentemente de onde tramita o processo.

Registre-se que inspirado pelo princípio da informalidade que norteia o procedimento nos Juizados Especiais o art. 13, § 2º da Lei 9.099/95 dispensa a expedição de carta precatória para a prática de ato processual fora dos limites territoriais de competência do juízo em que tramita o processo. Nos Juizados Especiais o ato será praticado por outras formas de comunicação mais simples, tais como o correio eletrônico, fax, e até mesmo o telefone.

10.9.4.6. Carta arbitral

A carta arbitral é o meio pelo qual o árbitro pede auxílio do juízo para a efetivação de alguma decisão proferida no processo arbitral. O inciso IV do art. 237 do Novo CPC é compatível com o art. 22-C da Lei 9.307/1996, incluído pela Lei 13.129/2015. Nos termos dos dispositivos legais o árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Quanto à competência para o cumprimento da carta arbitral deve ser prestigiado o entendimento consolidado no Enunciado 24 do FPPC: "Independentemente da sede da arbitragem ou dos locais em que se realizem os atos a ela inerentes, a carta arbitral poderá ser processada diretamente pelo órgão do Poder Judiciário do foro onde se dará a efetivação da medida ou decisão, ressalvadas as hipóteses de cláusulas de eleição de foro subsidiário".

No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem, nos termos do parágrafo único do art. 22-C da Lei 9.307/1996.

10.9.4.7. Requisitos formais

O art. 260 do Novo CPC prevê quatro requisitos formais da carta de ordem, precatória e rogatória. No tocante à carta rogatória, o Superior Tribunal de Justiça entende que tais requisitos só podem ser exigidos na carta rogatória ativa, ou seja, naquela expedida pelo juízo nacional para a prática de ato no exterior. Na carta rogatória passiva, expedida por juízo estrangeiro a ser cumprida no Brasil, os requisitos formais são aqueles previstos na legislação do país de

origem da carta[1006].

Devem constar da carta de ordem, rogatória e precatória: (i) a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato, essencial para a identificação do juízo que pede e do que realizará o ato processual; (ii) o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado, sendo dispensável a juntada da petição se o ato for determinado de ofício pelo juízo; (iii) a menção do ato processual que lhe constitui o objeto, única forma da carta ser cumprida dentro dos objetivos pretendidos pelo juízo que a expede; e (iv) o encerramento com a assinatura do juiz, que não será, entretanto, o responsável pela expedição da carta, atividade a ser exercida pelo escrivão ou pelo chefe da secretaria[1007].

Como ocorre em todo ato processual solene, o descumprimento de alguns dos requisitos formais exigidos no caso concreto deve ser analisado sob a ótica do princípio da instrumentalidade das formas. Apesar de corrente doutrinária afirmar que o descumprimento dos requisitos previstos nos incisos I e IV do art. 260 do Novo CPC levam à inexistência jurídica da carta, sendo causas de nulidade apenas os requisitos previstos nos incisos II e III do mesmo dispositivo legal[1008], entendo que todos são requisitos de validade da carta, e nesse sentido a todos eles são aplicáveis o princípio da instrumentalidade das formas. Dessa forma, qualquer que seja o vício formal, não havendo prejuízo a carta não deverá ser anulada.

Além dos requisitos formais previstos nos incisos do art. 260

do Novo CPC, havendo necessidade de as partes, peritos ou testemunhas examinarem quaisquer outras peças processuais, tais como mapas, desenhos ou gráficos, o juiz instruirá a carta com tais peças. Quando o ato a ser praticado por meio da carta for um exame pericial sobre documento, este será remetido em original, ficando nos autos reprodução fotográfica.

Na hipótese de carta arbitral, o § 3º do art. 260 do Novo CPC prevê o atendimento, no que couber, dos requisitos formais previstos nos quatro incisos do mesmo dispositivo legal. Nesse caso será imprescindível a instrução da carta com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

Conforme já analisado, os requisitos formais das cartas de ordem, precatória e rogatória estão previstos no art. 260 do Novo CPC. Nem sempre, entretanto, a expedição da carta deverá atender especificamente a tais requisitos, já que o art. 264 do Novo CPC prevê que na hipótese de expedição da carta por meio eletrônico, por telefone ou por telegrama, bastará um resumo substancial de tais requisitos.

A referência realizada ao art. 250 do Novo CPC é certamente fruto de equívoco do legislador, já que tal dispositivo legal prevê os requisitos formais do mandado do oficial de justiça e nada tem a ver com as cartas de auxílio[1009].

10.9.4.8. Prazo para cumprimento

Nos termos do art. 261, *caput*, do Novo CPC, em todas as cartas o juiz fixará o prazo para cumprimento, surgindo intrigante

questão quando o juiz desatender a essa exigência legal. Como todo prazo a ser fixado pelo juiz (prazo judicial) não se pode desprezar a possibilidade de omissão judicial, resolvendo essa omissão de forma geral o art. 218, § 3º do Novo CPC ao prever um prazo geral de 5 dias. Ocorre, entretanto, que tal prazo será invariavelmente muito exíguo para o cumprimento de carta, em razão na complexidade que envolve sua expedição e cumprimento. O problema, portanto, não tem solução aparente, devendo os juízes que expedem cartas atentarem para essa questão e não deixarem de fixar o prazo para o seu cumprimento.

Na fixação do prazo para o cumprimento da carta o juiz deve atendar para a facilidade das comunicações, o que envolve uma análise das condições do juízo que expede a carta e o que cumprirá o ato processual. Também deverá levar em consideração a complexidade do ato ser praticado, sendo natural que atos mais complexos tomem mais tempo do que atos mais simples para serem praticados.

Sendo a doutrina amplamente majoritária esse prazo é para as partes e não para o juízo perante o qual será realizado o ato processual[1010]. Justifica-se esse entendimento no sentido de não ser possível na carta precatória juízos de mesmo grau de jurisdição criarem prazos uns para os outros, e, ainda pior, na carta rogatória um juízo nacional criar um prazo para juízo estrangeiro. Na carta de ordem aponta-se que em razão da superioridade hierárquica o problema não seria tão sensível[1011].

Compreendo as razões doutrinárias que defendem que o prazo

a ser fixado pelo juízo que expede a carta seja dirigido às partes e não ao juízo de destino da carta, mas não posso deixar de observar que em muitos casos a expedição da carta não envolve ato a ser praticado pelas partes, mas sim pelo juízo que deverá cumpri-la. Que sentido tem dizer que o prazo para o cumprimento de uma carta para a realização de uma penhora ou para a oitiva de uma testemunha é um prazo dirigido às partes e não ao juízo que deverá praticar o ato processual?

Por outro lado, os prazos para as partes são próprios, enquanto os prazos judiciais são impróprios, o que torna ainda mais difícil aceitar que o prazo para o cumprimento da carta seja destinado às partes. Sendo vencido o prazo para o cumprimento da carta opera-se preclusão temporal, de forma que o ato não mais poderá ser praticado? É óbvio que não, sendo na realidade um prazo impróprio. Ainda que existam, excepcionalmente, prazos impróprios para as partes, não parece ser esse o caso.

10.9.4.9. Princípio do contraditório

Em cumprimento do princípio do contraditório o § 1º do art. 261 do Novo CPC prevê que as partes deverão ser intimadas pelo juiz do ato de expedição da carta e o § 2º do mesmo dispositivo prevê que, expedida a carta, as partes acompanharão o cumprimento da diligência perante o juízo destinatário, ao qual compete a prática dos atos de comunicação.

Nos termos do § 3º do art. 261 do Novo CPC, a parte a quem interessar o cumprimento da diligência cooperará para que o prazo fixado pelo juiz seja cumprido. Na realidade não só a parte a quem interessar o cumprimento da diligência deverá cooperar com a

prática do ato, já que o princípio da cooperação deve ser aplicado também com relação à parte contrária.

Apesar da boa intenção do dispositivo legal, a verdade é que invariavelmente há muito pouco a ser feito pela parte para que o prazo fixado pelo juízo que expede a carta seja cumprido. Invariavelmente o cumprimento da diligência caberá ao juízo que recebe a carta, o que novamente levanta a questão sobre os destinatários desse prazo serem realmente as partes.

10.9.4.10. Caráter itinerante

Admite-se que as cartas sejam encaminhadas a juízo diverso do que dela consta, o que torna tais cartas itinerantes, atendendo-se dessa forma os princípios da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF e art. 4º do Novo CPC) e da economia processual. A norma consagrada no art. 262, *caput*, do Novo CPC, não se aplica às cartas rogatórias ativas por uma questão de soberania do país que a cumprirá, mas é plenamente aplicável às cartas rogatórias passivas, que são aquelas a serem cumpridas no Brasil.

Há três situações que justificam o caráter itinerante das cartas: (i) eventual erro de endereçamento em decorrência de confusão ou modificação das regras de estrutura judiciária; (ii) correção de vício quanto a competência do juízo deprecado, que poderá reconhecer sua incompetência e encaminhar a carta para o juízo competente, salvo se tratar-se de incompetência absoluta, quando poderá, a depender do ato a ser praticado, devolver a carta sem cumprimento nos termos do art. 267, II, do Novo CPC; (iii) o rápido deslocamento de pessoas ou coisas, por vezes inclusive com o fito de frustrar a prática do ato, devendo a carta ser encaminhada para o

local em que deva ser praticado o ato.

Essa característica das cartas permite, inclusive, que o ato a ser cumprido em razão dela seja desmembrado em diferentes juízos deprecados, como ocorre, por exemplo, com a citação em um determinado juízo e a penhora em outro, bastando para tanto que o executado seja domiciliado em foro distinto daquele em que tem bens[1012].

A expressa previsão de que a carta pode ser encaminhada a juízo diverso do que dela consta antes ou depois de lhe ser ordenada o cumprimento permite que o próprio juízo deprecante redirecione o destino da carta se tiver razões para isso. Pode o interessado, portanto, provocar o juiz no sentido de mudança do destino em razão de algum fato superveniente, como a mudança de endereço da parte a ser intimada. Por outro lado, também o juízo deprecado poderá redirecionar o destino da carta diante das circunstâncias autorizadoras para emprestar à carta o caráter itinerante previsto em lei.

Nos termos do parágrafo único do art. 262 do Novo CPC, o encaminhamento da carta a outro juízo será imediatamente comunicado ao órgão expedidor, que intimará as partes. É natural que se foi o próprio órgão expedidor que modificou o destino da carta bastará a intimação das partes dessa modificação. Sendo o juízo deprecado o responsável pela remessa da carta a outro juízo caberá a ele informar o juízo deprecante, sendo este o responsável pela intimação das partes.

10.9.4.11. Transmissão da carta por telefone

O art. 265 do Novo CPC trata do procedimento de expedição de carta precatória ou de ordem por telefone. Ainda que não exista no Novo Código de Processo Civil norma que condicione essa forma de expedição a situações de urgência (art. 205 do CPC/1973), entendo que somente nesses casos a expedição da carta deve se dar por telefone. A forma escrita – por via física ou eletrônica – deve ser a regra, relegando-se a expedição por telefone ou telegrama a situações excepcionais, que aparentemente só podem ser associadas a urgência para a prática do ato.

Havendo a expedição da carta por telefone, caberá ao secretário do tribunal, ao escrivão ou chefe de secretaria do juízo deprecante transmiti-la ao juízo em que deva ser praticado o ato, por intermédio do escrivão do primeiro ofício da primeira vara, se houver na comarca mais de um ofício ou de uma vara, observando-se, quanto aos requisitos, o disposto no art. 264 do Novo CPC. Como não será materialmente impossível a distribuição de carta precatória expedida por telefone o art. 265, *caput*, do Novo CPC consagra previamente a competência do primeiro ofício da primeira vara nas comarcas (na realidade nos foros) em que existe mais de um oficio ou de uma vara. Ainda que se trate de competência absoluta de caráter funcional, entendo que ela cede a outra competência absoluta, em razão da matéria, nas comarcas que tenham varas especializadas no cumprimento de cartas, em especial as precatórias.

O escrivão ou o chefe de secretaria, no mesmo dia ou no dia útil imediato, telefonará ou enviará mensagem eletrônica ao secretário do tribunal, ao escrivão ou ao chefe de secretaria do juízo

deprecante, lendo-lhe os termos da carta e solicitando-lhe que os confirme. Trata-se de medida que visa dar segurança à carta, permitindo que o juízo deprecante analise a exata compreensão do juízo deprecado a respeito do ato a ser praticado. Afinal, conversas telefônicas podem não ser claras o suficiente e eventual discrepância entre o falado e o ouvido deve ser resolvida para que o cumprimento do ato seja em conformidade com a vontade do juízo deprecante.

Sendo confirmada, o escrivão ou o chefe de secretaria submeterá a carta a despacho, dando-se a partir daí o cumprimento ao ato processual. Na realidade, após a confirmação, a carta seguirá o mesmo procedimento das cartas expedidas por meio escrito.

10.9.4.12. Impulso oficial

Nos termos do art. 2º do Novo CPC, o processo é regido pelo impulso oficial, ou seja, o juiz dá andamento ao processo independentemente de provação nesse sentido das partes. Embora o art. 266 do Novo CPC preveja que os atos serão praticados de ofício somente nas hipóteses de expedição de carta por meio eletrônico ou por telegrama, essa é uma realidade de toda carta, independentemente de sua forma de expedição.

A parte, portanto, não precisa provocar o juízo deprecado para a prática do ato, que deve ocorrer de ofício, mas deve depositar junto à secretaria do tribunal ou ao cartório do juízo de primeiro grau deprecante a importância correspondente às despesas que serão feitas no juízo deprecado. Para parcela da doutrina esse depósito não precisa ser realizado previamente ao ato praticado[1013].

Prefiro o entendimento em sentido contrário, exigindo-se que o depósito necessário para satisfazer as despesas do ato a ser praticado seja realizado de forma antecipada no juízo deprecante, ainda que não entregue imediatamente ao juízo deprecado[1014].

10.9.4.13. Recusa no cumprimento da carta

O art. 267 do Novo CPC prevê as hipóteses que legitimam a recusa no cumprimento de carta precatória ou arbitral, não consagrando o dispositivo legal a carta rogatória e a carta de ordem. Compreende-se a exclusão da carta rogatória ativa, porque nesse caso estar-se-ia pretendendo legislar sobre procedimento de país estrangeiro, o que naturalmente não tem qualquer cabimento. Já no tocante à carta rogatória passiva, que deve ser cumprida no Brasil, entendo ser possível a aplicação do dispositivo ora comentado.

No tocante à carta de ordem, embora possa à primeira vista parecer inconcebível que um juízo inferior se recuse a cumprir carta expedida por órgão superior, a doutrina é tranquila em defender a ela a aplicação do art. 267 do Novo CPC[1015]. Trata-se de entendimento que deve ser elogiado porque nenhum juízo, mesmo que inferior, deve ser obrigado a atuar contra a lei, e sendo a carta de ordem viciada nos termos do dispositivo ora analisado, não há fundamento jurídico que legitime o dever de o juízo inferior cumpri-la ainda assim.

Conforme correta lição doutrinária, a recusa do juízo deprecado no cumprimento da carta precatória só pode ter como fundamento vícios formais, não sendo possível ao juízo deprecado deixar de cumprir a carta simplesmente por discordar de seu

conteúdo[1016].

O Superior Tribunal de Justiça vem interpretando de forma exauriente o rol de causas para a devolução da carta precatória, decidindo que fora das hipóteses legais não é legítima a devolução da carta sem cumprimento[1017]. O tribunal já chegou a decidir que conquanto recomendável seja a realização de audiência por videoconferência, não compete ao Juízo deprecado determinar forma de audiência diversa daquela delegada, recusando-se assim ao cumprimento da deprecada[1018].

Os requisitos formais das cartas estão previstos no art. 260 do Novo CPC, sendo que na hipótese de expedição de carta de ordem e de carta precatória por meio eletrônico, por telefone ou por telegrama bastará um resumo substancial desses requisitos. Sendo constatado pelo juízo deprecado o descumprimento de requisitos formais da carta é admissível sua devolução para o juízo deprecante. Essa devolução tem como objeto permitir que o juízo deprecante saneie os vícios formais e devolva a carta para o juízo deprecado para seu regular cumprimento.

A recusa no cumprimento da carta com fundamento no art. 267, I, do Novo CPC, deve levar em conta o princípio da instrumentalidade das formas, de maneira que, sendo cumprida a finalidade do ato e não havendo prejuízo às partes nem ao processo, cabe ao juiz deprecado cumprir a carta, mesmo que constate vícios formais[1019].

Nos termos do art. 267, II, do Novo CPC, no caso de faltar ao

juiz competência em razão da matéria ou da hierarquia, será legítima a recusa no cumprimento da carta, mas o parágrafo único do dispositivo permite que nesse caso, conforme o ato a ser praticado, o juízo deprecado remeta a carta ao juiz ou ao tribunal competente em razão do caráter itinerante da carta.

Caso o juízo deprecado entenda ser absolutamente incompetente para a prática do ato processual declarará por decisão fundamentada sua incompetência. O parágrafo único do art. 267 do Novo CPC não deixa claro que atos permitem ao juízo deprecado nesse caso remeter a carta para o juízo competente em vez de devolvê-la para o juízo deprecante, mas em termos de economia processual e duração razoável do processo deve se admitir que essa seja a regra.

Situação distinta é a percepção do juízo deprecado de que o juízo deprecante é absolutamente incompetente para o processo no qual foi expedida a carta. Há antiga decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, entendendo o juízo deprecado ser o absolutamente competente, deverá suscitar conflito de competência[1020].

No caso de o juízo deprecado não entender ser o competente, não obstante entender pela incompetência absoluta do juízo deprecante, há doutrina que entende ser o caso de cumprimento da carta, não sendo legítima a recusa[1021]. Não concordo com esse entendimento porque a incompetência absoluta pode ser reconhecida de ofício ou alegada por qualquer sujeito, cabendo nesse caso o juízo deprecado alegar a incompetência absoluta do

juízo deprecante, a quem caberá analisar e decidir a arguição. Caso entenda que o juízo deprecante tem razão, determina a remessa do processo ao juízo competente, a quem caberá a expedição de nova carta. Por outro lado, caso entenda que o juízo deprecante não tem razão, determinar a devolução da carta para cumprimento, quando não será mais legítima a recusa com fundamento no inciso II, do art. 267 do Novo CPC.

Ainda que o dispositivo legal trate exclusivamente da incompetência absoluta do juízo, o que leva parcela da doutrina a entender que o juízo deprecado não pode se recusar a cumprir carta com fundamento em sua incompetência relativa[1022], é preferível o entendimento que, diante do caráter itinerante da carta, admite que o juiz deprecado se recuse a cumpri-la, remetendo a carta ao juízo competente para o cumprimento do ato[1023].

Ainda que se possa alegar o entendimento pacificado, inclusive sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça[1024], de que a incompetência relativa não pode ser conhecida de oficio, há uma particularidade quanto ao cumprimento da carta que não pode ser desprezada. Diferente da atividade cognitiva exigida durante o processo, na carta o juízo deprecado exerce atividade executiva *lato sensu*, ou seja, é um mero executor de ato. Essa diferença é importante porque a atividade cognitiva pode ser desempenhada por juízo relativamente incompetente sem qualquer impedimento material, o mesmo não se podendo dizer da prática de ato material. Como pode o juízo deprecado ouvir uma testemunha que esteja em outra comarca, tendo sido justamente essa a causa da expedição da carta precatória? Como realizar a penhora de um bem localizado em

outra comarca?

A desconfiança do juízo deprecado quanto à autenticidade da carta deve ser fundada, cabendo a ele especificar as razões que o levam a crer não ser a carta autêntica. É um tanto óbvio que havendo dúvida quanto à autenticidade da carta o mais racional é não a cumprir, devolvendo-a ao juízo deprecado.

A desconfiança, entretanto, não deve levar o juízo deprecado a devolver a carta sem antes tentar junto ao juízo deprecado afastá-la. Conforme correto entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o juiz deprecado, no exercício da sua função de cooperador, pode dialogar com o juiz deprecante acerca do ato processual requerido, pois o diálogo é pressuposto da cooperação e contribui para que a atividade jurisdicional seja pautada pelos princípios constitucionais que informam o processo e exercida sem vícios, evitando-se a decretação de nulidades[1025].

Qualquer que seja a causa para a recusa do cumprimento da carta precatória o juizo deprecado deve, nos termos do art. 267, *caput*, do Novo CPC, proferir decisão devidamente fundamentada. O dispositivo na realidade apenas reforça pontualmente a exigência genérica consagrada no art. 93, IX, da CF.

Tratando-se de decisão interlocutória e estando fora do rol taxativo do art. 1.015 do Novo CPC, tampouco havendo previsão específica a respeito da recorribilidade, não será recorrível por agravo de instrumento, cabendo às parte interessadas na impugnação aguardar a apelação ou contrarrazões (art. 1.009, § 1º do Novo CPC).

10.9.4.14. Devolução da carta

Sendo cumprida a carta, será essa devolvida ao juízo de origem no prazo de 10 dias, tendo como termo inicial a efetivação do ato processual. Embora o art. 268 do Novo CPC preveja apenas a hipótese de cumprimento da carta, não deve ser ignorada a possibilidade de a carta não ser devidamente cumprida em razão da não prática do ato processual. Nesse caso também deve ser aplicável o prazo de 10 dias, tendo como termo inicial a data de juntada do documento aos autos que demonstre a frustração da carta. Tratando-se de prazo dirigido ao cartório judicial do juízo deprecado deve ser considerado como prazo impróprio, de forma que seu descumprimento não leva à preclusão temporal.

A devolução independe de traslado, até porque nada permanece no juízo em que se deu o cumprimento da providência solicitada, já que a carta em sua íntegra é devolvida ao juízo deprecante para ser juntada aos autos principais. O pagamento das custas é condição para a devolução da carta[1026].

Não há previsão legal quanto a possível recusa de o juízo deprecado devolver a carta para o juízo deprecante, já tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido que nesse caso não se caracteriza conflito de competência, cabendo reclamação perante a corregedoria competente ou até mesmo eventual correição parcial[1027].

10.10. ORDEM CRONOLÓGICA DE JULGAMENTO

10.10.1. INTRODUÇÃO

O art. 12 do Novo CPC cria uma ordem cronológica de julgamento para os processos em primeiro grau e nos tribunais. Nos termos do *caput* do dispositivo legal, uma vez sendo os autos conclusos para a prolação de sentença ou acórdão, o órgão jurisdicional atenderá preferencialmente à ordem de conclusão para a prolação de referidas decisões. A mesma regra vem consagrada para o escrivão ou chefe de secretaria no art. 153 do Novo CPC para a publicação e efetivação dos pronunciamentos judiciais.

Segundo o art. 1.046, § 5°, do Novo CPC, a primeira lista de processos para julgamento em ordem cronológica observará a antiguidade da distribuição entre os já conclusos na data da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil.

Como é notório, sob a égide do CPC/1973, o órgão jurisdicional não tinha vinculação a qualquer ordem cronológica de julgamento, proferindo sentenças e acórdãos na ordem que bem desejasse. É natural que assim sendo os órgãos jurisdicionais prefiram julgar processos mais simples, que deem menos trabalho para serem decididos. Ainda mais se considerarmos a imposição pelo CNJ e pelos próprios tribunais de metas de julgamento que têm como critério a quantidade de julgados proferidos pelo órgão jurisdicional.

A nova realidade criada pelo art. 12 do Novo CPC impõe uma regra interessante porque condiciona, ao menos como regra, o órgão julgador a uma ordem de antiguidade no julgamento, pouco importando a complexidade da causa. Por outro lado, cria uma expectativa temporal de solução do processo às partes, que tendo

seu processo concluso para julgamento já poderão projetar o tempo que ele tomará para ocorrer.

Na realidade existirão duas listas cronológicas, já que o § 3º do dispositivo ora comentado prevê que os processos sob o rito da preferência legal terão uma lista própria, cabendo ao juízo respeitar a ordem específica no julgamento dessa espécie de processo. Segundo o Enunciado 382 do FPPC pode chegar a haver três listas, já que nas varas que cumulam a competência da Justiça comum e dos Juizados Especiais o juiz poderia fazer uma lista para cada.

10.10.2. PUBLICIDADE

Para fins de publicidade, o § 1º do art. 12 do Novo CPC prevê que a lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores. Essa publicação da ordem de julgamento garante às partes um controle quanto ao seu cumprimento, atendendo de forma clara e positiva ao princípio da publicidade dos atos processuais.

10.10.3. REQUERIMENTO EM PROCESSO JÁ INCLUÍDO NA ORDEM DE JULGAMENTO

Os §§ 4º e 5º do art. 12 do Novo CPC tratam de eventual requerimento formulado pelas partes em processo já incluído na ordem de julgamento. Nos termos do § 4º, após a inclusão do processo na lista, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência. E o § 5º prevê que, decidido o requerimento previsto no § 4°, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente

se encontrava na lista.

Os dispositivos são importantes porque não criam uma inibição às partes de formularem requerimentos em processos já incluídos na ordem de julgamento. É natural se imaginar que se qualquer requerimento fosse capaz de retirar o processo de tal ordem, recolocando-o em último na lista, as partes poderiam preferir se omitir em sua pretensão a atrasar o julgamento do processo. Por outro lado, evita que a parte que pretende postergar o julgamento se valha de requerimentos meramente protelatórios para tirar o processo da ordem do julgamento. A exceção a essa regra também deve ser saudada, porque sendo necessária a reabertura da instrução probatória ou a conversão do julgamento em diligência, a manutenção do processo na ordem poderia travar os julgamentos subsequentes.

10.10.4. EXCEÇÕES À ORDEM CRONOLÓGICA

O § 6º do art. 12 do Novo CPC elenca duas hipóteses de processos que “furam a fila” na ordem de julgamento, sendo sempre alocados em primeiro lugar para julgamento independentemente do caráter cronológico de conclusão.

No inciso I do § 6° do art. 12 do Novo CPC está prevista a situação de anulação de sentença ou de acórdão, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução, quando o processo seguirá a regra geral da ordem cronológica de conclusão. Já no inciso II está previsto o reexame da causa pelo tribunal quando em julgamento repetitivo de recurso especial ou extraordinário o tribunal superior tiver fixado entendimento contrário ao do tribunal de segundo grau.

O legislador do Novo Código de Processo Civil compreendeu que a criação de uma ordem cronológica de conclusão condicionando o órgão julgador na prolação de sentenças e acórdãos poderia engessar a atuação jurisdicional e trazer mais prejuízos que benefícios. Com esse risco em mente, o § 2º do art. 12 traz extensa lista de exceções à regra criada pelo *caput* do dispositivo ora analisado.

No inciso I do § 2° do art. 12 do Novo CPC, aparentemente para processos em primeiro grau, excluem-se da regra as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido. Fica claro que decisão proferida em audiência só pode ser sentença e não haveria mesmo sentido impedir sua prolação em razão de uma ordem cronológica de julgamento. Por outro lado, decisões homologatórias de acordo podem ser proferidas também no tribunal, bem como as de improcedência liminar do pedido em ações de competência originária. Se tais decisões forem monocráticas já estarão excepcionadas pelo inciso IV, mas sendo colegiadas aplica-se a exceção do inciso I.

O inciso II do § 2º do art. 12 do Novo CPC cria exceção aplicável em qualquer grau de jurisdição, ao retirar da ordem cronológica de julgamento os processos julgados em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos.

A eficácia *ultra partes* dos julgamentos de recursos repetitivos e de incidente de resolução de demandas repetitivas motivaram a criação do inciso III do dispositivo ora analisado, priorizando-se

julgamentos que interessam e por vezes vinculam outros processos.

As decisões terminativas proferidas com base no art. 485 do Novo CPC também não seguem a ordem cronológica de julgamento (inciso IV), em exceção aplicável em qualquer grau de jurisdição.

Especificamente nos tribunais são excluídos da ordem estabelecida pelo art. 12, *caput*, do Novo CPC as decisões monocráticas proferidas pelo relator de recurso, reexame necessário e causas de competência originária (inciso IV), assim como o julgamento do agravo interno cabível contra tais decisões (inciso VI).

Em mais uma exceção aplicável em qualquer grau de jurisdição, o inciso V prevê que o julgamento do recurso de embargos de declaração não seguirá a ordem cronológica ora analisada.

O inciso VII do art. 12 do Novo CPC prevê como exceções à ordem cronológica de julgamento as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça. É certamente a exceção de mais difícil compreensão, em especial quanto ao julgamento das preferências legais, afinal, no § 3º do dispositivo ora analisado há uma expressa menção a uma lista própria para tal hipótese. A única interpretação possível é que as preferências legais seguem ordem própria, não estando condicionadas à ordem geral.

A exceção prevista no inciso VIII, em um primeiro momento, causa certa estranheza por versar sobre processos criminais, mas tem lógica em juízos que reúnem a competência cível e criminal.

Segundo o dispositivo legal, nesses órgãos jurisdicionais os processos criminais não estão vinculados à ordem legal de julgamento. Na realidade, parece natural que uma ordem criada pelo Código de Processo Civil não possa mesmo vincular processos criminais, mas no melhor espírito “o que abunda não prejudica” o legislador preferiu deixar expressa tal exceção.

E finalmente, o inciso IX excepciona a regra a qualquer a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada. Apesar de parecer haver diferença entre a urgência prevista no dispositivo legal e aquela necessária para a decisão sobre tutela de urgência, não parece adequada a conclusão que ela deriva de particularidades gerenciais da unidade judicial.[1028] Caberá aos órgãos jurisdicionais se valerem da referida exceção com a devida prudência, sob pena de a mesma tornar letra morta a regra consagrada pelo dispositivo legal.

10.10.5. DEVER OU FACULDADE?

Na redação originariamente aprovada não restava muita dúvida de que o art. 12 do Novo CPC criava um dever judicial, ainda que seu descumprimento não levasse a decretação de nulidade da decisão que julgasse processo fora da ordem.[1029]. Realmente, não teria qualquer sentido tal providência à luz dos princípios da duração razoável do processo (art. 4º do Novo CPC) e da prometida eficiência da tutela jurisdicional (art. 8º do Novo CPC). Mas, tratando-se de um dever judicial alguma sanção deveria ser imposta ao juiz que ilegalmente descumprisse a ordem cronológica, ainda que de natureza administrativa.[1030]

O dispositivo não caiu no gosto da magistratura, muito pelo contrário, existindo corrente doutrinária que inclusive o apontava como inconstitucional. Havia, na realidade, um grande receio por parte da magistratura de que o dever de julgar dentro de uma ordem cronológica de conclusão inviabilizasse a gestão cartorial. Diante de tal receio, o Enunciado 32 da ENFAM, em "interpretação" à redação originária do art. 12, § 2º, do Novo CPC, conclui que o rol lá exposto é meramente exemplificativo, sendo possível ao juiz descumprir a ordem cronológica fora das hipóteses legais.[1031]. O termo interpretação vem entre aspas porque naturalmente não há qualquer técnica de hermenêutica jurídica que corrobore a conclusão do Enunciado 32 da ENFAM.

A exótica interpretação, entretanto, não precisa ser levada a cabo em razão da Lei 13.256, de 04.02.2016, que modificando a redação originária do art. 12, *caput*, do Novo CPC, passa a prever

que a ordem cronológica de julgamento deve ser atendida *preferencialmente*. Numa leitura apressada da mudança legislativa pode parecer que o respeito à ordem cronológica simplesmente deixou de existir, tendo sido o art. 12 do Novo CPC tacitamente revogado. Não concordo com esse entendimento. O artigo ora comentado certamente levou um golpe considerável diante da novidade, mas está longe de estar revogado.

Sendo o dispositivo uma regra fortemente inspirada no princípio da isonomia, para evitar que o "amigo do rei" tenha seu processo julgado antes dos demais, sempre que o juiz justificar a quebra da ordem para melhor ajustar o trabalho cartorial, sem que com isso privilegie de forma pontual e direcionada determinado advogado e/ou parte, terá legítima justificativa para inverter a ordem cronológica de julgamento[1032].

Na realidade, continua a existir uma ordem e suas exceções legais, de forma que o juiz, sempre que decidir em descompasso com essas regras, deverá fundamentar sua postura. E para os juízes que já planejam fazer uma decisão padrão para todas as hipóteses de inversão da ordem cronológica é interessante recomendar a leitura do art. 489, § 1º, III, do Novo CPC.

1 (Voltar) Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, 2008.

2 (Voltar) Na doutrina nacional, confira-se a exposição do tema de forma consideravelmente aprofundada em Marinoni, *Teoria*, p. 21-139.

3 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 1, p. 241-243.

4 (Voltar) Neves, *Ações*, p. 426.

5 (Voltar) Enunciado 60/ENFAM: "À sociedade de advogados a que pertença o conciliador ou mediador aplicam-se os impedimentos de que tratam os arts. 167, § 5º, e 172 do CPC/2015".

6 (Voltar) Maia-Hill, *Do cadastro*, p. 160. Contra: Enunciado nº 59 da ENFAM: "O conciliador ou mediador não cadastrado no tribunal, escolhido na forma do § 1º do art. 168 do CPC/2015, deverá preencher o requisito de capacitação mínima previsto no § 1º do art. 167".

7 (Voltar) Netto-Soares, *Princípios*, p. 112.

8 (Voltar) Netto-Soares, *Princípios*, p. 113.

9 (Voltar) Fernanda Tartuce, *Mediação*, p. 216.

10 (Voltar) Tartuce, *Mediação*, pp. 196-197.

11 (Voltar) Tartuce, *Mediação*, n. 5.4.7, p. 212.

12 (Voltar) Tartuce, *Mediação*, n. 5.4.3., p. 206.

13 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008, *DJe* 19.05.2008.

14 (Voltar) Houve declaração incidental do STF no julgamento da homologação de sentença estrangeira SE 5.206-7, em 12.12.2001.

15 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 45; Greco Filho, *Direito*, v. 1, p. 178; Marinoni, *Teoria*, p. 148-153. Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 12-13.

16 (Voltar) Carmona, *Arbitragem*, p. 69; Figueira Jr., *Arbitragem*, p. 151-158.

17 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008, *DJe* 19.05.2008.

18 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, CC 111.230/DF, rel. ***Min. Nancy Andrighi, j. 08.05.2013,*** *DJe* ***03.04.2014.***

19 (Voltar) *Informativo* 522/STJ, 2ª Seção, CC 111.230-DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.05.2013.

20 (Voltar) Marinoni, *Novas*, p. 189-190.

21 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 1, p. 128.

22 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 1, p. 128-129; Marinoni, *Novas*, p. 192.

23 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 1, p. 130-131.

24 (Voltar) Marinoni, *Novas*, p. 193-194.

25 (Voltar) Lima Guerra, *Execução*, p. 33.

26 (Voltar) Tesheiner, *Jurisdição*, p. 22, afirma que nesse caso existe uma presunção absoluta de lide, independentemente da efetiva resistência do réu. Seria possível nesse raciocínio falar em “lide presumida”.

27 (Voltar) Barroso, *O controle*, p. 145-146; Cunha Junior, *Controle*, p. 168-169.

28 (Voltar) Didier, *Curso*, p. 73.

29 (Voltar) Bedaque, *Código*, p. 38.

30 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 538; Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, p. 150-151.

31 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 248.

32 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, v. 1, p. 200.

33 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 559-560.

34 (Voltar) Marinoni, *Teoria*, p. 143-144; Tesheiner, *Jurisdição*, p. 18.

35 (Voltar) Enunciado 100, aprovado no XIX Encontro em Aracaju/SE.

36 (Voltar) Neves, *Competência*, p. 237-238.

37 (Voltar) Contra: Greco, *Instituições*, p. 121.

38 (Voltar) Súmula 89/STJ: “A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa”.

39 (Voltar) Súmula 02/STJ: “Não cabe *habeas data* (CF, art. 5.º, LXXII, letra ‘a’) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”.

40 (Voltar) *Informativo* 551/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.488.940/GO, rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.11.2014; *Informativo* 520/STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.341.269/PR, rel. Min. Castro Meira, j. 09.04.2013.

41 (Voltar) *Informativo* 756/STF, Tribunal Pleno, RE 631240/MG, rel. Min. Roberto Barroso, j. 27.08.2014.

42 (Voltar) *Informativo* 553/STJ, Corte Especial, REsp 1.369.834-SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 24/9/2014, DJe 2/12/2014, Recurso Especial repetitivo tema 660.

43 (Voltar) *Informativo* 520/STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.341.269/PR, rel. Min. Castro Meira, j. 09.04.2013.

44 (Voltar) Parecer PGFN/CRJ 1.087 de 19.07.2004.

45 (Voltar) Ives Gandra da Silva Martins. *Processo*, p. 80.

46 (Voltar) Neder e Martínez Lopes. *Processo*, p. 365.

47 (Voltar) STF, 1ª Turma, Re 535.077 AgR/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/06/2014, DJe 14/08/2014.

48 (Voltar) Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, p. 39-41.

49 (Voltar) Marinoni, *Novas*, p. 29-32.

50 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 116; Bedaque, *Código*, p. 39.

51 (Voltar) Para análise mais aprofundada, consultar Neves, *Nova*, p. 21-67.

52 (Voltar) Para análise mais aprofundada, consultar Neves, *Nova*, p. 69-92.

53 (Voltar) *Informativo STJ* 279: REsp 769.884/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 28.03.2006.

54 (Voltar) Nery, *Princípios*, p. 168.

55 (Voltar) *Informativo* 390/STJ: 6.ª Turma, HC 40.394/MG, rel. Min. Og Fernandes, j. 14.04.2009, *DJe* 04.05.2009.

56 (Voltar) STF, 2.ª Turma, HC 96.700/PE, rel. Min. Eros Grau, j. 17.03.2009, *DJe* 142; STJ, 5.ª Turma, HC 40.394/MG, rel. Min. Felix Fischer, j. 04.12.2008, *DJe* 16.02.2009.

57 (Voltar) *Informativo* 384/STJ: 5.ª Turma, HC 102.466/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 17.02.2009.

58 (Voltar) STF, 2.ª Turma, HC 90.277/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 17.06.2008, *DJe* 142.

59 (Voltar) Barbosa Moreira, *Direito II*, p. 47-48.

60 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 1, p. 252.

61 (Voltar) Greco (*Jurisdição*, p. 39-40) defende que o princípio da inércia vigora na jurisdição voluntária, somente sendo legítimo o seu afastamento nas hipóteses expressamente previstas em lei.

62 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, p. 253.

63 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, p. 255, Theodoro Jr., *Curso*, p. 44-45.

64 (Voltar) Greco, *Jurisdição*, p. 56.

65 (Voltar) Dinamarco, *Ministério*, p. 399-406; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 935.

66 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 46.770/RJ, rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, *DJ* 17.03.1997, p. 7.505.

67 (Voltar) Arruda Alvim, Manual, *Manual*, p. 251-257; Nery Jr., *Intervenção*, p. 11.

68 (Voltar) Dinamarco, *Procedimentos*, p. 380-386; Marinoni, *Teoria*, p. 142-143.

69 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, p. 254; Bedaque, *Código*, p. 36.

70 (Voltar) Nery Jr., *Intervenção*, p. 11.

71 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 1, p. 316.

72 (Voltar) Marinoni, *Teoria*, p. 142, fala em “proteção de um direito socialmente relevante”.

73 (Voltar) Didier, *Curso*, v. 1, p. 89.

74 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, p. 254; Nery Jr., *Intervenção*, p. 11.

75 (Voltar) Ovídio Baptista-Gomes, *Teoria*, p. 78-79.

76 (Voltar) Greco, *Jurisdição*, p. 31-32.

77 (Voltar) Didier, *Curso*, v. 1, p. 90.

78 (Voltar) Dinamarco (*Procedimentos*, p. 395-396) e Tesheiner (*Jurisdição*, p. 48-49), apesar de entenderem ser jurisdicional a natureza da jurisdição voluntária, afastam a existência de coisa julgada material.

79 (Voltar) Greco, *Jurisdição*, p. 38-39.

80 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 41-57.

81 (Voltar) Bedaque, *Efetividade*, p. 524-533.

82 (Voltar) Câmara, *A nova*, p. 89-90.

83 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 272-273.

84 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, 3.2-3.4, p. 40-50.

85 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, 3.21, p. 152-155.

86 (Voltar) Marinoni, *Técnica*, p. 153.

87 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, notas 7, 9 e 10 do art. 461, p. 672.

88 (Voltar) Marinoni, *Técnica*, p. 423.

89 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 427.

90 (Voltar) Armelin, *Tutela*, p. 45; Cruz e Tucci, *Ação*, p. 14-15; Bedaque, *Direito*, p. 33.

91 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 15, p. 74.

92 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, p. 55.

93 (Voltar) Araújo, *Coisa*, p. 147.

94 (Voltar) Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 2. ed., CEBEPEJ, 1999, p. 112.

95 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 40-41.

96 (Voltar) Neves, *Manual de processo coletivo*, n. 6.4, p. 119-123.

97 (Voltar) Neves, *Manual de processo coletivo*, n. 8.2.2, p. 165-166.

98 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 40.

99 (Voltar) Leonel, *Manual*, n. 4.10, p. 147.

100 (Voltar) Mazzilli, *A defesa*, p. 59.

101 (Voltar) Didier Jr.-Zaneti, *Curso*, p. 95.

102 (Voltar) Watanabe, "Relação", *p.* 34, apesar de inapropriado o exemplo utilizado para conceituar ações pseudoindividuais.

103 (Voltar) Gajardoni, *Direito I*, p. 31.

104 (Voltar) Assagra de Almeida, *Direito*, p. 496.

105 (Voltar) Assagra de Almeida, *Direito*, p. 496.

106 (Voltar) Neves, *Manual de processo*, n. 8.2.5, p. 178-185.

107 (Voltar) Galeno Lacerda, *Teoria*, p. 211.

108 (Voltar) Marinoni, *Teoria*, p. 162; Galeno Lacerda, *Teoria*, p. 216-218.

109 (Voltar) Marinoni, *Teoria*, p. 164.

110 (Voltar) Galeno Lacerda, *Teoria*, p. 223.

111 (Voltar) Marinoni, *Teoria*, p. 165-166.

112 (Voltar) Baptista da Silva, *Curso*, p. 108-109; Fábio Gomes, *Carência*, p. 61-70.

113 (Voltar) Marinoni, *Teoria*, p. 181.

114 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 542, p. 296; Greco Filho, *Direito*, n. 08, p. 43.

115 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 52, p. 62; STJ, 3.ª Turma, REsp 782.122/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 29.11.2005.

116 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 167.

117 (Voltar) Marinoni, *Teoria*, p. 168-169; Fux, *Curso*, p. 148; Costa, *Condições*, p. 39-42.

118 (Voltar) *Informativo* 381/STJ: 4.ª Turma, REsp 254.417/MG, j. 16.12.2008, rel. Luís Felipe Salomão.

119 (Voltar) *Informativo* 406/STJ: REsp 915.907-SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.09.2009.

120 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 167; Dinamarco, *Instituições*, n. 554, p. 315-317; STJ, 1.ª Turma, RMS 21.651/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 04.11.2008.

121 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.072.814/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 02.10.2008 (*Informativo* 370/STJ).

122 (Voltar) Bedaque, *Condições*, p. 54.

123 (Voltar) Greco, *A teoria*, n. 2.3, p. 23-25; Marinoni, *Teoria*, p. 181-182; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 122; Barbosa Moreira, *Legitimação*, p. 200.

124 (Voltar) *Informativo* 535/STJ, 3.ª Turma, REsp 930.336-MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 06.02.2014; STJ, 2.ª Turma, REsp 1.395.875/PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 20.02.2014, *DJe* 07.03.2014; *Informativo* 488/STJ, 4.ª Turma, REsp 595.188-RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 22.11.2011; STJ, 3.ª Turma, REsp 832.370/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.08.2007; REsp 265.300/MG, 2.ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 21.09.2006.

125 (Voltar) STJ, 5ª Turma, REsp. 1.354.838/MT, rel. Min. Campos Marques (desembargador convocado do TJPR), j. 02.04.2013, *DJe* 05.04.2013.

126 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no AREsp 10.643/RS, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 02.05.2013, *DJe* 13.05.2013; STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp. 688.552/RJ, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 02.08.2012, *DJe* 10.08.2012.

127 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 543, p. 313-315.

128 (Voltar) Medina, *Novo CPC*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-25/cpc-nao-adotar-conceito-condicoes-acao>. Acesso em: 13 fev. 2015, às 12:25; Flexa-Macedo-Bastos, Novo, pp. 54-55.

129 (Voltar) Didier, As condições da ação e o Novo CPC. Disponível em: <http://portalprocessual.com/as-condicoes-da-acao-e-o-novo-cpc/>. Acesso em: 13 mar. 2015, às 10:07.

130 (Voltar) Pela manutenção das condições da ação no Novo CPC: Câmara, *Será*, pp. 261-269; Theodoro Jr., *Curso*, n. 95, pp. 157-158; Scarpinella Bueno, *Manual*, pp. 98-99.

131 (Voltar) Marinoni, *Teoria*, p. 173-174; Dinamarco, *Instituições*, n. 453, p. 299.

132 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 161; Didier, *Curso*, p. 164-165; Pinho, *Teoria*, n. 12.5.2, p. 129; STJ, 5.ª Turma, AgRg no REsp 853.234/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. 02.12.2008.

133 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 162.

134 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 53, p. 65-66.

135 (Voltar) Greco, *A teoria*, p. 31.

136 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 543, p. 298-299; Didier, *Curso*, p. 165; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 120. Contra: Greco, *A teoria*, p. 32; Pinho, *Teoria*, n. 12.5.2, p. 129, para quem a ilicitude de outros elementos da ação, que não o pedido, gera sentença de improcedência.

137 (Voltar) Exemplos de Dinamarco, *Instituições*, n. 543, p. 299.

138 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 1, p. 120.

139 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 544, p. 302; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 118.

140 (Voltar) *Informativo* 422/STJ: 3ª Turma, REsp 796.533/PE, rel. Min. Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJBA), j. 09.02.2010.

141 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 544, p. 302-303; Marinoni, *Teoria*, p. 173; Pinho, *Teoria*, n. 12.5.2, p. 128; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 118-119; Lima Freire, *Condições*, n. 4.15, p. 130-131; STJ, 4.ª Turma, REsp 954.508/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 28.08.2007.

142 (Voltar) Greco, *A teoria*, n. 2.6, p. 35.

143 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 53, p. 67; Greco Filho, *Direito*, n. 08, p. 44; Nery Jr., *Condições*, p. 37; Fux, *Curso*, p. 164; AgRg no MS 12.393/DF, 1.ª Seção, rel. Min. Humberto Martins, j. 12.03.2008.

144 (Voltar) Barbosa Moreira, apud Dinamarco, *Execução*, n. 264, p. 407-408, nota 111; Didier, *Curso*, p. 178.

145 (Voltar) Greco, *A teoria*, n. 2.6, p. 36-37; Costa, *Condições*, p. 60.

146 (Voltar) Araken de Assis, *Substituição*, p. 9.

147 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 53, p. 68; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 116; Greco, *A teoria*, n. 2.7, p. 41; Pinho, *Teoria*, n. 12.5.2, p. 127; Fux, *Curso*, p. 160.

148 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 178; Barbosa Moreira, *Notas*, p. 33.

149 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 178.

150 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 548, p. 308; Theodoro Jr., *Curso*, n. 53, p. 68.

151 (Voltar) Araken de Assis, *Substituição*, p. 16-17; Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 101.

152 (Voltar) Araken de Assis, *Substituição*, p. 16.

153 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 1, p. 118.

154 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 160.

155 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 161; Bedaque, *Código*, p. 144; Nery-Nery, *Código*, p. 251.

156 (Voltar) Didier, *Curso*, p. 168.

157 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 2; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 102.

158 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 66, p. 86.

159 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 521, p. 249.

160 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 530, p. 269-270; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 142-143.

161 (Voltar) Baptista da Silva, *Curso*, p. 238-239; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 103-104.

162 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, ADI-ED 3.615/PB, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17.03.2008 (*Informativo* 499/STF).

163 (Voltar) Didier, *Curso*, p. 190; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 143.

164 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 533, p. 276-279.

165 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 361, p. 410; Greco Filho, *Direito*, n. 24, p. 111.

166 (Voltar) Bondioli, *Breves*, p. 824; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 550.

167 (Voltar) Costa, *Comentários*, p. 512; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 550.

168 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 526.638/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 19/02/2013, DJe 27/02/2013.

169 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.155.274/PE, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08/05/2012, DJe 15/05/2012.

170 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.155.274/PE, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08/05/2012, DJe 15/05/2012.

171 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 11; Baptista da Silva, *Curso*, p. 227; STJ, 1.ª Turma, REsp 764.820/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.10.2006, DJ 20/11/2006, p. 280.

172 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 745.350/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 24/11/2009, DJe 03/12/2009.

173 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 444, p. 120.

174 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 363, p. 411; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 296.

175 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 906.713/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 23/06/2009, DJe 06/08/2009; Dinamarco, *Instituições*, n. 444, p. 120; Baptista da Silva, *Curso*, p. 227; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 78.

176 (Voltar) Baptista da Silva, *Curso*, p. 228; Greco Filho, *Direito*, n. 24, p. 112.

177 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 363, p. 411.

178 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 285.630/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16.10.2001.

179 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 444, p. 120-121.

180 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, AgRg no REsp 906.713/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 23.06.2009, *DJe* 06.08.2009.

181 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.313.643/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 22.05.2012, *DJe* 13.06.2012; STJ, 4.ª Turma, AgRg no Ag 1.066.346/SP, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1.ª Região), j. 03.02.2009, *DJe* 23.03.2009.

182 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 556-557; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 79-80; Didier Jr., *Curso*, p. 401-402.

183 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 11; Ovídio Baptista, *Curso*, p. 228; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 297.

184 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 455, p. 138.

185 (Voltar) STJ, 2ª Seção, REsp 1.373.438/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11/06/2014, DJe 17/06/2014.

186 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.070.825/PR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25/06/2013, DJe 03/02/2014.

187 (Voltar) Contra: Calmon de Passos, *Comentários*, n. 32.2, p. 237.

188 (Voltar) *Informativo* 492/STJ: 2.ª Seção, EInf nos EDcl na AR 3.150/MG, rel. Min. Massami Uyeda, j. 29.02.2012.

189 (Voltar) *Informativo* 464/STJ: 3.ª Turma, EDcl nos EDcl no REsp 998.935/DF, rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), j. 22.02.2011.

190 (Voltar) *Informativo* 438/STJ: 2.ª Seção, REsp 1.171.095/RS, rel. originário Min. Massami Uyeda, rel. para acórdão Min. Sidnei Beneti, j. 09.06.2010.

191 (Voltar) *Informativo* 445/STJ: Corte Especial, REsp 1.112.524/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 1.º.09.2010; *Informativo* 418/STJ: Corte Especial, REsp 1.143.677/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.12.2009.

192 (Voltar) *Informativo* 534/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.423.027/PR, rel. Min. Humberto Martins, j. 06.02.2014.

193 (Voltar) *Informativo* 542/STJ, Corte Especial, REsp 1.361.191/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.03.2014.

194 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 778.187/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 18.11.2008; SEC 800/IT, Corte Especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 18.10.2006. *Informativo* 380/STJ: 4.ª Turma, REsp 819.729-CE, rel. Aldir Passarinho Jr., j. 09.12.2008.

195 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 455, p. 138; Spadoni, *Ação*, p. 210.

196 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 727.233/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 19/03/2009, DJe 23/04/2009. Contra: STJ, 2ª Seção, CC 128.277/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23/10/2013, DJe 28/10/2013.

197 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 369, p. 414; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 85-86.

198 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 369, p. 415; Dinamarco, *Instituições*, n. 996, p. 367; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 86.

199 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 837.702/MG, rel. Min. Denise Arruda, j. 04.11.2008, DJe 03/12/2008.

200 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 996, p. 368; Didier, *Curso*, p. 391.

201 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, n. 24, p. 113-114; Theodoro Jr., *Curso*, n. 369, p. 415.

202 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, n. 24, p. 114; Dinamarco, *Instituições*, n. 996, p. 368; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 31.8.3, p. 236. Contra, Nery-Nery, *Código*, p. 559; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 87.

203 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 663.830/PR, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 18/06/2015, DJe 25/06/2015; STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 657.938/PR,

rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19/05/2015, DJe 18/06/2015.

204 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.179.034/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 28/04/2015, DJe 05/05/2015.

205 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 996, p. 368.

206 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 543.

207 (Voltar) Calmon de Passos, *Comentários*, n. 31.2, p. 229; Ovídio Baptista, *Curso*, p. 230.

208 (Voltar) Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

209 (Voltar) *Informativo* 401/STJ, 3.ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.096.560/SC, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 06.08.2009.

210 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 473, p. 167; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 14; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 81.

211 (Voltar) Ovídio Baptista, *Curso*, p. 230.

212 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 475, p. 171-172.

213 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 82; Didier, *Curso*, p. 389.

214 (Voltar) Baptista da Silva, *Curso*, p. 228-229; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 27, p. 215-216. Contra: Dinamarco, *Instituições*, n. 474, p. 169-170, confundindo pedido alternativo com cumulação alternativa.

215 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 550.

216 (Voltar) Cruz e Tucci, *A* causa petendi, p. 90-91.

217 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 674.850/SP, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 16/06/2015, DJe 25/06/2015; STJ, 1ª Turma, REsp 1.153.656/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 10/05/2011, DJe 18/05/2011; Theodoro Jr., *Curso*, n. 354, p. 399; Greco Filho, *Direito*, n. 15, p. 95; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 291; Nery-Nery, *Código*, p. 550;

218 (Voltar) Botelho de Mesquita, *Conteúdo*, p. 48; Carvalho, *Do pedido*, p. 92-93.

219 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, n. 15, p. 95; Cruz e Tucci, *A* causa, p. 154.

220 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 450, p. 126; Nery-Nery, *Código*, p. 550; Câmara,

Lições, p. 307.

221 (Voltar) STJ, 2ª Seção, CC 121.723/ES, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26/02/2014, DJe 28/02/2014; STJ, 4ª Turma, REsp 1.322.198/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/06/2013, DJe 18/06/2013.

222 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 674.850/SP, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 16/06/2015, DJe 25/06/2015; STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 24.888/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23/04/2013, DJe 03/05/2013.

223 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 450, p. 127-128; Fux, *Curso*, p. 178; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 17.

224 (Voltar) Informativo 535, 2.ª Turma, REsp 1.352.497/DF, rel. Min. Og Fernandes, j. 04.02.2014.

225 (Voltar) Mendes-Coelho-Branco, *Curso*, p. 1.068; Pena de Moraes, *Curso*, 2008, p. 210.

226 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, ADI 2.213 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 04.04.2002, *DJ* 23.04.2004, p. 7.

227 (Voltar) Cruz e Tucci, *A causa*, p. 154.

228 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 702.739/PB, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, j. 19.09.2006.

229 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 291.

230 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 186.614/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 04/09/2012, DJe 11/09/2012.

231 (Voltar) Neves, *Contraditório*, p. 100-107; Alvaro de Oliveira, *Do formalismo*, p. 167-168; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 291.

232 (Voltar) *Informativo* 469/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.222.070-RJ, rel. ***Min. Nancy Andrighi, j. 12.04.2011; Nery-Nery,*** *Código****, p. 551.***

233 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.075.225/MG, rel. Min. Marco Buzzi, j. 17/12/2013, DJe 04/02/2014; Dinamarco, *Instituições*, n. 450, p. 128; Theodoro Jr., *Curso*, n. 354, p. 399, Didier, *Curso*, p. 371.

234 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 1, p. 125.

235 (Voltar) Cruz e Tucci-Azevedo, *Lições*, p. 98-99; Neves, *Estrutura*, p. 162.

236 (Voltar) Leal, *Teoria*, n. 4.4.1, p. 77; Manuel Galdino da Paixão Júnior, *Teoria*, p. 138-140; Marinoni, *Teoria*, p. 387.

237 (Voltar) Galeno Lacerda, *Teoria*, p. 57.

238 (Voltar) Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, n. 172, p. 300; Pereira Leal, *Teoria*, n. 4.4.2, p. 78.

239 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 1, p. 376; Galeno Lacerda, *Teoria*, p. 24-26.

240 (Voltar) Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, n. 173, p. 300-301; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 126-127.

241 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, p. 49-50; Amaral Santos, *Primeiras*, v. 1, p. 280; Frederico Marques, *Instituições*, v. 2, p. 65-66.

242 (Voltar) Neves, *Estrutura*, n. 26-27, p. 178-180.

243 (Voltar) Galeno Lacerda, *Teoria*, p. 30-31.

244 (Voltar) Bermudes, *Introdução*, p. 82.

245 (Voltar) Gonçalves, *Técnica*, p. 68; Mitidiero, *Elementos*, p. 139-145.

246 (Voltar) Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, n. 176, p. 305.

247 (Voltar) Pereira Leal, *Teoria*, n. 4.5, p. 92-94.

248 (Voltar) Bermudes, *Introdução*, p. 85; Galeno Lacerda, *Teoria*, p. 59.

249 (Voltar) Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, n. 179, p. 307; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 127-128.

250 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 2, n. 405, p. 53-55; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 32.

251 (Voltar) Marinoni, *Teoria*, p. 390; Theodoro Jr., *Curso*, n. 44, p. 52-53.

252 (Voltar) Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, n. 182, p. 310.

253 (Voltar) Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, n. 182, p. 310.

254 (Voltar) Galeno Lacerda, *Teoria*, n. 27; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 1, p. 376.

255 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 394-395; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 221; Arruda Alvim, *Manual*, p. 549; Nogueira, *Processo*, p. 88-89.

256 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 41; Calmon de Passos, *Comentários*, v. 3, p. 294.

257 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, p. 556; José Orlando Rocha de Carvalho, *Teoria*, p. 140.

258 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 1, p. 400; Didier, *Curso*, p. 219. Em sentido contrário, Barbosa Moreira, *Sobre*, p. 87.

259 (Voltar) *Informativo* 537/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.429.322/AL, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 20.2.2014.

260 (Voltar) STJ, 6.ª Turma, AgRg no REsp 700.136/AP, rel. Min. Og Fernandes, j. 24.8.2010, *DJe* 13.9.2010.

261 (Voltar) Súmula 525/STJ: "A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais".

262 (Voltar) José Orlando Rocha de Carvalho, *Teoria*, n. 3.3.3, p. 130-135; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 223; Didier, *Curso*, p. 210. Em sentido contrário, Barbosa Moreira, *Sobre*, p. 91.

263 (Voltar) STJ, 3.ª Seção, AR 3.358/SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer, j. 23.6.2010, *DJe* 29.9.2010.

264 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, AgRg no Ag 1.387.980/PE, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 22.5.2012, *DJe* 28.5.2012.

265 (Voltar) A propaganda viral tem como objetivo fazer com que quem a assiste tenha a impressão de que aquilo não é de fato uma propaganda.

266 (Voltar) Tesheiner-Baggio, *Nulidade*, n. 3.1.3.2, p. 154.

267 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 2, n. 536, p. 283.

268 (Voltar) Súmula 644/STF; STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 741.593/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 23.5.2006, *DJ* 8.6.2006, p. 132.

269 (Voltar) Súmula 644/STF: "Ao titular do cargo de procurador de autarquia não se exige a apresentação de instrumento de mandato para representá-la em juízo"

270 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 1.359.041/SE, rel. Min. Castro Meira, j. 18.6.2013, *Dje* 28.6.2013.

271 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.080.614/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1.9.2009,

DJe 21.9.2009.

272 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 2, p. 226.

273 (Voltar) *Informativo* 548/STF: 1.ª Turma, RE 435256/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 26.5.2009.

274 (Voltar) STF, 1.ª Turma, HC 102.836 AgR/PE, rel. Min. Cármen Lúcia, rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. 08.11.2011, *DJe* 27.2.2012.

275 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 27; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 1, p. 405-406; Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 209, p. 178; José Orlando Rocha de Carvalho, *Teoria*, p. 152.

276 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 683; Arruda Alvim Wambier, *Nulidades*, p. 39.

277 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 133, p. 223-227; Moniz de Aragão, *Sentença*, p. 285.

278 (Voltar) *Informativo* 565/STJ, 2ª Turma, REsp 1.524.123-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 26.5.2015, *DJe* 30.6.2015.

279 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, 154, p. 548-549; Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, n. 181, p. 309; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 393-394.

280 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 2, n. 661, p. 504; Carvalho, *Teoria*, p. 147-148; Costa Machado, *Código*, p. 194; Fabrício, *Réu*, p. 252.

281 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 251, p. 296; Fabrício, *Réu*, p. 259-261.

282 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 464; Arruda Alvim, *Manual*, n. 154, p. 549-550.

283 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, n. 22, p. 28.

284 (Voltar) Nery, *Princípios*, p. 78; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 34.

285 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 1, p. 243.

286 (Voltar) Góes, *Princípio*, p. 55-57.

287 (Voltar) Didier, *Curso*, p. 31-32.

288 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, p. 28; Nery Jr., *Princípios*.

289 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 540.

290 (Voltar) Neves, *Ações*, n. 6.4.2. e 6.4.3., pp. 138-142.

291 (Voltar) Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, n. 20, p. 63; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 107-108.

292 (Voltar) Ovídio Baptista-Gomes, *Teoria*, p. 56-57; Marinoni, *Teoria*, p. 409-410.

293 (Voltar) *Informativo* 539/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.372.802/RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11.03.2014.

294 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 539 e 541.

295 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 541.

296 (Voltar) Neves, *Contraditório*, p. 89-107; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 53-54; Oliveira, *Princípio*, p. 141-147.

297 (Voltar) Didier, *Curso*, v. 1, p. 48-50.

298 (Voltar) Bedaque, *Efetividade*, p. 484-489.

299 (Voltar) Didier, *Curso*, p. 448; Nogueira, *A improcedência*, p. 131-133.

300 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 1, p. 53; Silva-Gomes, *Teoria*, p. 56; Theodoro Jr., *Curso*, n. 24, p. 31.

301 (Voltar) Fux, *Tutela*, n. 36, p. 305-311.

302 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 543.

303 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 23, p. 29.

304 (Voltar) Ovídio Baptista-Gomes, *Teoria*, p. 47.

305 (Voltar) Ommati, *A fundamentação*, p. 109.

306 (Voltar) Theodoro Jr., Nunes, Bahia, Pedron, *O Novo CPC*, p. 267.

307 (Voltar) Cruz e Tucci, *A motivação*, p. 17-18.

308 (Voltar) Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, n. 27, p. 74.

309 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 660.413/SP, rel. Min. Raul Araujo, j. 18.9.2014, *DJe* 1.10.2014; STJ, 2.ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp 94.942/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 5.2.2013, *DJe* 14.2.2013.

310 (Voltar) STJ, 5.ª Turma, HC 286.080/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 2.10.2014; *DJe* 13.10.2014.

311 (Voltar) Didier Jr.-Oliveira-Braga, *Comentários*, p. 710.

312 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 277.

313 (Voltar) Enunciado 309 do FPPC. Contra: Enunciado 47 da ENFAM: “O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais”.

314 (Voltar) Didier Jr-Oliveira-Braga, *Comentários*, p. 712.

315 (Voltar) Cunha, *Breves*, p. 1.233; Didier-Oliveira-Braga, *Comentários*, p. 712.

316 (Voltar) Cunha, *Breves*, p. 1.233. Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 492, falam em pedido de colaboração do legislador ao juiz.

317 (Voltar) Didier Jr.-Oliveira-Braga, *Comentários*, p. 713.

318 (Voltar) Cunha, *Breves*, p. 1.234

319 (Voltar) Câmara, *O Novo*, p. 279.

320 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no AREsp 549.852/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 7.10.2014, *DJe* 14.10.2014; STJ, 3.ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.353.405/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 2.4.2013, *DJe* 5.4.2013.

321 (Voltar) Marioni-Arenhart-Mitidiero, *O Novo*, p. 493.

322 (Voltar) Enunciado 12 da ENFAM: “Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante”.

323 (Voltar) Cunha, *Breves*, p. 1.235; Câmara, *O Novo*, p. 280.

324 (Voltar) Theodoro Jr-Nunes-Bahia-Pedron, *O Novo CPC*, p. 280-281.

325 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *O Novo*, p. 494.

326 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 796; Didier Jr-Oliveira-Braga, *Comentários*, p. 716.

327 (Voltar) Câmara, *O Novo*, pp. 280-281.

328 (Voltar) Didier Jr.-Oliveira-Braga, *Comentários*, p. 716. Contra, Enunciado 11 da ENFAM: “Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332.”

329 (Voltar) Enunciado 11 da ENFAM: “Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332”.

330 (Voltar) Enunciado 9 da ENFAM: “É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.”

331 (Voltar) STJ, 5.ª Turma, HC 286.080/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 2.10.2014; *DJe* 13.10.2014; STJ, 4.ª Turma, REsp 660.413/SP, rel. Min. Raul Araujo, j. 18.9.2014, *DJe* 1.10.2014; STJ, 2.ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp 94.942/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 5.2.2013, *DJe* 14.2.2013.

332 (Voltar) *Informativo* 517/STJ, 2.ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp 94.942-MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 5.2.2013.

333 (Voltar) STJ, 1ª Seção, REsp 1.184.765/PA, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.11.2010, *DJe* 3.12.2010, Recurso Especial repetitivo tema 425.

334 (Voltar) *Informativo* 420/STJ: 3.ª Turma, REsp 801.600-CE, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15.12.2009.

335 (Voltar) Enunciado 25 da ENFAM: “A vedação da concessão de tutela de urgência

cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB)".

336 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 1.285.463/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 28.2.2012, *DJe* 6.3.2012.

337 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 796; Medina, *Novo*, p. 248; Câmara, *O novo*, p. 282.

338 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 1, p. 211.

339 (Voltar) Carneiro da Cunha, *A Fazenda*, p. 34.

340 (Voltar) Nery Jr., *Princípios*, entende ser inconstitucional o art. 20, § 4.º, da CF por ofensa à isonomia.

341 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, v. 1, p. 65-66.

342 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 1, p. 210-213.

343 (Voltar) Para Dinamarco, *Instituições*, v. 1, p. 235, o direito brasileiro adotou a publicidade restrita e não a popular.

344 (Voltar) STJ, 1ª Seção, REsp 1.349.363/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22.5.2013, *DJe* 31.5.2013, Recurso Especial Repetitivo tema 590.

345 (Voltar) Pontes de Miranda, *Comentários*, p. 52; Nogueira, *Breves*, p. 589.

346 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 1.283.206/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 11.12.2012, *DJe* 17.12.2012.

347 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no AREsp 481.545/PE, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 13.5.2014, *DJe* 30.5.2014.

348 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, CC 126.601/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 27.11.2013, *DJe* 05.12.2013.

349 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 210.833/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24.9.2013, *DJe* 2.10.2013.

350 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 30, p. 36.

351 (Voltar) Bedaque, *Efetividade*, p. 419 e 422; Dinamarco, *Instituições*, v. 2, n. 714, p. 597; STJ, 4.ª Turma, REsp. 873.043/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 27.9.2007, *DJ* 22.10.2007; STJ, 1.ª Turma, REsp 790.090/PR, rel. Min. Denise Arruda, j. 2.8.2007, *DJ* 10.9.2007; STJ, 3.ª Turma, REsp 687.115/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j.

28.6.2007, *DJ* 1.º.8.2007.

352 (Voltar) *Informativo* 480/STJ: 2.ª Turma, REsp 818.978/ES, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 9.8.2011.

353 (Voltar) O Superior Tribunal de Justiça, em aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, entende que a penhora realizada por oficial de justiça pertencente a comarca distinta daquela na qual se localiza o imóvel não deve ser anulada: *Informativo* 424/STJ: 4.ª Turma, REsp 523.466/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 23.2.2010.

354 (Voltar) Cruz e Tucci, *Tempo*, n. 3.2, p. 66.

355 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 47, p. 77.

356 (Voltar) Didier, *Curso*, p. 43-44.

357 (Voltar) Cruz e Tucci, *Tempo*, p. 68.

358 (Voltar) Cruz e Tucci, *Tempo*, p. 68.

359 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 98.

360 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 98.

361 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 1, p. 59.

362 (Voltar) Greco. *Instituições*, p. 545.

363 (Voltar) Gouvêa, *Cognição*, p. 173-185; Didier, *Curso*, v. 1, p. 55-58.

364 (Voltar) Streck-Delfino-Barba-Lopes, Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter>. Acesso em: 23 dez. 2014, às 10:11.

365 (Voltar) Theodoro Jr., Nunes, Bahia, Pedron, *O Novo CPC*, p. 60. No mesmo sentido: Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 102; Câmara, *O novo*, p. 09. Contra: Medina, *Novo*, pp. 50-51; Pinho, *Direito*, p. 117.

366 (Voltar) Cfr. *Eles, os juízes*, p. 123.

367 (Voltar) *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 123.

368 (Voltar) Dinamarco, A *reforma da reforma*, p. 57; Greco Filho, *Direito Processual*

Civil, 1.° vol., p. 106.

369 (Voltar) Didier Jr., *Comentários*, p. 14.

370 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 803.481/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.6.2007, *DJ* 1.8.2007 p. 462.

371 (Voltar) Tartuce, *Manual*, p. 555.

372 (Voltar) Didier Jr., *Comentários*, p. 17; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 99; Câmara, *O novo*, p. 07.

373 (Voltar) STJ, 3ª Turma, EDcl no REsp 1.424.304/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.8.2014, *DJe* 26.8.2014.

374 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg na PET no AREsp 204.145/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23.6.2015, *DJe* 29.6.2015.

375 (Voltar) Flexa-Macedo-Bastos, *Novo*, p. 45.

376 (Voltar) Preuss, *A cláusula*, p. 399.

377 (Voltar) Godoy, *Função*, pp. 87-94.

378 (Voltar) Tartuce, *Manual*, p. 559.

379 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 99.

380 (Voltar) Schreiber, *A proibição*, p. 124.

381 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 646.158/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 4.8.2015, *DJe* 13.8.2015.

382 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 48, p. 81; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 99; Câmara, *O Novo*, p. 07; Medina, *Novo*, pp. 48-49; Didier Jr., *Comentários*, p. 17

383 (Voltar) Câmara, *O novo*, pp. 07-08.

384 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.502.989/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13/10/2015, DJe 19/10/2015.

385 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 48; Didier Jr., *Comentários*, p. 17.

386 (Voltar) Cruz e Tucci, *Lineamentos*, p. 31-32.

387 (Voltar) Freitas Câmara, *Lições*, p. 144-145.

388 (Voltar) Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 66.

389 (Voltar) Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier, *Breves comentários*, p. 30.

390 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 114; Ovídio Baptista da Silva, *Comentários*, p. 110.

391 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 213-214; Bedaque, *Código*, p. 93.

392 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 215.

393 (Voltar) *Informativo* 565/STJ, Corte Especial, EREsp 1.133.262-ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 3.6.2015, *DJe* 4.8.2015.

394 (Voltar) Bedaque, *Código*, p. 96.

395 (Voltar) Costa Machado, *Código*, p. 311.

396 (Voltar) Bedaque, *Código*, p. 97; Theodoro Jr., *Curso*, n. 76, p. 88-89.

397 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 528-A, p. 272-273; Câmara, *Lições*, p. 145-146.

398 (Voltar) Didier Jr., *Comentários*, p. 12.

399 (Voltar) Liebman, *Manuale*, v. 1, p. 49.

400 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, v. 1, p. 170; Marcato, *Breves*, p. 26; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 153.

401 (Voltar) Bermudes, *Introdução*, p. 62-63.

402 (Voltar) Pizzol, *A competência*, p. 253.

403 (Voltar) Neves, *Competência*; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 317.

404 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 692.

405 (Voltar) Contra: Flexa-Macedo-Bastos, *Novo*, p. 89

406 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, v. 2, p. 273; Nery-Nery, *Código*, p. 692. Contra: Figueira Jr., *Comentários*, 2001, v. 4, t. II, p. 277; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 317.

407 (Voltar) Contra a legitimidade: STJ, 1.ª Seção, EREsp 222.006/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 10.11.2004. Pela legitimidade, com indevida confusão entre legitimidade e interesse: STJ, 3.ª Turma, REsp 630.968/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.

20.03.2007.

408 (Voltar) Contra: Pinho, *Direito*, p. 351.

409 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 293.

410 (Voltar) Barbosa Moreira, *Pode*, p. 68-69.

411 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, CC 19.105/MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 11.11.1999; STJ, CC 22.000/PE, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08.02.1999, p. 246. Na doutrina, Nery-Nery, *Código*, p. 511, com rica indicação bibliográfica, e Araújo Filho, *Comentários*, p. 6. *Informativo* 381/STJ, REsp 1.049.639-MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16.12.2008.

412 (Voltar) Marcato, *O reconhecimento*, p. 47.

413 (Voltar) Dinamarco, *Declaração*, p. 481.

414 (Voltar) Neves, *Reforma*, p. 415-418.

415 (Voltar) Já tinha expressado esse entendimento à luz do art. 112, parágrafo único, do CPC/1973: *Competência*, n. 3.1.1.3, p. 52-53.

416 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 116.

417 (Voltar) Por todos, Barbosa Moreira, *O novo*, p. 41.

418 (Voltar) Nery Jr., *Princípios*, p. 420; e Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 594.

419 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, CC 8.692/RO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 13.02.2008, *DJ* 03.03.2008; STJ, 2.ª Turma, REsp 885.960/CE, rel. Min. Humberto Martins, j. 02.08.2007, *DJ* 15.08.2007; STJ, 2.ª Seção, REsp. 169.176/DF, rel. Min. Castro Filho, j. 25.03.2003, *DJ* 12.08.2003. Na doutrina, Pizzol, *A competência*, p. 388-389.

420 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Jurisdição*, p. 56; Botelho de Mesquita, *Da competência*, p. 58-63.

421 (Voltar) Arruda Alvim, *Competência*, p. 24; Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 147.

422 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 155.

423 (Voltar) Didier, *Direito*, v. 1, p. 112.

424 (Voltar) Neves, *Competência*; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 156.

425 (Voltar) *Informativo* 584/STJ: Corte Especial, SEC 6.485-EX, rel. Min. Gilson Dipp, j. 03.09.2014; *Informativo* 485/STJ: Corte Especial, SEC 1-EX, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19.10.2011; Arruda Alvim, *Competência*, p. 36; Barbosa Moreira, *Relações*, p. 57; Donaldo Armelin, *Competência*, p. 154-157.

426 (Voltar) *Informativo* 463/STJ: Corte Especial, AgRg na SEC 854-EX, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 16.02.2011.

427 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 499-500, e Nery-Nery, *Código*, p. 493. Contra, entendendo ser caso de competência concorrente, Gusmão Carneiro, *Jurisdição*, p. 88, e Amaral Santos, *Primeiras*, v. 1, p. 229.

428 (Voltar) Câmara, *O Novo*, p. 49; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 112.

429 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 136.

430 (Voltar) Viana, *Breves*, pp. 187-189.

431 (Voltar) REsp 885.557/CE, 1.ª Turma, rel. Luiz Fux, j. 11.12.2007.

432 (Voltar) Viana, *Breves*, p. 197.

433 (Voltar) Venosa, *Código*, p. 1.089.

434 (Voltar) Farias e Rosenvald, *Direitos*, p. 206.

435 (Voltar) Tartuce, *Manual*, p. 810-811.

436 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 320; Barbi, *Comentários*, p. 320; Fidélis dos Santos, *Manual*, p. 150; Fux, *Curso*, p. 99; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 165.

437 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, p. 162; Gusmão Carneiro, *Jurisdição*, p. 90.

438 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 509; Pizzol, *A competência*, p. 172; Arruda Alvim, *Manual*, p. 323 Nery-Nery, *Código*, p. 494.

439 (Voltar) Barbi, *Comentários*, 2002, v. 1, p. 319. No mesmo sentido Gusmão Carneiro, *Jurisdição e competência*, p. 92; Pizzol, *A competência*, p. 174. Afirmando que a ação de adjudicação compulsória terá sempre natureza real: Arruda Alvim, *Manual*, p. 325; Nery-Nery, *Código*, p. 495; Navarro, *Adjudicação*, p. 43. Em sentido contrário, entendendo ter natureza pessoal tal ação (obrigação de fazer), independentemente de registro, Baptista da Silva, *Comentários*, p. 423-425.

440 (Voltar) AgRg no REsp 773.942/SP, 3.ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, j.

19.08.2008; CC 84.752/RN, 2.ª Seção, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1.º.08.2007.

441 (Voltar) Nesse sentido: Nery-Nery, *Código*, p. 494, e Pizzol, *A competência*, p. 174.

442 (Voltar) REsp 19.992/SP, 4.ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.03.1995.

443 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 88. No mesmo sentido: Arruda Alvim, *Manual*, p. 326, e Gusmão Carneiro, *Jurisdição*, p. 92.

444 (Voltar) STJ, CC 141.180, Decisão Monocrática do Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 02/09/2015; STJ, REsp 1.292.895, Decisão Monocrática do Min. Luis Felipe Salomão, j. 28/05/2015.

445 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 517-518; Arruda Alvim, *Manual*, p. 324. Consultar jurisprudência colacionada por Negrão-Gouvêa, *Código*, p. 214-215.

446 (Voltar) *Informativo* 484/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.051.652/TO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.09.2011; *Informativo* 464/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.048.937/PB, rel. Min. Massami Uyeda, j. 22.02.2011.

447 (Voltar) *Informativo* 543/STJ: 2.ª Seção, CC 111.572-SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.04.2014.

448 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, p. 330.

449 (Voltar) *Informativo* 509/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.153.194/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2012.

450 (Voltar) Neves, *Manual*, n. 4.5.1.6, p. 141.

451 (Voltar) Mendes, *Competência*, p. 110-111; Theodoro Jr., *Curso*, p. 163. A jurisprudência é nesse sentido: STJ, 5.ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 865.475/DF, rel. Min. Jane Silva, j. 18.09.2007; STJ, 1.ª Turma, REsp 833.347/DF, rel. Min. José Delgado, j. 03.08.2006. Em sentido contrário, Dinamarco, *Instituições*, v. 2, p. 506-507.

452 (Voltar) Castro Mendes, Competência, p. 110-111; Theodoro Jr., Curso, v. 1, p. 163. Em sentido contrário, Dinamarco, *Instituições*, p. 506-507.

453 (Voltar) STJ, 5.ª Turma, AgRg no REsp 1.076.786/PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19.03.2013, *DJe* 25.03.2013; STJ, 1.ª Turma, REsp 788.831/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 26.05.2009, *DJe* 24.06.2009.

454 (Voltar) *Informativo* 755/STF: Tribunal Pleno, RE 627709/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20.08.2014.

455 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 93-94; Dinamarco, *Instituições*, p. 505.

456 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, CC 56.914/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 14.03.2007.

457 (Voltar) *Informativo* 462/STJ: 3.ª Turma, CC 114.672/PR, rel. Min. Gilson Dipp, j. 09.02.2011.

458 (Voltar) *Informativo* 517/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.316.020/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.04.2013.

459 (Voltar) *Informativo* 483/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.145.060/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.09.2011.

460 (Voltar) Didier Jr., *Curso*, p. 223.

461 (Voltar) Viana, *Breves*, p. 208. Contra, pela existência de foros concorrentes dos guardiões: Câmara, *O Novo*, p. 50.

462 (Voltar) Neves, *Competência*, n. 6.7, p. 117-118; Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 499; Pizzol, *A competência*, p. 192.

463 (Voltar) Baptista da Silva, *Comentários*, p. 438; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 162; Fidélis dos Santos, *Manual*, p. 154.

464 (Voltar) Súmula 01/STJ.

465 (Voltar) Viana, *Breves*, p. 213.

466 (Voltar) Neves, *Competência*, n. 7.4.3, p. 150-151; Didier Jr., *Curso*, p. 119.

467 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.246.739/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02/05/2013, DJe 08/05/2013.

468 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 155, p. 226; Viana, *Breves*, p. 214.

469 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 1.163.652/PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 01.06.2010, *DJe* 01.07.2010.

470 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 625.144/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.03.2006, *DJ* 29.05.2006, p. 232.

471 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 525; Barbi, *Comentários*, p. 344; Gusmão Carneiro, *Jurisdição*, p. 100. Em sentido contrário: Arruda Alvim, *Manual*, p. 342.

472 (Voltar) *Informativo* 464/STJ: 2.ª Seção, EAg 783.280/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.02.2011.

473 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, REsp 1.357.813/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.09.2013, *DJe* 24.09.2013.

474 (Voltar) *Informativo* 422/STJ: 3.ª Seção, CC 96.682/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10.02.2010.

475 (Voltar) Chiovenda, *Instituições*, v. 2, p. 187.

476 (Voltar) Vicenzi, *Competência*, p. 280-281; Frederico Marques, *Instituições*, p. 337.

477 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 494. No mesmo sentido, Barbi, *Comentários*, p. 320; Fidélis dos Santos, *Manual*, p. 150; Fux, *Curso*, p. 99; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 165.

478 (Voltar) Marcato, *Breves*, p. 29; Vincenzi, *Competência*, p. 274-275; Greco Filho, *Direito*, p. 205; Pizzol, *A competência*, p. 172.

479 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, p. 162; Gusmão Carneiro, *Jurisdição*, p. 90.

480 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 530; Mazzili, *A defesa*, p. 212.

481 (Voltar) Almeida, *Direito*, p. 345-346; Leonel, *Manual*, p. 216-217; Valey Mirra, *Ação*, p. 61.

482 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.315; Grinover, *Código*, p. 777; Leonel, *Manual*, p. 219.

483 (Voltar) STF, Pleno, RE 228.955/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* 24.03.2000. Esse sempre foi o entendimento de Mazzili, *A defesa*, p. 223-224.

484 (Voltar) Súmula 206/STJ.

485 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 634.

486 (Voltar) Enunciado 54/FONAJE.

487 (Voltar) Enunciado 32/FONAJE.

488 (Voltar) Enunciado 08/FONAJE.

489 (Voltar) *Informativo 392/STJ*: 3.ª Turma, MC 15.465-SC, rel. Nancy Andrighi, j. 28.04.2009.

490 (Voltar) Enunciado 01/FONAJE; Câmara, *Juizados Especiais*, p. 27-31; Dinamarco, *Manual*, p. 33-37; Chimenti, *Teoria*, p. 15-19.

491 (Voltar) Câmara, *Juizados*, p. 47-48.

492 (Voltar) *Informativo* 507/STJ: 2.ª Turma, REsp 1.257.935-PB, rel. Min. Eliana Calmon, j. 18.10.2012.

493 (Voltar) Nesse sentido Lima Freire-Guedes, *Juizados*, p. 590.

494 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 156.

495 (Voltar) Câmara, *Juizados*, p. 218, entende inconstitucional a obrigatoriedade. Pela constitucionalidade: Pereira, *Juizados*, p. 107; Teixeira, *Lei*, p. 40-41.

496 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, p. 367.

497 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 636.

498 (Voltar) REsp 572.906/RS, 1.ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.06.2004.

499 (Voltar) Súmula 66 do STJ: "Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por Conselho de fiscalização profissional"; STJ, 1.ª Seção, CC 40.275/BA, rel. Min. Castro Meira, *DJ* 15.03.2004, p. 145; CC 36.801/GO, 1.ª Seção, Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* 07.06.2004, p. 152; CC 25.355/MG, 2.ª Seção, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 19.03.2001, p. 72.

500 (Voltar) Súmulas 556 e 508 do STF – esta última especificamente quanto ao Banco do Brasil.

501 (Voltar) Castro Mendes, *Competência*, p. 62; Didier, *Direito*, p. 161.

502 (Voltar) Admitindo o litisconsórcio entre Ministérios Públicos: Mancuso, *Ação*, p. 218; Mazzili, *A defesa*, p. 262-266; Vigliar, *Ação*, p. 88; Nery-Nery, *Código*, p. 1.322.

503 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 440.002/SE, rel. Teori Albino Zavascki, *DJ* 06.12.2004, p. 195; STJ, 1.ª Seção, CC 39111/RJ, rel. Luiz Fux, *DJ* 28.02.2005.

504 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 172-173.

505 (Voltar) AgRg na Pet 4.861/AL, 1.ª Turma, rel. Min. Denise Arruda, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 12.02.2007, *DJ* 22.03.2007, p. 281.

506 (Voltar) Didier, *Aspectos*, p. 806.

507 (Voltar) Súmula 11, STJ: "A presença da União, ou de qualquer dos seus entes, na ação de usucapião especial, não afasta a competência do foro da situação do imóvel".

508 (Voltar) Súmula 224/STJ: "Excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o

Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar conflito".

509 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Jurisdição*, p. 136; Súmulas 225 e 555/STJ.

510 (Voltar) Perrini, *Competências*, p. 228.

511 (Voltar) CC 58.880/RJ, 1.ª Seção, rel. Min. Herman Benjamin, j. 13.12.2006.

512 (Voltar) REsp 725.955/SP, 2.ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 08.05.2007.

513 (Voltar) CC 72.981/MG, 1.ª Seção, rel. Min. Humberto Martins, j. 28.03.2007.

514 (Voltar) Súmula 51 do antigo TFR: "Compete à justiça estadual decidir pedido de brasileira naturalizada para adicionar patronímico de companheiro brasileiro nato".

515 (Voltar) CC 62480/PR, 1.ª Seção, rel. Min. Eliana Calmon, j. 22.11.2006. Também parece ser esse o entendimento do STF: HC 91313/RS, 2.ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. 02.09.2008.

516 (Voltar) *Informativo* 404/STJ: 1.ª Seção, CC 100.695/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26.08.2009.

517 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 575.

518 (Voltar) Neves, *Manual de processo coletivo*, 12.5, pp. 285-286.

519 (Voltar) Neves, *Manual*, n. 12.1, p. 277-278.

520 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, p. 169; Nery-Nery, *Código*, p. 503-504; Pizzol, *A competência*, p. 293.

521 (Voltar) *Informativo* 480/STJ: 4.ª Turma, REsp 967.815/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 04.08.2011.

522 (Voltar) *Informativo* 466/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.226.016/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.03.2011.

523 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 754.941/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.06.2007, *DJ* 29.06.2007, p. 537.

524 (Voltar) *Informativo* 559/STJ, 4ª Turma, REsp 1.221.941-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 24/2/2015, DJe 14/4/2015.

525 (Voltar) Oliveira, *Breves*, p. 223.

526 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 115.

527 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, CC 55.584/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 12.08.2009, *DJe* 05.10.2009.

528 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, p. 398-399; Pizzol, *A competência*, p. 297; Amaral Santos, *Primeiras*, p. 258.

529 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 210. Também Theodoro Jr., *Curso*, p. 170; Fidélis dos Santos, *Manual*, p. 165.

530 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 505; Agrícola Barbi, *Comentários*, p. 350; Bermudes, *Introdução*, p. 73.

531 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, p. 404; Greco Filho, *Direito*, p. 161.

532 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 578-579.

533 (Voltar) Súmula 235 do STJ.

534 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 1.278.217/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.02.2012, *DJe* 13.03.2012; STJ, 3.ª Turma, REsp 1.226.016/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.03.2011, *DJe* 25.03.2011.

535 (Voltar) Súmula 515/STJ.

536 (Voltar) *Informativo* 504/STJ: CC 119.090/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.09.2012.

537 (Voltar) *Informativo* 496/STJ: 2.ª Seção, AgRg no CC 112.956/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.04.2012.

538 (Voltar) CC 78.058/RJ, Conflito de Competência 2007/0013713-0, 1.ª Seção, rel. Min. Herman Benjamin (1132), j. 24.11.2010, *DJe* 01.02.2011; CC 90.722/BA, Conflito de Competência 2007/0244194-7, 1.ª Seção, rel. Min. José Delgado (1105), rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki (1124), j. 25.06.2008, *DJe* 12.08.2008.

539 (Voltar) CC 111.727/SP, Conflito de Competência 2010/0073662-0, 2.ª Seção, rel. Min. Raul Araújo (1143), j. 25.08.2010, *DJe* 17.09.2010; CC 53.435/RJ, Conflito de Competência 2005/0136633-6, 2.ª Seção, rel. Min. Castro Filho (1119), j. 08.11.2006, *DJ* 29.06.2007, p. 481.

540 (Voltar) *Informativo* 478/STJ: REsp 1.126.639/SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.06.2011.

541 (Voltar) STJ, 6.ª Turma, REsp 42.197/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJ* 04.02.2002, p. 575.

542 (Voltar) Nesse sentido, Arruda Alvim, *Manual*, p. 404; Pizzol, *A competência*, p. 306.

543 (Voltar) No sentido de se tratar de prorrogação convencional: Pizzol, *A competência*, p. 321. Entendendo tratar-se de prorrogação legal: Dinamarco, *Instituições*, p. 575.

544 (Voltar) Súmula 335/STF.

545 (Voltar) *Informativo* 557/STJ, 3ª Turma, REsp 1.491.040-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015.

546 (Voltar) Marcato, *Prorrogação*, p. 12; Dinamarco, *Instituições*, p. 593, e Pizzol, *A competência*, p. 325.

547 (Voltar) Arruda Alvim, "A *perpetuatio*", p. 18; Pizzol, *A competência*, p. 228.

548 (Voltar) Neves, *Manual*, n. 4.9, p. 175.

549 (Voltar) Arruda Alvim, *A perpetuatio*, p. 22, apesar de reconhecer a conveniência do entendimento contrário.

550 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Jurisdição*, p. 73; STJ, 3.ª Turma, REsp 617.317/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01.09.2005, *DJ* 19/09/2005, p. 319. Parece ser simpático à ideia – embora reconheça a divergência jurisprudencial – Dinamarco, *Instituições*, p. 622. Da mesma forma, Baptista da Silva, *Comentários*, p. 405.

551 (Voltar) *Informativo* 783/STF, 1ª Turma, HC 117871/MG, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Rosa Weber, 28.04.2015 e HC 117832/MG, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Rosa Weber, 28.04.2015.

552 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 1.373.132/PB, rel. Mauro Campbell Marques, j. 07.05.2013, *DJe* 13.05.2013.

553 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, CC 114.461/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 27.06.2012, *DJe* 10.08.2012.

554 (Voltar) STJ, 2ª Seção, CC 114.782/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12/12/2012, DJe 19/12/2012.

555 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, AgRg no REsp 500.409/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 03/02/2005, DJ 21.03.2005, p. 220.

556 (Voltar) STJ, Corte Especial, REsp 1.152.218/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.

07.05.2014, *DJe* 09.10.2014, Recurso Especial repetitivo tema 637.

557 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 1.358.331/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.02.2013, *DJe* 26.02.2013.

558 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 1.160.483/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.06.2014, *DJe* 01.08.2014.

559 (Voltar) *Informativo* 519/STJ, 3ª Turma, REsp. 1.232.157/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.03.2013.

560 (Voltar) Bedaque, *Código*, p. 119.

561 (Voltar) Súmula 303/STJ.

562 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 851.893/DF, rel. Min. Raul Araújo, j. 07.08.2012, *DJe* 24.06.2013; STJ, 2ª Turma, REsp 726.446/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 17.08.2010, *DJe* 29.04.2011.

563 (Voltar) *Informativo* 480: Corte Especial, REsp 1.134.186/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 1..08.2011.

564 (Voltar) *Informativo* 533/STJ, 2.ª Seção, REsp 1.291.736/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.11.2013.

565 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, RE 420.816 ED/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.03.2007, *DJe* 27.04.2007; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 361.400/RS, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 09.12.2014, DJe 16.12.2014.

566 (Voltar) STJ, 1ª Seção, REsp 1.406.296/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.02.2014, *DJe* 19.03.2014.

567 (Voltar) Súmula 345/STJ; EREsp 513.608-RS, Corte Especial, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 05.11.2008.

568 (Voltar) Enunciado 242 do FPPC: “Os honorários de sucumbência recursal são devidos em decisão unipessoal ou colegiada”.

569 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 175.

570 (Voltar) Volpe, *Breves*, p. 320.

571 (Voltar) Enunciado 241 do FPPC: “Os honorários de sucumbência recursal serão somados aos honorários pela sucumbência em primeiro grau, observados os limites legais”.

572 (Voltar) Enunciado 16/ENFAM: “Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição.”

573 (Voltar) Volpe, *Breves*, p. 322.

574 (Voltar) *Informativo* 490/STJ: 2.ª Seção, EREsp 595.742-SC, Rel. originário Min. Massami Uyeda, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.12.2011.

575 (Voltar) Enunciado 14/ENFAM: Em caso de sucumbência recíproca, deverá ser considerada proveito econômico do réu, para fins do art. 85, § 2º, do CPC/2015, a diferença entre o que foi pleiteado pelo autor e o que foi concedido, inclusive no que se refere às condenações por danos morais.”; Dellore, *Teoria*, p. 296.

576 (Voltar) Súmula 306/STJ.

577 (Voltar) STJ, Corte Especial, REsp 963.528/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.12.2009, *DJe* 04.02.2010.

578 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 1.229.843/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.02.2014, *DJe* 17.03.2014.

579 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp 360.741/AL, rel. Min. Herman Benjamin, j. 12.08.2014, *DJe* 10.10.2014; STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 142.421/PR, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11.02.2014, *DJe* 25.02.2014; STJ, 2ª Seção, EDcl no REsp 1.119.300/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13.10.2010, *DJe* 20.10.2010.

580 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.382.085/DF, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17.10.2013, *DJe* 05.11.2013; STJ, 4ª Turma, EDcl no Ag 1.196.696/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 11.10.2011, *DJe* 21.10.2011.

581 (Voltar) Sica, *Breves*, p. 380; Volpe, *Breves*, p. 334.

582 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 1.382.161/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.12.2012, *DJe* 14.12.2012; STJ, 3ª Turma, REsp 1.060.155/MS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 04.09.2008, DJe 23.09.2008.

583 (Voltar) Súmula 254/STF.

584 (Voltar) *Informativo* 445/STJ: Corte Especial, REsp 1.112.524/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 01.09.2010.

585 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.255.041/MS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11.06.2013, *DJe* 14.06.2013.

586 (Voltar) Nery Jr.- Nery, *Código*, p. 178; Barbosa Moreira, Notas, p. 33.

587 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, p. 314; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 97.

588 (Voltar) Assis, *Manual*, p. 154; Nery Jr., *Teoria*, p. 314; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 99.

589 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 440.613/SE, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.04.2006; REsp 761.093/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 16.08.2005; Assis, *Manual*, p. 154; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 99.

590 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.027.797/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.02.2011, *DJe* 23.02.2011.

591 (Voltar) Nogueira, Honorários, p. 602.

592 (Voltar) Diniz, *Curso*, p. 387.

593 (Voltar) Scavone Júnior, *Do descumprimento*, p. 172-173.

594 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.412.965/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17.12.2013, *DJe* 05.02.2014; STJ, 3ª Turma, REsp 1.134.725/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.06.2011, *DJe* 24.06.2011.

595 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.027.797/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.02.2011, *DJe* 23.02.2011.

596 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 1.027.897/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 16.10.2008, *DJe* 10.11.2008.

597 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 1.325.862/PR, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 05.09.2013, *DJe* 10.12.2013.

598 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.027.797/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.02.2011, *DJe* 23.02.2011. No mesmo sentido Nogueira, Honorários, p. 606.

599 (Voltar) Súmula 481/STJ: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

600 (Voltar) *Informativo* 458/STJ, 4ª Turma, REsp 912.336-SC, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 2/12/2010.

601 (Voltar) *Informativo* 541/STJ, Segunda Seção, REsp 1.274.466-SC, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14/5/2014, DJe. 21/05/2014; Recurso Especial repetitivo temas 671, 672 e 871.

602 (Voltar) STJ, AgRg no AREsp 260.516/MG, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 25/03/2014; DJe 03/04/2014; STJ, 3ª Turma, REsp 1.377.633/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18/03/2014, DJe 26/03/2014.

603 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 1.355.519/ES, rel. Min. Castro Meira, j. 02/05/2013, DJe 10/05/2013.

604 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 271.767/AP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 08/04/2014, DJe 08/05/2014.

605 (Voltar) STJ, 4ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp 102.360/SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 07/08/2012, DJe 03/09/2012.

606 (Voltar) STJ, 1ª Turma, EDcl no AREsp 258.835/PE, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 07/05/2013, DJe 13/05/2013.

607 (Voltar) Enunciado nº 115 do FONAJE.

608 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 434.784/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 18/11/2003, DJ 16/02/2004, p. 259.

609 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 100.200/PA, rel. Min. Marco Buzzi, j. 18/09/2012, DJe 25/09/2012.

610 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 257.029/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 05/02/2013, DJe 15/02/2013.

611 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 1.065.782/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/03/2013, DJe 22/03/2013.

612 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.153.163/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26/6/2012, DJe 2/8/2012.

613 (Voltar) Precedentes citados: AgRg no REsp 1.245.981-DF, 2ª Turma, DJe 15/10/2012; AgRg no Ag 1.279.954-SP, 4ª Turma, DJe 1º/2/2011; REsp 1.087.290-SP, 3ª Turma, DJe 18/2/2009; e REsp 885.071-SP, 1ª Turma, DJU 22/3/2007; AgRg no AREsp 600.215-RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 2/6/2015, DJe 18/6/2015.

614 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 189; Baptista da Silva, *Comentários*, p. 195-196.

615 (Voltar) Dinamarco, *Litisconsórcio*, p. 41; Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 65.

616 (Voltar) Nesse sentido Arruda Alvim, *Manual*, 9. ed., v. 2, p. 77; Dinamarco, *Litisconsórcio*, p. 70.

617 (Voltar) *Informativo* STJ/279: REsp 769.884/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 28.03.2006; REsp 870.482/RS, 1.ª Turma, rel. José Delgado, j. 06.03.2008, *DJe* 30.06.2008.

618 (Voltar) Araken de Assis, *Do litisconsórcio*, p. 298; Dinamarco, *Instituições*, vol. II, p. 73.

619 (Voltar) Pinho, *Direito*, n. 10.2.2, p. 250.

620 (Voltar) Dinamarco, *Litispendência*, p. 159; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 167.

621 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, p. 60. Seguem a nomenclatura Câmara, *Lições*, p. 172, e Didier, *Curso*, 6. ed., p. 275.

622 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, p. 61-62; Bermudes, *A reforma*, p. 110. Contra, entendendo não ser matéria de ordem pública, inclusive operando-se preclusão: STJ, REsp 624836/PR, 2.ª T., Franciulli Neto, j. 21.06.2005, *DJ* 08.08.2005, p. 265.

623 (Voltar) STJ, REsp 908.714/BA, 5.ª Turma, rel. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.09.2008, *DJ* 24.11.2008.

624 (Voltar) Nery Jr., *Atualidades*, p. 42, e Fornaciari Júnior, *A reforma*, 1996, p. 12.

625 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, p. 61.

626 (Voltar) Entendem que o prazo é o de resposta: Carreira Alvim, *Código*, p. 30-31; Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 83; Câmara, *Lições*, p. 173. Entendem ser o prazo geral de cinco dias (art. 185, CPC) em virtude da omissão legal, Dinamarco, *A reforma*, p. 61; Didier, *Curso*, v. 1, p. 275.

627 (Voltar) Nesse sentido Nery Jr., *Atualidades*, p. 40.

628 (Voltar) Bedaque, *Código*, p. 152; Dinamarco, *A reforma*, p. 60.

629 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, v. 2, p. 78; Baptista da Silva, *Comentários*, p. 205; Agrícola Barbi, *Comentários*, p. 195.

630 (Voltar) Bermudes, *A reforma*, p. 10; Baptista da Silva, *Comentários*, p. 206.

631 (Voltar) Essa é a explicação dada por Câmara, *Lições*, p. 175.

632 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 2, p. 338; Nery Jr., *Atualidades*, p. 43; Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 86-87.

633 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 86, chega à mesma conclusão, mas fundamentada na conexão entre as ações.

634 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AgRg no REsp 1.452.805/PR, rel. Min. Humberto Martins, j. 03/02/2015, DJe 09/02/2015.

635 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 142.

636 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 879.999/MA, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.09.2008, *DJe* 22.09.2008; Mancuso, *Ação*, p. 160.

637 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 2, p. 356.

638 (Voltar) Vigliar, *Ação*, p. 88.

639 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 98-99; Theodoro Jr., *O NCC*, p. 130. Contra, Câmara, *Lições*, p. 176.

640 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 236, p. 341; Didier, *Curso*, p. 276 e ss. Contra, pela existência de litisconsórcio ativo necessário: *Informativo* 533/STJ: 4.ª Turma, REsp 1.068.355/PR, rel. Min. Marco Buzzi, j. 15.10.2013.

641 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.222.822/PR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.09.2014, *DJe* 30.09.2014.

642 (Voltar) Dinamarco, *Litisconsórcio*, p. 222-231.

643 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 141.172/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.10.1999, *DJ* 13.12.1999, p. 150.

644 (Voltar) Alvim, *O direito*, p. 144; Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 117; Gonçalves, *Novo*, v. 1, p. 155-156.

645 (Voltar) Didier, *Direito*, p. 280.

646 (Voltar) Didier, *Direito*, p. 280.

647 (Voltar) Gonçalves, *Novo*, p. 156, justifica a inércia do terceiro em seu livramento da condenação ao pagamento das verbas de sucumbência.

648 (Voltar) Nery-Nery, *Comentários*, p. 413; Medina, *Novo*, p. 207.

649 (Voltar) Bedaque, *Código*, p. 155; Câmara, *Lições*, p. 169; Medina, *Litisconsórcio*, p. 291.

650 (Voltar) Dinamarco, *Litisconsórcio*, p. 114; Nogueira, *Processo*, p. 170. Bedaque, *Código*, p. 157.

651 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 308; Greco Filho, *Direito*, n. 21.5, p. 131-132; Marinoni-Mitidiero, p. 132.

652 (Voltar) Didier, *Curso*, p. 284-285. No tocante à intimação dos demais sócios na ação de anulação de assembleia promovida por um deles, Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 103.

653 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 83.

654 (Voltar) Wambier-Conceição-Mello-Ribeiro, *Primeiros*, p. 209.

655 (Voltar) Didier Jr., *Curso*, p. 467; Pinho, *Direito*, n. 10.2.2, p. 249.

656 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, 11. ed., p. 378-379; Nery-Nery, *Código*, p. 875.

657 (Voltar) Dinamarco, *Litisconsórcio*, p. 152-153.

658 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 827.935/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.05.2008, *DJe* 27.08.2008; STJ, 6.ª Turma, REsp 209.336/SP, rel. Min. Maria Theresa de Assis Moura, j. 08.03.2007; *DJ* 26.03.2007, p. 291.

659 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 196-197; Delgado Miranda, *Código*, p. 1.545.

660 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, p. 100; Amaral Santos, *Primeiras*, 21. ed., p. 13; Agrícola Barbi, *Comentários*, p. 210.

661 (Voltar) Em sentido contrário, entendendo a confissão como prova plena, Cintra, *Comentários*, v. 4, p. 64.

662 (Voltar) Câmara, *Lições*, p. 182; Fidélis dos Santos, *Manual*, p. 454.

663 (Voltar) Parece ser esse o entendimento de Dinamarco, *Litisconsórcio*, p. 147.

664 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Comentários*, p. 356.

665 (Voltar) *Informativo* 506/STJ: 4.ª Turma, REsp 973.465/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.10.2012.

666 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.249.316/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 18/02/2010, DJe 02/03/2010.

667 (Voltar) *Informativo* 518/STJ: 3ª Turma, REsp 1.309.510/AL, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.03.2013.

668 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 359.034/RN, rel. Min. Herman Benjamin, j.

20/05/2014, DJe 25/09/2014.

669 (Voltar) *Informativo* 557/STJ, 3ª Turma, REsp 1.324.399-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015.

670 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 691.863/SC, rel. Min. Castro Meira, j. 13/11/2007, DJ 27/11/2007 p. 291.

671 (Voltar) *Informativo* 560, 3ª Turma, REsp 1.488.590-PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 14/4/2015, DJe 23/4/2015.

672 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg nos EDcl no Ag 1.145.386/SC, Rel. Min. Raul Araújo, j. 10.08.2010, *DJe* 25.08.2010.

673 (Voltar) STJ, 5ª Turma, REsp 848.658/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18/03/2008, DJe 02/06/2008.

674 (Voltar) Negrão, *Código*, p. 312-313.

675 (Voltar) Roque, *Teoria*, p. 709.

676 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 8.510/ES, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 27/09/2011, DJe 30/09/2011.

677 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 273-274.

678 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 197-198.

679 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Amicus*, p. 214; Gusmão Carneiro, *Intervenção*, 71-A, p. 148-150.

680 (Voltar) Carneiro da Cunha, *A Fazenda*, p. 151-152.

681 (Voltar) *Informativo* 384/STJ: 4.ª Turma, REsp 708.04/RJ, rel. Luis Felipe Salomão, j. 13.02.2009.

682 (Voltar) Por todos, Belmiro Pedro Welter, ‘‘Rito processual na prestação alimentar, litisconsórcio e tutela antecipada”, *in Alimentos no Código Civil*, coord. Francisco José Cahali e Rodrigo da Cunha Pereira, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 227-228.

683 (Voltar) Theodoro Jr., *O NCC e as regras heterotópicas de natureza processual*, p. 139.

684 (Voltar) Por todos, Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, 3. ed., São Paulo, RT, 1999, p. 150-166.

685 (Voltar) *Informativo* 421/STJ: 4.ª Turma, REsp 831.497/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 04.02.2010.

686 (Voltar) Justamente pela ausência de solidariedade Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, *op. cit.*, p. 169, distingue a intervenção prevista para a ação de alimentos do chamamento ao processo.

687 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Chamamento ao processo e o devedor de alimentos – uma proposta de interpretação para o art. 1.698 do Novo Código Civil*, p. 88; Humberto Theodoro Jr., *O NCC e as regras heterotópicas de natureza processual*, p. 139-140.

688 (Voltar) *Informativo* 464/STJ: 4.ª Turma, REsp 958.513/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 22.02.2011.

689 (Voltar) Sílvio Venosa, *Direito Civil: Direito de família*, p. 403; Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. 6, p. 381.

690 (Voltar) Luiz Felipe Brasil Santos, *Novos aspectos da obrigação alimentar*, p. 228.

691 (Voltar) Sílvio Venosa, *Direito Civil: Direito de família*, p. 403; Luiz Felipe Brasil Santos, *Novos aspectos da obrigação alimentar*, pp. 227-228. A defender tratar-se de litisconsórcio passivo facultativo ulterior, Fredie Didier Jr., *Normas processuais do novo Código Civil*, p. 125; Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 5, p. 555.

692 (Voltar) Tratam do tema Araken de Assis, *Manual*, p. 244; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.419, p. 164-165; Shimura, *Título*, p. 85.

693 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.419, p. 164.

694 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 100, p. 387.

695 (Voltar) Barbi, *Comentários*, p. 215; Fidélis dos Santos, *Manual*, v. 1, p. 83; Bomfim Marins, *Tutela*, p. 342.

696 (Voltar) Dinamarco, *Intervenção*, p. 170; Arruda Alvim, *Manual*, v. 2, p. 199; Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 275.

697 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 213.556/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.08.2001.

698 (Voltar) Baptista da Silva, *Comentários*, p. 258; Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 140, dando dois exemplos: art. 59, § 2.º, da Lei 8.245/1991 (Locação) e art. 89 da Lei 8.884/1994 (correspondente ao art. 118 da Lei 12.529/2011).

699 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, p. 119.

700 (Voltar) *Informativo* 421/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.128.789/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.02.2010.

701 (Voltar) *Informativo* 521/STJ: Corte Especial, AgRg nos EREsp 1.262.401-BA, rel. Min. Humberto Martins, j. 25.04.2013.

702 (Voltar) STJ, REsp 802.342/PR, 4.ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 09.12.2008, *DJe* 02.02.2009; Arruda Alvim, *Manual*, n. 43, p. 117.

703 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 388; Bedaque, *Código*, p. 162; Gusmão Carneiro, *Intervenção*, p. 145; Arruda Alvim, *Manual*, n. 43, p. 117-118.

704 (Voltar) Marinoni, *Sobre*, p. 255.

705 (Voltar) STJ, REsp 616.485/DF, 2.ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.04.2006, *DJ* 22.05.2006, p. 180; Baptista da Silva, *Comentários*, p. 272-299.

706 (Voltar) Alvim, *Da assistência*, p. 47; Arruda Alvim, *Manual*, n. 43, p. 118.

707 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 423; Gusmão Carneiro, *Intervenção*, p. 143; Nogueira, *Curso*, p. 181. Contra: Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 141.

708 (Voltar) Baptista da Silva, *Comentários*, p. 264-265.

709 (Voltar) STJ, Corte Especial, REsp 1.101.740/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 04/11/2009, DJe 07/12/2009, Recurso Especial repetitivo tema 136.

710 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, n. 45, p. 633: Abelha Rodrigues, *Manual*, n. 10.5, p. 387.

711 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, AgRg nos EREsp 938.607/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.04.2010, *DJe* 06.03.2012.

712 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, RE 550.769 QO/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28.02.2008, *DJe* 26.02.2013.

713 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, p. 133-134.

714 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 145-146.

715 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, n. 45, p. 122.

716 (Voltar) Calmon de Passos, *Comentários*, p. 371.

717 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, n. 48, p. 128; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 185. Contra: Baptista da Silva, *Comentários*, p. 268-271.

718 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Intervenção*, p. 146; Bedaque, *Código*, p. 161; Arruda Alvim, *Manual*, n. 48, p. 128.

719 (Voltar) STJ, Corte Especial, EREsp 1.068.391/PR, rel. Min. Humberto Martins, rel. Min. p/ acórdão Maria Thereza de Assis Moura, j. 29.08.2012, *DJe* 07.08.2013.

720 (Voltar) Couto Maurício, *Assistência*, p. 124; Arruda Alvim, *Manual*, n. 48, p. 128.

721 (Voltar) STJ, REsp 802.342/PR, 4.ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 09.12.2008, *DJe* 02.02.2009.

722 (Voltar) Arruda Alvim, *Manaual*, p. 129.

723 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 185-186; Arruda Alvim, *Manual*, n. 47, p. 126.

724 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 185; Baptista da Silva, *Comentários*, p. 299; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 483.

725 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, p. 136; Fux, *Curso*, p. 282; Arruda Alvim, *Manual*, n. 44, p. 118.

726 (Voltar) Baptista da Silva, *Comentários*, p. 299-300.

727 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, n. 44, p. 118; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 484.

728 (Voltar) Dinamarco, *Intervenção*, p. 151; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 504-505. Contra: Baptista da Silva, *Comentários*, p. 340.

729 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 193; Nery-Nery, *Código*, p. 282; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 500.

730 (Voltar) Bedaque, *Código*, p. 180-181.

731 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 153; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 507; Enunciado 29 do CJF.

732 (Voltar) Tartuce, *Repercussões*, p. 277.

733 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 70; Greco Filho, *Direito*, v. 1, n. 22.5, p. 151-156. Fidélis dos Santos, *Curso*, n. 196, p. 98-99. *Informativo* 535/STJ: 4.ª Turma, REsp 701.868/PR, rel. Min. Raul Araújo, j. 11.02.2014; 346/STJ, 4.ª T., REsp 934.394/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.02.2008.

734 (Voltar) Dinamarco, *Intervenção*, p. 179; Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 144; Bedaque, *Código*, p. 184-187; Fux, *Curso*, p. 299-300.

735 (Voltar) Dinamarco, *Intervenção*, p. 177-178; Arruda Alvim, *Manual*, n. 71, p. 166-170; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 503.

736 (Voltar) A favor, Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 144-145.

737 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 903.949/PI, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.05.2007, *DJ* 04.06.2007; STJ, 2.ª Turma, REsp 299.833/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. 14.11.2006, *DJ* 15.12.2006; STJ, 1.ª Seção, REsp 313.886/RN, rel. Min. Eliana Calmon, j. 26.02.2004, *DJ* 22.03.2004.

738 (Voltar) REsp 801.691/SP, Recurso Especial 2005/0200144-0, 3.ª Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva (1147), j. 06.12.2011, *DJe* 15.12.2011.

739 (Voltar) REsp 1.187.456/RJ, Recurso Especial 2010/0033058-5, 2.ª Turma, rel. Min. Castro Meira (1125), j. 16.11.2010, *DJe* 01.12.2010; REsp 955.352/RN, Recurso Especial 2007/0120643-4, 2.ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon (1114), j. 18.06.2009, *DJe* 29.06.2009.

740 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, n. 71, p. 170.

741 (Voltar) *Informativo* 532/STJ: 4.ª Turma, REsp 1.325.862/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.09.2013.

742 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 283.

743 (Voltar) *Informativo* 519/STJ: 4.ª Turma, REsp 1.332.112/GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.03.2013; STJ, 3.ª Turma, REsp 880.698/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.04.2007, *DJ* 23.04.2007; STJ, 4.ª Turma, REsp 66.558/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21.06.2005, *DJ* 01.07.2005.

744 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 295-296; Arruda Alvim, *Manual*, n. 73, p. 173.

745 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 292-293.

746 (Voltar) Dinamarco, *Intervenção*, n. 85, p. 146; Bedaque, *Código*, p. 194; Agrícola Barbi, *Comentários*, n. 408, p. 254.

747 (Voltar) *Informativo* 384: 4.ª Turma, REsp 316.046/SP, rel. Luis Felipe Salomão, j. 17.02.2009.

748 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 154; Didier, *Curso*, p. 322.

749 (Voltar) Súmula 537/STJ: “Em ação de reparação de danos, a seguradora denunciada, se aceitar a denunciação ou contestar o pedido do autor, pode ser condenada, direta e solidariamente junto com o segurado, ao pagamento da indenização devida à vítima, nos

limites contratados na apólice".

750 (Voltar) A favor: Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 144; Contra: Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 193.

751 (Voltar) *Informativo* 488/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.245.618/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.11.2011.

752 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 713.115/MG, rel. Min. Castro Filho, j. 21.11.2006, *DJ* 04.12.2006; STJ, 4.ª Turma, REsp 401.718, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.09.2002, *DJ* 24.03.2003.

753 (Voltar) *Informativo* 490/STJ: 2.ª Seção, REsp 962.230/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08.02.2012.

754 (Voltar) *Informativo* 490/STJ: 2.ª Seção, REsp 925.130/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08.02.2012.

755 (Voltar) *Informativo* 490/STJ: 2.ª Seção, REsp 925.130/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08.02.2012.

756 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 699.680/DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29.06.2006, *DJ* 27.11.2006; STJ, 3.ª Turma, REsp 275.453/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 22.02.2005, *DJ* 11.04.2005. Na doutrina: Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 511.

757 (Voltar) Dinamarco, *Intervenção*, n. 87, p. 149-150; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 510; Bedaque, *Código*, p. 180.

758 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, n. 73, p. 173.

759 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 507; STJ, REsp 9.876/SP, 4.ª Turma, rel. Min. Athos Carneiro, j. 25.06.1991, *DJ* 12.08.1991, p. 10.559.

760 (Voltar) Bedaque, *Código*, p. 190; Nery-Nery, *Código*, p. 289.

761 (Voltar) Bedaque, *Código*, p. 192.

762 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Intervenção*, n. 55, p. 113.

763 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.249.029/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.12.2011, *DJ*

764 (Voltar) Tartuce, *Repercussões*, p. 280.

765 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 304.

766 (Voltar) Bedaque, *Código*, p. 202; Fux, *Curso*, p. 305; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 194; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 515-517; Arruda Alvim, Manual, n. 78, p. 186.

767 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 297-298; Fidélis dos Santos, *Curso*, n. 199, p. 100; Baptista da Silva, *Comentários*, p. 366.

768 (Voltar) Baptista da Silva, *Comentários*, p. 362-363; Luiz Fux, *Curso*, p. 306; Agrícola Barbi, *Comentários*, n. 434, p. 265-266.

769 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 194-195.

770 (Voltar) Dinamarco, *Intervenção*, n. 94, p. 158.

771 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 305; Arruda Alvim, *Manual*, n. 78, p. 186.

772 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.281.020/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j. 23.10.2012, *DJe* 31.10.2012.

773 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 158.

774 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 306; Arruda Alvim, *Manual*, n. 79, p. 188.

775 (Voltar) Bedaque, *Código*, p. 202; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 517.

776 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 517.

777 (Voltar) *Informativo* 539/STJ: 1.ª Seção, REsp 1.203.244/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 09.04.2014; STF, 1.ª Turma, RE 607.381 AgR/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 31.05.2011, *DJe* 16.06.2011.

778 (Voltar) *Informativo* 490/STJ: 2.ª Turma, REsp 1.009.947/SC, rel. Min. Castro Meira, j. 07.02.2012.

779 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, n. 81, p. 189.

780 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 159; Fidélis dos Santos, *Manual*, n. 193b, p. 97; Arruda Alvim, *Manual*, n. 84, p. 195.

781 (Voltar) *Informativo* 499/STF: Tribunal Pleno, ADI-ED 3.615/PB, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17.03.2008.

782 (Voltar) *Informativo* 488/STJ: 2.ª Seção, REsp 1.023.053/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 23.11.2011.

783 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Amicus curiae*, pp. 500-511; Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade*, p. 177, fala em ‘‘legítimo interesse no resultado da

ação''. Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, ''Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIn e sua legitimidade recursal'', p. 64, chama de ''interesse público de controle''. Dirley da Cunha Jr., ''A intervenção de terceiros'', p. 157, fala em ''interesse objetivo relativamente à questão jurídico-constitucional em discussão''.

784 (Voltar) Fredie Didier Jr., *Recurso de terceiro*, n. 2.2.8.2, p. 77-78; Marcelo Novelino, *Direito Constitucional*, n. 13.8, p. 272. Pela exclusão do rol de intervenções de terceiro, mesmo atípicas: Guilherme Peña de Moraes, *Curso*, p. 206-207.

785 (Voltar) Gustavo Santana Nogueira, *Curso básico de processo civil*, p. 231-232; Antonio do Passo Cabral, ''Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial'', in *Revista de Processo* 117, set.-out. 2004, p. 16-17.

786 (Voltar) Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus curiae*, p. 140.

787 (Voltar) *Informativo* 547/STJ: 1.ª Seção, REsp 1.371.128-RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.09.2014; STJ, 2.ª Seção, REsp 1.333.977/MT, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 26.02.2014, *DJe* 12.03.2014.

788 (Voltar) Informativo 772/STF, Plenário, ADI 5022 AgR/RO, rel. Min. Celso de Mello, j. 18.12.2014.

789 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 160.

790 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 237.

791 (Voltar) Entendendo tratar-se de ação incidental, Camargo, *Comentários*, p. 235.

792 (Voltar) Dinamarco, *Desconsideração*, p. 1.194.

793 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 1.096.604/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.08.2012, *DJe* 16.10.2012.

794 (Voltar) *Informativo* 513/STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp 1.229.579/MG, rel. Min. Raul Araújo, j. 18.12.2012.

795 (Voltar) *Informativo* 440/STJ, 3.ª Turma, REsp 948.117/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.06.2010.

796 (Voltar) STJ, REsp 1.180.191/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.04.2011.

797 (Voltar) Yarshell, *Comentários*, p. 234; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 252. Didier Jr., *Curso*, p. 519; Flexa-Macedo-Bastos, *Novo*, p. 126. Contra: Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p.208; Tartuce, *Repercussões*, p. 77.

798 (Voltar) Yarshell, *Comentários*, p. 233. Contra: Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 252.

799 (Voltar) Yarshell, *Comentários*, p. 238.

800 (Voltar) Yarshell, *Comentários*, p. 239.

801 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 98; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 253.

802 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, p. 164: Zavascki, *Processo*, p. 199.

803 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, RMS 29.697/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 23.04.2013, *DJe* 01.08.2013.

804 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 686.112/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.04.2008, *DJe* 28.04.2008.

805 (Voltar) Yarshell, *Comentários*, p. 239; Camargo, *Comentários*, p. 240; Didier Jr, *Curso*, p. 521; Câmara, *Novo*, p. 105; Flexa-Macedo-Bastos, *Novo*, p. 127.

806 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 1.182.620/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 10.12.2013, *DJe* 04.02.2014.

807 (Voltar) *Informativo* 544/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.421.464/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2014.

808 (Voltar) Liebman, *Processo*, p. 68.

809 (Voltar) Assis, *Manual*, p. 398-399; Fux, *Curso*, p. 1.288.

810 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 1.096.604/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.08.2012, *DJe* 16.10.2012.

811 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no Ag 1.378.143/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 13.05.2014, *DJe* 06.06.2014.

812 (Voltar) *Informativo* 530/STJ, 1.ª Seção, REsp 1.347.627/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 09.10.2013.

813 (Voltar) *Informativo* 544/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.421.464/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2014.

814 (Voltar) Câmara, *Novo*, p. 104.

815 (Voltar) Cunha, *Negócios*, p. 42; Gajardoni, *Teoria*, p. 615.

816 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 620.

817 (Voltar) Didier Jr., *Princípio*, pp. 19-25; Cunha, *Comentários*, p. 322; Redondo, *Negócios*, p. 274.

818 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 622.

819 (Voltar) Tartuce, *O novo*, p. 132.

820 (Voltar) Enunciado 115 do FPPC: "O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 190 obriga herdeiros e sucessores".

821 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 625.

822 (Voltar) Nogueira, *Breves*, p. 592.

823 (Voltar) Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria*, n. 173, p. 300-301; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 126-127.

824 (Voltar) Enunciado 36 da ENFAM; Câmara, *O novo*, p. 127; Gajardoni, *Teoria*, p. 627; Theodoro Jr., *Curso*, n. 336, p. 471.

825 (Voltar) Enunciado 36 da ENFAM; Gajardoni, *Teoria*, p. 628.

826 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 127; Silva, *Verdade*, pp. 401-403; Godinho, *A possibilidade*, p. 414.

827 (Voltar) Enunciado 258 do FPPC: "As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa".

828 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 621.

829 (Voltar) Didier Jr., *Curso*, p. 389; Nogueira, *Breves*, p. 593; Gajardoni, *Teoria*, p. 622. Aparentemente contra: Costa, *Calendarização*, p. 361.

830 (Voltar) Enunciado 260 do FPPC: "A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio".

831 (Voltar) Enunciado 403 do FPPC: "A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei"; Talamini, *Um processo*, acessado em 31/10/2015 às 06:37; Gajardoni, *Teoria*, p. 616.

832 (Voltar) Enunciado 38 da ENFAM: "Somente partes absolutamente capazes podem

celebrar convenção pré-processual atípica (arts. 190 e 191 do CPC/2015)"; Câmara, *O Novo*, p. 126; Gajardoni, *Teoria*, p. 619; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 353; Yarshell, *Convenção*, p. 73.

833 (Voltar) Didier Jr., *Curso*, p. 385; Talamini, *Um processo*, acessado em 31/10/2015 às 06:44; Nogueira, *Breves*, p. 594; Cunha, *Comentários*, p. 325.

834 (Voltar) Enunciado 256 do FPPC.

835 (Voltar) Enunciado 253 do FPPC.

836 (Voltar) Didier Jr., *Curso*, p. 389;

837 (Voltar) Enunciado 39 da ENFAM: "Não é válida convenção pré-processual oral (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996 e 63, § 1º, do CPC/2015)"; Yarshell, *Convenção*, p. 64.

838 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 617.

839 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 126; Gajardoni, *Teoria*, p. 619; Nogueira, *Breves*, p. 593; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 353; Yarshell, *Convenção*, p. 70.

840 (Voltar) Enunciado 255 do FPPC: "É admissível a celebração de convenção processual coletiva".

841 (Voltar) Enunciado 253 do FPPC: "O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte".

842 (Voltar) Tartuce, *O novo*, p. 93.

843 (Voltar) Enunciado 405 do FPPC: "Os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração"; Enunciado 407 do FPPC: "Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé".

844 (Voltar) Enunciado 41 da ENFAM: "Por compor a estrutura do julgamento, a ampliação do prazo de sustentação oral não pode ser objeto de negócio jurídico entre as partes".

845 (Voltar) Cunha, *Negócios*, p. 59; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 355.

846 (Voltar) STJ, 4ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 878.757/BA, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 22/09/2015, DJe 01/10/2015.

847 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 404.719/RS, rel. Min. Antonio Carlos

Ferreira, j. 02/09/2014, DJe 08/09/2014.

848 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.306.073/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20/06/2013, DJe 20/08/2013.

849 (Voltar) Nogueira, *Breves*, p. 594.

850 (Voltar) Enunciado 259 do FPPC: "A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio".

851 (Voltar) Tartuce, *Igualdade*, n. 4.6.1., p. 184.

852 (Voltar) Yarshell, *Convenção*, p. 90; Gajardoni, Teoria, p. 627.

853 (Voltar) Cunha, *Negócios*, p. 59.

854 (Voltar) Greco, *Os atos*, acessado em 31/10/2015, às 08:42, Medina, *Novo*, p. 318

855 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 617.

856 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 126.

857 (Voltar) Yarshell, *Convenção*, p. 70.

858 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 126; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 356.

859 (Voltar) Enunciado 17 do FPPC.

860 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 617.

861 (Voltar) Cunha, *Comentários*, p. 328; Didier, *Curso*, pp. 388/389.

862 (Voltar) Cunha, *Negócios*, p. 59.

863 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 617.

864 (Voltar) Greco, *Os atos*, acessado em 31/10/2015 às 08:42; Gajardoni, *Teoria*, p. 629.

865 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 629.

866 (Voltar) Yarshell, *Convenção*, p. 93; Didier Jr., *Curso*, p. 388;

867 (Voltar) Cunha, *Negócios*, p. 59; Yarshell, *Convenção*, p. 93.

868 (Voltar) Yarshell, ***As** Convenções*, p. 93.

869 (Voltar) Yarshell, ***As*** *Convenções*, p. 92.

870 (Voltar) Almeida, *As Convenções*, p. 265.

871 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 191; Gajardoni, *Teoria*, p. 627; Theodoro Jr., *Curso*, n. 336, p. 471.

872 (Voltar) Yarshell, *Convenção*, p. 93; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 191. Quanto ao interesse recursal: Siqueira, *Negócios*, p. 460.

873 (Voltar) Didier Jr., *Curso*, p. 382; Talamini, *Um processo*, acessado em 31/10/2015 às 08:58; Bonfim, *A legitimidade*, pp. 344-352.

874 (Voltar) Didier Jr., *Curso*, p. 382.

875 (Voltar) Didier Jr., *Curso*, p. 382.

876 (Voltar) Didier Jr., *Curso*, p. 382.

877 (Voltar) Cunha, *Negócios*, p. 43.

878 (Voltar) Greco, *O processo*, p. 246-247; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.738, p. 624; Nery-Nery, *Código*, p. 726. Contra: Carmona, *O processo*, p. 51.

879 (Voltar) Didier Jr., *Curso*, p. 390.

880 (Voltar) Yarshell, *Convenção*, p. 67.

881 (Voltar) Enunciados 19, 21 e 262.

882 (Voltar) Enunciados 20, 253 e 392.

883 (Voltar) Enunciado 36.

884 (Voltar) Enunciado 37.

885 (Voltar) Almeida, *Das convenções*, p. 204.

886 (Voltar) Nogueira, *Breves*, p. 595; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 245.

887 (Voltar) Almeida, *Das convenções*, p. 204; Cunha, *Comentários*, p. 330.

888 (Voltar) Costa, *Calendarização*, p. 363.

889 (Voltar) Cunha, *Comentário*s, p. 330.

890 (Voltar) Enunciado 402 do FPPC: “A eficácia dos negócios processuais para quem

deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo".

891 (Voltar) Enunciado 414 do FPPC: "O disposto no § 1º do artigo 191 refere-se ao juízo".

892 (Voltar) Cunha, *Comentários*, p. 331.

893 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 634.

894 (Voltar) Enunciado 299 do FPPC: "O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão".

895 (Voltar) Costa, *Calendarização*, p. 358.

896 (Voltar) Nogueira, *Breves*, p. 596.

897 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 246.

898 (Voltar) STJ, 3ª Turma, EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1.165.174/SP, rel. Min. João Otávio Noronha, j. 10.9.2013, *DJe* 16.9.2013.

899 (Voltar) STJ, Corte Especial, AgRg no REsp 1.347.278/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.6.2013, *DJe* 1.8.2013.

900 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 326.

901 (Voltar) Marcacini, *Breves*, p. 604.

902 (Voltar) Marcacini, *Breves*, p. 604.

903 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 247; Medina, *Novo*, p. 327.

904 (Voltar) Marcacini, *Breves*, p. 605.

905 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 327.

906 (Voltar) Marcacini, *Breves*, p. 606.

907 (Voltar) STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 170.052/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. 23.4.2013, *DJe* 30.4.2013.

908 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.186.276/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 16.12.2010, *DJe* 3.2.2011.

909 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeira*, p. 362; Duarte, Teoria, p. 647;

Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 247.

910 (Voltar) Marcacini, *Breves*, p. 610.

911 (Voltar) STJ, Corte Especial, EREsp 503.761/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. 21.9.2005, *DJ* 14.11.2005 p. 175.

912 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.186.276/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 16.12.2010, *DJe* 3.2.2011.

913 (Voltar) STJ, Corte Especial, REsp 1.324.432/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.12.2012, *DJe* 10.5.2013.

914 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.186.276/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 16.12.2010, *DJe* 3.2.2011.

915 (Voltar) STJ, 1ª Seção, AgRg no MS 18.448/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.6.2012, *DJe* 22.8.2012.

916 (Voltar) STJ, 1ª Turma, EDcl no AgRg no Ag 1.404.513/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 19.3.2013, *DJe* 26.3.2013.

917 (Voltar) STJ, 1º Seção, AgRg na PET na AR 4.824/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 14.5.2014, *DJe* 21.5.2014.

918 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 555.142/RJ, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 9.12.2014, *DJe* 16.12.2014.

919 (Voltar) STJ, 1ª Turma, REsp 905.681/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.9.2010, *DJe* 29.9.2010.

920 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 1.033.509/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 4.6.2009, *DJe* 23.6.2009.

921 (Voltar) STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 494.354/RR, rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, j. 7.5.2013, *DJe* 14.5.2013.

922 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp. 390.741/PR, rel. Min. Gilson Dipp, j. 25.9.2006, *DJ* 18.12.2006, p. 359.

923 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 1.056.803/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 24.6.2008, *DJe* 18.8.2008.

924 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 972.503/MG, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 22.5.2014, *DJe* 30.5.2014.

925 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 212; Roque, *Teoria*, p. 676.

926 (Voltar) STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 1.341.709/PI, rel. Min. Napoleão

Nunes Maia Filho, j. 1.10.2014, *DJe* 16.10.2014.

927 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 545.666/SP, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 2.6.2015, *DJe* 1.7.2015.

928 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 358, p. 502.

929 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.488.739/RS, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 17.3.2015, *DJe* 25.3.2015.

930 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 358, p. 502; Viveiros, *Breves*, p. 643.

931 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Novo*, p. 174.

932 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 254; Roque, *Teoria*, p. 680.

933 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 359, p. 503.

934 (Voltar) Moniz de Aragão, *Comentários*, p. 68.

935 (Voltar) Dall'Agnol, *Comentários*, p. 293.

936 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 254; Roque, *Teoria*, p. 680.

937 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.249.720/DF, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.8.2013, *DJe* 22.8.2013; STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1.170.112/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. 3.12.2009, *DJe* 15.12.2009.

938 (Voltar) Medina, *Código*, p. 216; Viveiros, *Breves*, p. 646.

939 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.446.608/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 21.10.2014, *DJe* 29.10.2014.

940 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 97.715/SP. rel. Min. Marco Buzzi, j. 2.8.2012, *DJe* 10.8.2012.

941 (Voltar) STJ, 5ª Turma, REsp 884.180/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 1.4.2008, *DJe* 28.4.2008.

942 (Voltar) STF, 1.ª Turma, AI-AGR 530.544/BA, rel. Min. Carlos Britto, j. 21.3.2006; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 621.254/PE, rel. Min. Humberto Martins, j. 12.2.2015, *DJe* 25.2.2015.

943 (Voltar) *Informativo* 776/STF, Plenário, AI 703269 AgR-ED-ED-EDv-ED/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 5.3.2015.

944 (Voltar) Amaral, *Comentários*, p. 312.

945 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 367, p. 511; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 388.

946 (Voltar) Roque, *Teoria*, p. 690.

947 (Voltar) Roque, *Teoria*, p. 694.

948 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.191.059/MA, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1.9.2011, *DJe* 9.9.2011; STJ, 4ª Turma, REsp 592.944/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 24.8.2010, *DJe* 14.9.2010.

949 (Voltar) Roque, *Teoria*, p. 693.

950 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 592.944/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 24.8.2010, *DJe* 14.9.2010.

951 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.060.706/AL, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 2.6.2011, *DJe* 8.6.2011.

952 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 258.

953 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 19.550/ES, rel. Min. Raul Araújo, j. 22.10.2013, *DJe* 05.12.2013.

954 (Voltar) STJ, 2ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp 276.162/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 16.5.2013, *DJe* 24.5.2013.

955 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 640.116/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 18.6.2015, *DJe* 26.6.2015; STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.476.069/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 12.5.2015, *DJe* 20.5.2015.

956 (Voltar) STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 968.273/CE, rel. Min. Gilson Dipp, j. 9.9.2014, *DJe* 15.9.2014.

957 (Voltar) STJ, 6ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 892.465/RS, rel. Min. Og Fernandes, j. 2.5.2013, *DJe* 14.5.2013.

958 (Voltar) STJ, 2ª Turma, EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 162.053/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 2.5.2013, DJe 10.5.2013.

959 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 533.852/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.6.2005, *DJ* 5.9.2005 p. 398.

960 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 368; Amaral, *Comentários*, pp. 315-316.

961 (Voltar) Sica, *Preclusão*, p. 136.

962 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 258; Roque, *Teoria*, p. 697; Didier, *Curso*, p. 424.

963 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.449.766/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26.8.2014, *DJe* 2.9.2014; STJ, 3ª Turma, REsp 1.114.519/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 2.10.2012, *DJe* 16.10.2012.

964 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 568.443/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 2.6.2015, *DJe* 9.6.2015.

965 (Voltar) *Informativo* 557/STJ, Corte Especial, EAREsp 185.695-PB, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 4.2.2015, DJe 5.3.2015; STJ, 3ª Seção, AgRg nos EAREsp 522.058/GO, rel. Min. Felix Fischer, j. 25.2.2015, DJe 3.3.2015.

966 (Voltar) STJ, Corte Especial, EAREsp 185.695/PB, rel. Min. Felix Fischer, j. 4.2.2015, DJe 5.3.2015.

967 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 635.667/PB, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.6.2015, *DJe* 26.6.2015; STJ, 1ª Turma, EDcl no AREsp 276.356/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 12.5.2015, *DJe* 21.5.2015; STJ, 6ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp 649.316/MG, rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 14.4.2015, *DJe* 23.4.2015.

968 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 260; Medina, *Novo*, p. 373; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 393.

969 (Voltar) Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 127, p. 107; Dall' Agnol, *Comentários*, p. 370.

970 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 260; Roque, *Teoria*, p. 704; Nery Jr e Nery. *Código*, p. 470.

971 (Voltar) Wambier-Ribeiro-Conceição-Mello, *Primeiros*, p. 394.

972 (Voltar) Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 128, p. 107; Dall' Agnol, *Comentários*, p. 371; Santos, *Código*, p. 491.

973 (Voltar) Roque, *Teoria*, p. 707.

974 (Voltar) STJ, 3ª Seção, AgRg nos EREsp 331.790/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14.12.2005, *DJ* 17.4.2006 p. 168.

975 (Voltar) STJ, 1ª Turma, REsp 940.123/GO, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.

14.8.2007, *DJ* 27.8.2007 p. 204.

976 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 746.524/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 3.3.2009, *DJe* 16.3.2009.

977 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp 538.817/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 7.4.2015, *DJe* 30.4.2015; STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.391.411/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 25.2.2014, *DJe* 14.3.2014; STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 338.846/MA, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 5.9.2013, *DJe* 17.9.2013.

978 (Voltar) *Informativo* 546/STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.468.906/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26.8.2014.

979 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 1.026.821/TO, rel. Min. Marco Buzzi, j. 16.8.2012, *DJe* 28.08.2012; STJ, REsp 1.246.098/PE, 2.ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26.4.2011, *DJe* 5.5.2011; STJ, 3.ª Turma, REsp 600.866/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 20.3.2007, *DJ* 14.05.2007, p. 279.

980 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.095.514/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1.10.2009, *DJe* 14.10.2009.

981 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 1.089.181/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 4.6.2013, *DJe* 17.6.2013; STJ, 1ª Turma, RMS 18.508/PR, relo. Min. Luiz Fux, j. 6.12.2005, *DJ* 6.3.2006 p. 160.

982 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 58.829/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 17.8.1999, *DJ* 20.9.1999 p. 64.

983 (Voltar) Nery Jr. e Nery, *Código*, p. 479; Dall' Agnol, *Comentários*, p. 412; Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 152, p. 124; Roque, *Teoria*, p. 772.

984 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Habeas*, p. 90.

985 (Voltar) Oliveira, *Rito*, p. 188.

986 (Voltar) Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 355.

987 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.427.316/SC, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 5.8.2014, *DJe* 2.9.2014.

988 (Voltar) STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.199.256/RO, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 6.8.2013, *DJe* 14.8.2013.

989 (Voltar) STJ, 5ª Turma, RHC 11.847/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 26.2.2002, *DJ* 8.4.2002 p. 232.

990 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 418.019/RJ, rel. Min. Marco Buzzi, j. 17.12.2013, *DJe* 4.2.2014.

991 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 422.

992 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg na Pet 10.157/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 19.3.2015, *DJe* 31.3.2015; STJ, 3ª Turma, AgRg na PET no Ag 704.902/SC, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 7.4.2011, *DJe* 15.4.2011.

993 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.337.341/ES, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 20.2.2014, *DJe* 10.3.2014; STJ, 2ª Turma, RCD no REsp 1.294.546/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 28.5.2013, *DJe* 12.6.2013.

994 (Voltar) Amendoeira, *Breves*, p. 728.

995 (Voltar) STJ, Corte Especial, REsp 1.131.805/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 3.3.2010, *DJe* 8.4.2010, Recurso Especial Repetitivo, temas 285 e 286.

996 (Voltar) STJ, Corte Especial, MS 20.490/DF, rel. Min. Sidnei Beneti, rel. p/ acordão Min. Og Fernandes, j. 3.9.2014, *DJe* 23.9.2014.

997 (Voltar) STJ, 6ª Turma, HC 75.640/BA, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 3.2.2015, *DJe* 9.2.2015; STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 700.245/PE, rel. Min. Laurita Vaz, j. 2.8.2010, DJe 23.8.2010.

998 (Voltar) STJ, 5ª Turma, AgRg no RMS 46.690/PB, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 19.5.2015, *DJe* 25.5.2015; STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 330.564/PE, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 5.5.2015, *DJe* 8.5.2015.

999 (Voltar) STJ, Corte Especial, EDcl nos EDcl no AgRg nos EAg 1.244.657/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 15.5.2013, *DJe* 29.5.2013.

1000 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 1.314.771/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.2.2011, *DJe* 25.2.2011.

1001 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 590.678/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 3.3.2015, *DJe* 11.3.2015.

1002 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 1.412.938/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 16.12.2014, *DJe* 10.2.2015.

1003 (Voltar) Amendoeira, *Breves*, p. 730.

1004 (Voltar) Duarte, *Teoria*, p. 801.

1005 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 267.

1006 (Voltar) STJ, Corte Especial, AgRg na CR 8.368/EX, rel. Min. Felix Fischer, j. 21.5.2014, *DJe* 29.5.2014.

1007 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 1.282.776/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 7.2.2012, *DJe* 14.2.2012.

1008 (Voltar) Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 173, p. 138; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 283.

1009 (Voltar) Marinoni-Mitidiero-Arenhart, *Novo*, p. 284; Duarte, *Teoria*, p. 783; Amaral, *Comentários*, p. 360.

1010 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 283; Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 174, p. 140.

1011 (Voltar) Dall' Agnol, *Comentários*, p. 440.

1012 (Voltar) Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 177, p. 141; Dall' Agnol, *Comentários*, p. 444.

1013 (Voltar) Marinoni-Mitidiero-Arenhart, *Novo*, p. 285.

1014 (Voltar) Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 188, p. 145.

1015 (Voltar) Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 190, p. 146; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 285. Contra: Theodoro Jr., *Curso*, n. 385, p. 535; Duarte, *Teoria*, p. 786.

1016 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 385, p. 535; Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 191, p. 147; Nery Jr e Nery, *Código*, p. 481.

1017 (Voltar) STJ, 3ª Seção, CC 125.261/SP, rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, j. 27.2.2013, *DJe* 11.3.2013.

1018 (Voltar) STJ, 3ª Seção, CC 135.834/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 22.10.2014, *DJe* 31.10.2014.

1019 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 267.

1020 (Voltar) STJ, 1ª Seção, CC 27.688/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 18.12.2000, *DJ* 28.5.2001, p. 145; Theodoro Jr. *Curso*, n. 385, pp. 535-536.

1021 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 285; Dall' Agnol, *Comentários*, p. 458.

1022 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 285.

1023 (Voltar) Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 192, p. 148; Dall'Agnol, *Comentários*, p. 456.

1024 (Voltar) Súmula 33/STJ.

1025 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.203.840/RN, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 6.9.2011, *DJe* 15.9.2011.

1026 (Voltar) Nery Jr e Nery. *Comentários*, p. 484; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 287; Duarte, *Teoria*, p. 788.

1027 (Voltar) STJ, 2ª Seção, AgRg no CC 111.346/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.5.2011, *DJe* 17.5.2011.

1028 (Voltar) Enunciado 33 da ENFAM: "A urgência referida no art. 12, § 2º, IX, do CPC/2015 é diversa da necessária para a concessão de tutelas provisórias de urgência, estando autorizada, portanto, a prolação de sentenças e acórdãos fora da ordem cronológica de conclusão, em virtude de particularidades gerenciais da unidade judicial, em decisão devidamente fundamentada".

1029 (Voltar) Enunciado 34 da ENFAM: "A violação das regras dos arts. 12 e 153 do CPC/2015 não é causa de nulidade dos atos praticados no processo decidido/cumprido fora da ordem cronológica, tampouco caracteriza, por si só, parcialidade do julgador ou do serventuário".

1030 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 78.

1031 (Voltar) Enunciado 32 da ENFAM: "O rol do art. 12, § 2º, do CPC/2015 é exemplificativo, de modo que o juiz poderá, fundamentadamente, proferir senten ça ou acórdão fora da ordem cronológica de conclusão, desde que preservadas a moralidade, a publicidade, a impessoalidade e a eficiência na gestão da unidade judiciária".

1032 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 112.

11. VÍCIOS DOS ATOS PROCESSUAIS

Sumário: 11.1. Introdução – 11.2. Vício e Nulidade – 11.3. CLassificação – 11.4. Mera Irreguladirade – 11.5. Nulidades Relativas – 11.6. Nulidade Absoluta – 11.7. Inexistência Jurídica – 11.8. Efeito Expansivo e Confinamento das Nulidades.

11.1. INTRODUÇÃO

O ato processual é uma espécie de ato jurídico, sendo que a lei estabelece determinada forma para a sua prática cuja inobservância pode gerar a ineficácia, nulidade ou a inexistência do ato processual. Ao não seguir a forma prevista em lei para o ato processual, tem-se um ato viciado, defeituoso, atípico, contrário às previsões legais. A consequência da imperfeição do ato guarda estrita relação com a natureza e a gravidade do vício, além da própria natureza do ato processual[1].

Não se devem confundir *existência*, *validade* e *eficácia* do ato processual.

O plano da existência deve ser o primeiro a ser analisado, considerando-se que, se o ato processual não existir juridicamente, não passará de mero fato, não podendo ter qualquer validade (não pode ser válido algo que nem ao menos existe). No que tange aos efeitos, e nesse ponto o direito processual civil distancia-se significativamente do direito civil, é plenamente possível que um

ato processual inexistente gere efeitos como se existente e válido fosse, somente cessando tal eficácia quando da declaração judicial do vício[2]. Imagine-se uma sentença proferida por um juiz aposentado, em nítido caso de inexistência do ato processual (faltou o pressuposto processual subjetivo da investidura). A parte vencedora poderá executar tal sentença, e caso o executado nada alegue é possível imaginar tal execução chegando ao seu final com a satisfação do direito do exequente. Enquanto não existir a decisão que declare o ato inexistente, portanto, é correto afirmar-se que mesmo o ato inexistente gera efeitos.

Segundo parcela da doutrina, os atos processuais com defeitos dessa ordem não produzem efeitos porque em si mesmo não os têm, ou porque o resultado desejado encontra barreiras jurídicas tão sólidas que, de modo absoluto, impedem sua produção. Concordo parcialmente com esse entendimento, porque alguns atos, mesmo que inexistentes juridicamente, por sua simples existência fática, poderão gerar efeitos, conforme ocorre no exemplo mencionado anteriormente. É verdade, porém, que existem atos juridicamente inexistentes que não geram efeitos, antes mesmo de sua declaração judicial como a sentença sem dispositivo. Como executar uma "decisão" que nada decide?

Somente se chegará ao plano da validade se ultrapassado o plano da existência, aferindo-se a validade do ato jurídico processual desde que exista juridicamente. O ato inválido é o ato viciado, que não vale em razão de sua imperfeição formal, mas que pode gerar efeitos. Ato que não gera efeitos é ato ineficaz, e, conforme visto, no processo civil todos os atos são eficazes,

independentemente de sua regularidade ou imperfeição, sendo que os viciados somente gerarão efeitos até que sejam declarados por decisão judicial atos nulos ou inexistentes.

É importante consignar que qualquer que seja o vício do ato processual, o mesmo somente não será apto, ou deixará de produzir efeitos, após decisão judicial que reconheça tal imperfeição do ato[3]. Significa dizer que no direito processual não existe a figura do *ato jurídico nulo de pleno direito*[4], que desde o momento de sua prática não gera efeitos, sendo todos os atos meramente anuláveis, já que sempre dependem de decisão judicial a reconhecer o vício, somente deixando de produzir efeitos após a prolação da decisão. É possível, em razão de tal regra, inclusive imaginar situação em que ato viciado (insista-se, qualquer espécie de imperfeição) gere efeitos eternamente, como se válido fosse, bastando para tanto não existir decisão judicial que ateste o vício, declarando-o nulo ou até mesmo juridicamente inexistente.

11.2. VÍCIO E NULIDADE

Não se deve confundir o vício do ato processual com sua nulidade – consequência natural da inadequação de confundir objeto e o efeito de um mesmo fenômeno processual – até mesmo porque nem sempre a ocorrência desse fenômeno gerará o efeito programado a ele por lei. No Capítulo 19 demonstrou-se que a revelia e seus efeitos são aspectos diferentes do fenômeno consubstanciado na ausência jurídica de contestação, que, se é um fato suficiente para gerar a revelia, dependerá de outras circunstâncias para gerar seus efeitos (p. ex., basta tratar-se de

direito indisponível para que o efeito de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor não seja gerado).

Ato viciado é o ato imperfeito, praticado com defeito porque em desrespeito à forma legal prevista para a sua prática. Como todo ato processual tem um objetivo, um resultado pretendido pela parte que o pratica, a lei assegura às partes que, praticado o ato dentro das formalidades legais, o efeito legal será gerado e o objetivo pretendido alcançado. Nota-se, portanto, que a formalidade é importante num sistema processual porque representa a *segurança jurídica* à parte que, respeitando as formas legais, sabe de antemão que conseguirá atingir seus objetivos[5]. O réu já sabe de antemão que, se a sua contestação for formalmente perfeita, evitará a revelia e tornará os fatos alegados pelo autor controvertidos; a parte sabe que, se apelar da sentença cumprindo as exigências formais, evitará o trânsito em julgado, e assim por diante.

Da mesma maneira que a lei garante que o respeito à forma legal leva à geração dos efeitos legais e à obtenção do resultado pretendido por quem o praticou, cria uma sanção processual para a parte que descumpre a forma legal na prática do ato, chamada de *nulidade*[6]. Significa dizer que o desrespeito à forma é suficiente para a existência de um ato defeituoso, e que em regra esse desrespeito com a forma é sancionado pela nulidade, que impedirá que o ato processual gere os efeitos previstos em lei e, por consequência, que a parte que o praticou alcance o objetivo pretendido. A doutrina afirma que nesse caso o ato defeituoso será um ato inválido ou atípico[7].

Essa explicação já seria suficiente para demonstrar que ato viciado não se confunde com ato nulo, sendo o primeiro apenas o ato defeituoso, enquanto o segundo é o ato defeituoso atingido pela nulidade. A distinção fica ainda mais importante quando se percebe que, apesar de o binômio "ato defeituoso-nulidade" ser a regra de nosso sistema, nem sempre um ato imperfeito gera a nulidade, ou ainda, gera diferentes formas de nulidade.

O próprio sistema pode excluir determinadas espécies de vícios do âmbito das nulidades, como ocorre com a mera irregularidade, que apesar de tornar o ato defeituoso nunca gera a nulidade do ato. Por outro lado, podem ser criadas exceções na praxe forense, como ocorre na aplicação do princípio da *instrumentalidade das formas*, analisado no Capítulo 3, item 3.4.8. Na instrumentalidade das formas reconhece-se que o ato é defeituoso, mas, por uma opção resultante da preocupação em evitar os formalismos exagerados, afasta-se a nulidade do ato, permitindo que este gere seus efeitos e que a parte que o praticou atinja o objetivo pretendido, desde que não exista prejuízo[8]. Note-se que na aplicação desse princípio não se trabalha com a convalidação do vício ou ainda com a sua retificação; simplesmente reconhece-se que o ato é defeituoso, mas não deve gerar nulidade, o que o faz em termos de eficácia um ato idêntico ao praticado em respeito às formalidades legais.

Por outro lado, a gravidade do dano determina a forma pela qual a nulidade é procedimentalmente tratada: quem pode alegar, em qual momento, de que maneira etc. Daí por que as diferentes espécies de vícios primeiramente levam à geração ou não da

nulidade; e, num segundo momento, determinam o tratamento procedimental dessa nulidade. Fica evidenciada, portanto, a importância da distinção entre ato viciado e nulidade.

11.3. CLASSIFICAÇÃO

Parcela considerável da doutrina, levando em conta a gravidade do vício e a natureza do ato processual, divide academicamente as imperfeições do ato jurídico em quatro categorias: *meras irregularidades*, *nulidades relativas*, *nulidades absolutas* e *inexistência*. Mas está longe de ser pacífica essa classificação. A tarefa de classificar um instituto jurídico sempre cria muita controvérsia na doutrina, em razão dos diferentes critérios e premissas adotados. No tema dos vícios e invalidades do ato processual essas circunstâncias estão ainda mais presentes, existindo diversas teorias distintas da adotada no presente trabalho.

O saudoso jurista baiano Calmon de Passos, em obra clássica sobre o tema das nulidades, entende incorreta a diferenciação da nulidade absoluta e relativa ou da nulidade e da anulabilidade, que gerariam vícios sanáveis ou insanáveis. Para o autor, no sistema brasileiro existem somente dois tipos de atos: os perfeitos e os defeituosos, também chamados de atos atípicos porque desviados do tipo legal. Os atos defeituosos podem sofrer a sanção da nulidade, desde que satisfeitas algumas exigências legais, quando então se tornarão ineficazes[9].

Teresa Arruda Alvim Wambier propõe uma classificação fundada em nulidades de forma e de fundo, além de admitir as meras irregularidades e os atos juridicamente inexistentes. Para a

processualista as nulidades de forma são em regra relativas, somente sendo absolutas quando expresso em lei, havendo nesse caso uma presunção absoluta de prejuízo. As nulidades de fundo, consubstanciadas em vícios referentes às condições da ação, pressupostos processuais positivos de existência e de validade e os pressupostos processuais negativos, são sempre nulidades absolutas[10]. Apesar da originalidade da classificação, não destoa substancialmente da classificação adotada ao analisar as características das nulidades relativas e absolutas.

Para Aroldo Plínio Gonçalves, não existe no processo norma que proteja o interesse das partes, sendo todas elas imperativas ao disciplinar a atuação jurisdicional e a participação das partes durante o procedimento. Por essa razão, não admite a clássica distinção entre nulidade relativa e nulidade absoluta, preferindo a distinção entre nulidades cominadas e não cominadas, afirmando que a distinção entre elas não está nos efeitos que sua declaração produz, tampouco no grau de gravidade do vício, mas apenas na legitimação para a sua arguição e no momento adequado para sua alegação[11].

Em visão simplificadora do fenômeno, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, afirmam que qualquer classificação é inadequada, sustentando que o ato somente será nulo quando a infração da forma comprometer os fins de justiça no processo, frustrando o alcance de sua finalidade ou causando prejuízo. Caso contrário, o ato é válido[12]. A preocupação em simplificar o tema das nulidades processuais é louvável, mas conforme proposta pode levar a uma confusão de vício com nulidade, o que já se

demonstrou não ser correto.

11.4. MERA IRREGULARIDADE

O ato meramente irregular é certamente aquele que possuiu o vício de menor gravidade entre todas as imperfeições possíveis[13]. Afirma-se que a mera irregularidade é gerada pela inobservância de regra não relevante para considerações acerca da validade do ato. As exigências superficialmente formais, que não guardem qualquer relação com a formalidade do ato e a produção do resultado pretendido por seu autor, são consideradas meras irregularidades. Note-se que a mera irregularidade não tem, nem mesmo em tese, aptidão para produzir qualquer prejuízo às partes ou ao próprio processo[14]. A mera irregularidade não gera a nulidade, considerando-se o ato praticado com tal espécie de imperfeição como um ato válido e eficaz[15], lembrando a melhor doutrina que em determinadas situações as imperfeições processualmente irrelevantes podem gerar sanções de outra ordem, como a responsabilidade civil ou certas punições disciplinares a juízes, auxiliares da Justiça, partes, ou mesmo ao advogado, mas nunca a invalidade do ato[16].

A utilização de língua estrangeira na petição inicial, desde que não torne a petição incompreensível, apesar de indicar afronta à regra que exige o vernáculo (art. 192, parágrafo único, do Novo CPC), não se constituirá em vício grave o suficiente para tornar o ato nulo, e sim meramente irregular. O mesmo ocorrerá com eventuais rasuras sem a devida ressalva, considerando-as meras irregularidades sempre que for possível concluir pela sua

inequívoca autenticidade.

Como se pode notar, a irregularidade, sendo a mais leve das imperfeições do ato processual, deve ser considerada autônoma forma de vício do ato, porque a incapacidade de gerar a anulação do ato é suficiente para não confundi-la com outras espécies de imperfeições formais. Desse modo, ainda que se concorde com alguma proximidade com a nulidade relativa, é incorreto acreditar na existência de um regime jurídico único a tutelar essas diferentes espécies de vício[17].

11.5. NULIDADES RELATIVAS

O ato é considerado relativamente nulo quando praticado com inobservância de forma legal que tenha como escopo preservar o interesse das partes. A lei prevê que determinados atos processuais têm que seguir certa forma visando principalmente uma garantia aos próprios litigantes do cumprimento da promessa constitucional do devido processo legal[18]. O próprio direito dos sujeitos processuais estará garantido com a previsão de formas para os atos processuais, sem os quais seria impossível conceder o mínimo de segurança às partes nas atividades processuais.

O principal aspecto da nulidade relativa, derivada justamente de sua razão política de existência – proteção ao interesse das partes –, é depender seu reconhecimento da alegação oportuna e adequada da parte interessada em ver tal nulidade declarada, sob “pena” de preclusão e, consequentemente, convalidação do vício[19]. Significa dizer que a nulidade relativa não deve ser reconhecida de ofício,

devendo o juiz aguardar a manifestação da parte interessada, que, se não ocorrer nas formas e prazo determinados pela lei, fará com que o ato relativamente nulo gere eternamente efeitos como se fosse absolutamente regular. A declaração da nulidade relativa, portanto, deve seguir alguns requisitos.

Em primeiro lugar, a regra que determina exigível o pedido da parte interessada na decretação da nulidade é mais ampla do que deveria, não sendo qualquer parte, ainda que tenha interesse na nulidade, legitimada a argui-la. Somente a parte inocente, ou seja, aquela que não foi responsável pelo ato viciado, poderá formular pedido para sua anulação (art. 276 do Novo CPC). A parte que deu causa à nulidade não tem legitimidade para requerer a sua decretação, não se admitindo que as regras processuais favoreçam quem agiu com torpeza ou desatenção, em desrespeito aos princípios de boa-fé e lealdade processual (*nemo allegans propriam turpitudinem auditur*)[20].

O segundo requisito diz respeito ao interesse da parte na decretação da nulidade, sendo possível imaginar situações nas quais a decretação da nulidade pedida a prejudique, não lhe trazendo nenhum benefício processual. Nesse sentido o art. 282, § 2.º, do Novo CPC, quando aponta para a possibilidade de o juiz não declarar a nulidade relativa de algum ato, mesmo que imperfeito, quando a decisão de mérito puder ser favorável à parte inocente.

Assim, por exemplo, a parte que, derrotada em sentença, pede a anulação da sentença arguindo em sua apelação a nulidade do processo em razão de não ter sido lhe dada vista de um documento

juntado pela parte contrária e, caso não seja acolhida tal alegação, pede a reforma da sentença. O Tribunal, percebendo ter ocorrido o desrespeito ao contraditório (com a não intimação para manifestação sobre documentos juntados pela parte contrária), não deve decretar a nulidade se entender que, apesar da nulidade relativa, no mérito recursal tem razão o apelante. Nesse caso, eventual decretação de nulidade prejudicaria o próprio apelante, que, no julgamento do mérito, teria a reforma da sentença de mérito que lhe favorece, devendo o Tribunal deixar de reconhecer a nulidade e julgar o recurso no mérito a favor daquele que apontou a existência da nulidade relativa.

O terceiro e último requisito diz respeito ao prazo em que a nulidade relativa deve ser apontada, requerendo-se a sua decretação. Segundo o art. 278 do Novo CPC, a parte interessada deve pedir a decretação da nulidade na primeira oportunidade que tenha para manifestar-se no processo, não importando a sua efetiva manifestação ou ainda a que título tenha sido instada a se manifestar. No primeiro prazo aberto para sua manifestação, se não requerer expressamente o reconhecimento do vício, não mais poderá fazê-lo em razão da preclusão[21]. Assim, juntado documento do qual não tenha sido dada ciência à parte contrária, se a mesma é intimada para manifestar-se sobre outro ato, como a inocorrência de intimação em razão de não localização de testemunhas, omitindo-se sobre a nulidade relativa, ou, ainda, deixando passar o prazo sem qualquer manifestação, o vício não poderá mais ser arguido, perpetuando-se os efeitos do ato processual, como se tratasse de ato absolutamente regular.

Para parcela da doutrina a nulidade relativa não se confunde com a anulabilidade, outra espécie de vício do ato processual. Nesse entendimento, a nulidade relativa é gerada pelo desrespeito à norma cogente (aplicação obrigatória) instituída para a tutela de interesse particular, enquanto a anulabilidade ocorre quando há violação de norma dispositiva (interessados podem deixar de aplicar por ato de vontade)[22]. Para outros, entretanto, *nulidade relativa* e *anulabilidade* são expressões que designam o mesmo fenômeno processual[23]. A distinção é importante porque os que distinguem a nulidade relativa da anulabilidade defendem que o juiz pode conhecer de ofício a nulidade relativa (a exemplo da nulidade absoluta), sendo somente a anulabilidade pendente de requerimento da parte interessada. Entre os defensores dessa tese, há aqueles que entendem que na nulidade relativa ocorre preclusão para a parte, apesar de poder ser reconhecida de ofício a qualquer momento pelo juiz[24].

11.6. NULIDADE ABSOLUTA

Mais grave que o vício capaz de gerar a nulidade relativa é o vício que gera a nulidade absoluta, consistente em ato praticado em desrespeito a exigências formais que têm como objetivo a preservação do correto e regular funcionamento da máquina jurisdicional[25]. A nulidade absoluta, portanto, diz respeito às situações em que a forma do ato processual busca preservar algo superior ao interesse das partes. Busca-se preservar interesses de ordem pública, tratando-se a garantia do cumprimento das formas legais de verdadeira garantia de preservação do interesse público da

Justiça e da boa administração jurisdicional.

Existem importantes diferenças no trato da nulidade absoluta e da nulidade relativa. Conforme visto, a nulidade relativa somente será conhecida quando a parte interessada, que não tenha dado causa ao vício, na primeira vez que tenha oportunidade de se manifestar nos autos, assim o faça. Já a nulidade absoluta, justamente porque ligada às matérias de ordem pública, deve ser decretada a qualquer momento do processo pelo juiz, independentemente de manifestação da parte nesse sentido[26]. Se pode o juiz de ofício conhecer da nulidade absoluta, com maior razão admite-se, a qualquer momento do processo, a manifestação da parte nesse sentido, inclusive daquele que foi o causador da nulidade[27], como no caso de autor indicar incompetência absoluta do juízo[28].

Registre-se, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça tem decisões no sentido de inadmitir a alegação de nulidade, ainda que absoluta, pela parte que a causou ou prejudicada por ela quando tal postura estiver fundada em má-fé e deslealdade processual. Trata-se da utilização da chamada nulidade de algibeira ou bolso, quando a parte deixa para alegar a nulidade em momento que lhe seja mais favorável, em estratégia repudiada pelo melhor Direito[29]. Trata-se da aplicação ao processo do princípio do *duty to mitigate the loss*, por meio do qual a parte deve mitigar seu próprio prejuízo, não sendo razoável que deixe para alegar uma nulidade, mesmo que absoluta, somente quando melhor lhe aprouver[30].

Durante o trâmite do processo, o vício apto a gerar uma

nulidade absoluta não é atingido pela preclusão, podendo a qualquer momento ser declarado[31]. Registre-se importante corrente doutrinária que limita temporalmente essa declaração de nulidade absoluta às instâncias recursais ordinárias, entendendo que em sede de recurso extraordinário e especial os tribunais superiores só poderão se manifestar sobre uma nulidade absoluta se a mesma tiver sido objeto de pré-questionamento[32], em entendimento que poderá ser modificado em razão do art. 1.034, parágrafo único, do Novo CPC (Capítulo 67, item 67.5). Em determinadas situações, até mesmo depois de encerrado o processo, a decretação da nulidade continua a ser possível por meio de ação rescisória, mas nesse caso a nulidade absoluta terá se transformado em vício de rescindibilidade, considerando-se que o trânsito em julgado é a sanatória geral das nulidades, inclusive das nulidades absolutas[33].

É plenamente possível, e bastante frequente na praxe forense, que a parte alegue, em sede recursal, a existência de alguma nulidade absoluta. Tal vício, na verdade, poderia até mesmo ser reconhecido de ofício pelo Tribunal, em razão do efeito translativo da apelação. Ocorre, entretanto, que a nulidade absoluta somente poderá ser reconhecida pelo Tribunal, quer seja em resposta à manifestação da parte apelante, quer seja de ofício, se o recurso for devidamente conhecido, já que sem a admissibilidade do recurso a matéria não poderá ser apreciada pelo Tribunal, sendo necessário nesse caso, quando possível, o ingresso de ação rescisória.

Como se nota das considerações acima expostas, tanto a nulidade absoluta quanto a relativa se convalidam, mais cedo ou mais tarde. Enquanto as nulidades relativas de convalidam em

prazo exíguo, qual seja o prazo da primeira manifestação da parte interessada nos autos, as nulidades absolutas se convalidam no trânsito em julgado, que é considerado como sanatória geral das nulidades, inclusive as absolutas[34], transformando-se após esse momento processual em vícios de rescindibilidade.

Em regra, a nulidade absoluta que se transformou em vício de rescindibilidade após o trânsito em julgado atinge a estabilidade definitiva com o decurso do prazo de dois anos da ação rescisória, em fenômeno conhecido como "coisa julgada soberana". Ocorre, entretanto, que existem nulidades absolutas tão graves, tão ofensivas ao sistema jurídico, que a sua manutenção é algo absolutamente indesejado; surgem os chamados *vícios transrescisórios*, que apesar de serem situados no plano da validade não se convalidam, podendo ser alegados a qualquer momento, como ocorre com o vício ou inexistência da citação[35].

Apesar das nítidas diferenças entre as nulidades relativas e as nulidades absolutas, existe um ponto no qual o seu tratamento é homogêneo. Tanto na nulidade relativa quanto na nulidade absoluta é admissível o saneamento do vício, bem como a geração dos efeitos com o consequente afastamento da nulidade no caso concreto por meio da aplicação do princípio da *instrumentalidade das formas*[36]. O art. 279 do Novo CPC prevê tradicional hipótese de nulidade absoluta cominada: a ausência de intimação do Ministério Público nos processos em que deve participar como fiscal da lei (no Novo CPC fiscal da ordem jurídica). O *caput* e o § 1.º, na realidade, apenas repetem o art. 246, *caput* e parágrafo único, do CPC/1973. A novidade fica por conta do § 2.º do art. 279

do Novo CPC, ao prever que a nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo. O dispositivo cria uma regra formal para a decretação da nulidade, que, uma vez descumprida, gera nulidade absoluta, mas deixa claro que só haverá anulação se demonstrado o prejuízo gerado pela ausência do Ministério Público no processo, consagrando, ainda que implicitamente, o princípio da instrumentalidade das formas. Registre-se apenas que, ainda que imprescindível a intimação do Ministério Público para a decretação de nulidade, a decisão é do juízo, que deverá analisar e concluir se a ausência realmente gerou prejuízo no caso concreto.

11.7. INEXISTÊNCIA JURÍDICA

Trata-se certamente do mais grave dos vícios, tornando o ato inexistente por lhe faltar elemento constitutivo mínimo[37], sendo impossível até mesmo reconhecê-lo como ato processual. Não se pode confundir a inexistência jurídica com a inexistência fática, embora obviamente aquilo que não existe no plano fático não pode também existir no plano jurídico. O ato inexistente de que nesse momento se trata existe no plano fático, até mesmo gerando efeitos, mas juridicamente é considerado inexistente.

Diferentemente das nulidades relativas e absolutas, o vício que gera a inexistência do ato não se convalida jamais, podendo ser reconhecido na constância da demanda e após o seu encerramento, independentemente de prazo, por meio de mera *ação declaratória de inexistência de ato jurídico*. Essa é a principal consequência da

distinção entre a nulidade absoluta e a inexistência jurídica, porque no primeiro caso, ainda que no processo exista uma nulidade absoluta, haverá trânsito em julgado e, não sendo interposta a ação rescisória no prazo de dois anos, o vício se convalida definitivamente, enquanto a decisão proferida em processo que seja juridicamente inexistente, ou conte com ato juridicamente inexistente que a contamine, não se convalida, podendo o vício ser alegado a qualquer momento[38]. Embora inexistente, é apto a gerar efeitos até que venha decisão judicial declarando-o como tal, da mesma forma que ocorre com as nulidades relativas e absolutas, distinguindo-se destas somente pela impossibilidade de convalidação.

Uma sentença sem a assinatura do juiz ou assinada por alguém não investido na jurisdição, embora exista no plano fático, não passa de mero pedaço de papel sem importância jurídica. O mesmo se pode dizer de uma sentença sem parte dispositiva, o que em última análise significa uma decisão que não decide, o que por si só já gera uma incongruência lógica que obsta claramente a sua existência no plano jurídico. Segundo o art. 37, parágrafo único, do CPC, a petição inicial apresentada em juízo por advogado sem o instrumento do mandato, e sem a regularização de tal situação no prazo legal, gera a inexistência dos atos praticados, sendo esse o único caso de inexistência cominada do diploma processual. Ocorre, entretanto, que o ato nesse caso é ineficaz, apto a convalidação, conforme demonstrado no Capítulo 3, item 3.3.3.2.3.

11.8. EFEITO EXPANSIVO E

CONFINAMENTO DAS NULIDADES

O procedimento é representado por uma série de atos interligados que buscam um objetivo final. No caso do processo, o procedimento estabelecido entre os sujeitos processuais segue a mesma regra, estabelecendo-se entre o ato posterior e o ato anterior uma estreita ligação de causa-efeito. Diante de tal constatação, é preciso enfrentar o tema das nulidades dos atos processuais no que tange à geração de efeitos da decretação da nulidade não só em relação ao ato nulo, mas também a outros atos a ele ligados que deverão também ser anulados, apesar de perfeitos formalmente, em razão do efeito expansivo da decretação da nulidade, ou, como preferem alguns, em razão do princípio da causalidade.

O tratamento de como se aplica tal efeito expansivo vem previsto no art. 281 do Novo CPC, que prevê que, anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os atos subsequentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes. De tal regramento legal surgem importantes aspectos no trato da nulidade, em especial no que tange à geração de seus efeitos sobre outros atos que não aquele declarado nulo e aos limites de tal declaração, dentro do próprio ato. A análise será dividida em duas partes: efeito expansivo e confinamento das nulidades.

A primeira observação digna de nota é a indicação de que somente os atos subsequentes serão reputados sem efeito, preservando-se dessa forma os atos antecedentes ao ato nulo. É o que ocorre quando, anulado um processo em que a citação tenha

sido considerada viciada, preserva-se a petição inicial, ato praticado antes da citação viciada. Apesar de ser essa a regra geral, é possível verificar que os atos anteriores àquele anulado também podem, ainda que excepcionalmente, sofrer os efeitos de tal declaração, como ocorre, por exemplo, no caso de anulação da arrematação, que gerará a nulidade do edital, ato processual precedente ao ato anulado.

A segunda regra que pode ser deduzida do artigo legal comentado é a exigência de que entre os atos exista alguma relação de subordinação, sendo possível imaginar uma situação em que os atos, apesar de subsequentes, não sejam atingidos pela anulação de um ato processual anterior. A imperfeição na citação ou a ausência do Ministério Público quando exigida sua participação anulam o processo desde o início, preservando-se somente a petição inicial e a decisão que determina a citação do réu. Nesse caso, todo o procedimento desenvolvido após esse momento inicial será anulado, sendo inegável a contaminação de todos os atos processuais praticados em razão da nulidade reconhecida. O ato citatório seria caso de nulidade inerente (originária), enquanto os outros atos, apesar de sadios, seriam caso de nulidade decorrente (derivada)[39].

Pode ocorrer, entretanto, de o ato processual viciado não guardar relação de subordinação com outros atos processuais que tenham sido praticados posteriormente a ele, o que, em razão da aplicação do princípio da economia processual, gerará a manutenção de tais atos. É o caso de ato processual ligado a determinados incidentes processuais, que teria o condão de somente

anular, pelo efeito expansivo, os atos praticados nesse incidente, mantendo-se intactos aqueles praticados no processo principal. Assim, havendo nulidade quanto ao ato praticado no incidente de impugnação ao valor da causa, as provas produzidas no processo certamente não poderão ser anuladas em razão da nulidade – relativa ou absoluta – reconhecida em tal incidente. O mesmo ocorre em relação ao vício na instrução probatória de determinado meio de prova, por exemplo, o caso da ausência de intimação de testemunhas, o que não contaminará eventual depoimento pessoal já colhido. Não havendo efetiva incompatibilidade entre a anulação de um ato e a manutenção de outro subsequente, a nulidade não poderá atingir os atos posteriores[40].

No que tange à segunda parte do dispositivo legal, ou seja, ao confinamento da nulidade a apenas parte do ato em que se verificou a nulidade, trata-se de norma a ser aplicada aos *atos complexos*, na tentativa de preservação do quanto possível do ato. Havendo uma unidade meramente formal do ato, é possível que apenas um dos capítulos do ato seja defeituoso, e, não havendo relação entre tal capítulo considerado viciado com outros tidos como sadios, a anulação deve se limitar ao primeiro (*utile per inutile non vitiatur*). É o caso típico da decisão saneadora do processo, na qual as atividades do juiz se dividem entre a tentativa de conciliação, saneamento de irregularidades pendentes, fixação dos pontos controvertidos e determinação dos meios de prova. A regra, entretanto, somente será aplicável se as decisões contiverem capítulos independentes entre si e autônomos[41].

Justamente em razão de depender do caso concreto os limites

do efeito expansivo da decretação de nulidade, o art. 282, *caput*, do NCPC obriga o juiz a declarar, quando pronuncia a nulidade de um ato, quais atos serão atingidos por ela. A exigência se mostra lógica, pois somente assim as partes descobrirão de que forma a nulidade declarada atingiu outros atos além daquele viciado. A mera declaração de nulidade, sem a devida indicação de sua extensão, é vício sanável pela interposição de embargos de declaração.

12. TUTELA PROVISÓRIA

Sumário: 12.1. Introdução; 12.2. Disposições gerais da tutela provisória; 12.2.1. Introdução; 12.2.2. Tutela provisória antecedente ou incidental; 12.2.3. Efetivação da tutela provisória; 12.2.4. Provisoriedade ; 12.2.5. Discricionariedade e fundamentação da decisão; 12.2.6. Competência; 12.3. Comparação entre tutela cautelar e tutela antecipada; 12.3.1. Introdução; 12.3.2. Identidades; 12.3.3. Liquidação e execução; 12.3.4. Concessão de ofício; 12.3.5. Audiência de justificação; 12.3.6. Fungibilidade entre as espécies de tutela de urgência; 12.4. Tutela antecipada ; 12.4.2. Processos e procedimentos compatíveis; 12.4.3. Requisito negativo – irreversibilidade; 12.4.4. Legitimação; 12.4.5. Momento da antecipação; 12.4.6. Sentença; 12.4.7. Fase recursal; 12.4.8. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública; 12.5. Tutela cautelar; 12.5.1. Autonomia ; 12.5.2. Sumariedade; 12.5.3. Instrumentalidade; 12.5.4. Cautelares típicas e generalidade da tutela cautelar; 12.5.5. tutela cautelar requerida em caráter antecedente; 12.5.6. Coisa julgada material; 12.5.7. Pedido cautelar e pedido principal; 12.5.8. Cessação da eficácia da tutela cautelar; 12.6. Tutela da evidência; 12.6.1. Introdução; 12.6.2. Hipóteses de cabimento; 12.6.3. Procedimento; 12.6.4. Tutela da evidência atípica

12.1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil destina um capítulo ao tratamento da tutela provisória, dividida em tutela provisória de urgência (cautelar e antecipada) e da evidência.

A tutela provisória é proferida mediante cognição sumária, ou

seja, o juiz, ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica. Excepcionalmente, entretanto, essa espécie de tutela poderá ser concedida mediante cognição exauriente, quando o juiz a concede em sentença.

A concessão da tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista. É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz na concessão dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção, sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência – ou probabilidade – de o direito existir.

Ser provisória significa que a tutela provisória de urgência tem um tempo de duração predeterminado, não sendo projetada para durar para sempre. A duração da tutela de urgência depende da demora para a obtenção da tutela definitiva, porque, uma vez concedida ou denegada, a tutela de urgência deixará de existir. Registre-se que, apesar de serem provisórias, nenhuma das tutelas de urgência é temporária. Temporário também tem um tempo de duração predeterminado, não durando eternamente, mas, ao contrário da tutela provisória, não é substituída pela tutela definitiva; simplesmente deixa de existir, nada vindo tomar seu lugar.

Apesar de o Novo Código de Processo Civil prever apenas as três hipóteses de tutela provisória suprarreferidas, é importante nessa espécie de tutela destacar a importância da liminar, termo equívoco que pode ser utilizado como espécie de tutela de urgência

satisfativa ou para designar o momento de concessão de uma espécie de tutela provisória.

Valendo-se da origem no latim (*liminaris*, de *limen*), o termo "liminar" pode ser utilizado para designar algo que se faça inicialmente, logo no início. O termo liminar, nesse sentido, significa limiar, soleira, entrada, sendo aplicado a atos praticados *inaudita altera parte*, ou seja, antes da citação do demandado. Aplicado às espécies de tutelas provisórias, a liminar, nesse sentido, significa a concessão de uma tutela antecipada, cautelar ou da evidência antes da citação do demandado. A liminar assumiria, portanto, uma característica meramente topológica, levando-se em conta somente o momento de prolação da tutela provisória, e não o seu conteúdo, função ou natureza[42].

Por outro lado, é preciso reconhecer que, no momento anterior à adoção da tutela antecipada pelo nosso sistema processual, as liminares eram consideradas uma espécie de tutela de urgência, sendo a única forma prevista em lei para a obtenção de uma tutela de urgência satisfativa. Nesses termos, sempre que prevista expressamente em um determinado procedimento, o termo "liminar" assume a condição de espécie de tutela de urgência satisfativa específica[43]. Seriam, assim, três as espécies de tutela de urgência:

(a) tutela cautelar, genérica para assegurar a utilidade do resultado final;

(b) tutela antecipada, genérica para satisfazer faticamente o direito;

(c) tutela liminar, específica para satisfazer faticamente o direito.

Em feliz expressão doutrinária, a tutela antecipada é a generalização das liminares[44]. Pretendendo a parte obter uma tutela provisória de urgência satisfativa e havendo uma expressa previsão de liminar no procedimento adotado, o correto é requerer a concessão dessa liminar, inclusive demonstrando os requisitos específicos para a sua concessão; não havendo tal previsão, a parte valer-se-á da tutela antecipada, que em razão de sua generalidade e amplitude não fica condicionada a determinados procedimentos. Em resumo: caberá tutela antecipada quando não houver previsão de liminar.

Com a tutela da evidência ocorre fenômeno um pouco distinto, porque mesmo naqueles procedimentos em que há previsão de liminar, será possível sua concessão. Afinal, são tutelas que podem coexistir em razão de suas diferentes naturezas. Dessa forma, é possível que a parte, mesmo havendo previsão de liminar no procedimento, não consiga preencher o requisito associado ao "tempo como inimigo", sendo, entretanto, possível pleitear a tutela da evidência que não tem entre seus requisitos o perigo do tempo.

O art. 300, § 2º, do Novo CPC, prevê que a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. Fica claro nesse dispositivo que o legislador se valeu do termo liminar para designar o momento de concessão da tutela de urgência, havendo, portanto, a possibilidade de tutela cautelar liminar e tutela antecipada liminar. O mesmo se diga do art. 311, parágrafo único do Novo CPC, que prevê ser possível a concessão liminar da tutela da evidência prevista nos incisos II e III do art. 311 do mesmo diploma legal.

Dessa forma, o Novo Código de Processo Civil contribui para o esclarecimento da função da “liminar” nas tutelas provisórias. Infelizmente, entretanto, ainda existem procedimentos especiais de legislação extravagante que continuam a prever a liminar como espécie de tutela de urgência satisfativa.

12.2. DISPOSIÇÕES GERAIS DA TUTELA PROVISÓRIA

12.2.1. INTRODUÇÃO

O título I do Livro V (“Da tutela provisória”), da Parte Geral do Novo Código de Processo Civil é destinado às disposições gerais da tutela provisória, ou seja, normas aplicáveis tanto às tutelas provisórias de urgência como à tutela provisória da evidência. Somente excepcionalmente, e com expressa indicação legal, normas presentes nesse Título deixarão de ser aplicáveis a alguma espécie de tutela provisória.

12.2.2. TUTELA PROVISÓRIA ANTECEDENTE OU INCIDENTAL

Nos termos do art. 294, parágrafo único, do Novo CPC, a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Não há dúvida de que a regra aproxima as duas espécies de tutela de urgência, considerando-se que na vigência do CPC/1973 era impensável uma tutela antecipada antecedente.

O aspecto negativo do dispositivo legal fica por conta da exclusão da tutela da evidência como passível de ser concedida de

forma antecedente[45]. Tratando-se de tutela provisória satisfativa, nesses termos a tutela da evidência se aproxima de forma significativa da tutela antecipada, sendo a única diferença entre elas os requisitos para sua concessão. A satisfação fática é a mesma na tutela antecipada e na tutela da evidência.

Tendo o legislador poupado o autor de ingressar com a ação principal para fazer nela de forma incidental o pedido de tutela antecipada, não faz qualquer sentido sistêmico obrigá-lo a tanto para pleitear a concessão da tutela provisória. Fica apenas a dúvida se essa foi uma opção consciente do legislador ou apenas mais um vacilo legislativo.

Não concordo com a opinião doutrinária de que o legislador acertou porque o pedido de tutela provisória em caráter antecedente está condicionado a situações de urgência[46]. Na realidade é plenamente justificável que um pedido de tutela de evidência se faça de forma antecedente, sem qualquer exigência de urgência, ainda mais pela possibilidade de estabilização da tutela provisória nos termos do art. 304 do Novo CPC.

Admitindo-se a tutela de evidência de forma antecedente, mesmo sem o amparo de norma expressa nesse sentido, é preciso lembrar que seu cabimento estará limitado às duas hipóteses previstas no art. 311 do Novo CPC, em que é cabível a concessão dessa espécie de tutela provisória liminarmente. Nas hipóteses previstas nos incisos I e IV do art. 311 do Novo CPC, por não ser cabível a concessão de tutela da evidência de forma liminar, dependendo-se assim de ato – ativo ou omissivo – do réu, será

materialmente impossível se pleitear sua concessão de forma antecedente.

Conforme devidamente analisado no Capítulo 12, item 12.6.4., a tutela da evidência não se exaure no rol previsto no art. 311 do Novo CPC. A lembrança é importante porque, admitindo-se a concessão de tutela da evidência antecedentemente, essa forma de concessão seria aplicável, inclusive, às hipóteses de tutela da evidência não previstas no art. 311 do Novo CPC. Assim, a parte que pretende uma proteção possessória por agressão à posse nova, poderia pleitear de forma antecedente a tutela provisória da posse, dispensando-se a propositura da ação possessória nesse momento. O mesmo seria aplicável à parte que tem condições de ingresso da ação monitória ou na hipótese de pedido liminar em embargos de terceiro.

Qualquer espécie de tutela provisória pode ser concedida incidentalmente. Significa que já estando em trâmite o processo de conhecimento ou de execução basta à parte apresentar petição devidamente fundamentada pleiteando a concessão da tutela provisória cabível no caso concreto. Também poderá fazer o pedido de tutela provisória como tópico da petição inicial. Sendo o pedido de tutela provisória feito incidentalmente, o art. 295 do Novo CPC dispensa o pagamento de custas.

12.2.3. EFETIVAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA

Segundo a previsão do art. 297, *caput*, do Novo CPC, o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória. Mantendo tradição do diploma legal revogado, o dispositivo legal prevê a efetivação da tutela provisória

e não a execução da decisão concessiva de tutela provisória. O termo efetivação na realidade significa execução da tutela[47], que não dependerá de processo autônomo, desenvolvendo-se por mera fase procedimental[48].

O parágrafo único do art. 297 do Novo CPC prevê expressamente que a efetivação da tutela provisória é realizada por meio de cumprimento de sentença provisório. Mesmo que não houvesse essa expressa previsão, não restaria dúvida de que a execução da decisão que concede a tutela antecipada é provisória, porque a decisão executada é provisória, podendo ser revogada ou anulada com o advento da coisa julgada material. Mas a utilização do termo "no que couber" permite ao juiz do caso concreto deixar de aplicar as regras procedimentais da execução provisória que se mostrarem contraproducentes à efetivação da tutela antecipada.

Essa a razão pela qual entendo que, mesmo diante do momento procedimental em que seria exigida a caução, e ausentes as condições legais para a sua dispensa, poderá o juiz dispensá-la se entender que a exigência frustrará os objetivos da tutela provisória, em especial, das tutelas de urgência. Note-se que a dispensa da caução numa execução provisória de decisão proferida com cognição exauriente está limitada às situações legais, mas na tutela provisória a utilização da expressão "no que couber" dá ao juiz uma liberdade procedimental considerável, servindo as regras do cumprimento provisório da sentença apenas como um parâmetro para sua atuação[49].

Tratando-se de tutela de urgência, é invariavelmente

incompatível com a necessidade de imediata satisfação o procedimento estabelecido pelo cumprimento de sentença. Nessa espécie de efetivação, portanto, mais do que nunca se aplicará o termo “no que couber”, permitindo ao juiz a antecipação de atos processuais executivos, ainda que em descompasso com o procedimento legal, se tal postura for necessária para a efetiva satisfação do direito pela parte que obteve uma tutela de urgência[50].

A efetiva satisfação da tutela de urgência que tenha como objeto uma obrigação de pagar quantia certa depende da anuência em pagar pelo demandado, o que raramente ocorre. Tendo sido intimado para cumprir sua obrigação e quedando-se inerte, restará ao demandante tentar localizar o patrimônio do demandado e convertê-lo dentro das formas legais em satisfação de seu direito. Mas a burocracia que envolve a maioria desses atos executivos é incompatível com a urgência exigida para a efetivação dessa espécie de tutela, de forma que caberá ao juiz a tomada de providências que agilizem essa efetivação, tais como a penhora de dinheiro *on line*, alienação antecipada etc. Todo esse procedimento se realizará como mera fase procedimental, porque, mesmo diante da recusa do demandado em pagar, a ação autônoma de execução continua a ser dispensável.

Registre-se, por fim, uma curiosidade. Em regra, a tutela provisória é concedida por meio de uma decisão interlocutória, sendo executada por meio de cumprimento provisório de sentença, nos termos do parágrafo único do art. 297, do Novo CPC. Não haverá, nesse caso, propriamente um cumprimento de sentença, mas sim um cumprimento de decisão interlocutória, mas sendo a

expressão “cumprimento de sentença” apenas um termo para definir uma forma executiva, na prática não haverá problemas de se cumprir uma decisão interlocutória chamando tal efetivação de cumprimento de sentença.

12.2.4. PROVISORIEDADE

12.2.4.1. Introdução

Segundo a previsão do art. 296, *caput*, do Novo CPC, a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. A regra legal reforça a compreensão de que tanto a tutela de urgência como a tutela da evidência são tutelas provisórias, que não existem para durar eternamente[51].

12.2.4.2. Revogação expressa ou tácita

A tutela provisória concedida de forma antecedente exige do autor o aditamento de sua petição inicial para converter o pedido de tutela provisória em processo principal. Por outro lado, a tutela provisória pode ser concedida incidentalmente. Significa dizer que, seja de forma antecedente ou de forma incidental, a tutela provisória deverá ser confirmada, modificada, ou reformada pela decisão concessiva da tutela definitiva. Deverá, portanto, ser confirmada ou rejeitada pela sentença, desde que não haja decisão anterior que a tenha revogado, nos termos do art. 296, *caput*, do Novo CPC.

Na hipótese de concessão de tutela provisória no tribunal a tutela provisória deverá ser revogada ou confirmada no acórdão (ou decisão monocrática do relator, quando cabível) que decidirá o

processo de competência originária do tribunal ou o recurso. Sendo a concessão de tutela provisória mais frequente no primeiro grau de jurisdição, serão focados nesse momento procedimental alguns temas relevantes a respeito da eficácia temporal da tutela provisória.

A sentença deverá confirmar ou rejeitar a tutela provisória anteriormente concedida, e o ideal é que isso seja realizado de forma expressa pelo juiz, não deixando qualquer margem à dúvida. Não havendo tal manifestação expressa, saber o *status* da tutela provisória dependerá do conteúdo da sentença:

(a) havendo procedência do pedido do autor, a tutela provisória terá sido implicitamente confirmada;

(b) havendo improcedência do pedido do autor ou extinção sem resolução do mérito, a tutela provisória terá sido implicitamente revogada.

Interessante e peculiar situação ocorre no julgamento de improcedência do pedido do autor e na expressa manutenção da tutela antecipada[52]. Parece contraditório o juiz entender, por cognição exauriente e com juízo de certeza, que o autor não tem o direito material alegado, mas, ainda assim, manter a tutela antecipada que foi concedida por meio de cognição sumária e juízo de mera probabilidade. Mas a postura se justifica sempre que o juiz entender que sua sentença tem consideráveis chances de ser reformada em razão de posicionamento jurisprudencial contrário do tribunal que julgará o eventual recurso de apelação e que a revogação imediata causaria uma grave lesão de difícil e incerta reparação ao autor[53]. O que parece num primeiro momento

contraditório na realidade é uma mostra de grandeza do juiz, que, mesmo não sendo obrigado a seguir entendimentos do tribunal, tem consciência de que fatalmente a última decisão no processo não será a sua, tendo a sensibilidade para não prejudicar o autor em razão de seu posicionamento pessoal a respeito do tema resolvido na demanda.

> Yolanda ingressa com ação judicial pleiteando a condenação do Poder Público para entrega de medicamento, obtendo tutela antecipada. O juiz, no momento de sentenciar, entende que o Poder Público não tem o dever de entregar medicamento como pretende a autora, julgando o pedido totalmente improcedente. Sabe, porém, que nos tribunais de segundo grau e no Superior Tribunal de Justiça o entendimento majoritário – para não dizer pacificado – é em sentido contrário, e que eventual revogação da tutela antecipada concedida irá impedir o acesso ao medicamento, o que poderá ser extremamente danoso à saúde de Yolanda. Nessa conjuntura, julga o pedido improcedente e mantém a tutela antecipada para que o Poder Público continue a fornecer o medicamento até o julgamento do futuro e eventual recurso de apelação a ser oferecido por Yolanda. Naturalmente que, não havendo apelação, a sentença transita em julgado com a rejeição do pedido de Yolanda, que naturalmente não terá mais direito a receber o medicamento.

Entendo que o mesmo entendimento pode ser aplicado à tutela cautelar, podendo o pedido do autor ser julgado improcedente, mas sendo mantida a tutela cautelar já concedida pelas mesmas razões expostas para a manutenção da tutela antecipada.

Com relação à tutela da evidência, não parece ser cabível tal técnica de julgamento porque nessa espécie de tutela provisória não há perigo de dano à parte, sendo ela concedida apenas em razão da

probabilidade de o direito existir. Mesmo que o juiz reconheça que seu entendimento é minoritário, e que o autor terá grande chance de sucesso se interpuser o recurso de apelação, a revogação da tutela da evidência não coloca em risco a eficácia do futuro e eventual provimento da apelação e tampouco o direito da parte.

12.2.4.3. Tutela provisória e agravo de instrumento

Outra questão interessante diz respeito ao deferimento ou indeferimento do pedido de tutela provisória por meio de decisão interlocutória agravada e superveniência da sentença. Entendo que, estando pendente de julgamento o agravo de instrumento, mesmo que em sede recursal, esse recurso perderá o objeto com o advento da sentença[54]. Mesmo que de forma inadvertida se tenha o julgamento do agravo de instrumento depois de já existir a sentença – basta imaginar que o tribunal não tomou conhecimento da prolação da sentença –, esta prevalece, porque o julgamento do agravo de instrumento é juridicamente inexistente.

Mais interessante é a questão de concessão da tutela provisória por meio de julgamento de agravo de instrumento e subsequente prolação de sentença de improcedência do pedido. Pergunta-se o que deve prevalecer: a decisão proferida pelo Tribunal em sede recursal mediante cognição sumária ou a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, fundada em cognição exauriente? Deve prevalecer o critério da hierarquia, mantendo-se a tutela provisória concedida pelo tribunal em sede recursal, ou o critério da cognição, prestigiando-se a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau mediante cognição exauriente?

O Superior Tribunal de Justiça entende corretamente que nesse caso deve prevalecer a espécie de cognição e não o grau hierárquico, ou seja, mais vale a certeza de um juízo de primeiro grau do que a probabilidade de um tribunal. Esse entendimento serve inclusive como forma de estímulo à atuação dos juízes de primeiro grau[55].

Há, entretanto, interessante julgamento do Superior Tribunal de Justiça que defende o entendimento de que depende do caso concreto a opção pela hierarquia e a cognição. Na hipótese de a sentença ser proferida sem alteração do quadro existente quando da concessão da tutela provisória pelo tribunal, ou seja, com a manutenção dos mesmos elementos de fato e de prova existentes naquele momento processual, deve prevalecer o critério da hierarquia. Por outro lado, se a sentença for fundamentada em elementos que não existiam àquela época, deve prevalecer o critério da cognição, porque nesse caso o juízo de primeiro grau terá conhecimento mais amplo ao proferir a sentença daquele que teve o tribunal na análise da tutela antecipada[56].

A prevalência do grau de cognição sobre o grau hierárquico também justifica que o juiz de primeiro grau, ao sentenciar o processo, com base em novos fundamentos, restabeleça tutela antecipada anteriormente cassada em julgamento de agravo de instrumento pelo tribunal[57].

12.2.4.4. Fundamento e forma da revogação da tutela provisória

O art. 296, parágrafo único, do Novo CPC, ao prever a possibilidade de revogação ou modificação da tutela provisória a

qualquer momento, permite que, durante a constância do processo, a tutela provisória possa ser revogada ou modificada pelo próprio juízo que a concedeu.

A possibilidade de revisão da decisão que concede tutela provisória coaduna-se com a própria característica de provisoriedade da medida, que existe apenas enquanto a decisão definitiva não a substituir. Proferida por meio de uma cognição não exauriente, com limite de duração predeterminado – enquanto a sentença não vier a tomar seu lugar –, é indiscutível o seu caráter provisório, como já devidamente demonstrado.

É evidente que a tutela provisória pode ser reformada ou modificada por decisão de recurso interposto contra a decisão que a concedeu, mas parece não ser essa a hipótese tratada pelo dispositivo legal ora analisado. Também não parece ser a hipótese de juízo de retratação pelo próprio juízo que concedeu a tutela provisória, sempre que o recurso interposto o admitir, como ocorre no agravo de instrumento. A possibilidade de retratação por parte do juiz, quando informado da interposição do referido recurso, afasta a incidência de preclusão judicial que impede a prolação de nova decisão, contrária à anterior.

O problema toma forma mais complexa quando o agravo de instrumento não é interposto ou já foi julgado. Poderia, ainda assim, o juiz modificar o seu pronunciamento? Se positiva a resposta, seria possível tal modificação ocorrer *ex officio*, ou somente com o pedido da parte interessada? Haveria algum requisito para legitimar a modificação do entendimento anterior?

Quanto à tutela de urgência, há entendimento doutrinário que defende a possibilidade de o juiz, mesmo sem ser provocado, revogar ou modificar a tutela provisória antes de prolatar a sentença caso entenda que os requisitos que motivaram sua concessão não estão mais presentes.[58] A fundamentação é a de que acima do interesse privado da parte estaria o interesse do próprio Poder Judiciário em decidir de forma correta, justa e eficaz[59].

Quanto à possibilidade de revogação ou modificação *ex officio* da decisão que antecipa a tutela, a maioria da doutrina se posiciona contrariamente, de forma a entender imprescindível a manifestação da parte interessada para que possa ser revista a decisão pelo magistrado que a proferiu. Tomando-se em conta principalmente o princípio dispositivo e o interesse precípuo da parte em modificar a situação decorrente da antecipação, entende-se pela necessidade de manifestação do interessado[60].

Entendo que não se pode obrigar o juiz a manter uma tutela provisória quando os elementos de convicção lhe convençam de que, diferente de sua percepção inicial, os requisitos legais não estão preenchidos no caso concreto. Até porque o juiz, ao sentenciar o processo, poderá revogar a tutela provisória concedida anteriormente mesmo que não haja qualquer pedido expresso da parte nesse sentido.

Ademais, permitir a mudança de opinião do juiz e condicioná-la a requerimento da parte tornaria o entendimento totalmente ilógico, pois se estaria a exigir do demandado que, de alguma maneira, pudesse penetrar na mente do juiz e descobrir que ele

mudou de opinião, para então se habilitar a requerer a efetiva modificação nos autos do processo. Por certo tal exigência obstaria o juiz que modificou mentalmente sua decisão materializar essa modificação para que ela surtisse os efeitos necessários.

Caso o juiz justifique que a revogação deva ser feita com urgência, poderá ser valer do inciso I, do parágrafo único, do art. 9º, do Novo CPC, para proferir sua decisão sem a oitiva prévia da parte contrária. Não havendo urgência na revogação, cabe o respeito ao contraditório tradicional, com a intimação e abertura de prazo à parte beneficiada pela tutela provisória quando o juiz for provocado a revogá-la, e a ambas as partes quando se tratar de iniciativa de ofício. A decisão é recorrível por agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I, do
Novo CPC.

Autorizada doutrina entende que a revogação ou a modificação da tutela provisória fica condicionada a uma transformação da situação de fato, de tal maneira que os pressupostos autorizadores da concessão da medida simplesmente deixem de existir. Nesse caso, não se tratará de alteração de decisão, mas de prolação de uma nova, já que calcada em outra situação fática e/ou outro quadro probatório[61].

Ampliando corretamente as situações nas quais o juiz estaria liberado para modificar o seu entendimento prévio, há opinião doutrinária de que não apenas a mudança da situação de fato permite ao juiz a modificação da decisão, mas também a superveniência de “novas circunstâncias”. Essas “novas

circunstâncias” resultariam da mudança dos fatos ou do surgimento de outra evidência sobre uma situação fática inalterada[62]. Há ainda uma terceira corrente doutrinária que defende o entendimento de que as novas circunstâncias podem ser tanto fáticas como jurídicas[63].

As duas primeiras correntes têm mais semelhanças do que propriamente divergências. Note-se que, em ambas, o objeto de conhecimento do juiz que pode sofrer modificação é restrito ao aspecto fático da demanda. A conclusão é vedar ao juiz simplesmente alterar o seu entendimento jurídico do caso em questão e modificar, assim, o seu julgamento. Fica reservada essa possibilidade para quando se verificar mudança fática ou, ainda, para situações em que, mesmo imutáveis os fatos, novos argumentos das partes interessadas demonstrem outra visão e entendimento daqueles fatos. Ao se permitir a simples modificação de opinião do juiz, estar-se-iam abrindo as portas para uma insegurança que não deve ser bem recebida pelos operadores do direito[64].

O direito reconhecido em sede de tutela provisória estaria sempre condicionado à vontade do juiz de manter sua decisão, ao seu humor, a seu bel-prazer, o que não deve ser permitido. Situação ainda pior ocorreria nos casos em que os juízes são sucessivamente substituídos, e cada qual que passasse pelo Juízo modificasse a decisão do anterior e se criasse um clima de permanente e ameaçadora instabilidade e insegurança[65].

12.2.4.5. Tutela cautelar concedida em sentença

Havendo pedido de concessão antecedente de tutela cautelar e não sendo concedida a tutela liminarmente, o processo cautelar continuará seu tramite até a prolação da sentença, quando finalmente a tutela cautelar poderá ser obtida.

Nesse caso, duas situações diversas podem se verificar, dado que a sentença cautelar, como qualquer outra, é impugnável por meio de apelação. Tanto pode contra a sentença ter sido interposto recurso de apelação como ela pode não ter sofrido qualquer impugnação após o lapso temporal determinado em lei.

Havendo a interposição de apelação, o objeto do recurso será justamente a revogação da tutela cautelar concedida na sentença, de forma que caberá ao tribunal, ao julgar tal recurso, manter ou revogar a tutela cautelar ao dar ou negar provimento ao recurso.

A consequência mais importante da ausência de impugnação da sentença cautelar é a ocorrência de coisa julgada formal. Significa dizer que o processo cautelar terá chegado ao seu final; ainda que a tutela cautelar seja provisória, a sentença cautelar torna-se nesse processo imutável e indiscutível em razão de seu encerramento. Dessa forma não será mais possível se valer do processo cautelar para a revogação da tutela concedida.

A única questão que permanece com algum interesse nesse tocante é o procedimento para que tal decisão seja modificada ou revogada. Parcela da doutrina defende que o pedido de revogação ou modificação da sentença cautelar obrigatoriamente deverá observar os mesmos trâmites com que se processou e deferiu o pedido de que resultou a medida[66]. Tratar-se-ia de uma nova ação,

com base numa nova situação de fato[67].

Entendo que a atual fase de *sincretismo processual* e a busca incessante de *economia processual* permitem uma conclusão em sentido diverso. Havendo pendência de recurso contra a sentença no processo cautelar e existindo processo principal, entendo possível que a revogação ou modificação, mediante pedido da parte interessada e cumprimento do *contraditório*[68], seja realizada incidentalmente no próprio processo principal, o que poderá inclusive tornar prejudicado o recurso interposto contra a sentença cautelar.

12.2.5. DISCRICIONARIEDADE E FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Não existe discricionariedade para o juiz conceder ou não a tutela provisória, ou seja, o juiz não pode simplesmente escolher entre conceder ou não a tutela provisória imaginando que ambas as soluções serão consoantes com o direito. Estando preenchidos no caso concreto os requisitos legais, o juiz é obrigado a conceder a tutela provisória, também sendo obrigado a indeferi-la se acreditar que os requisitos não estão preenchidos[69]. Será teratológica uma decisão na qual o juiz afirme a presença dos requisitos, mas, por acreditar que a melhor solução é a não concessão da tutela provisória, deixa de concedê-la, ou que, mesmo ausentes os requisitos, resolve por concedê-la por entender essa solução a mais oportuna ou conveniente.

O juiz tem certa liberdade na apreciação do preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela provisória em razão da

utilização pelo legislador de normas abertas, com conteúdo indeterminado ou vago. Essa realidade é mais presente na tutela provisória de urgência, como se pode notar dos requisitos "elementos que evidenciem a probabilidade do direito" e "perigo de dano ou risco". Mas também na tutela da evidência tem-se tal realidade, com requisitos como "abuso do direito de defesa" e "manifesto propósito protelatório". Mas essa liberdade valorativa no preenchimento dos requisitos não se confunde com a liberdade em conceder ou não a tutela antecipada. A decisão está condicionada à atividade prévia do juiz, na qual a sua interpretação é indispensável, mas está vinculada ao resultado dessa atividade.

A exigência expressa da obrigatoriedade de fundamentação da decisão que concede, nega, modifica ou revoga a tutela provisória, prevista no art. 298 do Novo CPC, parece demonstrar que a discricionariedade não faz parte da atividade judicial quando decide sobre a tutela provisória, tanto que deverá expor com clareza as razões que o levaram a deferir, indeferir, modificar ou revogar tal espécie de tutela.

Ainda quanto ao art. 298, do Novo CPC, o legislador certamente levou em consideração a importância da decisão que envolve a tutela provisória, especialmente quando essa decisão é de natureza interlocutória, que geralmente tem como objeto questões incidentais de menor relevância para a pretensão das partes. Na realidade, nem precisaria existir tal dispositivo legal, bastando a aplicação do art. 93, IX, da CF e do art. 489, § 1º, do Novo CPC, que exige a fundamentação em todas as decisões judiciais, mas pela norma se faz um apelo aos juízes para que cumpram a regra

constitucional[70]. O reforço da exigência feito no dispositivo ora comentado só torna mais triste e incompreensível a insistência de muitos juízes em decidir pedidos de tutela provisória de forma monossilábica ou de forma muito mais concisa do que o recomendável.

12.2.6. COMPETÊNCIA

12.2.6.1. Regra de competência

O art. 299 do Novo CPC é o responsável pela determinação da regra de competência para o requerimento da tutela provisória. Interessante notar que há uma inútil repetição de regras no *caput* do dispositivo legal ora comentado, fazendo crer existirem duas regras de competência para o requerimento da tutela provisória, que dependerão para a sua aplicação de tratar-se de pedido antecedente ou incidental. A regra é sempre a mesma, qual seja, será competente para decidir o pedido de tutela provisória o juízo competente para conhecer do pedido principal, independentemente deste já ter sido feito ou estar por vir[71].

É claro que a atividade desenvolvida pelo autor do pedido de tutela provisória será diferente nessas duas situações, o que, entretanto, não justifica o tratamento duplicado. Já havendo sido elaborado o pedido principal, ou seja, já existindo processo principal em trâmite, nenhum trabalho terá a parte para fixar o órgão competente para o julgamento de seu pedido de tutela provisória, até mesmo porque esse já estará fixado, pela prévia distribuição do processo principal. Já no caso de pedido de tutela provisória antecedente, a parte deverá fazer um exercício de

abstração, fixando o juízo competente para julgar o pedido principal que ainda não foi feito. É interessante porque a prevenção nesses dois casos será determinada pelo pedido que vier em primeiro lugar, mas sempre no foro competente para conhecer o pedido principal.

12.2.6.2. Críticas ao art. 299, caput, do Novo CPC

O legislador disciplinou a competência para o requerimento da tutela provisória levando em conta o pedido principal, e não o direito material tutelado, o que pode se mostrar trágico a depender do caso concreto. Ao invés de prever regra de competência com os olhos voltados à tutela provisória e a seu objeto, o legislador preferiu fazê-lo com os olhos voltados ao pedido principal. A técnica não deve ser elogiada, porque são tão ricas e diversas as situações que envolvem tal matéria que, por melhor que fosse a norma legal – e esse não é o caso – a determinação de uma regra inflexível de competência estaria fadada ao insucesso.

É importante registrar que na tutela provisória satisfativa – antecipada e da evidência – a coincidência da pretensão provisória e principal faz com que o problema apontado inexista, ou seja a tal ponto insignificante, que o dispositivo legal ora analisado cumpre bem o seu papel. Afinal, dificilmente ter-se-á hipótese em que o respeito à competência para o requerimento da tutela provisória satisfativa colocará em risco a efetividade dessa tutela.

No tocante à tutela cautelar, com sua natureza conservativa e tendo objeto distinto do pedido principal, o respeito à regra de competência prevista no art. 299, *caput*, do Novo CPC, pode se transformar em sério problema. Em determinadas situações, o respeito à essa regra de competência pode tornar absolutamente

inútil ou ainda dificultar em demasia a efetivação da tutela cautelar.

Tradicionalmente fala-se em *princípio da eficiência da medida cautelar*, pelo qual seria mais interessante à própria efetividade buscada pelo sistema processual que a cautelar pudesse ser proposta em foro diverso do competente para conhecer do futuro e eventual processo principal sempre que isso se mostrasse mais propício para a fácil e rápida realização da tutela cautelar. Que ao menos se criasse nessas hipóteses uma espécie de regra de competência concorrente entre o juízo mais adequado ao caso concreto e o juízo competente para conhecer o processo principal[72]. O mesmo raciocínio deve ser aplicado à tutela antecipada.

Na vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, mesmo sendo absolutamente incompetente, o juízo poderia tomar medidas de urgência em face do poder de cautela previsto nos arts. 798 e 799 do diploma legal revogado, admitindo assim, em caráter precário, a determinação de medida de urgência para prevenir perecimento de direito ou lesão grave ou de difícil reparação[73]. Não há razão para esperar uma mudança de posicionamento a respeito do tema diante do Novo Código de Processo Civil, inclusive quanto à tutela antecipada.

Tratando-se especificamente das cautelares constritivas de coisas e pessoas, há parcela significativa da doutrina que defende a possibilidade de ingresso da ação cautelar no foro onde se encontrem essas coisas ou pessoas, pouco importando qual seria o juízo competente para conhecer o processo principal[74]. É significativo o exemplo dado por Alfredo de Araújo Lopes da Costa

da venda de um rebanho entre pessoas de diferentes domicílios e que esteja apascentando em região distante. Se o autor da cautelar fosse obrigado a respeitar a regra do art. 299, *caput*, do Novo CPC, obtendo a medida liminar e a consequente expedição da carta precatória, correria o risco de encontrar seu gado transformado em bife[75].

A doutrina majoritária entende, entretanto, que tais exceções à regra de competência prevista pelo dispositivo, ora criticado, se aplicam exclusivamente para as hipóteses de *incompetência relativa*, não se podendo admitir, em qualquer hipótese, a distribuição de demanda cautelar em juízo absolutamente incompetente[76]. Já tive oportunidade de defender que, em situações excepcionais, nas quais exista um obstáculo material intransponível e alheio à vontade da parte que impeça o cumprimento da regra de competência absoluta, deve o juiz absolutamente incompetente tutelar o direito cautelar, com a solução imediata da solução de perigo, e somente posteriormente, reconhecendo sua própria incompetência[77].

12.2.6.3. Competência e prevenção do juízo

12.2.6.3.1. Juízo competente e prevenção

Segundo a melhor doutrina, prevenção é um critério de fixação da competência entre órgãos que são abstratamente competentes. Havendo no foro competente para julgar o pedido principal mais de uma vara, todos esses juízos são abstratamente competentes para tal julgamento, mas a partir do momento em que é distribuído o pedido antecedente de tutela provisória, o juízo que o receber ficará

prevento para conhecer e decidir o pedido principal. Nenhum outro, ainda que do mesmo foro, terá mais essa competência.

Havendo pedido antecedente de concessão de tutela provisória, caberá ao autor, dentro do prazo legal, aditar sua petição inicial para elaboração do pedido principal, em verdadeira conversão de um processo que nasce como objetivo exclusivo de tutelar o autor provisoriamente e se transforma em processo com objetivo de obtenção de tutela definitiva. Nesses casos é natural que o juízo que concedeu a tutela provisória esteja prevento para decidir o pedido principal porque se tratará do mesmo processo, não havendo qualquer sentido imaginar-se um aditamento de petição inicial em outro juízo que não aquele no qual tramita o processo.

Havendo concessão de tutela cautelar em razão do acolhimento do pedido do autor em sentença proferida no processo cautelar, não há dúvida de que esse processo cautelar antecedente previne a competência do juízo para o processo principal, fixando num determinado juízo – entre vários que seriam em tese competentes – a competência para conhecer do processo principal que estará por vir[78]. Dessa forma, ao distribuir a petição inicial da demanda principal, o autor a remeterá automaticamente para o juízo que já conheceu do processo cautelar anteriormente existente.

12.2.6.3.2. Juízo incompetente e prevenção

Formulado o pedido antecedente de tutela antecipada, sendo ele concedido ou não, caberá ao autor aditar sua petição inicial para formular seu pedido principal, convertendo o pedido de tutela provisória em processo principal. Para os que admitem, mesmo sem

previsão legal expressa nesse sentido, pedido de tutela da evidência antecedente, aplica-se a mesma realidade da tutela antecipada. Caso o pedido antecedente seja cautelar, sendo concedida e efetivada a tutela cautelar, caberá ao autor providenciar o mesmo aditamento da petição inicial. Em todos esses casos, sendo distribuído o pedido antecedente de tutela provisória em foro incompetente, caberá ao réu alegar em preliminar de contestação essa incompetência, já que não o fazendo haverá prorrogação de competência e o processo seguirá no juízo que era abstratamente incompetente, mas se tornou materialmente competente.

Mas, mesmo nesse caso, pode surgir interessante questão a respeito da tutela cautelar antecedente pedida em juízo incompetente com base no princípio da efetividade da tutela cautelar. Concedida a tutela cautelar em juízo incompetente, pode ser de interesse do autor que o pedido principal se processe perante o juízo competente para seu julgamento, e não perante o juízo que concedeu a tutela cautelar pleiteada de forma antecedente. Entendo que nesse caso cabe ao autor aditar a petição inicial perante o juízo que concedeu a tutela cautelar, e nesse aditamento, em respeito à regra de competência para julgamento do pedido principal, requerer a remessa do processo a tal juízo. Não há que se falar em prevenção do juízo que concedeu a tutela cautelar porque ele era abstratamente incompetente, e a prevenção é a definição de um juízo concretamente competente quando existe mais de um abstratamente competente.

Há outra questão interessante a ser enfrentada: a hipótese de pedido cautelar antecedente não ser concedido liminarmente, caso

em que o procedimento cautelar terá regular andamento. Nesse caso, questiona-se: se o réu, no processo cautelar, não alegar em sua contestação a incompetência do foro, haverá prorrogação de competência, de forma a estar o autor obrigado a ingressar com o processo principal nesse juízo?

Nesse caso, mesmo com a ausência de alegação de incompetência territorial na contestação, exigir do autor a distribuição da ação principal perante o juízo que se tornou o competente para a ação cautelar seria inverter a ordem prevista pelo art. 61 do Novo CPC, que determina que a ação acessória segue a competência da ação principal, e não o inverso. Diante de tal constatação, ainda que se possa argumentar pela prorrogação de competência do juízo que conheceu a ação cautelar, essa prorrogação não atinge a competência para a ação principal.

12.2.6.4. Competência em grau recursal e em ação de competência originária de tribunal

O art. 299, parágrafo único, do Novo CPC, prevê que, ressalvada disposição especial (por exemplo o art. 982, § 2º do Novo CPC), na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o pedido. Com relação ao processo de competência originária do tribunal o dispositivo é repetitivo, bastando aplicar a regra do *caput*, já que nesse caso o tribunal será competente para conhecer do pedido principal e assim será também competente para decidir a tutela provisória.

No tocante aos processos em que haja recurso interposto, após essa interposição cabe à parte interessada requerer a concessão de

tutela provisória perante o tribunal competente para julgar o mérito recursal. Note-se que o dispositivo não dispõe a respeito da necessidade de recebimento ou da necessidade de os autos do processo já se encontrarem no tribunal. A interpretação do dispositivo legal nos leva à conclusão de que, durante o tempo que mediar entre a publicação da sentença, e o ingresso da apelação, o órgão competente será o juiz de primeiro grau.

Não estando os autos do processo no tribunal competente para o julgamento do recurso, a parte deverá se valer, por analogia, dos arts. 1.012, § 3º e 1.029, § 5º, ambos do Novo CPC, cabendo a distribuição de uma petição no tribunal com o pedido de tutela provisória, com o que será gerada a prevenção do juízo. Sendo interposto o recurso no próprio tribunal competente para julgá-lo basta fazer o pedido como tópico da peça recursal. E já tendo chegado os autos do recurso no tribunal competente para julgá-lo basta uma mera petição dirigida ao juízo competente para tal julgamento com o pedido de concessão de tutela provisória.

12.3. COMPARAÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

12.3.1. INTRODUÇÃO

O capítulo I, do Título II, do Livro V, da Parte Geral do Novo Código de Processo Civil disciplina as disposições gerais da tutela provisória de urgência. São normas aplicáveis tanto à tutela antecipada como à tutela cautelar.

Não há dúvida de que em termos procedimentais o novo diploma legal aproximou de forma significativa as duas espécies de tutela de urgência. A natureza jurídica, entretanto, não pode ser definida pela vontade do legislador, restando inalterada a distinção entre a tutela cautelar como garantidora do resultado útil e eficaz do processo e a tutela antecipada como satisfativa do direito da parte no plano fático[79]. A lição de que a tutela cautelar garante e a tutela antecipada satisfaz seria suficiente para não confundir essas duas espécies de tutela de urgência. Ainda que não se pretenda confrontar essa distinção, é importante observar que a distinção entre garantia e satisfação não é tão simples como num primeiro momento pode parecer.

O maior problema é que em ambas as espécies de tutela de urgência encontram-se presentes tanto a garantia quanto a satisfação, sendo importante definir o que forma o objeto da tutela e o que é meramente sua consequência. A tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir[80]. O objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa

garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito. A tutela antecipada satisfaz faticamente o direito, e, ao fazê-lo, garante que o futuro resultado do processo seja útil à parte vencedora[81]. A presença de garantia e satisfação em ambas serve para explicar a frequente confusão em sua distinção, o que inclusive levou o legislador a prever expressamente a fungibilidade entre elas (art. 305, parágrafo único, do Novo CPC).

Na hipótese de sequestro de bens (art. 301, *caput*, do Novo CPC), a realização da constrição judicial e do depósito dos bens nas mãos de um depositário judicial garante que, definida a partilha entre os cônjuges, os bens estejam íntegros, evitando qualquer espécie de dilapidação patrimonial. Essa garantia, entretanto, não se justifica por si só, servindo tão somente para que ao final do processo o direito das partes seja plenamente satisfeito. Numa tutela antecipada de liberação imediata de medicamento, a satisfação fática gerada pela imediata entrega do medicamento ao autor serve para garantir que ao final da demanda a decisão de procedência seja útil. De que valeria a concessão do remédio somente em sede de tutela definitiva se o lapso temporal para tanto é suficiente para deteriorar de tal forma a saúde do autor a ponto de tornar a entrega do medicamento inútil?

Técnica interessante que pode auxiliar na tarefa de determinação do objeto e da consequência da tutela de urgência, e como consequência da sua natureza cautelar ou antecipada, é analisar se os efeitos práticos que a tutela gera se confundem – total ou parcialmente – com os efeitos que serão criados com o resultado final do processo. Havendo tal coincidência, a tutela de urgência

será antecipada e, no caso contrário, será cautelar[82].

Cumpre nesse momento uma breve menção às tradicionais "cautelares satisfativas", que em meu entendimento não se justificam mais dentro do sistema processual atual. É preciso lembrar que a tutela antecipada é relativamente nova em nosso ordenamento, datando de 1994 sua adoção. Significa dizer que antes dessa data a tutela de urgência era dividida em duas espécies:

(a) tutela cautelar, ampla e genérica, com o objetivo de assegurar o resultado útil do processo;

(b) liminares, restritas a algumas espécies de procedimento (p. ex., ação civil pública, ação declaratória de constitucionalidade/inconstitucionalidade, mandado de segurança, ação possessória de posse nova, embargos de terceiro, ação popular etc.), com o objetivo de satisfazer faticamente o direito da parte.

Nesse panorama, a única espécie de tutela de urgência satisfativa prevista pelo ordenamento era muito restrita, limitada a poucos procedimentos. Nesse verdadeiro vácuo legislativo, a praxe forense passou a se valer da tutela cautelar, ampla e genérica – já que basta o preenchimento de seus requisitos para se ter direito à sua concessão – com o nítido objetivo de obter uma satisfação fática, e não uma mera garantia[83]. Naturalmente, os juízes passaram a conceder esse tipo de tutela atécnica, porque entre permitir o perecimento de um direito aparente em razão de vácuo legislativo ou distorcer a natureza jurídica da cautelar nitidamente se preferiu a adoção da segunda alternativa.

Com o advento da tutela antecipada, entretanto, o panorama foi significativamente alterado, considerando-se que, a partir de

então, o ordenamento processual passou a contar com uma tutela de urgência satisfativa ampla e genérica – assim como era e sempre foi a tutela cautelar –, suprindo o vácuo legislativo que permitiu o surgimento e desenvolvimento da tutela "cautelar satisfativa"[84]. As distorções que eram aceitas em razão de vácuo legislativo não mais se justificam, sendo inadmissível a manutenção das chamadas "cautelares satisfativas".

É preciso observar, entretanto, que as "cautelares satisfativas" não desapareceram por completo por dois motivos fundamentais. Em alguns casos, em razão de uma tradição que não mais se sustenta, como na hipótese do processo cautelar de sustação de protesto[85]. Além disso, existem previsões no próprio ordenamento jurídico indicando a existência de cautelar nominada com natureza indiscutivelmente satisfativa, como se verifica na cautelar:

(a) de busca e apreensão de menores;

(b) fiscal, de que trata a Lei 8.397/1992;

(c) prevista no art. 24 da Lei 11.340/2008 (Lei Maria da Penha);

(d) prevista no art. 6.º da Lei 11.804/2008 (Alimentos gravídicos).

A aproximação procedimental da tutela de urgência garantidora e satisfativa tendia a fazer desaparecer a relevância da distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada no caso concreto. Tendo os mesmos requisitos e as mesmas formas procedimentais, a distinção entre elas continuaria a ter relevância teórica, mas na prática se tornaria irrelevante. Infelizmente, entretanto, o legislador não criou um procedimento único para as diferentes espécies de tutela de urgência, e em algumas dessas distinções procedimentais a

definição de qual espécie está se tratando será essencial.

Conforme devidamente analisado no Capítulo 12, item 12.4.5.1.2.2., a estabilização da tutela de urgência prevista no art. 304 do Novo CPC não se aplica à tutela cautelar, sendo nesses termos importante o juiz, no pedido de tutela de urgência antecedente, distinguir a tutela cautelar e a tutela antecipada. É verdade que essa distinção só terá impacto prático se os requisitos para a estabilização estiverem presentes no caso concreto, mas a partir desse preenchimento será imprescindível a distinção entre tutela antecipada (se estabilizará, gerando a extinção do processo) e tutela cautelar (o processo seguirá normalmente, nos termos da lei).

Por outro lado, sendo elaborado pedido antecedente de tutela de urgência, caso o juízo o indefira, no caso da tutela antecipada o autor terá um prazo de 5 dias para emendar a petição inicial com o pedido principal, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito. Já se tratando de pedido de natureza cautelar, o indeferimento não demanda qualquer ato a ser praticado pelo autor, dando-se continuidade ao procedimento com a citação do réu para apresentar contestação.

12.3.2. IDENTIDADES

12.3.2.1. Requisitos para concessão

Na vigência do CPC/1973 havia intenso debate doutrinário a respeito do requisito da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, prevista para a tutela antecipada, e do requisito do *fumus boni iuris*, exigido para a tutela cautelar. Apesar de ambos se situarem no plano da probabilidade do direito, era possível no

sistema revogado, ainda que por opção do legislador – feliz ou infeliz – constatar uma diferença entre eles.

O juiz parte, no início do processo, da mais completa ignorância e desconhecimento a respeito da demanda judicial que julgará, sendo construído o seu convencimento conforme aprofunda a sua cognição. Dessa forma, o juiz parte da ignorância e ao final chega à certeza, que o habilita a proferir a decisão definitiva. Compreende-se que entre a ignorância e a certeza existam diferentes graus de convencimento, que podem mais se aproximar da dúvida ou da certeza. Nessa verdadeira linha de convencimento podia se afirmar que a prova inequívoca da verossimilhança da alegação estaria mais próxima da certeza do que o *fumus boni iuris*, ainda que em ambos os casos já exista um convencimento suficiente para o juiz considerar ao menos aparente o direito do autor[86]. Esse entendimento, inclusive, era recepcionado pelo Superior Tribunal de Justiça[87].

O Novo Código de Processo Civil preferiu seguir outro caminho, já defendido por parcela doutrinária[88], ao igualar o grau de convencimento para a concessão de qualquer espécie de tutela de urgência[89]. Segundo o art. 300, *caput*, do Novo CPC, tanto para a tutela cautelar como para a tutela antecipada exige-se o convencimento do juiz da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito. A norma encerra qualquer dúvida a respeito do tema, sendo a mesma probabilidade de o direito existir suficiente para a concessão de tutela cautelar e de tutela antecipada.

O legislador não especificou que elementos são esses capazes

de convencer o juiz, ainda que mediante uma cognição sumária, a conceder a tutela de urgência pretendia. É natural que o convencimento do juiz para a concessão da tutela de urgência passa pela parte fática da demanda, já que o juiz só aplicará o direito ao caso concreto em favor da parte se estiver convencido, ainda que em um juízo de probabilidade, da veracidade das alegações de fato da parte. E nesse ponto questiona-se: esse convencimento sumário do juiz da parte fática da pretensão é derivado apenas de alegação verossímil da parte, ou cabe a ela a produção de alguma espécie de prova para corroborar sua alegação?

A redação do art. 299, *caput*, do Novo CPC, aparentemente dá grande poder ao juiz para decidir a respeito do convencimento ora analisado. Ao não exigir nada além de elementos que evidenciem a probabilidade de o direito existir, o legislador permite que o juiz decida, desde que o faça justificadamente, que se convenceu em razão de elementos meramente argumentativos da parte, sem a necessidade, portanto, de provas que corroborem tais alegações[90]. É natural que, nesse caso, as alegações de fato sejam verossímeis, ou seja, que sejam aparentemente verdadeiras em razão das regras de experiência.

Quanto aos requisitos que na vigência do CPC/1973 eram para a tutela antecipada o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e para a tutela cautelar o *periculum in mora*, sempre se entendeu que, apesar das diferenças nas nomenclaturas, *periculum in mora* e fundado receio de dano representavam exatamente o mesmo fenômeno: o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva funcionando como inimigo da

efetividade dessa tutela.

No art. 300, *caput*, do Novo CPC é confirmado esse entendimento com a unificação do requisito como perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Numa primeira leitura pode-se concluir que o perigo de dano se mostraria mais adequado à tutela antecipada, enquanto o risco ao resultado útil do processo, à tutela cautelar. A distinção, entretanto, não deve ser prestigiada porque nos dois casos o fundamento será o mesmo: a impossibilidade de espera da concessão da tutela definitiva sob pena de grave prejuízo ao direito a ser tutelado e de tornar-se o resultado final inútil em razão do tempo.

Nesse sentido, o Enunciado 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada".

Em outras palavras, tanto na tutela cautelar quanto na tutela antecipada de urgência caberá à parte convencer o juiz de que, não sendo protegida imediatamente, de nada adiantará uma proteção futura, em razão do perecimento de seu direito[91].

12.3.2.2. Caução

No art. 804 do CPC/1973, a caução era expressamente prevista como possível condição para a concessão liminar da tutela cautelar. Ainda que não existisse norma expressa nesse sentido para a

concessão da tutela antecipada, já que o art. 273 do CPC/1973 não mencionava a caução de forma expressa para essa espécie de tutela de urgência, o entendimento doutrinário[92] e jurisprudencial era por sua admissão[93].

O art. 300, § 1º, do Novo CPC, prevê a possibilidade da exigência de prestação de caução para a concessão da tutela de urgência, deixando claro que a regra é aplicável tanto a tutela cautelar como à tutela antecipada.

Como a literalidade do dispositivo determina, a prestação da contracautela não é medida obrigatória, que se imponha em toda hipótese de concessão de tutela de urgência, sendo claro que o juiz poderá exigir a prestação de caução a depender do caso concreto[94]. Entendo que a prestação de caução só deve ser exigida quando o juiz estiver em dúvida a respeito da concessão da tutela de urgência e notar no caso concreto a presença da irreversibilidade recíproca[95]. Como sabe que a não concessão pode sacrificar o direito alegado da parte ou o resultado útil do processo e que a concessão gerará uma situação fática irreversível, tendo dúvida a respeito de tal concessão, exigirá da parte a prestação da caução.

Ao se tomar a experiência forense de exigência de prestação de caução para a concessão liminar da cautelar, com fundamento no art. 804 do CPC/1973, as perspectivas não são boas. Na praxe forense é inegável o desprezo dos juízes com os requisitos autorizadores da liminar na tutela cautelar, quando o autor apresenta caução. O que interessa é simplesmente a caução, o que leva julgadores ao absurdo de nem mesmo analisarem o teor da petição

inicial, desde que já exista caução prestada nos autos. A caução nunca deve ser considerada como exigência automática para a concessão da liminar no mandado de segurança, cabendo ao julgador analisar sempre as circunstâncias do caso concreto para somente em situações excepcionais exigir a prestação da caução[96].

A caução pode ser real ou fidejussória, desde que idônea para ressarcir os danos suportados pela outra parte. A exigência de idoneidade significa que a garantia prestada seja séria o suficiente para fazer frente a um eventual prejuízo da parte adversa, desempenhando concretamente o seu papel de garantia. Essa seriedade deve ser formal, exigindo-se uma caução formalmente perfeita e material, representando uma real perspectiva de ser capaz de ressarcir os eventuais prejuízos suportados pela parte adversa. Trata-se, portanto, da credibilidade da caução ser capaz de efetivamente cumprir seu papel.

A questão da suficiência já é um pouco mais complexa, considerando-se que o valor do eventual prejuízo da parte adversa é absolutamente ilíquido, não sendo possível no momento da concessão da caução já aferir quanto será o valor de seu futuro e eventual prejuízo. Essa dificuldade, entretanto, não é capaz de afastar tal requisito da caução, mesmo diante da omissão legal, cabendo ao juiz, dentro de certa razoabilidade, fazer uma previsão, estimando o valor dos eventuais danos a serem suportados pela parte adversa.

O dispositivo legal ora comentado deixa claro que a caução se presta a ressarcir eventuais danos que a outra parte venha a sofrer

em razão da efetivação da tutela de urgência. Tratando-se de tutela provisória, que poderá ser revogada pela tutela definitiva, aplica-se ao caso a teoria do risco-proveito, de forma que o beneficiário da tutela responde objetivamente pelos danos causados à parte contrária na hipótese de futura e eventual revogação da tutela, conforme devidamente analisado no item 12.3.2.3.

É justamente em razão da função da cautelar, expressa no art. 300, § 1º do Novo CPC, que se torna incompreensível a opção do legislador de prevê-la nas disposições gerais da tutela de urgência e não nas disposições gerais da tutela provisória. O risco de revogação da tutela e o proveito com sua concessão, afinal, são próprios de qualquer tutela provisória, e não só da tutela de urgência. Acredito que a equivocada opção do legislador não obste a exigência da caução, conforme o caso, para a concessão da tutela da evidência.

Por fim, o § 1º do art. 300 do Novo CPC dispensa a exigência de prestação de caução caso o juiz se convença de que a parte requerente da tutela provisória é economicamente hipossuficiente e, por essa razão, não pode prestá-la. O legislador fez uma ponderação de valores e preferiu proteger a parte economicamente hipossuficiente em detrimento da parte adversa, que não terá garantia de ressarcimento de seus futuros e eventuais danos na hipótese de revogação da tutela provisória.

12.3.2.3. Responsabilidade objetiva

No CPC/1973 havia previsão expressa de responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela cautelar no art. 811, sendo tal

dispositivo aplicado também à tutela antecipada.[97] A aplicação da teoria do risco-proveito às duas espécies de tutela de urgência é atualmente indubitável em razão do art. 302 do Novo CPC, ressaltando-se que o dispositivo legal não condiciona a responsabilidade da parte a seu pedido de concessão de tutela de urgência, de forma que mesmo quando ela é excepcionalmente concedida de ofício, a parte beneficiada deve ser responsabilizada, salvo se expressamente se manifestar contra a efetivação da tutela[98].

E mais uma vez deve ser criticado o legislador por ter previsto tal regra nas disposições gerais da tutela de urgência e não nas disposições gerais da tutela provisória. Parece claro que uma tutela provisória da evidência possa gerar danos à parte adversa e, sendo revogada pela tutela definitiva ou por qualquer outra circunstância prevista em lei, o beneficiário da tutela deverá ressarcir os danos da parte adversa. Significa dizer que a equivocada opção do legislador não afasta a aplicação do art. 302 do Novo CPC da tutela provisória da evidência[99].

De acordo com o art. 302 do Novo CPC, o beneficiado pela concessão e efetivação da tutela de urgência – cautelar e antecipada – poderá ser responsabilizado pelos danos suportados pela parte adversa caso se verifique no caso concreto uma das hipóteses previstas pelo dispositivo legal. Trata-se de aplicação da teoria do risco-proveito, considerando-se que, se de um lado a obtenção e a efetivação de uma tutela cautelar são altamente proveitosas para a parte, por outro lado, os riscos pela concessão dessa tutela provisória concedida mediante cognição sumária são

exclusivamente daquele que dela se aproveitou.

Entendimento pacífico na doutrina aponta para a natureza objetiva dessa responsabilidade, de forma que o elemento culpa é totalmente estranho e irrelevante para a sua configuração[100]. Para que se considere o beneficiado pela concessão e efetivação da tutela cautelar responsável basta que a situação concreta seja tipificada numa das hipóteses do art. 302 do Novo CPC e que a parte contrária tenha efetivamente suportado um dano em razão dessa efetivação.

Nos termos do dispositivo legal ora analisado, a responsabilidade pelos prejuízos causados à parte adversa em razão da concessão e efetivação de tutela de urgência ao final revogada não exclui a eventual reparação por dano processual.

12.3.2.3.1. Hipóteses legais de responsabilidade objetiva

12.3.2.3.1.1 Sentença desfavorável (art. 302, I, do Novo CPC)

Na hipótese de tutela de urgência requerida de forma antecedente, sua concessão exige que o autor adite sua petição inicial para converter o pedido de tutela provisória em processo principal. A sentença desfavorável prevista no inciso I do art. 302 do Novo CPC, nesse caso, é a sentença desse processo que se iniciou com o pedido de tutela de urgência e se transformou em processo principal. Sendo o pedido de tutela de urgência incidental a sentença desfavorável prevista no dispositivo legal ora comentado é a sentença do processo no qual incidentalmente foi concedida a tutela provisória.

Por sentença desfavorável devem-se compreender tanto a sentença terminativa como a sentença definitiva, porque em ambas o autor será derrotado na demanda[101]. Não há necessidade de trânsito em julgado dessa sentença[102], mas a liquidação e execução dos danos nesse caso serão provisórias (execução provisória), aplicando-se também nesse caso a teoria do risco-proveito, porque, sendo reformada a sentença recorrida, quem deverá responder pelos danos, de forma objetiva, será o exequente, ou seja, a parte que teria sido prejudicada com a efetivação da tutela de urgência.

12.3.2.3.1.2. Obtenção da liminar da tutela em caráter antecedente e não fornecimento de meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 dias (art. 302, II, do Novo CPC)

Existe controvérsia doutrinária a respeito da efetiva aplicabilidade do presente dispositivo legal. Parcela da doutrina o entende por inaplicável, porque a ausência de promoção de citação do requerido em cinco dias não é causa de cessação dos efeitos da tutela de urgência, sendo, portanto, plenamente possível que o requerente se sagre vitorioso no processo, não tendo sentido lógico nem jurídico em responsabilizá-lo pelos danos suportados pela parte contrária[103].

Em sentido contrário, entende-se que a necessidade de citação no prazo de cinco dias decorre da excepcionalidade de concessão de tutela de urgência antes da oitiva do réu, com postergação do contraditório, o que criaria o direito de logo ser citado para a imediata tomada de providências a seu favor, em aplicação da regra da “menor restrição possível”[104].

Entendo superior o entendimento da primeira corrente, sendo de difícil compreensão a manutenção dos efeitos da tutela de urgência e a vitória do requerente no processo concomitantes com sua responsabilização pelos danos causados à parte contrária. Havendo o direito à cautela e direito material, não parece lógica a aplicação do art. 302, II do Novo CPC. No tocante à segunda corrente doutrinária, louva-se a preocupação com o requerido, mas no caso de atraso injustificado em sua citação, se for possível falar em responsabilidade civil por eventuais danos, melhor afastá-la da responsabilidade objetiva prevista no art. 302 do Novo CPC, buscando-se as soluções na teoria geral da responsabilidade civil do direito material.

12.3.2.3.1.3. Cessação da eficácia em qualquer hipótese legal (art. 302, III, do Novo CPC)

Se por qualquer razão prevista em lei for cessada a eficácia da tutela provisória, a parte beneficiada por ela será responsabilizada pelos danos causados à parte adversa.

Nos termos do art. 303, § 2º, do Novo CPC, sendo concedida tutela antecipada requerida de forma antecedente e não aditando o autor sua petição inicial no prazo legal, o processo será extinto sem resolução do mérito. Não há dúvida de que se trata de hipótese de cessão de eficácia da tutela antecipada, sendo aplicável nesse caso o art. 302, III, do Novo CPC.

O art. 309 do Novo CPC prevê três hipóteses de cessação de eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente. O dispositivo é devidamente analisado no item 12.5.8., mas nesse momento é importante ressaltar que o dispositivo não é aplicável

somente à tutela cautelar, sendo, na realidade, regra de tutela provisória.

12.3.2.3.1.4. Sentença de prescrição e decadência (art.302, IV, do Novo CPC)

O inciso IV do art. 302 do Novo CPC não tem uma boa redação, afinal, prescrição e decadência são reconhecíveis de ofício, não precisando o juiz acolher alegação da parte nesse sentido. Significa dizer que a sentença prevista pelo dispositivo legal ora comentado pode ser proferida diante de provocação do réu nesse sentido ou de ofício. Mas esse é o menor de seus problemas.

Numa tutela de urgência pedida de forma antecedente, o juiz poderá deixar de conceder a tutela pretendida e extinguir o processo sem resolução do mérito caso se convença que a pretensão principal da parte está prescrita ou que decaiu de seu direito material. Nesse caso, naturalmente não haverá alegação do réu nesse sentido, já que a sentença será proferida *inaudita altera partes*.

Caso o juiz conceda a tutela de urgência requerida de forma antecedente o processo será extinto se não for aditada a petição inicial pelo autor no prazo legal, de forma que eventual sentença com fundamento em prescrição e decadência julgará o processo principal. Caso não seja concedida na tutela antecipada também haverá a conversão em processo principal (art. 303, § 6º, do Novo CPC) e na tutela cautelar o processo seguirá tendo natureza cautelar. Em todos esses casos haverá uma sentença, seja do processo principal, seja do processo cautelar.

Na hipótese de tutela de urgência requerida incidentalmente já

haverá um processo principal em trâmite e naturalmente ele será, mais cedo ou mais tarde, sentenciado.

Sendo a sentença de prescrição e decadência indiscutivelmente desfavorável ao autor, e havendo a prolação de sentença em qualquer hipótese, qual exatamente a utilidade do inciso IV do art. 302, do Novo CPC, diante do inciso I do mesmo dispositivo legal? Nenhuma, tratando-se de norma inútil, que tinha sua serventia em razão da redação dos incisos do art. 811 do CPC/1973, mas que pela redação dos incisos do art. 302 do Novo CPC, de nada mais serve.

12.3.3. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO

Ocorrida uma das hipóteses do art. 302 do Novo CPC no caso concreto, o requerido poderá cobrar do beneficiário da tutela provisória todos os danos suportados em razão da sua efetivação. Segundo o art. 302, parágrafo único, do Novo CPC, a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que for possível, o que somente consagra o sincretismo processual, dispensando-se o processo autônomo de liquidação.

O pedido de liquidação se fundará na ocorrência de uma das hipóteses legais de responsabilidade objetiva do favorecido pela tutela provisória, mas é preciso considerar que a situação concreta terá sido tipificada no art. 302 do Novo CPC, unilateralmente pelo requerido, agora liquidante. Ainda que as hipóteses previstas em lei sejam objetivamente aferíveis, afrontaria os princípios da *ampla defesa* e do *contraditório* o impedimento prévio do requerente, agora réu na liquidação, a alegação de inocorrência da hipótese legal apontada no pedido e, consequentemente, a inaplicabilidade do art. 302 do Novo CPC.

Além da discussão a respeito da tipificação do caso concreto, que não deve demandar muito esforço do juiz, essa liquidação servirá, como todas as outras, para a fixação do *quantum debeatur*, sendo, por uma questão cronológica, antes definido se realmente houve o dano e depois o valor desse dano. Para tanto, haverá a necessidade de alegação e prova de fato novo, alheios ao processo cautelar no qual foi concedida a tutela e mesmo ao processo principal referente a ele. Será caso, portanto, de liquidação pelo procedimento comum (antiga liquidação por artigos)[105], sem qualquer especialidade procedimental digna de nota, seguindo-se as regras dessa espécie de liquidação.

12.3.4. CONCESSÃO DE OFÍCIO

No Novo Código de Processo Civil não há previsão expressa condicionando a concessão de tutela provisória de urgência a pedido expresso da parte, afastando-se, assim, da tradição do art. 273, *caput*, do CPC/1973. Por outro lado, também não existe um artigo que expressamente permita a sua concessão de ofício, ainda que em situações excepcionais, como ocorria no CPC/1973 com o art. 797.

Não deixa de ser uma opção no mínimo curiosa porque, enquanto com relação à medida cautelar sempre se entendeu pela possibilidade de sua excepcional concessão de ofício em razão do poder geral de cautela[106], no tocante à tutela antecipada, apesar da resistência de parte significativa da doutrina[107], o Superior Tribunal de Justiça passou a proferir decisões admitindo a concessão de ofício da tutela antecipada dentro da mesma excepcionalidade exigida para a concessão da medida cautelar sem a provocação das

partes[108].

Entendo que mesmo diante do eloquente silêncio da lei, é provável que o tradicional poder geral de cautela se transforme num poder geral de tutela de urgência, sendo admitido, ainda que em caráter excepcional, a concessão de uma tutela cautelar ou antecipada de ofício[109].

Uma última ressalva se mostra importante. O poder geral ora sugerido, entendido como a possibilidade de concessão de ofício de uma tutela de urgência pelo juiz, afasta, ainda que excepcionalmente, o *princípio dispositivo*. O mesmo, entretanto, não se pode afirmar quanto ao princípio da *inércia da jurisdição*, ou da demanda, que determina ser inerte a jurisdição até que o interessado a provoque. A tutela de urgência a ser concedida pelo juiz, portanto, exige a existência de um processo já instaurado, não sendo lícito ao juiz dar início de ofício a qualquer processo, de qualquer natureza, ainda que para conceder uma tutela de urgência[110].

12.3.5. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO

Na hipótese de o juiz não estar plenamente convencido a respeito do pedido antecedente de tutela de urgência e acreditar que possa obter esclarecimento para a prolação de uma decisão com maior segurança por meio da oitiva de testemunhas do requerente da tutela, poderá, antes de analisar o pedido, determinar a realização de uma audiência prévia de justificação. É nesse sentido que deve ser interpretado o art. 300, § 2º do Novo CPC, ao prever que a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após

justificação prévia.

A audiência de justificação pode ser designada tanto diante de um pedido de tutela de urgência de forma antecedente como diante de um pedido incidental elaborado *inaudita altera partes*. Nesses casos, sempre antes da integração do réu ao processo, o juiz poderá tentar sanar dúvidas que tenha a respeito da tutela de urgência por meio da oitiva de testemunhas do autor.

12.3.6. FUNGIBILIDADE ENTRE AS ESPÉCIES DE TUTELA DE URGÊNCIA

O legislador ao elaborar o Novo Código de Processo Civil perdeu uma excelente oportunidade de unificar o procedimento da tutela cautelar e da tutela antecipada. Apesar de uma nítida aproximação procedimental entre as duas espécies de tutela de urgência, há dois aspectos que as diferenciam: a estabilização e o processo cautelar autônomo na hipótese de indeferimento do pedido de tutela cautelar formulado de forma antecedente. Sendo pedida tutela de urgência de forma antecedente, é importante saber se ela é uma tutela antecipada ou cautelar por esses dois motivos.

É provável que sejam essas as razões para o legislador manter consagrado o princípio da fungibilidade das tutelas da urgência no parágrafo único do art. 305 do Novo CPC. Note-se que a relevância prática da fungibilidade consagrada em lei limita-se ao pedido de tutela de urgência antecedente, já que no pedido incidental o procedimento é idêntico às duas espécies de tutela, sendo nesse caso irrelevante na prática a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada.

Segundo o art. 305, parágrafo único, do Novo CPC, feito o pedido de tutela cautelar de forma antecedente, caso o juiz entenda que o pedido tem natureza antecipada, o juiz observará o procedimento previsto para essa espécie de tutela de urgência.

Entendo que o princípio da *fungibilidade* deva ser aplicado à luz do princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte, de forma que não reconheço o art. 305, parágrafo único, do Novo CPC, como dispositivo que legitime o juiz a conceder tutela diversa daquela que foi pedida, servindo na realidade como permissivo ao juiz para adequar o pedido de urgência formulado à tutela indicada. O juiz só pode conceder aquilo que o autor pediu, adequando a espécie de tutela de urgência ao caso concreto porque a depender dessa espécie teremos consequências procedimentais diversas.

O dispositivo ora comentado não deixa claro o momento em que o juiz deve converter o pedido de tutela cautelar em pedido de tutela antecipada, mas uma interpretação sistêmica do Novo Código de Processo Civil permite a conclusão de que ao proferir a decisão sobre o pedido já esclareça de que natureza é a tutela de urgência pretendida pelo autor. Esse é o momento adequado porque tanto a decisão concessiva como a denegatória geram consequências diferentes a depender de que espécie de tutela de urgência se tratar.

Ao conceder a tutela, o juiz deve deixar claro que a tutela concedida é uma tutela antecipada, para que o réu saiba que se não se insurgir contra ela ocorrerá a estabilização prevista no art. 304 do Novo CPC e devidamente analisada no item 12.4.5.1.2. Ao denegar a tutela, é importante o autor saber se a tutela é antecipada, e assim deverá aditar a petição inicial no prazo de 5 dias para converter o

pedido de tutela provisória em processo principal (art. 303, § 6º, do Novo CPC) ou se a tutela é cautelar, prosseguirá o processo normalmente.

Sempre me pareceu claro que a fungibilidade é um fenômeno de mão-dupla, não tendo qualquer sentido lógico que A se pareça com B, mas B não se pareça com A. É o mesmo que dizer a um irmão gêmeo que ele é a cara do outro e dizer a esse outro que ele não tem qualquer semelhança com seu irmão. Digo isso para fundamentar a reciprocidade da fungibilidade prevista no art. 305, parágrafo único do Novo CPC: diante de pedido de tutela antecipada antecedente cabe seu recebimento como tutela cautelar, ainda que omissa a lei nesse sentido[111].

Note-se que as mesmas preocupações que justificam a aplicação da fungibilidade nos termos do dispositivo ora comentado servem para justificar a fungibilidade em sentido inverso. Afinal, se a parte pede como tutela antecipada antecedente um pedido de natureza cautelar, não haverá a estabilização da tutela de urgência nos termos do art. 304 e, caso o pedido seja indeferido, o autor não precisará aditar sua petição inicial nos termos do art. 303, § 6º, do Novo CPC.

12.4. TUTELA ANTECIPADA

12.4.1. Objeto da antecipação

Tradicionalmente, a tutela antecipada é associada às tutelas condenatória, executiva e mandamental, parecendo não haver divergência a respeito de seu cabimento quando o pedido do autor tiver tal natureza. Já no tocante às tutelas constitutiva e declaratória há alguma divergência doutrinária não a respeito do cabimento da tutela antecipada, o que inclusive encontra-se pacificado no Superior Tribunal de Justiça[112], mas ao objeto da antecipação.

Apesar de o termo "tutela antecipada" ter se popularizado, sendo comumente utilizado em obras sobre o tema e na praxe forense, não é propriamente a tutela jurisdicional o objeto da antecipação[113]. A antecipação é dos efeitos práticos que seriam gerados com a concessão definitiva da tutela pretendida pelo autor e não da tutela jurisdicional em si. Portanto, não se antecipada a tutela constitutiva ou declaratória da mesma forma que não se antecipa a tutela condenatória, mas sim os efeitos que essas tutelas geram no plano dos fatos.

A *tutela condenatória* imputa ao réu o cumprimento de uma prestação, sendo que essa imputação não pode ser objeto de antecipação, porque depende da certeza de que o réu deva cumprir a prestação pretendida pelo autor[114]. Ocorre, entretanto, que o efeito prático principal da tutela condenatória é a satisfação do direito gerada pela aplicação dos meios materiais de execução. Esse efeito executivo pode ser objeto de antecipação de tutela[115], sendo essa a

razão pela qual se admite “condenar” o réu a retirar o nome do autor do Serasa, pressionando-o com as *astreintes*, medida de execução indireta, bem como determinar a entrega de medicamentos por meio de busca e apreensão, medida de execução por sub-rogação.

Por meio da *tutela constitutiva* obtém-se a alteração da situação jurídica mediante a criação, extinção ou modificação de uma relação jurídica. É corrente na doutrina a afirmação de que o juiz não pode antecipar essa alteração da situação jurídica, que só pode ser concedida de forma definitiva, em razão de sua irreversibilidade[116]. Seria absurdo admitir, por exemplo, um divórcio provisório por meio de tutela antecipada, bastando para verificar a incompatibilidade de tal providência a eventual revogação da tutela antecipada pela tutela definitiva. E se as partes, divorciadas por meio de tutela antecipada já se casaram novamente? E se já tiveram filhos nesse novo casamento[117]?

No tocante à *tutela declaratória*, a própria concepção de certeza jurídica torna incompatível a existência de uma certeza provisória; se há certeza, há definitividade, e se há provisoriedade, é porque não há certeza. A sentença declaratória, ao declarar a existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica – e excepcionalmente de fato –, gera uma certeza jurídica a respeito dessa declaração, que naturalmente não pode ser objeto de antecipação. Mas é possível que a certeza jurídica decorrente da declaração definitiva gere efeitos práticos, sentidos no plano dos fatos, que poderão ser objeto de antecipação. Não se pode afirmar que uma lei é provisoriamente inconstitucional, mas o efeito prático

da certeza dessa inconstitucionalidade, que é a vedação à sua aplicação, poderá ser obtido em sede de antecipação de tutela.

Não concordo com a afirmação doutrinária de que não se antecipam os efeitos principais da tutela, mas apenas seus efeitos secundários ou reflexos. Entendo que na tutela condenatória o efeito principal é o efeito executivo, que permitirá a prática de atos materiais de execução, sendo pacífico na doutrina que esse efeito executivo é objeto de antecipação. Na realidade, independentemente da espécie de tutela, é sempre o *efeito executivo* (entendido em seu sentido mais amplo) o objeto de antecipação[118].

A essa conclusão poder-se-ia objetar com a alegação de que as tutelas declaratórias e constitutivas independem de efeito executivo para gerar satisfação ao autor; a declaração gera imediata e automaticamente a certeza jurídica; a criação, modificação ou extinção da relação jurídica gera imediata e automaticamente a alteração da situação jurídica das partes. Quanto a isso não há dúvida, mas é preciso lembrar que essas espécies de tutela criam uma eficácia negativa, que impede a prática de atos contrários ao que foi declarado e/ou constituído[119]. E essa eficácia negativa se satisfaz por meio de execução, sendo justamente esse efeito executivo objeto de antecipação de tutela nas tutelas declaratória e constitutiva.

Não é correta a lição de que qualquer efeito executivo ou mandamental que se pretenda obter já deve ser requerido na petição inicial em cumulação com o pedido declaratório, com a alegação de que a sentença declaratória não obriga o réu a fazer ou a não fazer

algo[120]. Numa ação declaratória de inexigibilidade de débito não será necessário o pedido de condenação do réu a retirar o nome do autor dos cadastros de devedores para que essa medida seja concedida em sede de tutela antecipada[121]. A concessão da tutela de urgência nesse caso não decorre de pedido principal do autor nesse sentido, mas como consequência de o dever do réu não praticar atos que contrariem a declaração de que o autor não é devedor.

Ao ingressar com ação declaratória de inexigibilidade de débito, o autor requer em tutela antecipada a retirada de seu nome do Serasa. A certeza jurídica de inexistência de débito não pode ser antecipada, mas, uma vez declarado que o autor não é devedor, poderá exigir do réu a retirada de seu nome do cadastro dos devedores, porque a manutenção de seu nome nesse cadastro significaria conduta contrária ao direito declarado. Não há outra forma de impor essa conduta ao réu senão por atos materiais de execução, sendo exatamente o que ocorre no caso concreto. São esses efeitos executivos objeto de antecipação de tutela.

Numa ação revisional de aluguel não se pode afirmar que a tutela antecipada altere a situação jurídica locatícia entre as partes, mas, uma vez modificada a relação jurídica e fixado definitivamente um novo valor de aluguel, criam-se para as partes direitos e deveres que podem ser exigidos reciprocamente para que não se contrarie o direito constituído. O locatário deve pagar o novo valor e o locador deve aceitar o pagamento, com todas as consequências advindas dessas regras de comportamento. Quando o juiz antecipa a tutela numa revisional de aluguel, determinando provisoriamente um novo aluguel, não está, como entendem alguns

doutrinadores[122], antecipando a constituição do novo aluguel, mas, simplesmente, os efeitos executivos que essa constituição – que só pode ser definitiva – gera no plano prático, impondo uma regra de comportamento às partes.

Parcela minoritária da doutrina defende a possibilidade de antecipação da própria declaração e da constituição da nova situação jurídica, sustentando que o problema não é o seu cabimento, mas a viabilidade e a utilidade dessas tutelas em face das diversas situações concretas[123]. Essa corrente doutrinária afirma que não se pode admitir uma constituição provisória em ações de estado, mas é possível a constituição provisória de um aluguel ou de uma servidão de passagem. Na declaração, reconhecem que a antecipação, ainda que possível, não gera qualquer utilidade ao autor.

O entendimento não parece correto, porque a constituição provisória de um direito é inconcebível e contraditória. A certeza provisória que seria gerada pela antecipação da declaração ainda mais. Ainda que se admita que a tutela constitutiva não dependa de atos executivos para a sua satisfação, os efeitos práticos derivados dessa constituição, consubstanciados na necessidade de a parte contrária não adotar um comportamento contrário ao direito constituído em favor do autor são obtidos por meios executivos. E é justamente aqui que se justifica a antecipação de efeitos da tutela declaratória e constitutiva: não se antecipam a tutela nem o efeito principal dessa tutela, mas os efeitos práticos que ditam regras de comportamento às partes em respeito ao que foi declarado ou constituído.

12.4.2. PROCESSOS E PROCEDIMENTOS COMPATÍVEIS

Não resta nenhuma dúvida acerca da aplicabilidade da tutela antecipada no procedimento comum previsto pelo Novo Código de Processo Civil. Também aos procedimentos *especiais* – previstos no Código de Processo Civil e em leis extravagantes – se aplica a tutela antecipada, como se nota de decisões do Superior Tribunal de Justiça que admitem essa espécie de tutela de urgência satisfativa no despejo[124] e consignação em pagamento[125], entre outros. Mesmo na tutela *monitória* – a par do debate acadêmico a respeito de ser ação, processo ou procedimento – admite-se a tutela antecipada[126].

Na hipótese do procedimento especial que já tem a previsão expressa de liminar, que exercerá nesses casos a função da tutela de urgência satisfativa, deve-se analisar se há diferença entre os requisitos da liminar e da tutela antecipada à luz do pedido e da condição apresentada pela parte. Se o autor pedir a tutela antecipada porque sabe que não preencheu os requisitos para a concessão da liminar, como fica claro na hipótese de tutela antecipada sancionatória, o juiz deverá decidir normalmente o pedido[127]. Caso o autor apenas tenha se confundido, requerendo tutela antecipada em vez da liminar, o pedido não deverá ser rejeitado pelo juiz somente em razão desse equívoco, que melhor fará em admiti-lo como pedido de liminar, em aplicação do princípio da *fungibilidade*.

Da mesma forma, no procedimento *sumaríssimo* admite-se a tutela antecipada porque o instituto processual é totalmente compatível com os princípios dos Juizados Especiais, apesar da omissão da Lei 9.099/1995 (Juizados Especiais Estaduais), e da Lei

10.259/2001 (Juizados Especiais Federais)[128]. Na realidade, a omissão é irrelevante, mas o art. 4.º da Lei 10.259/2001, ao mencionar a possibilidade de o juiz deferir medidas cautelares no curso do processo poderia, além de ter se preocupado em proibir o processo cautelar autônomo, aproveitado a oportunidade para prever expressamente também a tutela antecipada.

Como já afirmado, a antecipação de tutela tem como objeto os efeitos executivos da tutela, o que cria em tese uma incompatibilidade da tutela antecipada com o processo/fase de execução, considerando-se que não é possível antecipar efeitos que a parte já tem. Acredito que a tutela antecipada fundada no perigo de lesão grave ou de difícil reparação não se justifica, porque, havendo tal perigo, o exequente não deverá pedir a satisfação imediata, mas a garantia de que sua satisfação ocorra no momento procedimental adequado, o que será feito por meio de cautelar.

Com as alterações legislativas que sofreu o processo de execução, os atos de satisfação já não dependem de garantia do juízo, não mais se podendo justificar a tutela antecipada pelo ingresso de embargos à execução manifestamente protelatórios. Ocorre, entretanto, que só poderão ser adotados após a citação do executado, sendo possível imaginar hipótese de resistência injustificada à realização do ato citatório, em conduta tipificada como abusiva e desleal. Entendo que nesse caso será admissível a tutela da evidência, prevista no art. 311, I, do Novo CPC, e não tutela antecipada.

Registre-se que, havendo embargos à execução, ação

incidental de conhecimento, é admissível o pedido de tutela antecipada tanto pelo embargante como pelo embargado, desde que preenchidos os requisitos legais. Basta imaginar a hipótese de o executado requerer a tutela antecipada para a retirada imediata de seu nome dos cadastros dos devedores em embargos à execução no qual se discute a existência da dívida exequenda[129].

12.4.3. REQUISITO NEGATIVO – IRREVERSIBILIDADE

Aduz o art. 300, § 3.º, do Novo CPC que não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. A norma tem nobre preocupação com o direito ao *contraditório* e a *ampla defesa*, servindo como salvaguarda do direito à segurança jurídica do réu[130], mas deve ser interpretada à luz da *efetividade da tutela jurisdicional*. Na realidade, a correta interpretação desse dispositivo legal é essencial para a tutela antecipada ser um efetivo instrumento no acesso à ordem jurídica justa ou mais uma previsão que em razão de suas limitações terá pouca aplicação prática e ainda menos relevância jurídica.

Atento a entendimento doutrinário firmado sobre o tema, o dispositivo legal deixa claro que irreversibilidade não diz respeito ao provimento que antecipa a tutela, e sim aos efeitos práticos gerados por ele[131]. O pronunciamento é sempre reversível, mediante a interposição do recurso cabível ou a prolação de outra decisão que virá substituí-lo. Daí porque correto o dispositivo ao consagrar o entendimento de que a irreversibilidade não é a jurídica, sempre inexistente, mas a fática, que é analisada pela capacidade de retorno ao *status quo ante* na eventualidade de revogação da tutela antecipada.

Tomando-se por base a irreversibilidade fática, deve-se analisar a situação fática anterior à concessão da tutela antecipada e aquela que será criada quando a tutela for efetivada. Sendo possível após sua revogação o retorno à situação fática anterior à sua concessão, a tutela antecipada será reversível, não sendo aplicado o impedimento do art. 300, § 3º, do Novo CPC. Caso contrário, haverá irreversibilidade, sendo, ao menos em tese, vedada pela lei a concessão da tutela antecipada.

Ocorre, entretanto, que, mesmo quando a tutela antecipada é faticamente irreversível, o juiz poderá excepcionalmente concedê-la, lembrando a doutrina que um direito indisponível do autor não pode ser sacrificado pela vedação legal. Nesse caso, valoram-se os interesses em jogo, e, sendo evidenciado o direito à tutela antecipada, é indevida a vedação legal à sua concessão[132]. São, por exemplo, muitas as tutelas antecipadas em demandas em que se discute a saúde do autor, com a adoção de medidas faticamente irreversíveis, tais como a liberação de remédios, imediata internação e intervenção cirúrgica.

É óbvio que a mera indisponibilidade do direito não é suficiente para a concessão da tutela antecipada, devendo sempre o juiz analisar o efetivo preenchimento dos requisitos legais[133]. Não é porque a operação é necessária à sobrevivência do autor que o juiz concederá, por esse simples fato, a tutela antecipada em seu favor somente porque o Plano de Saúde ou Hospital sempre poderão cobrar o valor da operação posteriormente na hipótese de revogação da tutela antecipada.

E nem se fale que nesse caso a tutela antecipada seria admitida porque será possível ao réu converter seu eventual prejuízo em *perdas e danos*. Há doutrina que afirma existir a irreversibilidade de fato e de direito, sendo essa última sempre resolvida em perdas e danos e, por isso, não impeditiva da concessão de tutela antecipada[134]. Na realidade, esse entendimento faz do dispositivo legal letra morta, porque todos os prejuízos se convertem em perdas e danos; ainda que em algumas situações não seja o ideal a compensação pecuniária, ela é sempre possível[135].

Situação mais delicada para o juiz ocorre quando a não concessão de tutela antecipada pode gerar um sacrifício irreversível ao pretenso direito daquele que requer a tutela de urgência e sua concessão gera um sacrifício irreversível ao réu. Claro, tudo conversível em perdas e danos, mas ainda assim o direito de alguma das partes terá de ser sacrificado. Imagine-se um pedido de tutela antecipada feito na sexta-feira para proibir a veiculação de matéria jornalística em revista dominical já pronta para ser distribuída: concedida a tutela antecipada, estar-se-á sacrificando o interesse de informar da empresa; não concedida, estar-se-á sacrificando o direito à privacidade do autor.

É uma situação-limite, que podemos chamar de "irreversibilidade de mão dupla", ou como prefere a doutrina, "recíproca irreversibilidade"[136], na qual caberá ao juiz a ponderação do direito mais provável no momento de análise do pedido da tutela antecipada[137], aplicando-se o princípio da *razoabilidade*. Em lição de autorizado processualista, devem-se valorar comparativamente

os riscos, balanceando os dois males para escolher o menor[138]. Típica hipótese é a tutela antecipada para atendimento médico quando o autor demonstra que sem ele sofrerá uma lesão irreparável[139]. Nesse caso, ainda com mais razão, será interessante na hipótese de concessão da tutela antecipada a determinação de caução ao autor, conforme analisado no Capítulo 12, item 12.3.2.2.

12.4.4. LEGITIMAÇÃO

Havendo pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, é natural que o único legitimado seja o autor do pedido principal, considerando-se que diante da concessão ou denegação do pedido de tutela provisória caberá o aditamento da petição inicial para a conversão do pedido de tutela antecipada em processo principal. O mesmo pode se afirmar do pedido incidental formulado como tópico da petição inicial do processo principal.

Quanto ao pedido incidental de tutela antecipada, formulado durante o processo principal, o tema se torna mais rico. A legitimidade do autor é óbvia, mas o réu também poderá formular pedido de tutela antecipada em seu favor?

Não resta dúvida de que a partir do momento em que o réu assume uma posição ativa no processo passa a ter legitimidade para requerer a concessão da tutela antecipada. Ao fazer uma *reconvenção* ou um *pedido contraposto*, o réu automaticamente passa a ser autor da pretensão veiculada por essas formas de resposta, qualificadas pela melhor doutrina como contra-ataques do réu[140]. Também é indubitável que o réu em *ação dúplice* pode requerer a concessão de tutela antecipada[141], porque nessa singular

espécie de ação o pedido de improcedência do pedido do autor elaborado pelo réu na contestação já é suficiente para entregar-lhe o bem da vida em disputa, de forma que ele, ao contestar, passa automaticamente a assumir também uma posição ativa no processo. A ação é dúplice porque o autor e o réu, a partir do momento de contestação, passam a ter posições ativas e passivas na relação jurídica processual.

A questão remanesce, entretanto, na possibilidade de o réu, ao simplesmente contestar o pedido do autor buscando evitar que ele receba a tutela jurisdicional pretendida, elaborar pedido de antecipação de tutela. O réu faz um pedido de natureza declaratória negativa quando se defende, qual seja a declaração de que o direito material do autor não existe. Na hipótese de o réu pretender obter a antecipação dos efeitos executivos dessa futura declaração, nenhum óbice haverá ao pedido de antecipação de tutela na contestação[142].

> Edison e Felipe recebem em suas residências um comunicado do Banco Surreal apontando dívidas que ambos não reconhecem como suas e informando que o nome de ambos já foi inscrito no Serasa. Como nenhum deles jamais manteve qualquer relação jurídica com o Banco Surreal, ficam intrigados com a referida cobrança, mas reagem de forma diferente. Edison, mais diligente e preocupado com as consequências de uma eventual cobrança e da mancha em sua reputação em razão do indevido cadastramento, ingressa com ação declaratória de inexistência de débito afirmando não ter qualquer dívida com o Banco Surreal e requer em tutela antecipada a retirada imediata de seu nome do Serasa. Felipe, mais cabeça fresca, não toma nenhuma providência imediata, mas quando finalmente é citado em ação de cobrança promovida pelo Banco Surreal, se vê obrigado a contestar a demanda, alegando que não tem qualquer dívida com o autor e pedindo a improcedência do pedido, ou seja, a

> declaração de inexigibilidade do débito. Como se pode notar, o pedido que Felipe faz em contestação é idêntico ao que fez Edison em sua petição inicial. Se um tem legitimidade para pedir a tutela antecipada, necessariamente também terá o outro.

Mesmo ciente de sua absoluta excepcionalidade, trago uma situação concreta tirada de minha experiência profissional na qual o réu requereu a antecipação de tutela da futura procedência do pedido do autor. Determinada instituição financeira, ao não localizar um veículo objeto de alienação fiduciária, ingressa com ação de cobrança contra o fiador, que em sua contestação limita-se a impugnar o valor cobrado pelo banco. No momento de apresentar a contestação, descobre onde está o carro e requer ao juiz a concessão de tutela antecipada de sua futura condenação, com o objetivo de buscar, apreender e entregar-lhe o carro, porque, uma vez condenado e satisfazendo o direito do autor, se sub-rogaria no crédito e, consequentemente, também nas garantias, no caso o carro. É verdade que, em razão do perigo de o carro novamente desaparecer, seria cabível um pedido cautelar, mas entendo que a tutela antecipada nesse caso, apesar da excepcionalidade, deveria ser deferida, como de fato foi.

No tocante aos terceiros intervenientes, aplicam-se as mesmas considerações já feitas, até porque o denunciado à lide e o chamado ao processo são réus. Apenas na assistência simples há uma especialidade digna de nota; apesar de ter legitimidade para pedir a tutela antecipada em favor do assistido o assistente tem interesse condicionado à vontade daquele para tal pedido[143], de forma que, havendo manifestação de vontade expressa do assistido no sentido de não quer a tutela antecipada, apesar de legitimado faltará

interesse jurídico ao assistente no pedido dessa espécie de tutela de urgência.

Questão interessante é a legitimidade do Ministério Público que funciona como fiscal da ordem jurídica na demanda para requerer a concessão de tutela antecipada. Apesar de a corrente doutrinária majoritária defender o contrário, entendo pela impossibilidade porque, como já tive oportunidade de defender, a tutela antecipada depende, ao menos em regra, de pedido da parte interessada. Sendo o Ministério Público fiscal da ordem jurídica, fiscalizar a boa aplicação dos dispositivos legais referentes à matéria é deixar à parte interessada o pedido de concessão de tutela antecipada[144]. Naturalmente que isso não impede que o promotor simplesmente peticione afirmando que a parte tem direito à tutela antecipada[145], expondo suas razões, o que muito provavelmente levará o patrono da parte a requerer a sua concessão.

12.4.5. MOMENTO DA ANTECIPAÇÃO

12.4.5.1. Tutela antecipada requerida em caráter antecedente

12.4.5.1.1. Procedimento

Nos termos do art. 303, *caput*, do Novo CPC, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Como se pode notar do dispositivo legal, não se trata propriamente de uma petição inicial, mas de um requerimento inicial voltado exclusivamente à tutela de urgência pretendida,

ainda que o § 4.º do mesmo dispositivo legal exija a indicação do valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

Na hipótese de indeferimento do pedido, caberá ao autor, nos termos do § 6º do art. 303 do Novo CPC, emendar a petição inicial em até 5 dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução do mérito. O prazo de cinco dias pode ser prorrogado pelo juiz, nos termos do art. 139, VI, do Novo CPC, servindo para um aditamento que na verdade converterá o pedido de tutela antecipada no processo principal.

Como o juiz já indeferiu o pedido de tutela antecipada, se o autor não quiser partir para o processo principal basta deixar de emendar a petição inicial, com o que o processo será extinto sem prejuízo econômico ao autor, já que tudo ocorrerá antes da citação do réu e por isso não se justifica condenação ao pagamento de verbas honorárias.

O pronunciamento que indefere o pedido de tutela antecipada formulada em caráter antecedente é impugnável por meio do agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I, do Novo CPC. Nesse caso cabe ao agravante obter a concessão de efeito suspensivo para evitar a extinção do processo em primeiro grau, sendo evidente o risco que corre se não for atribuído ao recurso o efeito suspensivo.

Caso a tutela antecipada seja concedida, o art. 303, § 1.º, I, do Novo CPC, exige que o autor adite a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias,

ou em outro prazo maior que o órgão jurisdicional fixar, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 302, § 2.º, do Novo CPC). Nos termos do § 3.º do mesmo dispositivo, esse aditamento dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

O prazo previsto no art. 303, § 1º, I, do Novo CPC, de certa forma conflita com a estabilização da tutela antecipada prevista no art. 304 do Novo CPC. Dentro da normalidade, o autor será intimado da concessão da tutela antecipada antes de o réu ser citado, de forma que se for computado o prazo previsto no art. 303, § 1º, I, do Novo CPC, fatalmente o pedido de tutela antecipada já terá se convertido em processo principal quando o réu tiver a oportunidade de deixar de se irresignar contra a decisão concessiva. E nesse caso a extinção não será meramente do pedido de tutela provisória de urgência, mas sim do próprio processo principal.

É possível até mesmo argumentar que, antes de saber se haverá ou não estabilização da tutela antecipada, não se pode exigir do autor a emenda de sua petição inicial, o que só se tornaria necessário se soubesse, diante da postura do réu, que o processo prosseguirá. De qualquer maneira, cabe ao autor, mesmo que por cautela, cumprir o prazo previsto no inciso I, do § 1º, do art. 303 do Novo CPC, para não correr o risco mesmo de decorrido o prazo de reação do réu ter seu processo extinto sem resolução do mérito pela falta de emenda da petição inicial.

Por outro lado, entendo que mesmo tendo havido a emenda da petição inicial não se poderá presumir que com isso o autor abriu mão da estabilização da tutela antecipada e que, por tal razão,

mesmo que o réu não interponha agravo de instrumento o processo seguirá normalmente. Nesse caso é o réu que deve se precaver agravando de instrumento mesmo que a petição inicial já tenha sido emendada. Não havendo agravo nesse caso entendo que o juízo deve intimar o autor para que ele se manifeste sobre a continuidade do processo em busca da tutela definitiva ou se já está satisfeito com a tutela antecipada estabilizada e por isso não se opõe à extinção do processo.

Os incisos do art. 303, § 1º, do Novo CPC preveem regras que se encavalam, demandando dos operadores uma interpretação adequada. Ainda que o réu deva ser imediatamente citado quando houver a concessão da tutela pleiteada, até porque precisa tomar conhecimento da existência do processo e da concessão da tutela antecipada para agravar de instrumento, não tem sentido o art. 303, § 1.º, II, do Novo CPC prever que o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334 e, conforme previsto no inciso III, § 1.º, do mesmo dispositivo legal, somente se não houver solução consensual, começará seu prazo para contestação (na realidade para sua defesa) nos termos do art. 335 do Novo CPC.

Na realidade não faz qualquer sentido o réu ser citado em um processo que dependerá de um ato positivo do autor para não ser extinto sem resolução do mérito. Por outro lado, não tem sentido deixar para citar o réu somente depois de o autor ter emendado a petição inicial porque nesse caso se postergará em demasia sua ciência do processo e sua possibilidade de impugnar a decisão concessiva da tutela antecipada.

A solução é seguir a literalidade do art. 303, § 1º, II, do Novo CPC e citar o réu e intimá-lo a comparecer a uma audiência de conciliação e mediação, que poderá não se realizar caso o autor não emende a petição inicial e o processo seja extinto ou o réu não se insurja contra a antecipação de tutela e o processo seja extinto com a estabilização da tutela antecipada.

12.4.5.1.2. Estabilização da tutela antecipada

12.4.5.1.2.1. Introdução

O art. 304 do Novo CPC introduz no sistema a maior e mais relevante novidade quanto à tutela provisória: a estabilização da tutela antecipada. Nos termos do *caput* do dispositivo legal a tutela antecipada concedida de forma antecedente se estabiliza se não for interposto pelo réu recurso contra a decisão concessiva de tutela antecipada.

Tratando-se de considerável novidade no sistema, ainda que guarde semelhanças com fenômenos diferentes já existentes em França e na Itália, traz uma série de questionamentos que precisam ser enfrentados.

12.4.5.1.2.2. Estabilização de tutela antecipada ou de tutela provisória?

Das três diferentes espécies de tutela provisória somente a tutela antecipada foi contemplada na fórmula legal de estabilização consagrada no art. 304 do Novo CPC. Significa dizer que, ao menos pela literalidade da norma, a regra não é aplicável à tutela cautelar e à tutela da evidência. Por outro lado, como o *caput* do art. 304 do Novo CPC faz remissão expressa à tutela antecipada concedida nos

termos do artigo legal antecedente (art. 303), também estaria excluída da estabilização a tutela antecipada concedida incidentalmente.

Compreendo a opção do legislador em não ter incluído na regra da estabilização a tutela cautelar, afinal, essa espécie de tutela provisória de urgência tem natureza meramente conservativa, criando uma nova situação fática diferente daquela que seria criada com o acolhimento da pretensão do autor. Ainda que a tutela cautelar não tenha mais autonomia formal, entendo que continua a ser acessória da tutela definitiva, de forma que não teria qualquer sentido lógico ou jurídico a estabilização de uma tutela acessória meramente conservativa[146]. Afinal, com a concessão da medida cautelar o direito da parte não estará satisfeito, não havendo sentido falar-se em sua estabilização[147].

O mesmo, entretanto, não se pode dizer da tutela provisória da evidência, que a exemplo da tutela antecipada tem natureza satisfativa. Nesse caso o legislador parece ter dito menos do que deveria, porque as mesmas razões que o levaram a criar a estabilização da tutela antecipada indiscutivelmente aplicam-se à tutela de evidência[148].

Note-se que para se chegar a tal conclusão deve ser superada outra omissão injustificada do legislador: a ausência de previsão expressa que permita o pedido de tutela da evidência de forma antecedente. O tema é tratado no item 12.6.3., sendo de extrema relevância para o cabimento da estabilização porquanto a opção do legislador no art. 304, *caput* do Novo CPC foi clara em limitar tal

fenômeno processual à tutela provisória antecedente. Partindo-se dessa premissa, a estabilização da tutela da evidência só seria possível nas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 311 do Novo CPC.

Registre-se, nesse tocante, corrente doutrinária que, apesar de reconhecer que tanto na tutela antecipada como na tutela da evidência tem-se identidade de objetivos, sendo possível a tutela do direito da parte em ambas, rejeita a interpretação extensiva por entender que nesse caso o réu não poderá ser surpreendido com uma estabilização não prevista expressamente em lei em razão de ausência de recurso contra a decisão concessiva de tutela da evidência[149]. A preocupação é legítima, mas contornável pela propositura da ação prevista no § 2º do art. 304 do Novo CPC e ainda de forma mais significativa pelo esclarecimento do juiz nesse sentido, em cumprimento do princípio da cooperação.

12.4.5.1.2.3. Restrição a concessão antecedente de tutela antecipada

O legislador fez clara opção de limitar a possibilidade de estabilização da tutela antecipada à sua concessão antecedente, de forma que sendo concedida de forma incidental, mesmo sem a interposição do recurso da parte contrária, o processo não deve ser extinto e a tutela antecipada não se estabilizará nos termos do art. 304 do Novo CPC[150].

Parece não haver espaço para outra conclusão diante da mera leitura do *caput* do art. 304 do Novo CPC, que ao tratar do âmbito de incidência da estabilização da tutela antecipada prevê

expressamente a concessão de tal tutela provisória nos termos do art. 303 do mesmo diploma legal, que trata justamente da concessão antecedente da tutela.

Apesar da clara opção legislativa, já se forma doutrina crítica a esse respeito, entendendo não existir razão para o diferenciado tratamento. Afirmar-se que sendo os mesmos requisitos exigidos para concessão antecedente e incidental, e tendo o mesmo papel e função em ambos os casos, a estabilização deveria ser aplicável tanto à tutela antecipada antecedente como à incidental[151].

Entendo que a solução dependerá do momento da concessão da tutela antecipada de forma incidental. Sendo a concessão *inaudita altera partes*, parece realmente viável a estabilização nos termos do *caput* do art. 304 do Novo CPC, porque apesar de nesse caso já existir o processo principal, há uma nítida proximidade com a concessão antecedente. O mesmo não se pode dizer diante de uma concessão de tutela antecipada após a citação do réu, ou seja, depois de já formada a relação jurídica processual tríplice, e da apresentação de sua defesa. Entendo que nesse caso o processo principal não pode ser extinto sem resolução do mérito diante de uma suposta estabilização da tutela antecipada, até porque nesse caso o réu já terá se insurgido contra a pretensão do autor.

12.4.5.1.2.4. Tutela antecipada parcial

É possível que no caso concreto haja concessão parcial de tutela antecipada requerida de forma antecedente, seja porque foi nesse sentido pleiteado pelo autor, seja porque, apesar de um pedido total de concessão de tutela antecipada houve acolhimento parcial

do pedido. Embora exista doutrina que defende a estabilização da tutela antecipada nesse caso[152], não parece ser essa a melhor solução do tema.

Concordo com a doutrina que aponta que nesse caso não teria sentido a estabilização da tutela antecipada por dois motivos: (a) seria gerada indesejável confusão procedimental com parcela do pedido estabilizado em razão da concessão parcial de tutela antecipada e outra parcela a ser decidida mediante cognição exauriente, e (b) por uma questão de economia processual, tendo seguimento o processo em razão da parcela de mérito não concedida em sede de tutela antecipada, não tem sentido deixar de decidir ao final, com cognição exauriente e juízo de certeza, a parcela do mérito que já foi objeto da tutela antecipada[153].

12.4.5.1.2.5. Recurso do réu

Segundo a previsão do art. 304, *caput*, do Novo CPC, a tutela antecipada concedida anteriormente só não se estabiliza na hipótese de interposição de recurso pelo réu, que embora não esteja indicado expressamente no dispositivo legal, é o agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I, do Novo CPC. A redação legal está longe de ser a mais adequada.

Poderia o dispositivo prever qualquer espécie de resistência, inclusive a meramente incidental oferecida perante o juízo que concedeu a tutela antecipada. Não tem sentido a legislação obrigar o réu a recorrer quando na realidade ele pretende somente se insurgir no próprio grau jurisdicional onde foi proferida a decisão. É a própria lógica do sistema que aponta nessa direção porque a

própria razão de ser da estabilização é o réu deixar de se insurgir contra a tutela provisória concedida. Por outro lado, se o objetivo do sistema é a diminuição do número de recursos, a interpretação literal do art. 304, *caput*, do Novo CPC, conspira claramente contra esse intento. Resta ao intérprete dizer que onde se lê "recurso" deve se entender "impugnação", criticando-se o legislador por ter preferido a utilização de espécie (recurso) em vez do gênero (impugnação)[154].

Há entendimento doutrinário no sentido de ser afastada a estabilização ora analisada havendo impugnação da decisão concessiva da tutela antecipada por qualquer forma, recursal ou não[155]. Também a contestação do réu é apontada como hábil a evitar a estabilização da tutela antecipada[156]. Nesse caso é preciso lembrar que o art. 303, II, do Novo CPC, prevê que no pedido de tutela antecipada antecedente o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334 do Novo CPC. Significa dizer que o réu não será intimado para contestar, sendo que, tecnicamente, seu prazo para a apresentação de defesa nem terá se iniciado. É natural que se o réu se adiantar e já contestar o pedido a tutela antecipada não se estabilizará. Mas também não deve ser descartada a possibilidade de o réu simplesmente peticionar nos autos expressando o desejo de participar de tal audiência[157], o que demonstrará, de forma clara, sua intenção de que o procedimento siga seu rumo regular.

Tenho um entendimento ainda mais amplo, admitindo que qualquer forma de manifestação de inconformismo do réu[158], ainda

que não seja voltado à impugnação da decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, é o suficiente para se afastar a estabilização prevista no art. 304 do Novo CPC. O réu pode, por exemplo, peticionar perante o próprio juízo que concedeu a tutela antecipada afirmando que embora não se oponha à tutela antecipada concedida não concorda com a estabilização, e que pretende a continuidade do processo com futura prolação de decisão de mérito fundada em cognição exauriente, passível de formação de coisa julgada material.

> Fernando ingressa com demanda judicial contra o Banco Português alegando não ser devedor de valor extrajudicialmente cobrado pela instituição bancária, pedindo em sede de tutela cautelar antecedente a retirada de seu nome do rol de devedores dos serviços de proteção ao crédito. Ao Banco Português pouco importa se o nome de Fernando é retirado ou continua em tais cadastros, já que em cadastro interno ele continuará a constar como devedor e dessa instituição financeira não conseguirá mais crédito. Se entender que a medida não se presta a pressionar psicologicamente Fernando a cumprir a obrigação, não terá interesse em impugnar a decisão concessiva de tutela antecipada, e muito menos de recorrer dessa decisão. Mas pode pretender continuar o processo para se decidir, com decisão fundada em cognição exauriente, se Fernando é realmente devedor ou não. Até porque a sentença meramente declaratória é título executivo judicial...

O entendimento defendido, portanto, é mais amplo do que aquele que defende a não ocorrência da estabilização se o réu, por qualquer modo, se valer de expediente processual para cassar a decisão concessiva da tutela antecipada[159]. Na realidade, entendo que a mera irresignação em primeiro grau, ainda que não acompanhada de pedido expresso de reforma ou anulação da

decisão já será o suficiente para se afastar a aplicação do art. 304 do Novo CPC.

Havendo a interposição do agravo de instrumento pelo réu, estará afastada a estabilização da tutela antecipada concedida de forma antecedente independentemente do resultado do recurso[160]. O simples fato de o réu ter se insurgido contra a decisão, mesmo que por meio de recurso formalmente imperfeito, já é o suficiente para a não aplicação do art. 304, do Novo CPC. Há doutrina que aponta que apenas na hipótese de recurso intempestivo a estabilização não será evitada[161].

Questiona-se qual o motivo que levaria o réu a passivamente admitir a estabilização da tutela antecipada, sabendo que basta a ele recorrer, numa interpretação literal do art. 304, *caput*, do Novo CPC, ou tão somente se insurgir contra a decisão concessiva da tutela antecipada. Realmente não é presumível que, sem alguma espécie de incentivo, o réu permita a estabilização da tutela antecipada.

Há doutrina que defende a aplicação subsidiária das regras do processo monitório, com a isenção do pagamento de custas e pagamento apenas de 5% do valor da ação a título de honorários advocatícios, com aplicação por analogia do art. 701, *caput*, do Novo CPC. [162] Não concordo com a premissa do pensamento porque para mim há diferenças inconciliáveis entre a tutela antecipada estabilizada e a tutela monitória, em especial quanto à formação do título executivo judicial. De qualquer forma, entendo que não é preciso recorrer a interpretações por analogia para se

justificar a concessão no caso concreto de incentivo a não se insurgir contra a concessão de tutela antecipada antecedente. Esses incentivos são formas de execução indireta, e, como tais, podem ser aplicados pelo juiz de ofício, sendo possível, portanto, que o juiz isente o réu do pagamento de custas processuais e até mesmo do pagamento dos honorários advocatícios, independentemente de previsão legal expressa nesse sentido, como forma de pressionar o réu a deixar de fazer (no caso evitar a estabilidade da tutela antecipada).

12.4.5.1.2.6. Vontade do autor

Será inaplicável o art. 304 do Novo CPC se o autor expressar sua vontade de que pretende, além da concessão da tutela antecipada, pronunciamento fundado em cognição exauriente capaz de gerar coisa julgada material. Contrariar a vontade do autor nesse sentido seria negar o exercício pleno de seu direito de ação, em manifesta violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrada no art. 5º, XXXV, da CF.

Questão mais polêmica diz respeito à possiblidade de o autor se manifestar no sentido de afastar a estabilização depois do réu já ter deixado de se insurgir contra a decisão. Para parcela da doutrina não se deve admitir a manifestação do autor nesse momento porque ela prejudicaria o réu que confiou na estabilização e por isso deixou de recorrer da decisão concessiva da tutela antecipada[163]. Discordo desse entendimento porque não há qualquer prejuízo ao réu, pelo contrário, existe até mesmo um benefício. A estabilização da tutela antecipada mantém a decisão concessiva gerando efeitos até que uma nova ação seja proposta e os casse, enquanto que, tendo o

processo continuidade, será possível, a qualquer tempo, a revogação da tutela antecipada.

Como a extinção do processo depende da prolação de uma sentença que o extinga, acredito que mesmo não tendo sido a decisão concessiva da tutela antecipada de qualquer modo objeto de insurgência do réu, não é possível se falar ainda em estabilização da tutela antecipada, que só ocorrerá com o processo extinto por sentença. Por essa razão, e desde que respeitado o criticável prazo previsto no art. 303, § 1º, I, do Novo CPC, entendo possível que o autor, no aditamento de sua petição inicial, expresse sua vontade de continuar com o processo mesmo presentes os requisitos para a estabilização da tutela antecipada[164].

Conforme visto, tanto a vontade do autor como do réu são capazes de, isoladamente, afastar a aplicação do art. 304 do Novo CPC. Ao autor basta manifestação expressa nesse sentido e ao réu basta se insurgir contra a decisão concessiva de tutela antecipada. Se a vontade unilateral das partes já é suficiente para afastar a estabilização da tutela antecipada, com maior razão o acordo de vontade das partes, nos termos do art. 190, do Novo CPC[165].

12.4.5.1.2.7. Litisconsórcio e assistência

Havendo litisconsórcio passivo é possível que apenas um ou algum dos réus interponha recurso contra a decisão concessiva de tutela antecipada, ou ainda se insurja por outra forma contra tal decisão. Ainda que corrente doutrinária entenda que, nesse caso, somente se a defesa do litisconsorte que se insurgiu contra a decisão aproveitar ao réu que deixou de se insurgir será possível afastar a

estabilização da tutela[166], entendo que qualquer que seja o teor da decisão ou da impugnação do réu não caberá a aplicação do art. 304, do Novo CPC.

A estabilização só se justifica com a extinção do processo, não tendo sentido que uma tutela antecipada seja estabilizada para um dos réus e não para os demais. O fato é que havendo a impugnação, o processo não poderá ser extinto, e tendo continuidade, a eficácia da tutela antecipada deve estar condicionada a decisão definitiva, fundada em cognição exauriente. Basta imaginar o inconveniente de se estabilizar a tutela antecipada para um réu, que ingressa com a ação prevista no art. 304, § 2º, do Novo CPC, enquanto o processo no qual a tutela antecipada foi concedida ainda continua em trâmite.

O assistente simples tem sua atuação condicionada à vontade do assistido, mas não é possível descartar a possibilidade de, diante do silêncio do réu, seu assistente se insurgir contra a decisão concessiva de tutela antecipada antecedente. Afinal, o art. 121, parágrafo único, do Novo CPC, permite que o assistente simples atue na omissão do assistido, na qualidade de seu substituto processual. Caso o réu, entretanto, se manifeste expressamente a favor da estabilização, antes ou depois da insurgência do assistente, o processo será extinto e a tutela antecipada estabilizada.

12.4.5.1.2.8. Extinção do processo

Nos termos do art. 304, § 1º, do Novo CPC, preenchidos os requisitos para a estabilização da tutela antecipada o processo será extinto. Não imagino outra forma de se extinguir um processo que não seja por meio de sentença, já que a extinção naturalmente

dependerá de uma decisão judicial, que nos termos do art. 203, § 1º, do Novo CPC, será uma sentença.

Parece indiscutível que não há nessa decisão resolução de mérito quanto ao pedido definitivo, até porque esse pedido não é ainda objeto do processo, só sendo a ele levado com o aditamento da petição inicial pelo autor[167]. Não custa lembrar que o pedido de tutela antecipada antecedente dispensa o autor de elaborar seu pedido principal, o que só será dele exigido se o pedido de tutela antecipada for convertido em processo principal.

Pode se afirmar que, ainda que o pedido definitivo não tenha sido objeto de decisão, o mérito foi decidido na concessão da tutela antecipada, ainda que provisoriamente em razão da cognição sumária presente no momento da prolação da decisão. Concordo com esse entendimento, mas nem por isso é correto, como afirma parcela da doutrina, entender que a sentença que extingue o processo nesse caso é um julgamento provisório de mérito, devendo ser fundada no art. 487, I, do Novo CPC[168].

A decisão que concede a tutela antecipada não se confunde com a sentença que, depois dela, extingue o processo. Se a primeira é indubitavelmente uma decisão de mérito, a segunda certamente não o é, já que não acolhe ou rejeita qualquer pedido do autor, limitando-se a extinguir o processo. A sentença nesse caso é terminativa, devendo ser fundada no art. 485, X, do Novo CPC.

12.4.5.1.2.9. Inexistência de coisa julgada

Nos termos do art. 304, § 6º, do Novo CPC, a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, mesmo que seus

efeitos sejam estabilizados em razão da postura omissiva do réu. O dispositivo é comemorado pela melhor doutrina[169], que mantem tradição do direito pátrio de reservar a coisa julgada apenas a decisões proferidas mediante cognição exauriente. Afinal, não parece ter muito sentido lógico se conferir a imutabilidade e indiscutibilidade próprias da coisa julgada material a uma decisão proferida mediante cognição sumária. A certeza se torna imutável e indiscutível, a probabilidade não.

Como entendo que a coisa julgada material é resultante de uma opção de política legislativa, não vejo como impossível que se preveja expressamente decisão fundada em cognição sumária capaz de produzir coisa julgada material. Não me parecerá lógico, mas ilegal não será. Não foi, entretanto, essa a opção do legislador, como se pode notar claramente da redação do § 6º do art. 304 do Novo CPC.

Ocorre, entretanto, que após o decurso do prazo de dois anos para o ingresso da ação prevista no § 2º do art. 304 do Novo CPC, a concessão de tutela antecipada se torna imutável e indiscutível. Pode se dizer que não se trata de coisa julgada material, mas de um fenômeno processual assemelhado, mas a estabilidade e a satisfação jurídica da pretensão do autor estarão presentes em ambas.

12.4.5.1.2.10. Ação no prazo de 2 anos

Sendo extinto o processo com a estabilização da tutela antecipada, o § 2º do art. 304 do Novo CPC prevê que qualquer das partes poderá ingressar com novo processo com o objetivo de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. O dispositivo

legal não deve ser elogiado porque ao mesmo tempo que dá legitimidade ativa para ambas das partes do processo extinto em razão da estabilização da tutela antecipada, prevê que esse processo se presta a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Exatamente qual seria o interesse do autor, satisfeito no plano prático em razão da tutela antecipada concedida e estabilizada, ao pretender rever, reformar ou invalidar tal tutela?

E o que é mais lamentável é que, sem os indevidos limites consagrados no § 2º do art. 304 do Novo CPC, é plenamente possível vislumbrar o interesse do autor em ingressar com processo após a estabilização para obter a tutela definitiva que ainda não conseguiu. Mas nesse caso, não buscará rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, mas sim confirmá-la por meio de uma decisão definitiva fundada em cognição exauriente e juízo de certeza[170]. É claro que não será um processo frequente, até porque se o autor do processo originário pretender obter a tutela definitiva basta pedi-la de forma expressa, conforme já analisado no item 12.4.5.1.2.6., mas ainda assim haverá interesse de agir.

Como entendo inconstitucional impedir ao autor a propositura da ação versada no § 2º, do art. 304, do Novo CPC, entendo ser necessária a interpretação ampliativa do rol previsto em tal dispositivo, que deve, portanto, ser considerado meramente exemplificativo. Independentemente da consequência do pedido dessa ação com relação à estabilização da tutela antecipada, o importante é que ela tenha como objeto o mesmo bem da vida do processo extinto pela tutela antecipada estabilizada.

O desarquivamento dos autos do processo extinto em razão da estabilização da tutela antecipada para instruir a petição inicial da ação prevista no art. 304, § 2º, do Novo CPC pode ser desnecessário caso a parte tenha consigo cópia capa a capa dos autos. No processo eletrônico o desarquivamento torna-se ainda mais desnecessário.

É criada pelo § 4º, do art. 304, do Novo CPC, uma competência absoluta, de caráter funcional, de forma que o juiz que concedeu a tutela antecipada que se estabilizou por inércia do réu é prevento para o processo previsto no § 2º do mesmo dispositivo. A regra deve ser elogiada, porque o juízo que enfrentou a matéria, ainda que em cognição sumária, tem mais conhecimento sobre ela do que qualquer outro, se justificando que o exercício da função jurisdicional na concessão da tutela antecipada o vincule de forma obrigatória a um processo que tenha como objetivo revê-la, reformá-la, anulá-la ou confirmá-la.

O processo seguirá o procedimento comum, e mesmo que o mais comum seja a mera inversão dos polos se comparado com o processo em que foi proferida tutela antecipada, não está vedada a formação de litisconsórcio com terceiro que não participou do processo originário. Nessa ação, como em outra qualquer, será cabível a concessão de tutela provisória, desde que preenchidos os requisitos, para que cessem imediatamente os efeitos da tutela antecipada estabilizada[171].

Segundo a doutrina majoritária nessa ação não haverá uma redistribuição do ônus probatório, de forma que as partes mantêm

seus ônus quanto à prova que tinham no processo extinto pela estabilização da tutela antecipada[172].

Registre-se, por fim, opinião doutrinária que entende que a limitação de dois anos para a propositura de ação que tenha o mesmo bem da vida que tinha o pedido de tutela antecipada é inconstitucional, ofendendo o processo justo. Para essa corrente doutrinária, essa ação poderá ser proposta depois de decorridos dois anos do trânsito em julgado da sentença proferida no processo em que a tutela antecipada se estabilizou, sendo limitada apenas pelos prazos do direito material de decadência e prescrição, a depender do caso[173].

Prefiro o entendimento de que o prazo de dois anos criado pelo art. 304, § 5º, do Novo CPC, tem natureza decadencial[174], a exemplo do prazo para a ação rescisória previsto no art. 975, *caput*, do Novo CPC, de forma que o direito de ação das partes deve ser exercido dentro desse prazo[175]. Até porque, se assim não fosse, qual será o sentido de haver um prazo previsto expressamente em lei para a propositura de tal ação?

12.4.5.1.2.11. Ação rescisória

Durante o prazo de dois anos para a propositura de referida ação, a inexistência de coisa julgada da decisão que antecipa a tutela antecipada que se estabiliza por ausência de recurso da parte sucumbente não chega a ser um problema, e o mesmo não se pode dizer do momento posterior ao decurso do prazo. Nesse caso, a previsão expressa de que não há coisa julgada afasta o cabimento de ação rescisória contra tal decisão, de forma que teremos uma

decisão de mérito no sistema que jamais será impugnável por ação rescisória, ainda que definitiva.

Se a parte quiser alegar um dos vícios previstos no art. 966 do Novo CPC, poderá se valer da ação prevista no § 2.º do art. 304, do Novo CPC. Entretanto, após esse prazo, os vícios, que só poderiam ser alegados por meio de ação rescisória, já não podem mais sê-los porque essa espécie de meio de impugnação depende de coisa julgada[176]. E o § 6º do art. 304, do Novo CPC, não deixa dúvida sobre não existir coisa julgada na decisão concessiva de tutela antecipada antecedente.

A única saída possível é uma interpretação ampliativa do § 2.º do art. 966 do Novo CPC. Segundo o dispositivo legal, cabe ação rescisória contra decisão terminativa (ou seja, que não resolva o mérito), desde que ela impeça a nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente. Apesar de se tratar de situação distinta, já que a decisão que antecipa a tutela é indiscutivelmente de mérito, pode-se alegar que a decisão terminativa também não faz coisa julgada e ainda assim pode, respeitadas determinadas exigências, ser impugnada por ação rescisória.

A ausência de coisa julgada, portanto, teria deixado de ser condição *sine qua non* para a admissão de ação rescisória, o que poderia liberar o caminho para a conclusão de cabimento de tal ação contra a decisão que concede tutela antecipada estabilizada depois de dois anos de seu trânsito em julgado.

12.4.5.2. Tutela antecipada requerida em caráter incidental

12.4.5.2.1. Introdução

A doutrina vem corretamente entendendo que a tutela antecipada, quando requerida incidentalmente, pode ser concedida a qualquer momento do processo, o que significa no início, com a propositura da demanda, até o final, com o trânsito em julgado. Apesar dessa amplitude, existem alguns momentos que merecem uma análise específica em razão de suas singularidades.

12.4.5.2.2. Inaudita altera parte

A praxe forense vem demonstrando que a tutela antecipada pode ser concedida *inaudita altera parte*, o que significa dizer que é admissível a concessão dessa espécie de tutela de urgência antes mesmo da citação do réu[177]. A alegação de que a concessão da tutela antecipada nesse momento afronta o princípio do *contraditório* é corretamente rejeitada em razão da evidência de que nesse caso existe o respeito a esse princípio, sob forma do chamado contraditório diferido, nos termos do art. 9º, parágrafo único, I, do Novo CPC.

Apesar da possibilidade de concessão de tutela antecipada nesse momento inicial do procedimento, quando a relação jurídica processual ainda não se completou, é correta a lição doutrinária que ensina ser excepcional a concessão *inaudita altera parte*[178]. Somente se justifica conceder uma tutela de urgência de natureza satisfativa antes da oitiva do réu em situações de extrema urgência, nas quais a mera espera da citação e resposta do réu já seja suficiente para o perecimento do direito do autor. Também a

hipótese de a ciência motivar o réu a adotar alguma conduta que venha a frustrar a eficácia de uma futura antecipação de tutela pode justificar no caso concreto sua concessão liminarmente. Resumidamente, só se justifica a tutela antecipada antes da citação se a convocação do réu prejudicar a eficácia da medida[179].

Significa dizer que, sempre que for possível aguardar a manifestação do réu após sua citação sem grandes repercussões negativas na esfera de interesse do autor, deve-se esperar esse momento para conceder a tutela antecipada. Ainda que o contraditório diferido seja apto a preservar o princípio constitucional consagrado no art. 5.º, LV, da CF, é evidente que o contraditório tradicional, com decisão somente após a concessão de oportunidade para a parte contrária se manifestar, é o ideal, limitando-se seu sacrifício a situações excepcionais.

Mesmo naquelas situações em que a demanda aparentemente perde o seu objeto em razão da satisfação irreversível gerada pela concessão da tutela antecipada, o contraditório diferido, apesar de ser incapaz de fazer a situação fática e jurídica retornar ao *status* anterior, serve para definir eventual responsabilidade civil por tutela antecipada concedida em razão de enganosa percepção de que o autor tivesse o direito material que alegava ter. O réu sempre terá interesse em continuar com o processo, porque, uma vez julgado improcedente o pedido do autor, fará jus a receber pelas perdas e danos suportadas em razão de efetivação de tutela antecipada posteriormente revogada. Fernanda ingressa com demanda judicial contra Aline alegando que tem o direito de vestir determinado vestido na festa de formatura de ambas, sendo que Aline

indevidamente mantém com ela o tal vestido. Concedida a tutela antecipada um dia antes da festa, e sendo o vestido usado por Fernanda na festa de formatura, o que obrigará Aline a comparecer à mesma festa com um vestido alternativo, a satisfação de Fernanda será irreversível. Ainda assim, Aline terá interesse em continuar a demanda para demonstrar que Fernanda não tinha direito sobre o vestido, o que permitirá a Aline responsabilizar civilmente Fernanda por todos os danos que suportou por não ter comparecido à festa de formatura com o vestido de seus sonhos. O contraditório diferido, portanto, se não é capaz de retornar ao estado fático anterior, ao menos garantiria o ressarcimento pecuniário de Aline.

Registre-se que muitas vezes o autor requer já na petição inicial a tutela antecipada, sendo tal conduta bastante frequente na praxe forense, podendo-se até afirmar que esse é o momento mais comum do autor requerer a concessão da tutela antecipada. Caso o juiz entenda que a eventual concessão após a oitiva do réu não acarretará maiores sacrifícios ao autor, não deve expressamente indeferir o pedido de tutela antecipada, mas simplesmente decidir que resolverá o pedido somente após a manifestação do réu.

Parece indiscutível que esse pronunciamento do juiz é verdadeiramente uma decisão interlocutória que rejeita a pretensão do autor em obter a tutela antecipada, sendo recorrível por agravo de instrumento. Obviamente, a não concessão de tutela antecipada no momento em que o autor requer sua concessão gera uma sucumbência passível de ser revertida pelo recurso cabível, no caso o agravo de instrumento. Afirmar que se trata de mero despacho porque o juiz nada decidiu, somente postergando a decisão, é

esquecer que justiça tardia é sinônimo de injustiça.

Infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça tem julgados nos quais entende ser *despacho* o pronunciamento do juiz que determinou que sem alguns documentos que deveriam ser juntados aos autos não poderia conceder a tutela antecipada[180]. Se essa não é uma decisão denegatória do pedido do autor, como explicar a possibilidade de o tribunal, num eventual reexame, entender que os documentos que instruíram a petição inicial são suficientes para o preenchimento dos requisitos previstos no art. 300, *caput*, do Novo CPC e conceder a tutela antecipada? Com o devido respeito que a corte merece, são julgamentos lamentáveis, que partindo de uma premissa absolutamente equivocada admitem passivamente o perecimento do direito do autor sem que ele possa se insurgir contra a decisão que lhe denegou uma tutela antecipada, mesmo tendo preenchido todos os requisitos para a sua concessão.

12.4.6. SENTENÇA

Num primeiro momento pode parecer incongruente o julgamento de procedência do pedido do autor e a concessão de tutela antecipada na mesma decisão. Pode se imaginar que, sendo a procedência do pedido a concessão da tutela definitiva, fundada em cognição exauriente (juízo de certeza), não teria nenhuma utilidade a antecipação de tutela na sentença, tutela provisória que deve existir justamente enquanto não advir a tutela definitiva. Se o autor já obteve a tutela definitiva, como entender que ao mesmo tempo receba também a tutela antecipada?

A dúvida só tem alguma justificativa para aqueles que

desconsideram que o instituto processual chamado comumente de tutela antecipada na realidade não antecipa a tutela, mas seus efeitos executivos, ou seja, a tutela só pode ser concedida definitivamente, sendo objeto da antecipação somente os efeitos práticos dessa tutela. Dessa forma, sempre que o recurso contra a sentença de procedência tiver efeito suspensivo, o autor, apesar de ter obtido a tutela definitiva em sentença, não terá recebido os efeitos executivos de tal tutela, porque o recurso impedirá a geração de efeitos da sentença, obstando a satisfação imediata de seu direito. A utilidade da tutela antecipada nesse caso mostra-se evidente, entregando ao autor algo que ele não ganhou com a sentença de procedência: os efeitos práticos da tutela obtida[181]. Dessa forma, restou pacificado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça pelo cabimento da antecipação de tutela na sentença[182].

Ocorre, entretanto, que nem todo recurso contra a sentença tem efeito suspensivo, de forma que, ausente esse efeito do recurso, como ocorre com o recurso inominado dos Juizados Especiais Estaduais, a sentença de procedência passa imediatamente a gerar efeitos, inclusive os executivos, sendo nesse caso absolutamente desnecessário antecipar a tutela na sentença. Como se diz na gíria popular, será “chover no molhado”.

Há problemas a resolver a respeito do recurso cabível ao réu, que, além de perder a demanda, tem contra si concedida uma tutela antecipada na sentença. Esses problemas, entretanto, jamais poderão servir de desculpa ou impedimento para que o juiz não conceda a tutela antecipada na sentença, ou, como preferem alguns doutrinadores, monte uma pequena encenação, com a concessão por

decisão interlocutória momentos antes da prolação da sentença, ainda que numa mesma folha de papel[183]. Funcionaria assim o engodo: estando o processo pronto para julgamento, o juiz chama os autos à conclusão e profere antes uma decisão interlocutória concedendo a tutela antecipada e depois uma sentença julgando procedente o pedido do autor. Quem sabe abre até duas conclusões para formalizar de forma indiscutível a existência de duas decisões diferentes e autônomas. O problema recursal estaria resolvido, mas à custa de uma encenação, uma simulação que não pode ser saudavelmente admitida[184].

Ainda pior a opinião doutrinária a defender que mesmo que o juiz tenha materialmente proferido somente uma decisão, que naturalmente será uma sentença com um capítulo de concessão da tutela antecipada, deve-se imaginar que existem duas decisões, uma de natureza interlocutória e outra de natureza sentencial. Afirma-se que formalmente há somente uma decisão, mas materialmente existem duas[185]. Nesse verdadeiro exercício de ficção jurídica o problema recursal estaria novamente resolvido, mas enxergar duas decisões onde só existe uma não parece ser a técnica mais apropriada para solução de problema de qualquer natureza.

Não resolve o problema recursal a adoção da elegante teoria dos capítulos da sentença, imaginando-se recorrível por agravo de instrumento o capítulo da sentença que concedeu a tutela antecipada e por apelação o capítulo que julgou procedente o pedido do autor. Como já analisado no Capítulo 68, item 68.3. o princípio da *singularidade* impede a divisão da decisão em capítulos para fins de recorribilidade, de forma que da sentença, independentemente de

conter capítulos que resolvem questões incidentais, caberá a apelação[186]. O § 5º do art. 1.013, do Novo CPC, prevê expressamente que o capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela antecipada é impugnável por apelação.

O único recurso cabível ao réu, portanto, será a apelação, mas nesse caso, o recurso não terá efeito suspensivo, de forma que mesmo impugnada a sentença o capítulo que antecipou os efeitos da sentença terá eficácia imediata. Como deve o réu proceder se pretender impedir a geração de tais efeitos? Entendo que a forma procedimental para atingir tal objetivo dependerá fundamentalmente da urgência do réu no caso concreto.

Sendo hipótese de urgência extrema, a solução está prevista expressamente no art. 1.012, § 3º, I, do Novo CPC. Poderá o réu apelar e imediatamente ingressar com uma petição autônoma devidamente instruída perante o tribunal competente requerendo a concessão de efeito suspensivo à apelação no tocante ao capítulo da sentença que concedeu a tutela antecipada. Uma vez distribuída a petição, o órgão colegiado que a receber torna-se prevento para a apelação, que será a ele encaminhado quando finalmente os autos chegarem ao tribunal. É a melhor forma entre todas as possíveis, sem a necessidade de interposição de recursos ou de outras ações judiciais: forma mais rápida, simples, barata e em sintonia com o sincretismo processual.

Ainda que extremamente improvável, o juízo de primeiro grau até pode receber a apelação no duplo efeito quanto ao capítulo que antecipou a tutela, e nesse caso a providência acautelatória tomada

pelo tribunal tornar-se-ia prejudicada. Mas essa improvável circunstância não retira do tribunal a competência de analisar antes do recebimento da apelação o pedido do réu, lembrando-se que, mesmo que a apelação seja recebida no duplo efeito, o tempo necessário para que isso ocorra já pode ser suficiente para o perecimento do direito. É melhor proteger o direito do réu, ainda que no futuro a proteção não seja mais necessária, do que negá-la com a suposição de que ela virá, de forma eficaz, por uma decisão futura e eventual que provavelmente nem existirá.

Na hipótese de o réu ter uma urgência média, pode aguardar o recebimento da apelação. Como já afirmado, é improvável que o juiz sentenciante a receba no duplo efeito quanto ao capítulo da sentença que antecipou a tutela, e isso por uma razão evidente: o juiz que antecipa a tutela na sentença quer que a sua decisão gere efeitos imediatamente, não havendo muito sentido lógico antecipar a tutela e suspender os efeitos de sua decisão quando a apelação é interposta. De qualquer forma, se o réu se dispuser a aguardar esse momento procedimental, vale a pena pedir ao juiz de primeiro grau a concessão de efeito suspensivo, acreditando que as razões recursais possam convencê-lo do equívoco na concessão da antecipação de tutela.

Como o juízo de primeiro grau antecipa a tutela na sentença por meio de cognição exauriente (juízo de certeza), dificilmente receberá a apelação no duplo efeito. De qualquer forma, o réu terá obtido uma decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento, podendo levar a questão ao tribunal por meio desse recurso. Fundamentalmente as razões e o pedido desse agravo de

instrumento serão os mesmos da ação cautelar ou mera petição que teriam sido interpostas antes da decisão de recebimento da apelação: relevância da fundamentação da apelação, perigo de grave dano irreparável ou de difícil reparação e pedido para que o capítulo da sentença que antecipou a tutela tenha seus efeitos suspensos até o julgamento da apelação.

Na remota hipótese de uma urgência mínima, o réu poderá aguardar a chegada dos autos ao tribunal após a interposição da apelação. Nesse caso, poderá realizar o pedido de concessão do efeito suspensivo quanto ao capítulo da sentença que antecipou a tutela em favor do autor como mero tópico da apelação, que será apreciado pelo relator ao qual o recurso for distribuído. Até se pode suspeitar que a disposição de aguardar esse momento procedimental já demonstre que o réu não tem nenhuma urgência, mas, apesar de ser comum a demora da remessa dos autos ao tribunal, ainda mais demorado é o julgamento da apelação, de forma que o réu pode não sofrer grave dano se esperar a manifestação do relator, mas o suportará se tiver que aguardar o julgamento de seu recurso.

12.4.7. FASE RECURSAL

A competência do tribunal na concessão de tutela antecipada é indiscutível quando atua com competência originária, podendo antecipar os efeitos práticos de seu futuro acórdão de procedência do pedido do autor[187]. Um exemplo é encontrado no art. 969 do Novo CPC, que admite expressamente a concessão de tutela antecipada na ação rescisória.

Também na atividade recursal é possível que o tribunal

antecipe a tutela, havendo inclusive expressa previsão legal quanto a essa possibilidade no agravo de instrumento (art. 1.019, I, do Novo CPC). Com o agravo de instrumento, é simples imaginar o pedido de tutela antecipada sendo direcionado ao tribunal, considerando-se que o recurso é interposto diretamente no órgão que analisará o pedido de tutela de urgência. Mais uma vez o problema é a interposição do recurso no juízo *a quo*, como ocorre, por exemplo, na apelação.

O problema de ordem prática já indicado no item anterior voltará a ocorrer. Ainda que os autos do processo ainda não estejam no tribunal, entendo cabível a utilização de mera petição requerendo a tutela antecipada que, uma vez distribuída, criará prevenção do órgão colegiado para receber a apelação quando os autos do processo finalmente chegarem ao tribunal. Mais uma vez, entretanto, haverá dificuldade em convencer o cartório distribuidor acerca da possibilidade e normalidade de distribuição de uma mera petição em processo cujos autos não estão no tribunal. Nesse caso, a injustificável recusa na aceitação da mera petição criará uma situação no mínimo singular: a parte que pretende receber a tutela antecipada ingressará com uma cautelar inominada com pedido de liminar para a obtenção de uma tutela antecipada[188]! Há doutrinadores que defendem o cabimento do mandado de segurança[189].

Existe corrente doutrinária que entende não ser possível requerer a tutela antecipada quando o processo estiver em fase de julgamento de recurso extraordinário e/ou especial, afirmando que nesses recursos não é possível aos tribunais superiores analisar os

fatos, o que seria necessário na análise da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, requisito para a concessão da tutela antecipada[190].

Discordo desse entendimento porque a vedação à revisão da matéria fática diz respeito ao julgamento dos recursos extraordinário e especial, e a antecipação da tutela naturalmente significa que tais recursos ainda estejam sendo julgados. Não existe nenhuma vedação à análise fática pelos tribunais superiores para evitar o perecimento de um direito ou sancionar uma parte que atua de má-fé, até porque o efeito devolutivo dos recursos limita a atuação do tribunal em seu julgamento, e não na adoção de medidas que façam tal julgamento ter a efetividade que dele se espera. Como ressaltado corretamente por corrente doutrinária que admite a tutela antecipada em sede de recurso extraordinário e especial, impedir sua concessão sacrificaria a efetividade da jurisdição[191].

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pelo fornecimento de medicamento (insulina) enquanto se aguardava o julgamento do recurso especial. Apesar de a parte interessada ter se valido de ação cautelar, é nítida a natureza de tutela antecipada da medida de urgência concedida pelo tribunal[192].

Registre-se posicionamento firmado do Superior Tribunal de Justiça de que não cabe em sede de recurso especial enfrentar o acerto ou equívoco das instâncias inferiores na concessão ou denegação da tutela antecipada. O fundamento é que essa revisão demandaria um reexame da matéria fática, única forma de aferir a presença ou não da prova inequívoca da verossimilhança, sendo tal

análise obstada pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça[193]. Não concordo com esse entendimento, porque nesse caso a revisão fática se dará de forma indireta, do mesmo modo que ocorre na revisão de valor de condenação em danos morais e honorários advocatícios, admitida pacificamente pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstrado no Capítulo 77, item 77.3.1. De qualquer forma, a vedação não diz respeito à concessão de tutela antecipada em grau recursal, mas à utilização do recurso especial para impugnar decisões de instâncias inferiores que tenham como objeto a tutela antecipada.

12.4.8. TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Atualmente está ultrapassado o entendimento de que exista uma vedação generalizada de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Todos os argumentos foram derrubados por argumentos doutrinários superiores. Os três principais argumentos contrários à possibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública são:

(a) reexame necessário;

(b) necessidade de trânsito em julgado para expedição de precatório; e

(c) vedação ao cabimento de "cautelares satisfativas" decorrente da previsão do art. 1.º da Lei 8.952/1994.

O reexame necessário, segundo previsão do art. 496 do Novo CPC, só é exigido de algumas sentenças de mérito que causam determinada lesão à Fazenda Pública, e não de decisão interlocutória, que normalmente é a forma de decisão que concede a

tutela antecipada[194]. O duplo grau obrigatório, inclusive, não impede a execução provisória da sentença, como está expressamente previsto no art. 14, § 3.º, da Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança), razão maior para a possibilidade de concessão de liminar, espécie de tutela antecipada.

A alegação de que somente com o trânsito em julgado é possível expedir o precatório (art. 100, *caput*, da CF) merece duas observações: nem sempre o pagamento de pagar quantia certa dependerá de precatório, mas mesmo nessas situações o texto constitucional exige o trânsito em julgado (art. 100, § 3.º, da CF). Nesse caso existe doutrina que defende a tese do "precatório provisório"[195], mas esse expediente não vem sendo admitido na praxe forense. É natural que a questão de exigência do trânsito em julgado para o pagamento por precatório ou mesmo de pagamento de dívidas de pequeno valor só tenha relevância na obrigação de pagar quantia, sendo argumento inaplicável nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa[196].

E mesmo nas obrigações de pagar quantia certa, ainda que excepcionalmente, o Superior Tribunal de Justiça[197] vem admitindo a tutela antecipada em caso de fornecimento de medicamento não entregue pelo Estado, inclusive com o bloqueio de verbas públicas, na esteira de entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal. Do mesmo tribunal há decisão dispensando o precatório para a satisfação de tutela antecipada para que o Poder Público custeie as despesas médicas e terapêuticas de menor acometida de encefalopatia grave e irreversível em decorrência de vacinação em

posto de saúde de município brasileiro[198].

Por fim, a alegação de que a vedação à concessão de cautelares satisfativas contra a Fazenda Pública criaria uma vedação geral à concessão da tutela antecipada só pode ser creditada à incapacidade de compreender as diferenças entre tutela cautelar e tutela antecipada.

A discussão a respeito do cabimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, na realidade, perdeu muito de sua importância com as previsões legais que vedavam expressamente a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, com destaque para a famigerada Lei 9.494/1997. Opinião corrente na doutrina é que só se proíbe pontualmente aquilo que é genericamente permitido[199]. Apesar de discutível constitucionalidade às restrições legais infraconstitucionais, o Supremo Tribunal Federal em julgamento de ação declaratória de constitucionalidade declarou ser constitucional o art. 1.º da Lei 9.494/1997[200], de forma que a discussão se tornou inútil, considerando-se o direito do Supremo Tribunal Federal de errar por último.

O art. 1.º da Lei 9.494/1997 prevê a aplicação à tutela antecipada de uma série de restrições previstas para a concessão de medidas cautelares e liminares em mandado de segurança contra a Fazenda Pública. Assim, aplicava à tutela antecipada o art. 5.º da Lei 4.348/1964, sendo vedada a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumentos ou extensão de vantagens[201]; o art. 1.º e seu § 4.º da Lei 5.021/1966, que vedava a tutela antecipada para pagamento de vencimentos e vantagens

pecuniárias; e arts. 1.º, 3.º e 4.º da Lei 8.437/1992. O art. 1.º da Lei 9.494/1997 prevê que não será cabível contra a Fazenda Pública liminar em procedimento cautelar ou de conhecimento, quando providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. Atualmente, encontram-se revogadas as Leis 4.348/1964 e 5.021/1966.

Por fim, o art. 1°, § 3.º da Lei 8.437/1992 prevê que não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação. A melhor doutrina vem interpretando que essa vedação já consta de forma ampla no regime da tutela antecipada, representada pelo § 3.º do art. 300 do Novo CPC[202]. Ainda que se concorde com esse entendimento, também na tutela antecipada contra a Fazenda Pública não se pode imaginar que a irreversibilidade dessa tutela de urgência seja apta a proibir sua concessão, devendo-se aplicar a regra da proporcionalidade[203]. Parece ser esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pacificado no sentido da concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública em demanda na qual se busca sua condenação a entregar medicamento[204].

O art. 2.º-B da Lei 9.494/1997 reforça e repete as vedações legais à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública ao prever que a sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. Significa dizer que nesses casos será inviável a tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Cumpre por fim ressaltar que a nova lei do Mandado de Segurança também prevê limitações à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. O § 2.º do art. 7.º da Lei 12.016/2009 é um dos pontos mais baixos da nova legislação do mandado de segurança, carregando nítida inconstitucionalidade[205] e confirmando a percepção de parcela da doutrina de que realmente a Fazenda Pública em juízo funciona como uma superparte, que tudo pode e contra ela nada se pode, em nítida e indesejável ofensa ao princípio da isonomia[206].

O dispositivo legal proíbe expressamente a concessão de liminar em mandado de segurança que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. Para blindar de forma definitiva o Poder Público, o § 5.º do art. 7.º da LMS veda que as matérias anteriormente descritas sejam objeto de tutela antecipada, o que significa dizer que, mesmo a parte optando pela tutela de seu direito pelas vias ordinárias, não fará jus à tutela de urgência satisfativa.

Uma vez concedida a tutela antecipada contra a Fazenda Pública em desrespeito às vedações legais consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, será cabível o agravo de instrumento, além do pedido de suspensão dos efeitos da medida ao presidente do tribunal competente para o recurso sempre que dela resultar risco de dano grave à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas ou em caso de flagrante ilegitimidade do

provimento urgente ou de manifesto interesse público (art. 4.º da Lei 8.437/1992)[207]. Registre-se que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal já entendeu cabível o ingresso de reclamação constitucional nesse caso[208].

Nos termos do art. 1.059 do Novo CPC, à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplicam-se o disposto nos arts. 1.º a 4.º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7.º, § 2.º, da Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009.

12.5. TUTELA CAUTELAR

12.5.1. AUTONOMIA

Tradicionalmente se entendia que a concessão da tutela cautelar dependia da instauração de um processo específico para esse determinado fim, chamado de processo cautelar. Firme na concepção da autonomia das ações, concluía-se que a medida cautelar deveria ser resultado de uma atividade específica desenvolvida pelo juiz com o fim de assegurar o resultado útil do processo, de forma que era, ao menos em regra, necessária a formação de um processo específico para o desenvolvimento dessa atividade acautelatória[209].

Justamente em razão da autonomia da cautelar, havia tradicional distinção do processo cautelar interposto antes e durante o processo principal; o processo cautelar preparatório ou *antecedente* – nomenclatura preferível porque nem sempre esse processo "prepara" coisa alguma – é aquele que precede a existência da ação principal, enquanto o processo cautelar

incidental (ou incidente) é aquele ingressado durante o trâmite da ação principal.

É bem verdade que ainda sob a vigência do CPC/1973, parcela da doutrina passou a defender o fim da autonomia cautelar para sua concessão incidental, ou seja, a desnecessidade de propositura de um processo cautelar incidental, bastando a apresentação, no próprio processo principal, de petição veiculando o pedido cautelar[210]. O próprio Superior Tribunal de Justiça aderiu à tese em alguns julgados.

No Novo Código de Processo Civil, não resta dúvida da extinção do processo cautelar incidental, tanto assim que o art. 308, § 1º, do Novo CPC, expressamente admite que o pedido principal seja formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar. Sendo possível essa cumulação inicial dos dois pedidos, também se admite a cumulação superveniente, com a elaboração do pedido principal para dar início ao processo e o pedido cautelar elaborado durante o andamento do processo.

Sendo indiscutível o fim do processo cautelar incidental, o mesmo não se pode dizer do processo cautelar antecedente[211]. Ainda que o art. 308, *caput*, do Novo CPC, preveja uma possível conversão do pedido cautelar antecedente em processo principal, a verdade é que serão várias as hipóteses em que o processo que veicula o pedido cautelar chegará ao seu fim, sem qualquer conversão em processo principal.

Se o autor não consegue sua tutela cautelar formulada em caráter antecedente de forma liminar, o processo prossegue nos

termos dos arts. 305 a 307 do Novo CPC. Não tenho qualquer dúvida de que nesse caso haverá um processo cautelar, com pedido cautelar que poderá ser acolhido ou rejeitado na sentença.

Por outro lado, sendo concedida a tutela cautelar, mas não efetivada, não tem início a contagem do prazo previsto no art. 308, *caput*, do Novo CPC. Nesse caso, ainda que seja admitido ao autor já elaborar o pedido principal, poderá não o fazer e ainda assim manterá a eficácia da tutela cautelar já concedida. E o processo seguirá o procedimento previsto nos arts. 305 a 307 do Novo CPC, sendo também nesse caso um processo cautelar.

12.5.2. SUMARIEDADE

A sumariedade da tutela cautelar deve ser analisada sob dois diferentes aspectos[212]:

(a) sumariedade formal, representada pelo procedimento sumarizado aplicável ao processo cautelar;

(b) sumariedade material, representada pela suficiência da cognição sumária desenvolvida pelo juiz para a concessão da tutela cautelar.

O procedimento cautelar não se confunde com o procedimento comum previsto pelo Novo Código de Processo Civil, ainda que a partir da contestação do pedido o art. 307, parágrafo único, do Novo CPC, preveja a aplicação do procedimento comum. Trata-se de espécie procedimental diferenciada até a contestação do pedido, tendo com o procedimento comum a principal diferença de o réu não ser intimado para comparecer à audiência de conciliação e mediação, e sim para contestar a pretensão do autor.

Tradicionalmente se afirmava ser a sumariedade procedimental indispensável porque o procedimento ordinário não se compatibilizaria com a urgência típica da tutela cautelar[213]. A previsão do parágrafo único do art. 307 do Novo CPC poderia assustar aos que assim sempre entenderam por prever que, após a contestação, o procedimento a ser observado no processo cautelar é o procedimento comum. Na realidade, após a contestação, haverá a fase de providências preliminares e saneamento do processo, a de instrução probatória e a prolação de sentença. Fases que não têm como serem sumarizadas.

A tutela cautelar é concedida mediante cognição sumária, diante da mera probabilidade de o direito material existir. Trata-se da exigência do *fumus boni iuris*, que para parcela significativa da doutrina significa que o juiz deve conceder tutela cautelar fundada em juízo de simples verossimilhança[214] ou de probabilidade[215], não se exigindo um juízo de certeza, típico da tutela definitiva. Trata-se de exigência decorrente da própria urgência presente na tutela cautelar, que não se compatibiliza com a cognição exauriente típica dos processos/fases de conhecimento, que naturalmente demandam um tempo para seu desenvolvimento incompatível com a realidade cautelar[216].

Nesse ponto é importante lembrar que o art. 300 do Novo CPC prevê os mesmos requisitos para as duas espécies de tutela de urgência. Ainda assim, não vejo problemas de se continuar a utilizar a tradicional nomenclatura *fumus boni iuris* para explicar a probabilidade de o direito alegado existir para a concessão de tutela cautelar. É verdade que sendo esse requisito o mesmo da tutela

antecipada ter-se-á que concluir que também para a concessão dessa espécie de tutela de urgência poderá se falar em *fumus boni iuris*, o que contraria nossa tradição. A questão, entretanto, é meramente terminológica.

Segundo ensina a melhor doutrina, a cognição sumária pode ser consequência tanto de um *contraditório postergado*, hipótese na qual o juiz decidirá tendo conhecimento somente da versão apresentada pelo demandante, como de um *conhecimento superficial* diante do contraditório tradicional, hipótese na qual, mesmo recebendo informações de ambas as partes, o juiz decide por meio de atividade cognitiva superficial[217]. A tutela cautelar pode ser concedida mediante as duas técnicas de cognição sumária; em sede liminar, antes da oitiva do demandado ou em sentença, após o cumprimento do contraditório tradicional.

12.5.3. INSTRUMENTALIDADE

Pelo princípio da instrumentalidade o processo cautelar terá sua função ligada a outro processo, chamado de principal, cuja utilidade prática do resultado procurará resguardar. O processo cautelar, assim, é um instrumento processual para que o resultado de outro processo seja útil e eficaz. Se o processo principal é o instrumento para a composição da lide ou para a satisfação do direito, o processo cautelar é o instrumento para que essa composição ou satisfação seja praticamente viável no mundo dos fatos[218]. Essa característica faz a tutela cautelar merecer a alcunha de “instrumento do instrumento” ou de “instrumento ao quadrado”[219].

Não se nega que a instrumentalidade seja característica de todo e qualquer processo, considerando-se que este serve de instrumento para a parte obter o bem da vida desejado, amparado no direito material. A ideia do processo como mero instrumento na busca do direito material está amplamente consagrada pela doutrina processual contemporânea. A característica especial de instrumentalidade no processo cautelar se deve justamente a que este não serve de instrumento para a obtenção do bem da vida, mas sim para tornar possível tal obtenção. Dessa forma, surge a nomenclatura “instrumento do instrumento” ou “instrumentalidade ao quadrado”, que aponta para a característica peculiar do processo cautelar de servir de instrumento para o processo principal – que também é instrumento – no qual a parte obterá o bem da vida pretendido.

A instrumentalidade da tutela cautelar faz com que tal espécie de tutela sirva como instrumento apto a garantir que o resultado final do processo seja eficaz, significando que tal resultado tenha condições materiais para gerar os efeitos práticos normalmente esperados. O próprio nome do instituto – cautelar – expressa de maneira clara a ideia de que essa espécie de tutela presta-se a garantir, acautelar, assegurar alguma coisa, que é, como foi visto, justamente o resultado final do processo principal. A característica analisada da tutela cautelar refere-se, essencialmente, à função de proteger o resultado final do processo principal, seja esse de conhecimento, seja de execução. Nesse ponto de vista, qualquer processo que não gere o conhecimento ou satisfação do direito material, mas somente prepare o caminho para tais realizações, poderá ser considerado como processo cautelar.

No tocante a essa característica, é importante notar que a instrumentalidade é hipotética, pois é impossível prever se uma tutela cautelar será, efetivamente, apta a garantir um resultado eficaz do processo final, inclusive por não ser possível saber, por ocasião do acautelamento, se o interessado é realmente o titular do direito material que se busca preservar[220]. A tutela cautelar é concedida pelo magistrado com fundamento em um juízo de mera probabilidade – *fumus boni iuris* –, sendo possível imaginar que na futura ação principal se mostre sem qualquer direito o sujeito protegido pela tutela cautelar. Quando o vencedor da tutela cautelar é derrotado no processo principal, fica claro que a instrumentalidade é meramente hipotética.

Essa qualidade de instrumentalidade hipotética manifesta-se também de outras formas, além da referida situação de derrota no processo principal do beneficiado pela tutela cautelar. No caso de o processo principal não vir a se instaurar em razão de o beneficiado pela tutela cautelar obter, voluntariamente, o reconhecimento ou a satisfação de seu direito, a tutela cautelar também não terá servido a emprestar eficácia ao resultado do processo principal, que simplesmente não existirá, por falta de necessidade. Assim, se for efetivada uma constrição de bens para garantia de futura execução de pagar quantia certa (chamado de arresto cautelar pelo diploma legal revogado) na hipótese de obrigação ainda não inadimplida e, no momento da efetiva satisfação do direito, o devedor cumprir sua obrigação, o resultado que poderia ser obtido pelo processo principal já terá sido alcançado sem a necessidade de sua instauração, o que retirará da tutela cautelar sua característica de instrumentalidade.

O que se pretende demonstrar é que nem sempre existirá o processo principal, sendo possível imaginar que, diante da concessão da tutela cautelar, o derrotado nesse processo simplesmente cumpra sua obrigação, de modo a satisfazer completamente o direito da parte que foi contemplado pela tutela de garantia. A conclusão é obtida mediante uma análise técnica, sem importar a frequência com que isso possa ocorrer na prática, embora, nas cautelares probatórias, tal situação ocorra até com maior frequência que nas demais. Parece ser inegável, entretanto, que, em todas as hipóteses de acautelamento, o direito pode ser satisfeito voluntariamente, o que demonstra, de maneira absolutamente clara, ser a instrumentalidade sempre hipotética.

12.5.4. CAUTELARES TÍPICAS E GENERALIDADE DA TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar é ampla, geral e irrestrita, significando que a parte que dela necessite deve apenas demonstrar o preenchimento do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* no caso concreto para recebê-la, consagrados atualmente no art. 300 do Novo CPC. Significa dizer que, pensando-se em poder jurisdicional, a tutela cautelar deve ser entendida como a proteção jurisdicional prestada pelo Estado para afastar o perigo de ineficácia do resultado final da pretensão definitiva da parte, funcionando como aspecto concreto da promessa constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF)[221].

Poder geral de cautela, nesse sentido, significa o generalizado poder estatal de evitar no caso concreto que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva gere a ineficácia dessa tutela.

Essa amplitude da proteção jurisdicional no âmbito cautelar impõe que nenhuma restrição seja admitida no tocante ao direito concreto da parte em obter essa espécie de tutela quando demonstra os requisitos necessários previstos em lei.

Na vigência do CPC/1973 eram tranquilas a doutrina e a jurisprudência na aceitação do entendimento de que as cautelares especificamente previstas pelo Código de Processo Civil, chamadas de “cautelares nominadas” ou “cautelares típicas”, não eram arroladas de forma exauriente, porque seria impossível ao legislador prever, por mais imaginativo que fosse, todas as hipóteses em que concretamente se faria necessária a concessão da tutela cautelar. Dessa forma, admitiam-se as chamadas “cautelares inominadas” ou “cautelares atípicas”, que eram aquelas não previstas de forma específica no Código de Processo Civil, como decorrência do poder geral de cautela do juiz[222].

O próprio legislador expressamente reconhecia a sua insuficiência, ao prever nos arts. 798 e 799 do diploma legal revogado a possibilidade de o juiz conceder, além dos procedimentos cautelares específicos, “as medidas provisórias que julgar adequadas”, podendo, “para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação da caução”. E o Superior Tribunal de Justiça entendia acertadamente pela admissão da cautelar inominada em razão do poder geral de cautela do juiz[223].

Na realidade, a admissão de cautelares atípicas demonstrava na vigência do CPC/1973 a faceta do poder geral de cautela quando

aplicado ao sistema jurídico. O juiz, em sua atividade jurisdicional, só poderá efetivamente acautelar a parte necessitada se estiver munido de poder jurisdicional para tanto, de forma que a admissão na prática das cautelares inominadas significava que o poder jurisdicional cautelar era amplo, genérico e irrestrito, não se admitindo que, diante do preenchimento do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* no caso concreto e ausente a situação específica em previsão legal, se deixasse de prestar a tutela jurisdicional.

O Novo Código de Processo Civil não prevê mais cautelares típicas, mas em seu art. 301 prevê que a tutela cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito. Com a retirada das cautelares típicas do Novo Código de Processo Civil, algumas foram realocadas, como a produção antecipada de prova, a notificação e a interpelação, enquanto a maioria foi simplesmente extinta.

Diante dessa realidade, causa-me extrema estranheza o art. 301 do Novo CPC prever que a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito[224]. Ainda que se possa afirmar que a norma legal prevê forma de efetivação, e não espécies de cautelares típicas, exatamente qual a razão dessa especificação? Afinal, as cautelares típicas nos deixaram ou não? Ou nos deixaram, mas nos arrependemos?

Imagino um professor daqui a dez anos explicando para os

alunos esse dispositivo legal, e tendo que comentar medidas – executivas ou cautelares – absolutamente estranhas ao aluno. A pergunta será óbvia: qual a exata necessidade dessa especificação, ainda mais quando o próprio dispositivo legal prevê a possibilidade de adoção de "qualquer outra medida idônea para asseguração do direito"? O professor terá que explicar tais medidas recorrendo ao CPC/1973[225], diploma legal há muito revogado...

De qualquer modo, ao prever tais medidas apenas exemplificativamente, correta a conclusão do Enunciado 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "O poder geral de cautela está mantido no CPC".

12.5.5. TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

12.5.5.1. Introdução

Sendo o pedido de tutela cautelar formulado de forma antecedente, o procedimento a ser observado dependerá essencialmente do acolhimento ou da rejeição do pedido.

Sendo acolhido o pedido e efetivada a medida cautelar, o autor terá o prazo de 30 dias para aditar a petição inicial elaborando seu pedido principal, sendo adotado a partir desse momento o procedimento comum.

No caso de rejeição do pedido, entretanto, a conversão do processo cautelar em processo principal é uma mera faculdade do autor, e justamente para a possibilidade de o autor continuar com sua pretensão cautelar o Novo Código de Processo Civil prevê um procedimento cautelar.

12.5.5.2. Procedimento

12.5.5.2.1. Petição inicial

Nos termos do art. 305, *caput*, do Novo CPC a petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se visa assegurar e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

Por “lide e seu fundamento” entende-se a indicação do objeto da ação principal, o que se exige em razão da instrumentalidade da ação cautelar. Cabe ao requerente, portanto, indicar do que tratará o

futuro pedido principal, o que permitirá ao juiz analisar se a cautelar efetivamente cumpre sua missão de acautelamento. A "exposição sumária do direito ameaçado" é sinônimo de *fumus boni iuris*, enquanto o receio de lesão é o *periculum in mora*[226]. Trata-se do mérito do pedido cautelar. [227]

Não existe norma especifica no novo diploma legal que exija do autor do pedido ora analisado a indicação de valor da causa, mas tratando-se de petição inicial deve ser aplicado o art. 291 do Novo CPC. Conforme tradicionalmente entendido pela melhor doutrina, não existe uma vinculação necessária entre o valor da causa do pedido cautelar e do pedido principal. O bem da vida que se pretende obter com a tutela cautelar é a garantia de eficácia do resultado final do processo, não se confundindo com eventual bem da vida que será objeto de pretensão no processo principal. Não teria sentido exigir que o valor da causa nesse caso seja o mesmo nas duas ações, porque os bens da vida pretendidos são distintos[228]. A distinção de valor da causa no processo cautelar e principal é reconhecida, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça[229].

Esse arraigado e correto entendimento a respeito do valor da causa da pretensão cautelar torna inadequada a previsão contida no *caput* do art. 308 do Novo CPC. Segundo o dispositivo legal o pedido principal, a ser formulado nos mesmos autos do pedido cautelar, em 30 dias da efetivação da tutela, não exige do autor o adiantamento de novas custas processuais. Essa regra teria sentido se o valor da causa do pedido de tutela provisória fosse o mesmo do pedido principal, como ocorre na tutela antecipada, sendo nesse sentido justificável o art. 303, § 4º, do Novo CPC, mas na tutela

cautelar os valores são distintos.

Uma forma de solucionar o impasse seria aplicar por analogia a regra do art. 303, § 4º, do Novo CPC à tutela cautelar, com a atribuição do valor do pedido principal ao pedido cautelar, o que justificaria a dispensa de adiantamento de custas no momento de conversão do pedido antecedente de tutela cautelar em processo principal[230]. Mas essa solução sacrificará lições tradicionais – e acertadas – no sentido de que o valor do processo cautelar não é o mesmo do processo principal.

Aparentemente, o legislador desconsiderou que ele manteve o processo cautelar antecedente em nosso sistema processual – ainda que essa não fosse sua pretensão. É claro que se todo processo que começa com pedido cautelar se convertesse em processo principal, a distinção entre o valor da causa da pretensão cautelar e da pretensão principal seria irrelevante, porque sempre havendo o pedido principal no processo não haveria problema de ser ele o determinante à fixação do valor da causa desde o início do processo. Mas, conforme já defendido, é possível que o processo comece e se encerre com natureza cautelar, sendo nesse caso injustificável se exigir do pedido cautelar um valor da causa que na realidade se refere à tutela principal.

12.5.5.2.2. Contraditório na demanda cautelar

Não há qualquer especialidade na citação do réu no pedido antecedente de tutela cautelar, aplicando-se o art. 246 do Novo CPC. Segundo prevê o art. 306 do Novo CPC, o réu será citado para, no prazo de 5 dias, contestar o pedido, indicando as provas

que pretende produzir. Ao prazo de 5 dias aplicam-se as regras de prazo diferenciado, sendo contado em dobro quando o réu for a Fazenda Pública, o Ministério Público, a Defensoria Pública e quando houver no polo passivo litisconsórcio com patronos distintos de diferentes sociedades de advogados.[231]

Na contestação são cabíveis todas as defesas processuais, inclusive a incompetência relativa e a impugnação ao valor da causa. A denunciação da lide e o chamamento ao processo não são cabíveis no processo cautelar, sendo admissível, apesar de excepcional, a intervenção do *amicus curiae* e a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Também não pode o réu contra-atacar o réu por meio da reconvenção[232].

Sendo apresentada contestação pelo réu, o parágrafo único do art. 307, do Novo CPC, dispõe que o pedido cautelar seguirá o procedimento comum.

12.5.5.2.3. Revelia

A ausência jurídica de contestação no processo cautelar gera a revelia do réu, exatamente como ocorre no processo de conhecimento. Curiosamente o principal efeito da revelia não vem expressamente previsto no art. 307, *caput*, do Novo CPC, afinal, o dispositivo legal não prevê a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, mas que os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos. Trata-se de curiosa redação que na realidade não se justifica. Revelia é revelia, e seus efeitos são gerados independentemente da natureza do pedido.

Essa presunção relativa de veracidade, como é natural, limita-

se ao pedido cautelar, de forma que, sendo impugnados os mesmos fatos quando elaborado o pedido principal, no próprio processo ou em processo autônomo, é perfeitamente possível que o juiz considere as alegações de fato falsas[233].

Havendo revelia e sendo gerado o efeito da presunção da veracidade dos fatos, impõe-se a aplicação do art. 355, II, do Novo CPC, verificando-se o julgamento antecipado do mérito. O prazo de 5 dias previsto pelo art. 307, *caput*, do Novo CPC, é impróprio, de forma que se o juiz proferir sentença nos termos do art. 355, II, do Novo CPC, não haverá qualquer nulidade processual.

12.5.5.2.4. Instrução probatória

Já foi afirmado que existe no processo cautelar uma sumariedade material, de forma a não exigir um juízo de certeza fundado em cognição exauriente. Essa realidade, entretanto, não retira do processo cautelar uma instrução probatória, ainda que não exauriente como aquela exigida para o julgamento no processo de conhecimento. O juiz na condução da instrução probatória na ação cautelar deve lembrar que, bastando um *juízo de probabilidade*, fundado em cognição sumária, a produção da prova não deve ser de tal intensidade que crie um juízo de certeza, estranho à tutela cautelar.

Todos os meios de prova admitidos em direito podem ser produzidos no processo cautelar, sendo inegável cerceamento de defesa o indeferimento de produção de prova seguido de julgamento de improcedência com o fundamento de não restar demonstrado o *fumus boni iuris* e/ou o *periculum in mora*.

Ainda que sejam o processo cautelar e o processo principal diferentes processos, e que porventura os fatos sejam diferentes nos dois processos[234], é inegável que prova produzida no processo cautelar pode ser utilizada no processo principal, sendo nítida a ocorrência dos requisitos para a utilização de *prova emprestada* nesse caso. Ademais, nas cautelares preparatórias tacitamente suspensas quando do ingresso da ação principal e nas cautelares incidentais, normalmente há uma só instrução probatória, que servirá ao juiz para o julgamento conjunto de ambas as demandas.

12.5.5.2.5. Sentença

Sendo deferido o pedido de tutela cautelar formulada em caráter antecedente, será importante distinguir duas situações.

Havendo sua efetivação, o autor terá o prazo de 30 dias para formular o pedido principal por meio de emenda da petição inicial, nos termos do art. 308, *caput*, do Novo CPC, sendo que nesse caso não haverá sentença a extinguir o processo cautelar, que terá se convertido em processo principal, no qual será proferida sentença com concessão da tutela definitiva. Por outro lado, é possível que mesmo com a concessão da tutela cautelar ela não seja efetivada, e nesse caso o processo cautelar prosseguirá e será encerrado por sentença.

Caso haja o indeferimento do pedido de tutela cautelar formulada em caráter antecedente, o processo seguirá nos termos dos arts. 305 a 307 do Novo CPC, o que significa dizer que seguirá como processo cautelar até ser sentenciado.

Entendo com a doutrina majoritária que existe mérito no

processo cautelar, de forma que a sentença que acolhe ou rejeita o pedido do autor será uma sentença de mérito, nos termos do art. 487, I, do Novo CPC. Também é possível a prolação de sentença de mérito que reconheça a prescrição e a decadência do direito, em atípica hipótese na qual, em aplicação do princípio da economia processual, o juiz, ao decidir o pedido cautelar, pratica atividade que seria mais apropriada no momento de julgamento do pedido principal[235]. Não se descarta também a possibilidade de sentença terminativa, nos termos do art. 485 do Novo CPC.

Sendo de mérito, a natureza da sentença cautelar é tema que não chegou a consenso na doutrina. Existem os que entendem tratar-se de sentença mandamental, contendo uma ordem judicial para que seja alguma coisa feita ou para que seja omitida alguma conduta[236]. Para outros, a sentença varia de natureza conforme a espécie de cautelar, podendo ser meramente declaratória, constitutiva ou condenatória[237]. Há ainda aqueles que preferem apontar para uma natureza singular dessa sentença, que não se confunde com nenhuma daquelas existentes para o processo de conhecimento[238].

Todos concordam que a satisfação da sentença independe de processo autônomo de execução, sendo desenvolvida a satisfação do direito reconhecido por meio de uma mera fase procedimental. Também há concordância quanto à inviabilidade de oposição de *embargos à execução* por parte do demandado no momento procedimental de satisfação do direito reconhecido na concessão da tutela cautelar.

Não resta dúvida de que, sendo sentenciado o processo cautelar, o juiz deverá condenar o derrotado ao pagamento das verbas de sucumbência, sendo inegável a existência de litigiosidade no processo cautelar[239].

12.5.6. COISA JULGADA MATERIAL

Na doutrina há tradicional entendimento de que existe coisa julgada material no processo cautelar, sendo também esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[240].

Para os doutrinadores que defendem a ideia de ausência de julgamento de mérito no processo cautelar, seria mesmo inconcebível a existência de coisa julgada material na sentença. Negar que existe mérito na cautelar, e por consequências que seja impossível o seu julgamento, não parece ser a visão mais adequada do fenômeno cautelar. Sempre que o juiz acolher ou rejeitar o pedido cautelar formulado pelo autor, profere sentença de mérito, nos termos do art. 487, I, do Novo CPC[241].

Há parcela da doutrina que, apesar de reconhecer a existência de um direito substancial de cautela, e bem por isso a existência de uma lide cautelar e respectivo mérito, que será julgado sempre que o pedido do autor for acolhido ou rejeitado, entende que não existe coisa julgada material nessa sentença. O fundamento é de que não há declaratoriedade relevante na sentença para ser protegida pela coisa julgada material, considerando-se que o juiz apenas decide pela plausibilidade da relação jurídica e a existência de uma situação de fato de perigo[242].

O caráter provisório da medida cautelar é um importante argumento para aqueles que não admitem a coisa julgada material na sentença cautelar. Sabendo-se que a tutela cautelar existe enquanto perdurar a situação de perigo que a originou, situação essa que pode desaparecer tanto durante o processo como com o julgamento final do processo cautelar ou do processo principal, atribui-se à sentença cautelar um prazo de vida certo, o que seria incompatível com a definitividade da coisa julgada material[243].

Alguns breves esclarecimentos, entretanto, são suficientes para afastar do caráter provisório da sentença cautelar o fator impeditivo da formação de coisa julgada material nesse processo. É ponto pacífico na doutrina que a mudança dos fatos que originaram a concessão de uma medida cautelar seja motivo suficiente para o juiz revogá-la. Nascida para afastar uma situação de perigo, não haveria mais razão para manter referida medida, finda essa situação. Mas não será tal característica própria de todas as sentenças judiciais, e não só da sentença cautelar?

Doutrina tradicional já afirmava com extrema correção que de certo modo todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*[244]. Relembrando que a autoridade da coisa julgada somente se verifica quando todos os elementos da demanda são iguais (teoria da tríplice identidade), por certo que a mudança dos fatos (causa de pedir) afasta a ocorrência desse fenômeno processual. Tratar-se-ia, aqui, de nova ação, com diferentes elementos[245].

A existência de coisa julgada material na sentença cautelar

viria confirmada pela regra consagrada no art. 309, parágrafo único, do Novo CPC, que impede a parte de repetir o pedido, salvo por novo fundamento, se por qualquer motivo cessar a medida cautelar. Entendo que esse dispositivo deva ser utilizado analogamente às situações de julgamento de improcedência do pedido, de forma a demonstrar a existência de algum fenômeno processual a impedir nova discussão de ação idêntica àquela decidida[246].

Registre-se a existência de doutrina que defende a existência de coisa julgada material, mas não da eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508 do Novo CPC), de forma que, decidido o mérito no processo cautelar, a parte poderia renovar o pedido com fundamento em novos fatos[247]. Não concordo com esse entendimento porque, apesar de o legislador não se referir à qual espécie de fato permitiria um novo processo cautelar, conclui-se que se trate somente dos fatos jurídicos, sendo plenamente aplicável na tutela cautelar a eficácia preclusiva da coisa julgada.

Fato curioso é que alguns doutrinadores que negam a existência da coisa julgada material no processo cautelar concordam que a decisão cautelar, embora não faça coisa julgada material, produz alguns efeitos de imutabilidade da sentença muito próximos desse instituto processual, o que viria a justificar o parágrafo único do art. 309 do Novo CPC[248].

Apesar de reconhecer tratar-se de opinião minoritária, entendo que existe coisa julgada material na sentença cautelar e que a rejeição notada de forma tão absoluta na doutrina majoritária deve-se a antigos preconceitos herdados de antigos equívocos acerca do

instituto[249].

Registre-se por fim que, na hipótese do art. 310 do Novo CPC, ou seja, na sentença que reconhece a prescrição ou decadência na própria cautelar e julga extinto o processo com esse fundamento, a sentença será de mérito, nos termos do art. 487, II, do Novo CPC e produzirá coisa julgada material, tornando-se imutável e indiscutível. Por uma questão de economia processual[250], admite-se que uma determinada matéria – prescrição ou decadência – que em tese deveria ser alegada e analisada no processo principal possa ser adiantada para o processo cautelar.

12.5.7. PEDIDO CAUTELAR E PEDIDO PRINCIPAL

12.5.7.1. Concessão e efetivação da tutela

Havendo a efetivação da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, o autor terá um prazo de 30 dias para formular o pedido principal nos mesmos autos em que foi deduzido o pedido de tutela cautelar. Caso o autor não deduza o pedido principal dentro do prazo legal cessa a eficácia da medida cautelar.

A exigência legal tem o nítido objetivo de evitar que a medida cautelar, provisória por natureza, se eternize. Favorecida a parte com a proteção cautelar, cabe a discussão da efetiva existência do direito material, que se dará com a devida formulação do pedido principal, sendo bastante razoável o prazo de 30 dias para a sua elaboração. O objetivo de não eternizar a medida cautelar é providência que se impõe nas situações cautelares que geram à parte contrária uma constrição de bens ou restrição de direitos, não sendo justificável que o réu permaneça indefinidamente nessa

situação de desvantagem material[251].

Caso a elaboração do pedido principal ocorra antes da prolação da sentença cautelar, haverá uma conversão do processo cautelar em processo principal, sendo interpretada a expressão “mesmo autos”, utilizada no *caput* do art. 308 do Novo CPC, como mesmo processo. Situação diferente se verifica quando a elaboração do pedido principal se der após a prolação da sentença cautelar, quando não será mais possível a referida conversão. Nesse caso, entendo que haverá um novo processo, cujo objeto será o direito material alegado pelo autor, podendo inclusive não ser possível sua propositura nos mesmos autos do processo cautelar. Basta imaginar uma sentença cautelar levando os autos ao tribunal e o autor elaborando o pedido principal em primeiro grau...

Não se pode descartar a possibilidade de o prazo de 30 dias vencer após o trânsito em julgado da sentença cautelar, quando a referida conversão se inviabiliza completamente. A tutela cautelar é concedida somente na sentença e imediatamente efetivada, não havendo recurso de apelação contra ela. Nesse caso, é indiscutível que o autor ainda tenha interesse em elaborar seu pedido principal, mas nesse caso não haverá mais como converter o pedido cautelar, já resolvido por decisão transitada em julgado, em pedido principal. Não tenho dúvida de que nesse caso haverá um segundo processo para que o autor possa elaborar seu pedido principal.

Sendo possível a conversão da pretensão cautelar em principal, na formulação do pedido principal a causa de pedir poderá ser aditada, nos termos do § 2º do art. 308, do Novo CPC. A norma

deve ser elogiada em razão dos diferentes objetos da tutela cautelar e da tutela principal, sendo possível ao autor elaborar um pedido de natureza cautelar sem revelar todas as causas de pedir para seu pedido principal. O aditamento previsto no dispositivo ora analisado busca evitar que o autor, ao elaborar pedido antecedente de tutela cautelar, se veja forçado a expor todas as causas de pedir que fundamentarão seu futuro e eventual pedido principal.

Nos termos do art. 308, § 3º, do Novo CPC, apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu. A intimação pessoal deve ficar reservada à hipótese de ausência de advogado do réu constituído nos autos, sendo sempre realizada na pessoa do advogado quando a parte tiver um patrono devidamente constituído.

Tenho certa implicância com a dispensa de citação do réu quando a elaboração do pedido principal se der após a prolação da sentença cautelar, porque nesse caso entendo que haverá um novo processo para veicular o pedido principal. Partindo dessa premissa, não será possível aplicar a regra do § 3º, do art. 308, do Novo CPC, sendo indispensável a citação do réu.

A redação do dispositivo legal é suficientemente clara ao estabelecer que o termo inicial da contagem do prazo para a conversão do pedido cautelar em pedido principal é a efetivação da medida cautelar, ou seja, é o efetivo cumprimento no plano dos fatos da decisão concessiva da tutela cautelar. Para fins de contagem do prazo do art. 308, *caput*, do Novo CPC, é irrelevante o momento da propositura do processo ou mesmo da concessão da

tutela; o único momento que interessa é o da efetivação da medida cautelar. Registre-se que em respeito ao princípio do *contraditório* o prazo só terá início após a intimação da parte de que a medida cautelar foi devidamente cumprida[252]. Sendo parcialmente efetivada a decisão judicial, o prazo terá sua contagem iniciada, considerando-se que nesse caso já existe tutela cautelar a proteger a parte, ainda que parcial[253].

O Superior Tribunal de Justiça entendia, na vigência do CPC/1973, que, sendo diversos os réus, o prazo para a propositura da ação principal após a efetivação de medida cautelar somente tinha início para aqueles que sofreram constrição judicial em seus bens[254]. O entendimento pode ser preservado na hipótese em que o pedido principal é elaborado depois da prolação da sentença cautelar, porque nesse caso haverá novo processo e nele não precisarão necessariamente constar todos os réus do processo cautelar. Por outro lado, sendo o pedido principal elaborado antes da prolação de referida sentença, o pedido cautelar se converte em processo principal, não tendo sentido, num mesmo processo, existir um pedido cautelar para um dos réus e um pedido principal para o outro. Entendo que, nesse caso, mesmo tendo sido a medida cautelar efetivada contra somente um ou alguns dos réus, a conversão em processo principal deve ser feita para todos.

Por vezes, após o prazo de 30 dias não será admissível a elaboração do pedido principal em razão da ausência de interesse de agir. Basta imaginar uma medida cautelar de constrição de bens para assegurar futura execução de pagar quantia certa de dívida que só se torne exigível após o vencimento do prazo de 30 dias,

hipótese na qual não se poderá exigir do autor a elaboração de pedido de cobrança ou executivo antes do vencimento da dívida. Nesse caso, o prazo de 30 dias não se contará da efetivação da medida cautelar, mas do vencimento da dívida, ou seja, do momento a partir do qual a parte protegida pela cautelar passa a ter as condições de elaborar o pedido principal[255].

Durante a vigência do CPC/1973 havia grande controvérsia a respeito da natureza jurídica do prazo previsto pelo art. 806 do diploma processual revogado e que no Novo Código de Processo Civil está previsto, de forma adaptada, no *caput* do art. 308. Enquanto parcela da doutrina sustentava tratar-se de prazo decadencial[256], afirmando-o fatal e improrrogável[257], outra parcela criticava tal entendimento, asseverando ser possível que o prazo legal fosse suspenso ou interrompido[258]. Existe decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de tratar-se de prazo decadencial[259]. Como entendo que a elaboração do pedido principal fará necessariamente nascer um processo principal, seja fruto de conversão do processo cautelar seja de forma autônoma, não vejo razão para o Superior Tribunal de Justiça modificar seu entendimento a respeito do tema.

Descumprido o prazo legal, a medida cautelar extinguiu-se *ipso iure*, ou seja, perde sua eficácia automaticamente[260]. Na vigência do CPC/1973 o Superior Tribunal de Justiça entendia que a não propositura da ação principal dentro do prazo legal acarretava a extinção do processo cautelar sem a resolução do mérito[261]. No Novo Código de Processo Civil entendo que o destino será o

mesmo se o autor deixar de cumprir a exigência prevista no art. 308, *caput*, do Novo CPC, desde que o processo cautelar ainda não tenha sido decidido por meio de decisão transitada em julgado. Nesse caso será impossível extinguir o processo cautelar pelo singelo motivo de ele já estar extinto, sendo caso, portanto, de mera cessação da eficácia da tutela cautelar.

12.5.7.2. Elaboração do pedido principal mesmo diante da não concessão ou não efetivação

A elaboração de pedido principal quando houver cautelar concedida em razão de pedido antecedente depende da efetivação dessa tutela, nos termos do *caput* do art. 308 do Novo CPC. Nota-se na praxe forense que não é raro a parte obter uma tutela de urgência de natureza cautelar e não conseguir efetivá-la: basta imaginar a constrição de um bem que não chega a ser localizado. Na realidade, qualquer obstáculo pode surgir no caso concreto e impedir a efetivação da tutela cautelar.

Nesse caso, é evidente que o autor não precisa elaborar o pedido principal previsto no art. 308, *caput*, do Novo CPC, para manter a tutela cautelar já concedida. E que, enquanto a tutela não for efetivada, o procedimento cautelar previsto nos arts. 305 a 307 do Novo CPC, terá seguimento normal.

Entendo que o autor, diante dessa circunstância, possa emendar sua petição inicial convertendo o pedido cautelar em processo principal, nos termos do art. 308, *caput*, do Novo CPC, ainda que outros atos processuais já tenham sido praticados no processo. Ou seja, mesmo que já tenha sido o réu citado, já tenha até mesmo contestado, parece possível ao autor essa conversão,

mantendo-se a eficácia cautelar durante o processo principal, conforme previsto no art. 296, *caput*, do Novo CPC.

O mesmo se diga do momento posterior à prolação da sentença cautelar concessiva da tutela. É possível que mesmo não tendo sido efetivada a tutela cautelar concedida em sentença o autor já elabore seu pedido principal, quando, conforme já afirmado, haverá um novo processo.

Não sendo concedida a tutela cautelar pleiteada antecipadamente cabe a aplicação do procedimento previsto nos arts. 305 a 307, do Novo CPC, mas também pode o autor, independentemente do momento procedimental, emendar sua petição inicial convertendo o pedido cautelar em processo principal. Também poderá elaborar seu pedido principal por meio de novo processo diante de sentença terminativa ou de improcedência de seu pedido cautelar.

12.5.8. CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA TUTELA CAUTELAR

O art. 309 do Novo CPC prevê em seus três incisos as causas de cessação de eficácia da tutela cautelar.

12.5.8.1. Não dedução do pedido principal no prazo legal (art. 309, I, do Novo CPC)

A primeira causa de cessação da eficácia da tutela cautelar é a não elaboração do pedido principal no prazo de 30 dias (art. 308, *caput*, do Novo CPC, c.c. art. 309, I, do mesmo diploma legal), hipótese aplicável somente às c*autelares requeridas em caráter antecedente*. As considerações feitas a respeito do art. 308, *caput*, do Novo CPC, que prevê o prazo de 30 dias para a elaboração do

pedido principal, já foram objeto de análise, cumprindo somente consignar que a perda de eficácia decorre de pleno direito com escoamento do prazo legal (tendo a decisão que a reconhece efeito *ex tunc*), reconhecendo-se o decurso do prazo e a consequente perda da eficácia da tutela cautelar[262]. Concordo com a posição doutrinária que entende ser necessária a decisão, porque, somente por meio desta, obtêm-se os efeitos práticos da cessação[263].

Por outro lado, é importante ressaltar que a cessação de eficácia da tutela cautelar nesse caso não significa a extinção do processo cautelar, fenômenos processuais que não devem ser confundidos. A cessação atinge os efeitos da tutela cautelar já concedida, sendo plenamente possível que, prosseguindo a demanda cautelar, essa tutela venha a ser novamente concedida por meio de outra decisão. Concedida a medida cautelar em sede liminar, a cessação dos efeitos dessa medida só levará o processo cautelar à extinção na hipótese de esse processo perder seu objeto em razão de tal cessação dos efeitos. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, entende ser hipótese de extinção do processo cautelar sem a resolução do mérito[264], tendo, inclusive, sumulado tal entendimento[265].

12.5.8.2. Ausência de efetivação da tutela cautelar no prazo de 30 dias (art. 309, II, do Novo CPC)

A ausência de efetivação da tutela cautelar impede que ela gere efeitos, de forma que a cessação nesse caso não será dos efeitos da tutela cautelar, ainda não gerados, mas da eficácia da decisão que concedeu a tutela cautelar. Essa perda de eficácia pode partir de duas premissas: uma perda superveniente de interesse do favorecido

pela concessão da tutela cautelar, que pode ser entendida como espécie de renúncia tácita da parte[266], ou uma ausência de urgência para sua efetivação, demonstrada pelo desinteresse em executá-la.

É evidente que o atraso na efetivação da tutela cautelar deve ser imputado exclusivamente ao favorecido por sua concessão, não sendo correta a aplicação do art. 309, II, do Novo CPC na hipótese de o atraso ser computado ao cartório judicial ou à parte contrária[267].

12.5.8.3. Improcedência do pedido principal ou extinção terminativa do processo (art. 309, III, do Novo CPC)

Conforme já exposto, o pedido principal poderá ser veiculado em processo principal autônomo – proposto após a prolação da sentença cautelar – ou em processo principal fruto da conversão do pedido cautelar – pedido principal elaborado antes da prolação da sentença cautelar. Seja como for, sendo o pedido principal julgado improcedente ou extinto sem julgamento do mérito – o processo ao qual ele está veiculado –, cessa a eficácia da medida cautelar, já que em ambos os casos a decisão gera a derrota do autor, sendo consequência a perda de eficácia da tutela cautelar que o favorecia[268].

Ainda que exista corrente a defender que essa perda de eficácia só se justifica após o trânsito em julgado dessa sentença, afirmando que a possibilidade de reforma da decisão poderá demonstrar que o autor tinha tanto o direito material como o direito à cautela[269], parece mais correto entender que com a simples prolação da sentença, ainda que recorrida, o efeito da cessação da

tutela cautelar já se opere. Afinal, essa sentença do processo principal será proferida mediante cognição exauriente do juiz, devendo gerar efeitos imediatos sobre as decisões fundadas em cognição sumária, como ocorre com a tutela cautelar.

A extinção terminativa do processo como causa de cessão de eficácia da tutela cautelar não é exclusiva do processo principal. Havendo a concessão da tutela cautelar e não sendo essa efetivada, o processo cautelar seguirá e será possível a prolação de sentença terminativa do processo cautelar, quando haverá a cessação da eficácia da tutela cautelar.

Por outro lado, ao prever apenas o julgamento de improcedência do pedido principal como causa de cessação de eficácia da tutela cautelar, o legislador inconvenientemente se esqueceu da possibilidade de improcedência do pedido cautelar. Formulado de forma antecedente, poderá ser concedido e não efetivado, quando o processo cautelar seguirá o procedimento previsto nos arts. 305 a 307 do Novo CPC, sendo obviamente possível que ao prolatar a sentença o juiz julgue improcedente o pedido cautelar com a consequente revogação da tutela concedida liminarmente. Por incrível que pareça essa hipótese não está entre as causas previstas nos incisos do art. 309 do Novo CPC, mas não há dúvida que numa interpretação sistêmica se conclua por sua inclusão em tal rol.

12.6. TUTELA DA EVIDÊNCIA

12.6.1. INTRODUÇÃO

A tutela da evidência, como espécie de tutela provisória diferente da tutela de urgência, recebeu um capítulo próprio no Novo Código de Processo Civil, ainda que contendo apenas um artigo, diferente da realidade presente no CPC/1973, em que essa espécie de tutela estava espalhada pelo diploma legal. A iniciativa deve ser elogiada, principalmente por afastar expressamente a tutela da evidência da tutela de urgência, mas sua concretização deve ser, ainda que parcialmente, criticada.

O art. 311, *caput*, do Novo CPC consagra expressamente o entendimento de que tutela de evidência independe da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, em diferenciação clara e indiscutível com a tutela de urgência.

Já que o legislador criou um artigo para prever as hipóteses de tutela da evidência, deveria ter tido o cuidado de fazer uma enumeração mais ampla, ainda que limitada a situações previstas no Código de Processo Civil. Afinal, a liminar da ação possessória, mantida no Novo Código de Processo Civil, continua a ser espécie de tutela de evidência, bem como a concessão do mandado monitório e da liminar nos embargos de terceiro, e nenhuma delas está prevista no art. 311 do Novo CPC. A única conclusão possível é que o rol de tal dispositivo legal é exemplificativo.

12.6.2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

12.6.2.1. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

Aparentemente, o inciso I do art. 311 do Novo CPC apenas

realocou uma hipótese de tutela da evidência que no CPC/1973 estava prevista como tutela antecipada (de urgência, portanto). Contudo, não foi bem isso que ocorreu, ao menos não de forma expressa. A tutela prevista equivocadamente no art. 273, § 6.º, do CPC/1973 resultava da combinação dos requisitos previstos no *caput* e inciso I do dispositivo atual, de modo que não bastava que ficasse caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, sendo também exigida a prova inequívoca da verossimilhança da alegação. Era, portanto, a probabilidade de o autor ter o direito alegado somada à resistência injustificada do réu que justificava a concessão dessa espécie de tutela provisória.

Da forma como ficou redigido o art. 311, I, do Novo CPC, restou como requisito para a concessão da tutela da evidência somente o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, o que parece contrariar até mesmo o espírito dessa espécie de tutela. Difícil acreditar que o autor tenha direito a uma tutela, ainda que provisória, somente porque o réu se comporta indevidamente no processo, sem que o juiz tenha qualquer grau de convencimento da existência do direito do autor. Parece-me extremamente temerário, como simples forma de sanção processual, conceder a tutela da evidência sem que haja probabilidade de o autor ter o direito que alega.

Entendo que nesse caso a probabilidade de o direito existir é necessária[270], mas não está tipificada na lei, como ocorre com as outras três hipóteses de cabimento da tutela da evidência previstas no art. 311 do Novo CPC. Significa dizer que nessa hipótese de

cabimento da tutela da evidência o juiz deve se valer, por analogia, do art. 300, *caput*, do Novo CPC, concedendo tal espécie de tutela apenas se houver nos autos elementos que evidenciem a probabilidade do direito e serem preenchidos os requisitos previstos em lei.

Partindo-se do pressuposto de que a lei não contém palavras inúteis, é preciso distinguir as duas expressões contidas no art. 311, I, do Novo CPC, que apesar de próximas designam fenômenos processuais distintos.

Para parcela doutrinária o manifesto propósito protelatório é mais amplo que o abuso do direito de defesa[271], mas aparentemente não se trata propriamente de diferença resultante da extensão das condutas. A forma mais adequada de interpretar o dispositivo legal é considerar que o abuso de direito de defesa representa atos protelatórios praticados no processo, enquanto no manifesto propósito protelatório do réu há um determinado comportamento – atos ou omissões – fora do processo, com ele relacionados[272].

Há pelo menos duas interpretações possíveis ao termo "defesa" utilizado no art. 311, I, do Novo CPC. Numa interpretação ampliativa pode-se entender qualquer ato que busque a defesa dos interesses da parte e numa interpretação mais restritiva o termo pode ser entendido exclusivamente como contestação[273].

Não parece legítimo o entendimento restritivo, evidenciando-se que o abuso do direito de defesa poderá se manifestar em outros atos processuais que não a contestação, o que inclusive poderá se

notar em outras espécies de resposta do réu, como as exceções rituais, que, por gerarem a suspensão do procedimento principal, poderão ser utilizadas de forma abusiva. Mas nem só nesse momento inicial do processo será possível detectar o abuso do direito de defesa, até porque o direito de defesa não é algo que se exaure após a apresentação de resposta do réu. Como o direito de defesa existe durante todo o processo, é evidente que o abuso em seu exercício possa ocorrer durante todo o trâmite procedimental.

A maioria dos atos tipificados como de *litigância de má-fé* pelo art. 80 do Novo CPC também poderão configurar o abuso do direito de defesa exigido pela tutela antecipada sancionatória. Nesses casos, inclusive, é ainda mais fácil a tipificação do ato praticado pela parte, considerando-se sua expressa previsão legal. Ocorre, entretanto, que seria empobrecer em demasia o alcance da norma legal a vinculação do instituto de forma absoluta aos atos de litigância de má-fé[274].

O que se pretende demonstrar é que existem atos que não são tipificados como de litigância de má-fé, mas ainda assim poderão se enquadrar no abuso do direito de defesa, como também o contrário será possível[275].

Costuma-se dizer que a mente criminosa ou de má-fé é muito criativa, de forma que seria impossível indicar todas as manobras realizáveis durante o procedimento em nítido abuso do direito de defesa da parte. Além de sempre existir uma manobra nova a se verificar no caso concreto, melhor nem descrever as já conhecidas para que algum patrono não se entusiasme com suas novas

descobertas.

Seguindo a concepção adotada, com o objetivo de diferenciar o ato praticado em abuso do direito de defesa do ato praticado com manifesto propósito protelatório, é correto afirmar que nessa segunda hipótese os atos são praticados fora do processo, evidentemente gerando consequências processuais. A redação do dispositivo legal nesse tocante não foi feliz, porque o mero propósito não é suficiente para ensejar a antecipação de tutela, sendo necessário que o ato praticado efetivamente tenha protelado a entrega da prestação jurisdicional. Ainda que o objetivo do réu tenha sido tornar mais moroso o trâmite processual, se não conseguiu no caso concreto atingir efetivamente tal objetivo, não haverá nenhum prejuízo ao andamento do processo. Poderá até mesmo ser punido por ato de *litigância de má-fé* (art. 80 do Novo CPC), *atentatório à dignidade da justiça* (arts. 77, IV e VI e 774, ambos do Novo CPC), mas não haverá razão para antecipar a tutela como forma de sancionar o réu[276].

Mais uma vez é grande o número de atos praticados fora do processo que tem como objetivo atrasar o andamento procedimental, e mais uma vez deixa-se de indicar uma relação de tais atos por duas razões já expostas: ser sempre meramente exemplificativa qualquer relação que se imagine a respeito de tais atos e deixar de trazer ao conhecimento de patronos e partes menos preocupadas com a boa-fé e a lealdade processual práticas escusas até então desconhecidas.

Ainda que tenhamos opinião doutrinária no sentido de que

esses atos protelatórios possam ocorrer até mesmo antes da propositura da ação[277], o parágrafo único do art. 311 do Novo CPC é expresso ao excluir tal hipótese de tutela da evidência da concessão liminar, de forma a ser impossível sua concessão antes da citação do réu e, por consequência óbvia, impossível a configuração dos requisitos legais antes do processo.

12.6.2.2. Fato provável e tese jurídica pacificada nos tribunais superiores

O inciso II do art. 311 do Novo CPC cria uma nova hipótese de tutela da evidência, inexistente no sistema do CPC/1973: as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos – sem a necessidade de trânsito em julgado[278] – ou em súmula vinculante. Fica nessa segunda hipótese evidenciada a necessidade de probabilidade de existência do direito do autor, elemento essencial da tutela de evidência. O legislador tomou o cuidado de exigir essa probabilidade tanto no aspecto fático como no jurídico, exigindo prova documental para comprovar os fatos alegados e tese jurídica já firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

A prova documental – ou documentada – exigida pelo dispositivo legal ora analisado deve ser idônea, ou seja, deve ser formalmente confiável e ter conteúdo que corrobore as alegações do autor, sendo apta, *prima facie*, a atestar a viabilidade da pretensão[279].

É verdade que o legislador poderia ter sido mais incisivo na

abrangência do dispositivo, considerando também as súmulas persuasivas e a jurisprudência dominante, ainda que somente dos tribunais superiores, como ocorre no julgamento liminar de improcedência (art. 332, I, do Novo CPC). Já há, inclusive, entendimento que amplia a aplicação do dispositivo para súmulas sem caráter vinculante[280]. Ou ainda se valido da mesma técnica utilizada para prever outra hipótese de julgamento liminar de improcedência, com fundamento em súmula de tribunal de justiça sobre direito local (art. 332, IV, Novo CPC). Afinal, se para conceder tutela definitiva liminarmente basta súmula persuasiva de tribunal superior, é contraditório exigir para a concessão de tutela provisória uma tese consagrada em súmula vinculante.

Já se propõe uma interpretação extensiva do dispositivo legal para permitir a concessão de tutela da evidência sempre que a fundamentação jurídica do autor estiver fundada em precedente vinculante, ainda que não previsto expressamente no art. 311, II, do Novo CPC[281].

Por outro lado, sendo os fatos alegados pelo autor provados documentalmente, salvo na hipótese de o réu alegar defesa de mérito indireta, com fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, que demande produção de prova oral ou pericial, essa hipótese de tutela de evidência só terá sentido se for concedida liminarmente, porque após a citação e defesa do réu será caso de julgamento antecipado da lide.

A hipótese prevista no dispositivo legal ora comentado não é suficiente para a concessão de tutela definitiva, porque as alegações

de fato podem se mostrar falsas no encerramento da instrução probatória e o réu poderá se defender juridicamente alegando a distinção do caso em análise da tese jurídica já firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (*distinguish*).

12.6.2.3. Prova documental em ação reipersecutória

A terceira hipótese de tutela da evidência vem prevista no inciso III do art. 311 do Novo CPC: quando 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.

A probabilidade da existência do direito mais uma vez decorre de prova documental produzida pelo autor, nesse caso de forma mais específica à espécie de pedido (reipersecutório) e ao tipo de documento (contrato de depósito). Entendo que essa prova documental exigida pelo art. 311, II, do Novo CPC não precisa ser necessariamente o contrato de depósito, bastando que seja uma prova escrita que demonstre a relação jurídica material de depósito.[282]

A expressa previsão de multa para pressionar psicologicamente o réu a entregar o bem é desnecessária, porque em toda e qualquer obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa é cabível a aplicação da multa cominatória (*astreintes*).

12.6.2.4. Prova documental sem prova do réu capaz de gerar dúvida razoável ao juiz

O inciso IV do art. 311, do Novo CPC prevê a última hipótese

de tutela da evidência. Se a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, ao juiz caberá a concessão da tutela provisória da evidência. A prova pode ser documentada, ou seja, o autor pode se valer de prova emprestada oral ou pericial[283].

Essa hipótese de cabimento está condicionada à inexistência de cognição exauriente diante da situação descrita no dispositivo legal, porque, sendo possível nesse momento do procedimento, ao juiz, formar juízo de certeza, será caso de julgamento antecipado do mérito, ainda que parcial, a depender do caso concreto. Dessa forma, mesmo que o réu não consiga produzir prova documental capaz de gerar dúvida razoável, deve haver no caso concreto outros meios de prova a produzir (oral, pericial) a impedirem o referido julgamento antecipado[284].

Embora o dispositivo legal aponte para a concessão de tutela da evidência após a contestação do réu, entendo que seu cabimento não se exaure a esse momento procedimental. Seguindo o processo e sendo produzida prova de outra natureza que não a documental, caso a parte adversa não consiga produzir prova que gere dúvida razoável, o juiz deverá conceder a tutela da evidência[285].

12.6.3. PROCEDIMENTO

Conforme já devidamente analisado, o art. 294, parágrafo único, do Novo CPC, exclui a tutela de evidência do rol de tutelas provisórias passiveis de concessão antecedente. Dessa forma, há um tratamento heterogêneo entre as diferentes espécies de tutela provisória: enquanto a tutela de urgência pode ser pedida de forma antecedente e incidental, a tutela da evidência só pode ser pedida de forma incidental.

É claro que, nas duas hipóteses de tutela da evidência em que não cabe sua concessão liminarmente, não haverá possibilidade material de seu pedido ocorrer de forma antecedente; mas nas duas outras, nas quais a concessão pode ou deve ser liminar, é plenamente possível imaginar um pedido de forma antecedente. Como o Novo Código de Processo Civil não trata dessa possibilidade, é possível ao intérprete propugnar pela aplicação por analogia do procedimento previsto para o pedido antecedente de tutela antecipada.

Sendo o pedido formulado de forma antecedente, poderá ser elaborado como tópico da petição inicial, ou, após esse momento inicial do procedimento, ser formulado por meio de mera petição a ser juntada aos autos principais. Ainda que o juiz possa, antes de decidir, intimar a parte contrária para se manifestar sobre o pedido, a tutela de evidência pode ser a qualquer momento, concedida mediante contraditório diferido, nos termos do art. 9º, parágrafo único, II, do Novo CPC.

12.6.4. TUTELA DA EVIDÊNCIA ATÍPICA

Conforme já criticado, o rol do art. 311 do Novo CPC não consegue contemplar todas as hipóteses de cabimento da tutela da evidência, sendo criada pelo legislador a tutela da evidência típica, prevista no art. 311 do Novo CPC, e a tutela da evidência atípica, prevista esparsamente pelo ordenamento legal. A observação não é meramente acadêmica, porque sendo a tutela da evidência atípica, os requisitos são específicos, e como será visto, menos robustos do que aqueles previstos no art. 311 do Novo CPC.

Para a concessão da liminar possessória cabe ao autor provar: a sua posse, a turbação ou esbulho, a data da agressão possessória e a continuação da posse turbada ou perda da posse esbulhada (art. 561 do Novo CPC). Para a concessão da liminar nos embargos de terceiro basta ao autor provar de forma suficiente o domínio ou a posse sobre o bem (art. 678, *caput*, do Novo CPC). Na ação monitória o mandado monitório será expedido se o autor juntar prova documental ou documentada de seu direito que convença sumariamente o juiz de sua existência (art. 700, *caput* e 701, *caput*, do Novo CPC).

Neste tema da tutela da evidência atípica chama a atenção e causa extrema preocupação a desatenção do legislador ao prever as hipóteses de contraditório diferido no art. 9º do Novo CPC. Conforme se constata dos incisos de tal dispositivo legal, o legislador, ao prever o contraditório diferido aplicável à tutela de evidência, fez questão de expressamente limitá-las às hipóteses dos incisos II e III do art. 311 e à expedição do mandado monitório.

Foi extremamente infeliz, porque a expressa indicação dos incisos II e III do art. 311 do Novo CPC era totalmente

desnecessária, considerando-se que nos incisos I e IV do mesmo dispositivo a concessão de tutela da evidência depende de conduta a ser adotada pelo réu, não precisando haver uma previsão expressa pelo não cabimento do contraditório diferido nesse caso. O problema maior é que ao especificar o cabimento dessa espécie diferenciada de contraditório à tutela da evidência o legislador deixou de fora a liminar possessória e a liminar nos embargos de terceiro. Algo que não teria acontecido se tivesse simplesmente feito remissão genérica à tutela da evidência.

É incrível a desatenção do legislador porque, se levado a sério o art. 9º do Novo CPC – e tudo indica, ao menos nesse caso, que não o será – não será mais cabível tutela provisória da evidência na ação possessória e nos embargos de terceiro sem a oitiva prévia do réu. Sem previsão no parágrafo único do art. 9º do Novo CPC, teria que ser aplicado o *caput* do dispositivo, que expressamente exige a oitiva prévia da parte antes de ser proferida decisão contra seus interesses. E a concessão de uma liminar possessória ou nos embargos de terceiro é obviamente contra os interesses do réu.

13. FORMAÇÃO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO

Sumário: 13.1. Formação do processo – 13.1.1. Formação gradual da relação jurídica processual – 13.1.2. Momento da propositura da ação – 13.1.3. Litispendência – 13.2.1. Suspensão do procecimento – 13.2.2. Suspensão própria e imprópria – 13.2.3. Decisão de suspensão do processo – 13.2.4. Impugnabilidade da decisão de suspensão do processo – 13.2.5. Morte ou perda da capacidade processual da parte – 13.2.6. Dissolução de sociedade – 13.2.7. Morte ou perda de capacidade processual do representante legal – 13.2.8. Morte ou perda de capacidade processual do advogado – 13.2.9. Convenção das partes – 13.2.10. Arguição de impedimento ou de suspeição – 13.2.11. Admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas – 13.2.12. Prejudicialidade – 13.2.13. Necessidade de verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada para outro juízo – 13.2.14. Força maior – 13.2.15. Acidentes e fatos da navegação de competência do tribunal marítimo – 13.2.16. Demais casos regulados pelo novo código de processo civil – 13.2.17. Prazo de suspensão – 13.2.18. Vedação à prática de atos processuais durante a suspensão do processo – 13.2.19. Arguição de suspeição e impedimento do juiz – 13.2.20. Verificação da existência de fato delituoso pela justiça criminal – 13.3. Extinção do processo – 13.3.1. Extinção do processo – 13.3.2. Impropriedade do termo “extinção parcial do processo”– 13.3.3. Princípio da cooperação e extinção do processo por sentença terminativa – 13.3.4. Reconhecimento jurídico do pedido.

13.1. FORMAÇÃO DO PROCESSO

13.1.1. FORMAÇÃO GRADUAL DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

O processo resulta da materialização do direito abstrato de ação, o que se dá pela propositura da ação por meio de protocolo da petição inicial perante o juízo para o qual a peça seja endereçada.

Não tenho dúvida de que a partir desse momento já existe uma relação jurídica processual, ainda que apenas linear, formada entre o autor e o juiz[286]. E com isso já existe processo, até porque quando há prolação de sentença liminar, seja para indeferir a petição inicial ou para julgar liminarmente improcedente o pedido do autor, o processo é extinto por essa sentença. Não é preciso muito esforço para compreender que só é possível se extinguir o que exista, de forma que a existência do processo necessariamente deve preceder à sua extinção[287].

O processo, portanto, não precisa da citação para ser formado, não sendo correto o entendimento no sentido de que somente com a citação estar-se-á instaurado o processo. Na realidade o processo não se forma gradualmente, mas sim a relação jurídica processual, que com a citação do réu deixa de ser linear e passa a ser tríplice.

13.1.2. MOMENTO DA PROPOSITURA DA AÇÃO

O art. 263 do CPC/1973 previa que a propositura da ação se dava com a distribuição em foros com mais de uma vara e com o primeiro despacho do juiz em foros de vara única. Essa previsão trazia um sério problema no tocante à interrupção da prescrição, porque se aplicado o dispositivo legal seria possível que o autor provocasse o Poder Judiciário antes do vencimento do prazo

prescricional, mas que a distribuição ou o despacho do juiz ocorresse somente depois desse vencimento. Se realmente a propositura da ação dependesse de um ato do juízo – distribuição ou despacho do juiz – seria possível a extravagante hipótese de o autor exercer sua pretensão antes do vencimento do prazo prescricional e ainda assim ter seu processo extinto com fundamento na prescrição.

Como tal situação é extremamente injusta, contrariando inclusive a própria razão de ser da prescrição, já que nesse caso a inércia não teria sido do titular do direito, o Superior Tribunal de Justiça ignorava a previsão legal para entender que a propositura da ação se dava com o protocolo da petição inicial[288].

O art. 312 do Novo CPC consagra esse entendimento, e em feliz redação prevê que a ação se considera proposta desde o protocolo da petição inicial. A propositura da ação é ato unilateral do autor, representado pela apresentação da petição inicial em juízo, não dependendo, portanto, de nenhum ato judicial que não o certificado de que a petição inicial foi protocolada. O registro e/ou a distribuição do processo, atos a serem praticados pelo Poder Judiciário, são estranhos ao ato da parte de propor a ação, sendo-lhe sempre posteriores.

13.1.3. LITISPENDÊNCIA

O termo “litispendência” é equívoco, podendo significar pendência da causa (que começa a existir quando de sua propositura e se encerra com a sua extinção) ou pressuposto processual negativo verificado na concomitância de processos idênticos (mesma ação). O art. 312 do Novo CPC adotou o primeiro sentido

da expressão para prever que, ainda que a propositura da ação se dê com o protocolo da petição inicial, ela só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 do mesmo diploma processual depois que for validamente citado.

Para o autor, há litispendência desde o protocolo de sua petição inicial, enquanto que para o réu a litispendência depende de sua citação válida. Ou ainda, como prefere parcela da doutrina, há litispendência desde a propositura da ação, mas seus efeitos são gerados para o autor a partir desse momento e para o réu somente depois de sua citação[289].

13.2. SUSPENSÃO DO PROCESSO

13.2.1. SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO

O processo é projetado para ter seu andamento sem interrupção, de forma que qualquer paralisação em seu trâmite é considerada pela melhor doutrina como crise do procedimento. Sendo a duração razoável do processo um dos princípios processuais consagrados tanto na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII) como no Novo Código de Processo Civil (art. 6º), é natural se compreender que qualquer suspensão do procedimento aumente o tempo de duração do processo, aparentemente conspirando contra tal princípio. Ocorre, entretanto, que em razão de determinadas circunstâncias é preferível a suspensão do que o andamento, sendo tal opção derivada de causas de ordem física, lógica e jurídica.

Diferente do que está previsto no art. 313 do Novo CPC, o

dispositivo na realidade não consagra causas de suspensão do processo, até porque o processo nunca é suspenso, mantendo-se íntegro mesmo durante o prazo de suspensão. O que se suspende é o procedimento e não o processo, ou seja, cessa o andamento regular do processo por um determinado período.

13.2.2. SUSPENSÃO PRÓPRIA E IMPRÓPRIA

A suspensão do processo é tecnicamente a situação em que todo o procedimento cessa durante um determinado período. Ocorre, entretanto, que por vezes, apesar de parcela do procedimento continuar a ter andamento, outra parcela fica suspensa, como ocorre nos julgamentos de incidentes processuais, que suspendem o procedimento principal, mas por fazerem parte do processo, permitem que ele ao menos parcialmente continue a tramitar. Tome-se como exemplo o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). O processo em que foi instaurado será suspenso, mas na realidade o que fica suspenso é o procedimento principal desse processo, porque sendo o incidente parte dele, o processo parcialmente continuará seu trâmite, por meio do incidente processual.

Diante dessas duas realidades distintas, a doutrina costuma falar em suspensão própria e imprópria do processo[290], ainda que nesse segundo caso não haja propriamente suspensão do processo.[291] Na suspensão própria todo o procedimento cessa seu andamento por um determinado período, enquanto que na suspensão imprópria a suspensão atinge apenas parcela do procedimento, enquanto outra parte tramita normalmente.

13.2.3. DECISÃO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO

É tranquilo o entendimento de que a suspensão depende de uma decisão judicial nesse sentido, havendo, entretanto, divergência doutrinária a respeito do conteúdo de tal decisão. A doutrina majoritária entende tratar-se de decisão meramente declaratória, que se limita a dar a certeza jurídica da presença de uma das causas legais de suspensão do processo[292]. Minoritariamente, há doutrinadores que defendem a natureza constitutiva, já que ela seria capaz de paralisar a atividade processual[293].

Apesar da divergência doutrinária, há um ponto de aceitação generalizada: a decisão de suspensão do processo tem eficácia *ex tunc*, ou seja, retroage à data do evento que deu causa à suspensão, devendo-se considerar desde esse momento suspenso o procedimento. É no mesmo sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.[294]

13.2.4. IMPUGNABILIDADE DA DECISÃO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO

Por não estar previsto no rol do art. 1.015 do Novo CPC e nem haver qualquer previsão expressa nesse sentido, a decisão interlocutória de suspensão do processo não é recorrível por agravo de instrumento, salvo se proferida no inventário, cumprimento de sentença, processo de execução e liquidação de sentença (art. 1.015, parágrafo único, Novo CPC).

Teoricamente, a decisão seria impugnável em sede de apelação ou contrarrazões, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC, mas nesse caso fica evidente a inutilidade da impugnação da decisão

somente nesse momento procedimental. Se o processo ficar suspenso indevidamente, e depois disso retomar seu andamento até a prolação da sentença, exatamente qual a utilidade prática de somente na apelação ou contrarrazões se insurgir contra a decisão que determinou a suspensão?

Diante da manifesta inutilidade da forma impugnativa será cabível o mandado de segurança contra essa decisão. Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça admite o mandado de segurança contra ato judicial justamente quando o recurso cabível é incapaz de inverter a sucumbência suportada pela parte.

13.2.5. MORTE OU PERDA DA CAPACIDADE PROCESSUAL DA PARTE

Falecendo a parte durante o processo e sendo o direito nele discutido intransmissível, o processo será extinto nos termos do art. 485, IX, do Novo CPC. Nos demais casos, a morte da parte será causa de suspensão do processo, nos termos do art. 313, I, do Novo CPC. Essa distinção de tratamento é reconhecida pelo art. 313, § 2º, II, do Novo CPC, que prevê que a intimação do espólio, sucessor ou herdeiro do autor depende de o direito em litígio ser transferível.

Tendo a decisão sobre a suspensão do processo eficácia *ex tunc*, o processo estará suspenso desde o momento em que a parte faleceu, sendo irrelevante para esse fim o momento em que a informação é levada ao juízo ou o da data da decisão de suspensão[295].

A suspensão de processo, em virtude de falecimento da parte e cujo objeto seja direito transmissível, deve ser analisada com

cuidado, porque depois de sua morte é possível que sejam praticados atos que não dependam de intervenção da parte, sendo, nesse caso, irrelevante se ela está viva ou morta. Nesses casos, não parece adequado afirmar-se que o processo está suspenso e que tais atos não podem ser praticados (art. 314 do Novo CPC). Se os autos estão com o contador judicial, porque ele teria que parar seu trabalho em razão do falecimento da parte[296]? Se os autos estão conclusos para a sentença e ocorre o falecimento da parte, porque o juiz teria que esperar a regularização processual para sentenciar o processo[297]?

Nos arts. 687 a 692 do Novo CPC está prevista a ação de habilitação, que segundo o art. 687 do Novo CPC é cabível quando ocorrer o falecimento de uma das partes e os interessados houverem de suceder-lhe no processo. Trata-se de ação incidental de procedimento especial para habilitar a sucessão processual na hipótese de morte da parte.

Nos termos do § 1º do art. 313 do Novo CPC, a propositura dessa ação suspende o processo, sendo exatamente essa a previsão do art. 689 do Novo CPC. Os dois dispositivos têm previsão inadequada porque não é a propositura da ação incidental de habilitação que suspende o processo, que na realidade estará suspenso desde o falecimento da parte[298].

Caso não seja ajuizada a ação de habilitação, mas o juiz tome de ofício conhecimento da morte da parte, o § 2º do art. 313 do Novo CPC prevê que o juiz determinará a suspensão do processo (na realidade o processo já estará suspenso, sendo a decisão

meramente declaratória), e adotará posturas distintas a depender de o falecimento ter ocorrido com sujeito que figure no polo ativo ou passivo da relação jurídica processual.

Falecido o réu, o juiz ordenará a intimação do autor para que promova a citação do respectivo espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, no prazo que designar, de no mínimo 2 e no máximo 6 meses. Descumprida a diligência, estará configurado o abandono do processo, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, II, do Novo CPC).[299]

Falecido o autor e sendo transmissível o direito em litígio, determinará a intimação de seu espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, pelos meios de divulgação que reputar mais adequados, para que manifestem interesse na sucessão processual e promovam a respectiva habilitação no prazo designado, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 485, IV, do Novo CPC).

Na hipótese de perda da capacidade processual da parte, a suspensão do processo serve para que ingresse no processo um representante processual, porque nesse caso a parte perde a capacidade de estar em juízo, só podendo atuar no processo por meio de um representante processual. Nesse caso deve se seguir o procedimento previsto no art. 76 do Novo CPC.

13.2.6. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE

Há doutrina que equipara a morte da parte à extinção da pessoa jurídica[300], de forma que havendo a dissolução da sociedade caberia a suspensão do processo, sendo a essa hipótese aplicadas as regras

previstas para a morte da parte e de sua sucessão no processo.

Esse entendimento, entretanto, não é pacífico, havendo corrente doutrinária que entende ser inadequada essa equiparação, porque diante da dissolução da sociedade sempre haverá alguém encarregado de representá-la judicialmente, até final liquidação de seus direitos e obrigações[301]. Por outro lado, na maioria dos casos, a extinção da pessoa jurídica decorre de ato voluntário de seus membros, não devendo se dar a eles o poder de suspender o processo pelo simples fato de terem extinguido a pessoa jurídica[302].

Para essa parcela doutrinária, portanto, a extinção da pessoa jurídica não é causa de suspensão do processo, devendo o procedimento seguir normalmente.

13.2.7. MORTE OU PERDA DE CAPACIDADE PROCESSUAL DO REPRESENTANTE LEGAL

Se existe um representante legal no processo é porque falta à parte representada a capacidade de estar em juízo. No caso de morte ou de perda da capacidade processual desse representante processual, a parte volta a não ter capacidade de estar em juízo, cabendo a indicação de um novo representante processual para que se regularize sua situação no processo.

O procedimento para a regularização é aquele previsto no art. 76 do Novo CPC, sendo entendimento tranquilo na doutrina que a hipótese não se aplica aos casos de morte ou perda de capacidade processual do “presentante” de pessoa jurídica, porque nesse caso outra pessoa tomará o lugar do “presentante” morto ou que se torna incapaz, sem que haja obstáculos à continuidade do processo[303].

Apenas para exemplificar, morto o prefeito, que “presenta” a Municipalidade em juízo, assume o cargo em seu lugar o vice-prefeito, não havendo razão para a suspensão do processo.

13.2.8. MORTE OU PERDA DE CAPACIDADE PROCESSUAL DO ADVOGADO

O art. 313, I, do Novo CPC, prevê como causa de suspensão do processo a morte ou a perda de capacidade processual do patrono da parte. Essa perda da capacidade processual deve ser entendida de forma ampliativa, porque o processo deve ser suspenso não só quando o advogado perde sua capacidade civil (por exemplo, é interditado), mas também quando perde sua capacidade postulatória (por exemplo, quando é suspenso pela Ordem dos Advogados do Brasil)[304].

A suspensão aqui tratada só se justifica se o advogado morto ou que perdeu sua capacidade for o único constituído nos autos, de forma que, havendo mais de um advogado constituído, o processo deve prosseguir normalmente com o outro procurador remanescente[305]. Há, entretanto, situação excepcional quando o advogado foi contratado especificamente para praticar determinado ato processual. Imagine uma oitiva por carta precatória em que o advogado contratado, que tem domicílio profissional no local da audiência, venha a falecer e por essa razão obviamente não comparece à audiência. Ou ainda um advogado contratado para uma sustentação oral que vem a falecer antes da sessão de julgamento. Entendo que nesse caso, mesmo havendo mais de um advogado constituído, o processo deve ser suspenso.

Nos termos do § 3º do art. 313 do Novo CPC, no caso de morte do procurador de qualquer das partes, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, o juiz determinará que a parte constitua novo mandatário, no prazo de 15 dias. Nos termos do art. 139, VI, do Novo CPC, o juiz poderá dilatar esse prazo diante das particularidades do caso concreto.

Caso não haja a regularização, as consequências variam a depender de a omissão ser conduta adotada pelo autor ou pelo réu. Sem advogado faltará capacidade postulatória ao autor, e sem esse pressuposto processual subjetivo o processo não poderá prosseguir, sendo caso de extinção do processo sem resolução do mérito nos termos do art. 485, IV, do Novo CPC.

Sendo o réu omisso, não tem qualquer sentido a extinção do processo, que favoreceria o réu omisso e prejudicaria o autor que, nem que queira, poderá regularizar a capacidade postulatória do réu. A consequência, portanto, é outra, prevendo o art. 313, § 3º, do Novo CPC que nesse caso o juiz ordenará o prosseguimento do processo à revelia do réu. A previsão deve ser bem compreendida, porque confunde a revelia com seus efeitos.

Caso o falecimento do advogado do réu ocorra depois de já apresentada sua contestação, mesmo que não haja a regularização nos termos do art. 313, § 3º, do Novo CPC, será impossível considerar-se esse réu revel, já que a revelia é um estado de fato gerado pela ausência jurídica da contestação. E apresentada validamente a contestação não será gerado o principal efeito da revelia que é a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Nessa situação, a única consequência será a geração de outro

efeito da revelia, a da dispensa da intimação do réu.

13.2.9. CONVENÇÃO DAS PARTES

A suspensão do processo por acordo das partes prevista no art. 313, II, do Novo CPC é apenas uma especificação da cláusula geral dos negócios jurídicos processuais prevista no art. 190 do Novo CPC. Tratando-se de acordo bilateral, está sujeito às exigências formais do art. 190 do Novo CPC, exigindo-se que seja celebrado por partes capazes, em processos em que se admita a autocomposição e que nenhuma das partes esteja em situação de vulnerabilidade.

Não há exigência de motivação do acordo[306], não sendo dado ao juiz indeferir o pedido formulado pelas partes[307].

Esse acordo específico de suspensão do processo tem uma limitação temporal prevista no art. 313, § 4º, do Novo CPC, não podendo ser superior a 6 meses. O legislador equacionou o interesse das partes com o interesse público na continuidade e encerramento do processo dentro de um prazo razoável. Registre-se que esse prazo não é aplicável à execução quando a motivação da suspensão for o cumprimento da obrigação pelo executado, sendo nesse caso o tempo de suspensão o necessário para tal cumprimento (art. 922 do Novo CPC).

Apesar de entendimento arraigado na doutrina à luz do CPC/1973 de que não caberia suspensão convencional do processo durante o transcurso de prazo peremptório[308], já replicado em alguns entendimentos à luz do Novo Código de Processo Civil[309],

entendo que esse impedimento não sobreviveu à nossa sistemática dos prazos criada pelo novo diploma legal. A partir do momento em que o art. 139, VI, do Novo CPC permite ao juiz a prorrogação de todo e qualquer prazo, entendo que não existem mais prazos peremptórios, sendo todos dilatórios. Dessa forma, a suspensão convencional será sempre admitida, ainda que pendente o prazo para a prática de ato processual.

Reforçando a natureza meramente declaratória da decisão de suspensão do processo, a doutrina é tranquila em apontar que o processo estará suspenso desde a data em que o acordo for celebrado, sendo irrelevante o momento em que ele é levado ao conhecimento do juízo e por ele homologado[310]. Registre-se corrente doutrinária que entende que, ainda que a suspensão não dependa de decisão, ela só tem início quando o ato processual é praticado pelas partes nos autos do processo[311].

Há divergência doutrinária a respeito da possibilidade de as partes convencionarem a suspensão do processo quando o ato processual estiver em curso. Para parcela da doutrina, não se admite tal espécie de suspensão durante uma audiência ou de sessão de julgamento pelo tribunal[312], enquanto outra parcela não vê qualquer impedimento[313]. Prefiro o entendimento contrário, porque pode justamente ser durante o ato processual que surja razão para as partes se motivarem a suspender o processo. Por outro lado, não parece adequado criar restrições ao exercício da vontade das partes quando a própria lei é omissa nesse sentido.

13.2.10. ARGUIÇÃO DE IMPEDIMENTO OU DE

SUSPEIÇÃO

O art. 313, III, do Novo CPC prevê como causa de suspensão do processo a arguição de impedimento ou de suspeição, e, ainda que seja omisso o dispositivo nesse sentido, a única arguição de impedimento e suspeição capaz de suspender o processo é a do juiz, não havendo suspensão quando a arguição se dirigir ao membro do Ministério Público (art. 148, § 2º, do Novo CPC) ou a auxiliares da Justiça[314].

A mera arguição da suspeição ou impedimento do juiz suspende o procedimento principal (suspensão imprópria), mas a continuidade dessa suspensão até o julgamento da arguição depende de decisão a ser proferida pelo relator do incidente no tribunal. Nos termos do art. 146, § 2º, do Novo CPC, o relator poderá receber o incidente sem efeito suspensivo, de forma que o processo retomará o seu andamento, ou com efeito suspensivo, quando a suspensão será prorrogada até o julgamento do incidente.

No tocante aos pedidos de tutela de urgência, serão dirigidos ao substituto legal do juiz acusado de parcial enquanto não for declarado o efeito em que o incidente é recebido ou quando ele for recebido com efeito suspensivo. Se o relator receber o incidente sem efeito suspensivo, o pedido será dirigido ao próprio juiz acusado de suspeito ou impedido.

13.2.11. ADMISSÃO DE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O inciso IV do art. 313 do Novo CPC, além de repetitivo, diz menos do que deveria.

A suspensão do processo em razão da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas já está prevista no art. 982, I, do Novo CPC, que prevê que sendo o incidente admitido pelo relator no tribunal de segundo grau caberá a ele suspender os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região de competência do tribunal.

Por outro lado, teria sido mais adequado o dispositivo prever a suspensão na admissão do julgamento de casos repetitivos, já que além da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 982, I, Novo CPC), também no julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos haverá suspensão do processo, nos termos do art. 1.037, II, Novo CPC[315]. De qualquer forma, essa hipótese de suspensão está contemplada no inciso VIII do art. 313 do Novo CPC.

No caso da suspensão em razão da admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas, o art. 980, *caput*, do Novo CPC prevê o prazo máximo de um ano de suspensão, que poderá ser prorrogado por decisão fundamentada do relator (art. 980, parágrafo único, Novo CPC).

13.2.12. PREJUDICIALIDADE

Nos termos do art. 313, V, "a", do Novo CPC o processo será suspenso quando a sentença depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente. Nesse caso, não se tratando de suspensão obrigatória, ela depende de decisão judicial expressa do juiz no sentido da suspensão do

processo[316].

Nas precisas lições da melhor doutrina, as questões prejudicais são aquelas que, além de constituírem premissas lógicas da sentença, reúnem condições suficientes para ser objeto de ação autônoma[317]. Para se decidir um pedido de resolução contratual, o juiz deve necessariamente decidir se o contrato é válido ou nulo (questão prejudicial). Para se decidir um pedido de condenação a pagamento de alimentos, o juiz deve necessariamente decidir se o réu é ou não o pai do autor (questão prejudicial).

As questões prejudiciais podem ser internas (endógenas) ou externas (exógenas). As primeiras são aquelas que surgem dentro do próprio processo e com a supressão do sistema da ação declaratória incidental não geram suspensão do processo. O próprio art. 313, V, "a", do Novo CPC, prevê expressamente que a suspensão depende de outro processo pendente[318].

As questões prejudiciais externas são aquelas que constituem objeto de outros processos, podendo ser homogêneas (objeto de outro processo da jurisdição civil) ou heterogêneas (objeto de outro processo da jurisdição criminal), sendo que o dispositivo ora comentado versa sobre a questão prejudicial externa homogênea. Na Jurisdição civil inclui-se a suspensão de processo em trâmite em diferentes Justiças, como Federal e Estadual[319].

Por uma questão de lógica, havendo suspensão entre dois processos em razão da prejudicialidade externa, é natural que seja suspenso o processo prejudicado à espera do julgamento do

processo prejudicial. Havendo tal espécie de prejudicialidade, suspende-se o processo no qual a relação jurídica controvertida é discutida incidentalmente enquanto o processo no qual a mesma relação jurídica é discutida de forma principal não é decidido[320].

Para parcela doutrinária é irrelevante a ordem cronológica de propositura da ação prejudicada e da ação prejudicial. Nesse caso, desconsiderando-se a questão temporal, todo e qualquer processo, independentemente do momento de sua propositura, poderá ser suspenso à espera da solução da relação jurídica no processo que a decidirá de forma principal[321].

A redação do art. 313, IV, "a", do Novo CPC permite tal conclusão, ao prever que a suspensão depende "de outro processo pendente", não exigindo que tal processo já esteja pendente quando da propositura da ação prejudicial. Basta, portanto, que o processo prejudicado esteja pendente para que possa ser suspenso pela aplicação do dispositivo legal mencionado.

O Superior Tribunal de Justiça, embora não tenha tratado dessa matéria de forma principal, já permitiu incidentalmente que mesmo tendo sido proposta a ação prejudicial quando já em trâmite a causa prejudicada, essa segunda fosse suspensa até o julgamento da primeira. Nesse sentido, determinou a suspensão de um processo de busca e apreensão em razão de processo revisional de contrato, ainda que esse segundo tenha sido proposto depois do primeiro[322].

Há, entretanto, corrente doutrinária que entende que a suspensão depende de uma determinada ordem temporal de

propositura dos processos. Para essa corrente doutrinária, só haverá suspensão se o processo prejudicial já estiver em trâmite quando da propositura do processo prejudicado[323].

A reunião com fundamento na causa ora analisada tem como fundamento a harmonização dos julgados e a economia processual, mesmos objetivos perseguidos pela reunião de processos perante o mesmo juízo. Diante dessa realidade, a doutrina entende que a suspensão só se justifica se não for possível a reunião dos processos perante o mesmo juízo para julgamento conjunto dos processos[324].

13.2.13. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DE DETERMINADO FATO OU A PRODUÇÃO DE CERTA PROVA, REQUISITADA PARA OUTRO JUÍZO

O art. 313, V, "b", do Novo CPC prevê a suspensão do processo quando a prolação de sentença de mérito depender da verificação de determinado fato ou de produção de certa prova requisitada para outro juízo. Até para se distinguir da hipótese prevista no art. 313, V, "a", do Novo CPC, a suspensão ora analisada não trata de questão prejudicial, mas de questão preliminar ao julgamento de mérito, aqui compreendida como fato ou prova que deve ser verificada ou produzida anteriormente à prolação de decisão de mérito.

A produção de prova requerida a outro juízo se dá por meio da expedição de carta precatória, rogatória ou de ordem. Sempre tive dificuldade de aceitar a literalidade do art. 377 do Novo CPC, que prevê que a suspensão do processo em razão da expedição de carta só ocorre se o pedido de produção de prova for elaborado antes da decisão de saneamento e quando a prova for imprescindível à

formação do convencimento do juiz.

Entendo que se a prova foi deferida, independentemente do momento procedimental, ela é imprescindível à formação do convencimento do juiz, porque, do contrário, será caso de indeferimento do pedido nos termos do art. 370, parágrafo único, do Novo CPC. Por tal razão, entendo que, sempre que haja prova pendente de produção por meio de carta de auxílio, o juízo da causa não poderá sentenciar o processo. Trata-se, naturalmente, de suspensão imprópria, porque todos os demais atos, salvo os debates orais (memoriais escritos) e sentença, podem ser normalmente praticados durante o cumprimento da carta[325].

13.2.14. FORÇA MAIOR

Havendo motivo de força maior o processo será suspenso, nos termos do art. 313, VI, do Novo CPC, entendendo-se como força maior qualquer causa representada por evento insuperável, alheio à vontade dos sujeitos processuais e que os impeça de praticar atos processuais, tais como no caso de epidemia, calamidade pública, inundação, fechamento do fórum por determinação da Defesa Civil, incêndio etc. Há doutrina, inclusive, que inclui na força maior obstáculo oposto pela parte contrária e até mesmo a superveniência de férias coletivas[326].

O processo deve ser considerado suspenso desde o momento em que ocorreu a força maior que motiva sua suspensão, sendo irrelevante para fins de fixação do termo inicial da suspensão o momento em que o juiz toma conhecimento da força maior ou em que profere a decisão de suspensão do processo[327]. A suspensão

fica condicionada à manutenção da força maior, de forma que encerrado o evento inevitável e irresistível que deu causa à suspensão o procedimento retoma seu andamento regular[328].

13.2.15. ACIDENTES E FATOS DA NAVEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL MARÍTIMO

Será suspenso o processo, nos termos do art. 313, VII, do Novo CPC, quando se discutir em juízo questão decorrente de acidentes e fatos da navegação de competência do Tribunal Marítimo. Não parece adequada a interpretação literal da norma, porque se assim for o processo judicial deverá ser suspenso pelo simples fato de versar sobre acidentes e fatos da navegação, independentemente de já existir processo instaurado perante o Tribunal Marítimo. A única interpretação possível é a de que, já estando em trâmite processo perante esse tribunal administrativo, e sendo a questão lá discutida repetida no processo judicial, caberá a suspensão do processo judicial[329].

O Tribunal Marítimo é vinculado ao Ministério da Marinha, não integrando, portanto, o Poder Judiciário. Segundo o art. 18 da Lei 2.180/1954, as decisões do Tribunal Marítimo quanto à matéria técnica referente aos acidentes e fatos da navegação têm valor probatório e se presumem certos, sendo, porém, suscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário. O Superior Tribunal de Justiça, ao se manifestar sobre o tema, teve a oportunidade de decidir que as conclusões estabelecidas pelo Tribunal Marítimo são suscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário, ainda que a decisão proferida pelo órgão administrativo, no que se refere à matéria técnica sobre acidentes e fatos da navegação, tenha valor probatório[330].

Essa força probatória das decisões proferidas pelo Tribunal Marítimo quanto à matéria técnica referente aos acidentes e fatos da navegação, no processo judicial, recomendam a suspensão do processo enquanto não proferida tal decisão[331], ainda que a independência da instância judiciária da marítima tenha levado parcela da doutrina a criticar essa causa de suspensão[332].

13.2.16. DEMAIS CASOS REGULADOS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O inciso VIII do art. 313 do Novo CPC torna o rol de causas para a suspensão do processo previsto no dispositivo meramente exemplificativo ao prever que também será suspenso o processo em outros casos regulados pelo Novo Código de Processo Civil.

Pode ser mencionada como exemplo a suspensão em razão da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 134, § 3º, do Novo CPC); em razão da impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução (arts. 525, § 5º, e 919, § 1º, do Novo CPC); em razão da oposição (art. 685, parágrafo único, do Novo CPC); em razão da não localização de bens na execução de pagar quantia certa (art. 921, III, do Novo CPC); em razão de prazo concedido pelo exequente para que o executado cumpra sua obrigação (art. 922 do Novo CPC); em razão de julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos (art. 1.037, II, do Novo CPC).

13.2.17. PRAZO DE SUSPENSÃO

O § 4º do art. 313 do Novo CPC prevê que no caso de suspensão convencionada pelas partes o prazo máximo de

suspensão é de 6 meses, e nos casos previstos no inciso V, o prazo máximo é de um ano. O dispositivo faz claramente uma opção pela celeridade processual em detrimento da segurança jurídica, preferindo correr o risco da prolação de decisões contraditórias a postergar indefinidamente o andamento do processo.

Dessa forma, a suspensão seria no máximo pelo prazo de um ano, devendo o processo prejudicado retomar seu andamento mesmo sem a solução do processo prejudicial. O Superior Tribunal de Justiça tem decisões recentes adotando a interpretação literal do art. 313, § 4º, do Novo CPC, limitando o período de suspensão ao tempo previsto no dispositivo legal[333].

O tema, entretanto, não está pacificado, mesmo no Superior Tribunal de Justiça, que também já se manifestou recentemente admitindo estender a suspensão do processo por período superior a um ano, por meio da renovação desse prazo por um novo período de um ano[334] ou determinando que a suspensão dure até o trânsito em julgado do processo prejudicial[335].

Parece razoável o entendimento, levando-se em conta que a reconhecida morosidade do processo não é compatível com o exíguo prazo de um ano de suspensão do processo[336].

13.2.18. VEDAÇÃO À PRÁTICA DE ATOS PROCESSUAIS DURANTE A SUSPENSÃO DO PROCESSO

O art. 314 do Novo CPC é suficientemente claro ao prever a vedação à prática de qualquer ato processual durante o período de suspensão do processo, com exceção dos atos urgentes a fim de

evitar dano irreparável. Dessa forma, não resta dúvida de que o ato não urgente praticado durante a suspensão do processo é viciado, já que praticado em desconformidade com a regra legal. Situar esse ato viciado no plano da existência, validade ou eficácia é matéria que sempre dividiu a doutrina.

Para determinada corrente doutrinária, o ato praticado durante o período de suspensão do processo é juridicamente inexistente em razão da inexistência do pressuposto da pendência da causa[337]. Para outra corrente doutrinária o ato existe, mas é inválido[338]. Por fim, há os que entendem tratar-se de ato ineficaz[339].

O Superior Tribunal de Justiça entende que os atos não urgentes praticados durante a suspensão do processo são nulos[340], aplicando o princípio da instrumentalidade das formas, de modo que a nulidade só será reconhecida se restar comprovado o prejuízo[341].

13.2.19. ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO DO JUIZ

Sendo arguida a suspeição ou impedimento do juiz o procedimento principal será suspenso – suspensão imprópria – nos termos do art. 313, III, do Novo CPC. Essa suspensão poderá ser prorrogada pelo relator do incidente até o seu julgamento. Nesse caso, o art. 314 do Novo CPC veda ao juiz proferir qualquer decisão, inclusive os atos urgentes necessários para evitar dano irreparável. Trata-se de medida de salvaguarda das partes diante de um juiz que, potencialmente parcial, poderá por meio de decisão sobre tutela de urgência gerar indevidamente sério sacrifício a uma

das partes.

Havendo a necessidade de prática de ato urgente, a parte que dela necessita não ficará sem respaldo jurisdicional, cabendo ao substituto legal do juiz acusado de parcial a prática de tal espécie de ato, ainda que o procedimento principal esteja suspenso (art. 146, § 3º, do Novo CPC).

Registre-se que, não sendo o incidente recebido no efeito suspensivo pelo relator, o processo não estará suspenso, de forma que qualquer ato, urgente ou não, será praticado normalmente pelo juiz acusado de suspeição ou de impedimento.

13.2.20. VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE FATO DELITUOSO PELA JUSTIÇA CRIMINAL

O art. 315 do Novo CPC regulamenta a chamada "prejudicialidade externa" entre a ação civil e a ação criminal, facultando-se ao juiz da ação civil sua suspensão até que se resolva o processo penal. O que importa para o sobrestamento da ação civil é a existência de questões que serão resolvidas na motivação da sentença penal (por exemplo, materialidade e autoria do crime, presença de excludentes de ilicitude) e que poderão influenciar a formação do convencimento do juiz na esfera cível. A depender da classificação, a prejudicialidade ora analisada será heterogênea (jurisdicional ou perfeita), porque envolve ações de competência de diferentes seções especializadas do Poder Judiciário[342].

Existe divergência doutrinária a respeito da obrigatoriedade ou facultatividade dessa suspensão. Enquanto doutrinadores entendem ser uma faculdade do juiz cível[343], outros defendem a

obrigatoriedade sempre que presentes as hipóteses de vinculação do juízo civil à sentença penal[344]. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que nos casos em que possa ser comprovado, na esfera criminal, a inexistência de materialidade ou da autoria do crime, tornando impossível a pretensão ressarcitória cível, será obrigatória a paralisação da ação civil[345].

De qualquer forma, tendo sido suspenso o processo na esfera cível, as partes serão intimadas dessa decisão, contando-se a partir do primeiro dia útil subsequente um prazo de 3 meses para a propositura da ação penal, sem o que cessará a suspensão, cabendo ao juiz cível examinar incidentalmente a questão prévia.

Diante da omissão do art. 110 do CPC/1973, criou-se notável divergência doutrinária a respeito do tempo de duração do sobrestamento: para uns, o juiz cível, diante de demora irrazoável de definição na esfera penal, poderia cessar o sobrestamento[346], enquanto para outros, o sobrestamento deveria durar até o trânsito em julgado da ação penal[347]. A divergência foi resolvida pelo § 2º do art. 315 do Novo CPC ao prever que o prazo máximo de suspensão nesse caso é de um ano, a exemplo do que ocorre com a prejudicialidade externa com outro processo na esfera cível (art. 313, § 4º, do Novo CPC).

13.3. EXTINÇÃO DO PROCESSO

13.3.1. EXTINÇÃO DO PROCESSO

Nos termos do art. 316 do Novo CPC, a extinção do processo dar-se-á por meio de sentença. Na realidade, o dispositivo desconsiderou os processos de competência originária dos tribunais, que serão extintos por decisão monocrática do relator ou por acórdão. Sentença, afinal, é ato processual privativo do primeiro grau, e nem todo processo é competência do primeiro grau.

Superado esse equívoco, é preciso dizer que o dispositivo está correto, não existindo outra forma de se extinguir o processo que não por meio de sentença, mas também é preciso dizer que nem toda sentença extingue o processo, já que naquelas que dependem de atos subsequentes para a satisfação do direito nelas reconhecidos (condenatória, executiva e mandamental), a sentença não extingue o processo, mas apenas a fase procedimental de conhecimento[348].

13.3.2. IMPROPRIEDADE DO TERMO "EXTINÇÃO PARCIAL DO PROCESSO"

Apesar de rotineiramente utilizada na praxe forense, a expressão "extinção parcial do processo" é inadequada, tratando um conceito jurídico absoluto de forma equivocada. Falar em extinção parcial do processo é o mesmo que afirmar que uma mulher pode estar meio grávida ou que um funcionário público é meio honesto. A mulher está ou não grávida, o funcionário público é ou não honesto, o processo é ou não extinto.

O que pode ocorrer é a diminuição objetiva ou subjetiva do

processo, como ocorre, por exemplo, na exclusão de pedido para o qual o juízo é absolutamente incompetente e na exclusão de litisconsorte do processo por ilegitimidade de parte. Nesse caso, o processo é diminuído em termos objetivos ou subjetivos, e justamente por isso as decisões são interlocutórias e não sentenças. Se realmente houvesse extinção parcial do processo, teríamos que admitir sentenças também parciais, o que é refutado pelo Novo Código de Processo Civil.

A distinção entre diminuição objetiva ou subjetiva de demanda e a incorreta expressão "extinção parcial do processo" é importante porque evita qualquer dúvida a respeito da natureza da decisão e, por consequência, quanto ao recurso cabível.

13.3.3. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO POR SENTENÇA TERMINATIVA

O processo (ou fase) de conhecimento foi projetado pelo legislador para resultar em um julgamento de mérito. Por essa razão, essa espécie de julgamento é considerada o fim normal dessa espécie de processo ou fase procedimental. Naturalmente nem sempre isso é possível no caso concreto, devendo o sistema conviver com o fim anômalo do processo ou fase de conhecimento, que se dá por meio da sentença terminativa (art. 485 do Novo CPC). Esse fim anômalo, portanto, deve ser evitado sempre que possível.

Por outro lado, o princípio da cooperação consagrado no art. 6º do Novo CPC cria um dever de prevenção ao juiz, apontando às partes eventuais deficiências e permitindo suas devidas correções, evitando-se assim a declaração de nulidade, dando-se ênfase ao

processo como genuíno mecanismo técnico de proteção de direito material.

Na conjugação do interesse no julgamento do mérito e no princípio da cooperação é criado o art. 317 do Novo CPC, ao prever que antes de proferir sentença terminativa cabe ao juiz conceder à parte oportunidade, sempre que possível, de corrigir o vício. Como se pode notar da própria leitura do dispositivo, sendo o vício insanável, de nada adiantará dar oportunidade ao autor para saneá-lo, sendo nesse caso necessária, embora não desejada, a prolação da sentença terminativa (art. 485 do Novo CPC).

13.3.4. RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO

Essa espécie de resposta do réu é bastante rara na praxe forense, consubstanciando-se na expressa declaração do réu de concordância com a pretensão do autor. É ato de total disposição de direito, pelo qual o réu concorda tanto com os aspectos fáticos como com os aspectos jurídicos narrados pelo autor em sua petição inicial. A consequência de um reconhecimento jurídico do pedido é a extinção do processo por meio de sentença homologatória de mérito (art. 487, III, “a”, do Novo CPC), desde que abranja toda a pretensão do autor ou, ainda, o julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 do Novo CPC).

Não se confunda *confissão* com *reconhecimento jurídico do pedido*, porque a confissão atinge somente os fatos que em regra serão dados como verdadeiros pelo juiz; ainda que a confissão não seja prova plena, é comum que baste para a formação do convencimento do juiz. Mesmo convencido dos fatos, a aplicação do direito poderá ser contrária ao favorecido pela confissão, sendo

incorreto imaginar que a confissão é apta, por si só, a produzir a vitória da parte beneficiada por ela. Por outro lado, o reconhecimento jurídico do pedido abrange tanto as questões de fato quanto as questões de direito, em integral submissão do réu à pretensão do autor. Nesse caso, independentemente de qualquer outra análise, o juiz homologa a manifestação de vontade do réu, sendo certa a vitória do autor.

14. PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Sumário: 14.1. Introdução – 14.2. Sumariedade formal – 14.3. Valor da causa (art. 275, I, do CPC/1973) – 14.4. Matérias (art. 275, II, do CPC/1973) – 14.4.1. Arrendamento rural e parceria agrícola – 14.4.2. Cobranças ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio – 14.4.3. Ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico – 14.4.4. Ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre – 14.4.5. Cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução – 14.4.6. Cobrança de honorários de profissionais liberais – 14.4.7. Causas que versem sobre a revogação de doação – 14.4.8. Demais casos previstos em lei – 14.5. Petição inicial – 14.6. Citação – 14.7. Audiência de conciliação – 14.8. Presença das partes e patronos na audiência de conciliação – 14.9. Resposta do réu – 14.10. Casos de conversão em rito ordinário – 14.11. Intervenção de terceiros.

14.1. INTRODUÇÃO

Na vigência do CPC/1973, os procedimentos do processo/fase de conhecimento eram divididos em procedimento comum (ordinário e sumário, nos termos do art. 272, *caput*, do CPC/1973) e procedimentos especiais. A observação é importante porque mesmo naquelas demandas que poderiam transcorrer por meio do procedimento sumário – pelo valor ou pela matéria –, sendo tipificado o caso concreto como uma das hipóteses de procedimentos especiais, a demanda deveria obrigatoriamente

observá-lo[349]. Os procedimentos especiais são de aplicação cogente, não podendo optar o autor pelo procedimento comum, de forma que a primeira análise a ser feita a respeito do procedimento adequado diz respeito ao cabimento de um dos procedimentos especiais.

Não sendo cabível qualquer dos procedimentos especiais no caso concreto, devia-se analisar o cabimento do procedimento sumário, que preferia ao ordinário, este restando como o procedimento residual, sendo cabível sempre que não fossem adequados os demais[350]. A exceção ficava por conta do art. 275, parágrafo único, do CPC/1973, que vetava o procedimento sumário nas causas relativas ao estado e à capacidade da pessoa, quando se aplicaria o rito ordinário ou especial, conforme o caso concreto.

No tocante aos Juizados Especiais Cíveis, há o procedimento sumaríssimo. Na Justiça Estadual esse procedimento não é cogente, porque a utilização dos Juizados Especiais Estaduais é uma faculdade do autor, que poderá optar por tal procedimento ou pelo procedimento comum.

Registre-se que essa facultatividade é excepcional, porque os procedimentos são, em regra, de aplicação cogente, como ocorre com o procedimento sumário e ordinário, previstos no CPC/1973, entre os quais não existe nenhuma disponibilidade, não se admitindo a livre opção do autor[351]. A normalidade retorna no tocante ao procedimento sumaríssimo na Justiça Federal, considerando-se a competência absoluta dos Juizados Especiais Federais.

À luz do diploma legal revogado era obrigatória a observação do procedimento sumário sempre que:

(a) a causa não superasse o valor de 60 salários mínimos ou tivesse uma das matérias previstas no art. 275, II, do CPC/1973;

(b) mesmo sendo cabível o procedimento sumaríssimo, o autor, quando possível, tivesse optado pelo procedimento comum;

(c) não fosse demanda relativa ao estado ou à capacidade de pessoa (art. 275, parágrafo único, do CPC/1973).

O Novo Código de Processo Civil suprimiu os procedimentos ordinário e sumário, passando a prever um único procedimento comum. Ocorre, entretanto, que, nos termos do 1.046, § 1º, do Novo CPC, os processos ajuizados antes da vigência do Novo CPC sob o rito sumário continuarão a tramitar por esse rito até a sua extinção, aplicando-se a eles as normas do CPC/1973. Dessa forma, ainda que limitado ao tempo de duração de tais processos, continua a ter interesse o estudo do procedimento sumário.

14.2. SUMARIEDADE FORMAL

A sumariedade do procedimento pode ser formal ou material, sendo que no procedimento sumário a sumariedade é meramente formal. Desse modo, o procedimento é projetado para ser mais rápido e simples que o procedimento ordinário, atualmente comum, mas quanto à cognição não existe nenhuma limitação, sendo possível a alegação de qualquer matéria (cognição horizontal), bem como a análise exauriente dessas matérias pelo juiz (cognição vertical). Sendo a cognição exauriente, não resta dúvida de que a sentença de mérito proferida no procedimento sumário produz coisa

julgada material[352].

A sumariedade obtida com o procedimento sumário, que pretende fazer com que esse procedimento seja mais rápido e simples do que o procedimento ordinário, atualmente comum, decorre da adoção de três técnicas procedimentais[353]:

(a) concentração de atos processuais;

(b) vedação a institutos processuais que ampliam objetivamente e/ou subjetivamente a demanda;

(c) parcial restrição no campo probatório pericial, excluindo-se a perícia complexa.

A concentração de atos se verifica de forma que diversos atos processuais possam ser realizados num mesmo momento, por meio de atos processuais complexos. Exemplo sintomático encontra-se no campo probatório, no qual, para ouvir uma testemunha, a parte se manifesta em três diferentes oportunidades no procedimento comum: *pedido genérico na petição inicial e contestação*, *especificação de provas* e, por fim, *arrolamento da testemunha*. No procedimento sumário, autor e réu que pretendem ouvir testemunhas já devem arrolá-las no primeiro momento em que falam nos autos (petição inicial e contestação – arts. 276 e 278 do CPC/1973).

A reconvenção, a ação declaratória incidental (restrição inútil e inadequada) e as intervenções de terceiro são instrumentos processuais que geram uma ampliação objetiva e/ou subjetiva da demanda. É naturalmente causa de maior demora na solução da demanda porque, havendo mais pedidos a serem enfrentados e decididos e/ou mais sujeitos compondo a relação jurídica

processual, o procedimento tende a se tornar mais complexo, sendo provável que o tempo de sua duração passe a ser maior. Conforme será analisado em momento adequado, a opção legislativa não é aceita por parcela doutrinária, parecendo ter o legislador dado parcial razão aos doutrinadores críticos, excepcionando a vedação das intervenções de terceiro para permitir a assistência, o recurso de terceiro prejudicado, e mais recentemente as intervenções de terceiro que sejam fundadas em contrato de seguro (art. 280 do CPC/1973).

Como já asseverado, a cognição no procedimento sumário é plena e exauriente, sendo inadmissível o impedimento à alegação de qualquer matéria, bem como restrição aos meios probatórios. Ocorre, entretanto, que a prova pericial, reconhecidamente o meio probatório mais complexo e demorado, pode se mostrar de grande complexidade no caso concreto, o que certamente demandará um tempo considerável para a sua conclusão. Firme no ideal de que o procedimento sumário deve ser mais rápido e mais simples do que o procedimento ordinário (agora, comum), o art. 277, § 5.º, do CPC/1973 prevê que nesse caso ocorrerá a conversão do procedimento sumário em comum.

14.3. VALOR DA CAUSA (ART. 275, I, DO CPC/1973)

A primeira hipótese de admissibilidade do procedimento sumário é o valor da causa, que não deve superar o valor de 60 vezes o salário mínimo vigente à época da propositura de demanda, sendo irrelevantes alterações supervenientes desse valor[354].

Havendo diferença entre o salário mínimo local e o nacional, deve-se preferir a observação do segundo, considerando-se que o Código de Processo Civil, sendo uma lei federal, deve ter a mesma aplicação em todo o território nacional.

Registre-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o valor da causa no procedimento sumário não cria um teto máximo para o valor da condenação. Numa hipótese de pedido genérico, na qual o valor da causa seja inferior ao teto previsto no art. 275, I, do CPC/1973, é plenamente admissível que o juiz condene o réu em valor superior aos 60 salários mínimos[355]. Interessante notar que nos Juizados Especiais Estaduais isso não ocorre, sendo sempre limitadas as condenações ao teto de 40 salários mínimos quando o pedido é genérico e o valor da causa meramente estimativo.

O valor da causa é tema tratado no Capítulo 15, item 15.2.5., sendo que também no procedimento sumário o autor deve respeitar os critérios legais de fixação do valor da causa (arts. 259 e 260 do CPC/1973), bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação do critério estimativo. De qualquer forma, ao menos no momento de propositura da demanda, o valor da causa que determinará a admissibilidade do procedimento sumário é aquele indicado pelo autor na petição inicial. Sendo originariamente atribuído pelo autor um valor da causa superior ao previsto em lei, o juiz converterá o procedimento em comum antes mesmo da citação do réu. Ainda que o autor indique na petição inicial um valor da causa inferior a 60 salários mínimos, em duas hipóteses poderá haver a conversão em rito comum:

(a) considerando que o Superior Tribunal de Justiça, assim como parcela considerável da doutrina, entende que o juiz pode determinar de ofício a correção do valor da causa, após a emenda da inicial, com tal correção já será admissível a conversão se o valor superar 60 salários mínimos;

(b) em audiência de conciliação por meio do acolhimento da alegação de impugnação ao valor da causa, sempre que o valor passar a superar 60 salários mínimos.

14.4. MATÉRIAS (ART. 275, II, DO CPC/1973)

14.4.1. ARRENDAMENTO RURAL E PARCERIA AGRÍCOLA

Arrendamento rural é o contrato que tem como objeto a cessão de um imóvel para fins de exploração agropecuária ou agroindustrial mediante o pagamento de um aluguel, enquanto a parceria é o contrato que tem como objeto a cessão do uso e gozo de bem com contraprestação mediante partilha de frutos, produtos ou lucros. Sempre que esses contratos forem regulados pelo Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964), o procedimento correto é o sumário, não importando o local do imóvel, mas sua utilização, ou seja, mesmo um imóvel situado em área urbana, desde que nela se desenvolva atividade rural, será objeto dos negócios jurídicos descritos no dispositivo legal ora analisado[356].

Interessante notar que a parceria rural é um gênero, existindo três espécies:

(a) parceria agrícola;

(b) parceria pecuária;

(c) parceria agroindustrial.

Ainda que o art. 275, II, “a”, do CPC/1973 tenha se limitado à previsão da parceria agrícola, entende a melhor doutrina que todas as espécies de parceria rural devem ser compreendidas como incluídas no dispositivo legal[357].

14.4.2. COBRANÇAS AO CONDÔMINO DE QUAISQUER QUANTIAS DEVIDAS AO CONDOMÍNIO

A ausência de qualquer restrição no texto legal permite a conclusão de que todas as taxas condominiais (despesas ordinárias e extraordinárias, inclusive multas)[358] podem ser cobradas pelo condomínio por meio do procedimento sumário, conforme previsão do art. 275, II, “b”, do CPC/1973. Por outro lado, o dispositivo legal é aplicável em qualquer espécie de condomínio, seja ele horizontal ou vertical.

Como analisado no Capítulo 44, item 44.4.9., sempre que existir crédito documentalmente comprovado decorrente de aluguel de imóvel, bem como encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio, existe título executivo extrajudicial (art. 585, V, do CPC/1973). Dessa forma, a cobrança de verbas condominiais do locador contra o locatário se realizará pelo processo executivo.

14.4.3. RESSARCIMENTO POR DANOS EM PRÉDIO URBANO OU RÚSTICO

O art. 275, II, “c”, do CPC/1973 trata das demandas de responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, relativas a danos causados em prédio situado em área urbana ou rural. Na definição de imóvel incluem-se as acessões e as edificações, excluídos os imóveis por ficção jurídica. O processamento pelo rito

sumário inclui os pedidos de condenação por danos ao solo, plantações, frutos pendentes, construções e partes provisoriamente separadas de um prédio.

14.4.4. RESSARCIMENTO POR DANOS CAUSADOS EM ACIDENTE DE VEÍCULO DE VIA TERRESTRE

A expressa menção à "via terrestre" afasta a aplicação do dispositivo legal a acidentes de veículos em via marítima (lagos, lagoas, represas, mar, rios, lagunas etc.) e em via aérea. Veículos marítimos ou aéreos podem ser envolvidos em acidentes em via terrestre, bastando imaginar o atropelamento de alguém por avião quando ainda taxiando em solo ou, ainda, o acidente envolvendo uma lancha que, rebocada por um carro, atinge um transeunte, devendo nesses casos ser aplicado o procedimento sumário[359], parecendo ser nesse caso cabível o procedimento sumário.

São considerados veículos de via terrestre aqueles que trafegam por via terrestre (ruas, rodovias, vielas, avenidas, estradas rodoviárias e ferroviárias), pouco importando a tração do veículo (mecânica, animal, humana ou elétrica). São exemplos o carro, ônibus, motocicleta, bicicleta, metrô, trem, charrete, cavalo e mula. Também não importa a natureza do dano (patrimonial ou moral) ou o bem lesado (coisa ou pessoa)[360].

As demandas referidas no art. 275, II, "d", do CPC/1973 envolvem acidentes entre dois ou mais veículos, um veículo e uma pessoa (atropelamento) ou um veículo e um obstáculo estático (bueiro, buraco, poste, muro etc.). Os danos causados dentro do veículo, por exemplo, aqueles derivados de agressão entre

passageiros num coletivo, não estão incluídos no dispositivo legal ora comentado[361].

14.4.5. COBRANÇA DE SEGURO, RELATIVAMENTE AOS DANOS CAUSADOS EM ACIDENTE DE VEÍCULO, RESSALVADOS OS CASOS DE PROCESSO DE EXECUÇÃO

A ressalva quanto ao processo de execução decorre da previsão do art. 585, III, do CPC/1973, que prevê ser título executivo extrajudicial o contrato de seguro de vida, não havendo nesse caso interesse de agir no ajuizamento de ação de conhecimento, sob o rito sumário, em razão de o autor já possuir um título executivo extrajudicial. Como não existe limitação expressa, a cobrança de seguro pelo rito sumário não se restringe aos ocorridos em via terrestre, incluindo-se também aqueles ocorridos em via marítima ou aérea[362].

14.4.6. COBRANÇA DE HONORÁRIOS DE PROFISSIONAIS LIBERAIS

Há certa divergência a respeito da definição de profissional liberal. Para parcela da doutrina o profissional liberal deve ser dotado de título superior, o que excluiria profissionais que, mesmo não mantendo vínculo empregatício, ostentam nível médio de formação (por exemplo, corretor de imóveis, representantes profissionais)[363]. Para outra parcela da doutrina, que é a mais

acertada, profissional liberal é aquele que trabalha sem vínculo empregatício, por conta própria, independentemente de seu nível de escolaridade[364].

Recorde-se que o contrato escrito de honorários advocatícios é título executivo extrajudicial (art. 24, *caput*, da Lei 8.906/1994), o que afasta o interesse de agir no processo de conhecimento nesse caso. Havendo contrato verbal ou somente início de prova documental da relação advogado-cliente, entretanto, o advogado deverá cobrar judicialmente seus honorários por meio do processo de conhecimento pelo rito sumário (art. 275, II, "f", do CPC/1973).

14.4.7. CAUSAS QUE VERSEM SOBRE A REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO

O legislador, por meio da Lei 12.122/2009, incluiu no rol do art. 275, II, do CPC/1973, mais uma matéria que exigirá a aplicação do procedimento sumário: causas que versem sobre a revogação de doação.

14.4.8. DEMAIS CASOS PREVISTOS EM LEI

Além das matérias previstas pelo Código de Processo Civil no seu art. 275, II, leis extravagantes também preveem o rito sumário, como, por exemplo:

(a) revisional de aluguel (art. 68 da Lei 8.245/1991);

(b) adjudicação compulsória (art. 16 do Decreto-lei 58/1937);

(c) representação comercial (art. 39 da Lei 4.886/1965);

(d) ações discriminatórias (art. 20 da Lei 6.383/1976);

(e) acidente de trabalho (art. 129, II, da Lei 8.213/1991);

(f) usucapião especial (para imóveis rurais – art. 5.º da Lei 6.969/1981; para imóveis

urbanos – art. 14 da Lei 10.257/2001).

14.5. PETIÇÃO INICIAL

A petição inicial no procedimento sumário deve preencher os requisitos formais dos arts. 282 e 283 do CPC/1973, existindo tão somente uma particularidade digna de nota que diferencia essa petição inicial daquela presente no procedimento ordinário. Trata-se da exigência de especificação de provas prevista no art. 276 do CPC/1973, que cria um ônus ao autor de arrolar testemunhas caso pretenda produzir prova testemunhal e de indicar quesitos e assistente técnico caso pretenda produzir prova pericial, já na petição inicial.

Note-se que o ônus do autor pode ser desmembrado em *indicação do meio de prova* (testemunhal e pericial) e *especificação desse meio de prova* (arrolar testemunhas, indicar quesitos e assistente técnico). Não basta ao autor a mera indicação do meio de prova, como acontece no procedimento comum, porque pedir uma prova testemunhal e não indicar as testemunhas, bem como pedir prova pericial e não indicar quesitos, gera a preclusão probatória para o autor.

O autor, portanto, tem que se desincumbir do ônus imposto pelo art. 276 do CPC/1973, de forma completa, pois, caso contrário, verificar-se-á o fenômeno da preclusão, que retira do autor o direito de requerer a produção de prova[365]. Registre-se que não há preclusão da prova pericial no caso de mera ausência de indicação de assistente técnico, considerando-se que a sua presença é

dispensável, dependendo exclusivamente da vontade da parte.

A rigidez do dispositivo legal nem sempre é justificável. Sendo designada audiência de instrução para data distante, não haverá qualquer problema em admitir o arrolamento de testemunhas e a indicação de quesitos em prova pericial sempre que se possa eficazmente dar ciência ao réu antes da audiência, permitindo-se sua adequada preparação para esse ato processual. Não é esse, entretanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que prefere uma aplicação rígida do dispositivo legal[366].

Sendo o objetivo do legislador a concentração dos atos preparatórios probatórios, parece correta a aplicação do art. 276 do CPC/1973 a outros meios de prova além da testemunhal e pericial, exigindo-se do autor a indicação específica e justificada de todo e qualquer meio de prova que pretenda utilizar. Assim sendo, deve requerer já na petição inicial o depoimento pessoal do réu, a exibição de coisa ou documento[367], bem como, ainda que excepcionalmente, a inspeção judicial. A produção de prova documental segue as regras do procedimento comum, tratada no Capítulo 22, item 22.2.5.

Por fim, é importante registrar que o desrespeito ao ônus estabelecido no art. 276 do CPC/1973 leva tão somente à preclusão do direito probatório do autor, jamais à extinção do processo por indeferimento da petição inicial. A demanda seguirá regularmente, sendo inclusive correto falar em ônus imperfeito, considerando-se que a prova não pedida pelo autor poderá ser produzida por pedido do réu ou mesmo determinada de ofício pelo juiz (art. 130 do

CPC/1973).

14.6. CITAÇÃO

As cinco formas de citação tratadas no Capítulo 16, item 16.5.3., são admissíveis no procedimento sumário, não havendo nesse tocante nenhuma diferença com o procedimento comum. A única diferença se refere à intimação que acompanhará a citação, porque no procedimento comum o réu é intimado para apresentar sua resposta no prazo legal de 15 dias, enquanto no procedimento sumário o réu é intimado para comparecer à audiência de conciliação, a ser realizada no prazo de 30 dias (*prazo impróprio*), momento em que apresentará a sua defesa. Além de todas as formalidades da citação já analisadas no Capítulo 16, item 16.5.3. no procedimento sumário o réu deve ser informado de que a sua ausência nessa audiência permitirá ao juiz reputar verdadeiros os fatos alegados pelo autor (art. 277, *caput* e § 2.º, do CPC/1973).

Aduz o art. 277, *caput*, do CPC/1973 que o réu deve ser citado com a antecedência mínima de 10 dias da audiência de conciliação, existindo polêmica na doutrina a respeito do termo inicial de contagem desse prazo. Enquanto parcela minoritária entende que o termo inicial é a efetiva ciência do réu, ou seja, o dia em que lhe chegou a notícia da propositura da demanda[368], a parcela majoritária entende acertadamente que o prazo só tem início nos termos do art. 241 do CPC/1973, com a juntada aos autos[369]:

(a) do mandado de citação;

(b) da carta com aviso de recebimento;

(c) da carta precatória.

O entendimento é o mais adequado porque a citação só se considera realizada completamente após a prática de tais atos, não sendo justificável o fundamento de que a celeridade do procedimento sumário seria sacrificada com a adoção desse entendimento.

Para a Fazenda Pública o prazo de 10 dias será dobrado (art. 277, *caput*, do CPC/1973), de forma que sua citação deve ocorrer com no mínimo 20 dias de antecedência, sendo que o art. 277, *caput*, do CPC/1973 excepciona expressamente o art. 188 do CPC/1973, que prevê um prazo em quádruplo para a apresentação de defesa pela Fazenda Pública e pelo Ministério Público. Resta a questão da aplicabilidade de referido dispositivo para o Ministério Público, por analogia, o que não parece adequado em razão da omissão legislativa, devendo a audiência de instrução ser designada com 40 dias de antecedência quando o réu for o Ministério Público[370], o que ocorre com raridade considerável. Não havendo nenhuma previsão a respeito do litisconsórcio passivo com pluralidade de patronos, aplica-se o art. 191 do CPC/1973, exigindo-se que a audiência seja designada com antecedência mínima de 20 dias.

O prazo deve ser respeitado, mas em razão do princípio da instrumentalidade das formas não se deve declarar a nulidade do procedimento na hipótese de o réu comparecer à audiência e apresentar normalmente sua defesa[371]. A nulidade somente deve ser reconhecida se o réu comparecer à audiência para alegar o vício,

apontando para o cerceamento de defesa gerado pelo descumprimento da norma legal.

A contagem é regressiva, seguindo as regras normais de contagem de prazo. O primeiro dia de prazo é o da audiência de conciliação, sendo excluído da contagem, de modo que o primeiro dia para fins de contagem de prazo é o primeiro dia útil anterior ao dia da audiência. Sendo a audiência designada para uma segunda-feira, o primeiro dia de prazo será a sexta-feira anterior. Como se sabe, o último dia de prazo é incluído na contagem, mas, não sendo dia útil, deve-se regredir até o primeiro dia útil e considerá-lo como o dia fatal do prazo. Assim, caso o décimo dia seja um domingo, o prazo vencerá na sexta-feira anterior. Note-se que, sendo a contagem regressiva, não se deve inverter o sentido da contagem para afirmar que vencido o prazo no domingo o dia fatal para a prática do ato será segunda-feira, o que apenas ocorreria se a contagem fosse para frente, e não para trás, como se faz na situação ora analisada.

Registre-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, nas causas submetidas ao procedimento sumário, a desistência da ação em relação a corréu não citado não altera o prazo para o comparecimento dos demais réus à audiência de conciliação. Isso porque não pode ser aplicado ao procedimento sumário o parágrafo único do art. 298 do CPC/1973, segundo o qual, se o autor desistir da ação quanto a algum réu ainda não citado, o prazo para a resposta correrá da intimação do despacho que deferir a desistência[372].

14.7. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

A audiência de conciliação do procedimento sumário é um ato processual complexo, tendo conteúdo semelhante ao da audiência preliminar prevista pelo art. 331 do CPC/1973. Afirma-se que o conteúdo é semelhante, e não idêntico, em razão da algumas particularidades dignas de nota.

O juiz deverá, como primeiro ato da audiência, tentar a solução da demanda por meio da autocomposição, e, caso a obtenha, bastará homologar a renúncia, transação ou o reconhecimento jurídico do pedido, por sentença de mérito. É óbvio que a conciliação depende da presença das partes em audiência, ou ao menos de prepostos com poderes para transigir, o que é permitido pela previsão do art. 277, § 3.º, do CPC/1973, regra aplicável inclusive para as pessoas físicas. Sendo frustrada a conciliação, a audiência prosseguirá, e, não sendo caso de julgamento imediato do mérito, o juiz resolverá as questões processuais ainda pendentes, receberá a resposta do réu, fixará os pontos controvertidos, indicará as provas a serem produzidas e designará a audiência de instrução quando for necessária à produção da prova oral – depoimento pessoal e prova testemunhal (art. 278, § 2.º, do CPC/1973).

O réu deverá apresentar sua defesa em audiência, e eventual exceção de incompetência (peça autônoma) e alegação de impugnação ao valor da causa (tópico da contestação) serão resolvidas, em regra, na própria audiência (art. 277, § 4.º, do CPC/1973), respeitando-se o princípio do contraditório[373]. Somente

sendo necessária a produção de prova que não pode ser produzida na própria audiência ou na hipótese excepcional de extrema complexidade da matéria, será legítimo ao juiz não decidir essas questões na audiência preliminar.

Havendo na contestação defesa processual ou de mérito indireta, e/ou a juntada de documentos, caberá a oitiva do autor em réplica ou para se manifestar sobre os documentos, o que em regra deve ocorrer oralmente na própria audiência, em respeito ao ideal de concentração de atos que vigoram no procedimento sumário. Nesses casos, entretanto, constituirá cerceamento do direito de defesa a exigência de manifestação imediata do autor em casos mais complexos, nos quais a novidade trazida pelo réu ao processo (preliminares; fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito; documento) pode exigir do autor uma reação mais estudada e detalhada. Tudo dependerá do bom senso do juiz no caso concreto, não se podendo admitir que a concentração de atos processuais afaste o princípio da ampla defesa no caso concreto.

Com maior razão ainda, deve ser aberto prazo para manifestação do autor fora da audiência de conciliação na hipótese de o réu fazer pedido contraposto (art. 278, § 1.º, do CPC/1973). Nesse caso, o autor da demanda se tornará réu no tocante ao pedido contraposto, não sendo legítimo exigir uma reação imediata em audiência. Será interessante que o juiz, para não desvirtuar o procedimento sumário, designe outra audiência de conciliação, no prazo mínimo de 10 dias, para que o autor apresente sua defesa ao pedido contraposto. Caso tal designação mostre-se complicada em razão da lotação da pauta de audiências, os princípios da celeridade

e economia processual podem levar o juiz a dispensar a realização de nova audiência, concedendo o prazo de 10 dias para o autor responder por escrito ao pedido contraposto[374].

14.8. PRESENÇA DAS PARTES E PATRONOS NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Na hipótese de ausência do réu (e preposto com poderes de transigir) e de seu advogado é indiscutível a revelia porque não haverá como ser apresentada a contestação. Comparecendo somente o réu, sem advogado, será possível a autocomposição, ato dispositivo de direito que poderá ser praticado pela parte mesmo sem a presença do advogado[375], mas, não sendo a autocomposição obtida, o réu será revel, porque não tem capacidade postulatória para apresentar contestação em seu favor, a não ser, é claro, que seja advogado, quando poderá fazer sua contestação oralmente e evitar sua revelia.

Existe alguma divergência a respeito da ausência do réu e a presença de seu advogado, em razão da previsão contida no art. 277, § 2.º, do CPC/1973, que determina que o juiz reputará como verdadeiros os fatos alegados pelo autor caso o réu se ausente sem justificativa da audiência de conciliação, salvo se o contrário resultar da prova dos autos.

Para parcela minoritária da doutrina, a previsão legal é descabida, porque *revelia* continua a significar a ausência jurídica

de contestação, mesmo no procedimento sumário, de forma que, apresentada a contestação pelo advogado do réu, independentemente da presença de seu cliente, não haverá revelia, restando os fatos controvertidos e afastando-se o efeito previsto no art. 277, § 2.º, do CPC/1973[376]. A doutrina majoritária entende que a previsão legal criou uma específica hipótese de revelia no procedimento sumário, sendo que a mera ausência do réu na audiência de conciliação já é o suficiente para se configurar sua revelia[377]. Entendo que a razão, diante da previsão legal, está com a corrente doutrinária majoritária. Apenas lamento profundamente a disposição legal, que exige a presença física do réu (ou de preposto por ele indicado) sem nenhuma função a ser desenvolvida na audiência que não seja a conciliação[378]. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que, apresentada a contestação antes da audiência, a ausência do réu na audiência evita sua revelia[379], dando a entender que, se o advogado comparecer e apresentar a contestação, a revelia também seria afastada.

Quanto ao autor, não existe nenhuma previsão que o obrigue a comparecer à audiência de conciliação, não se podendo criar regras restritivas de direito em aplicação por analogia ou formas afins de interpretação de normas. Por isso, não parece correta a minoritária corrente doutrinária que defende a extinção do processo sem resolução do mérito em razão da ausência do autor por aplicação do princípio da isonomia, o que também obrigaria o autor a comparecer à audiência de conciliação, a exemplo do que ocorre no procedimento sumaríssimo[380]. A ausência do patrono do autor também não gera nenhuma consequência que não o impedimento de

prática de atos postulatórios que podem se fazer necessários na própria audiência[381].

14.9. RESPOSTA DO RÉU

A resposta do réu, que deverá ser apresentada de forma oral ou escrita na audiência de conciliação (art. 278 do CPC/1973), consiste em contestação e em exceções rituais. A contestação tem interessantes peculiaridades, que na realidade ampliam seu possível objeto quando comparada com a contestação do procedimento comum. O princípio da eventualidade (art. 303 do CPC/1973) é também aplicado no procedimento sumário, cabendo ao réu expor todas as matérias de defesa para evitar a preclusão consumativa, que o impedirá de alegá-las posteriormente. Cabem as defesas processuais – dilatórias, peremptórias, dilatórias potencialmente peremptórias – e de mérito – diretas e indiretas.

Caso o réu não concorde com o valor da causa atribuído pelo autor, deverá impugná-lo na própria contestação, não sendo correto o ingresso de petição autônoma como ocorre no procedimento ordinário[382], ainda que o oferecimento da petição autônoma no procedimento sumário deva ser entendido como mera irregularidade. A única forma de intervenção de terceiros provocada pelo réu em sua contestação é aquela fundada em contrato de seguro, e, apesar de não ser expresso nesse sentido o art. 280 do CPC/1973, em regra trata-se da denunciação da lide.

É incabível a reconvenção no procedimento sumário, mas o réu pode fazer na própria contestação um pedido contraposto. Prevê

o art. 278, § 1.º, do CPC/1973 que o réu poderá contra-atacar o autor fazendo pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial. A interpretação do dispositivo legal não deve ser literal, porque "os fatos referidos na inicial" são os fatos constitutivos do direito do autor, com os quais dificilmente o réu conseguiria formular pedido em seu favor. Dessa forma, por "mesmos fatos" deve-se interpretar mesma situação fática ou mesmo episódio da vida[383], ainda que o réu possa alegar outros fatos ou dar diferentes versões dos fatos alegados pelo autor.

A possibilidade de o réu fazer um pedido contra o autor na própria contestação faz com que parcela considerável da doutrina entenda que o procedimento sumário é espécie de ação dúplice[384]. Com a devida vênia aos defensores desse entendimento, o equívoco é manifesto, com indevida confusão entre *ação dúplice* e *pedido contraposto*. A mera previsão de que o réu só obterá um bem da vida se fizer pedido expresso nesse sentido em sua contestação já é suficiente para demonstrar que o procedimento sumário não é uma ação dúplice.

Firme no propósito de concentrar os atos processuais, prevê o art. 278, *caput*, do CPC/1973 que o réu deve apresentar documentos, arrolar testemunhas e, se requerer perícia, indicar quesitos e assistentes técnicos. Trata-se de ônus criado para o réu em praticamente tudo comparável com o ônus criado para o autor em sua petição inicial (art. 276 do CPC/1973), com as mesmas consequências preclusivas no caso de o réu não se desincumbir de seu ônus. É interessante notar que o dispositivo afirma que o ônus de indicar quesitos e assistente técnico só existe se o réu requerer a

prova pericial, o que permite a conclusão de que, se a perícia foi pedida pelo autor, o réu não tem o ônus de indicar quesitos e assistente técnico já na contestação, podendo aguardar o deferimento da prova pelo juiz para no prazo de cinco dias praticar por escrito o ato processual. Não é esse, entretanto, o entendimento amplamente majoritário, que exige a indicação dos quesitos na contestação "sob pena" de preclusão[385].

14.10. CASOS DE CONVERSÃO EM RITO COMUM

Em três hipóteses ocorrerá a conversão do rito sumário para o rito comum:

(a) valor superior a 60 salários mínimos;

(b) ações de estado ou capacidade da pessoa;

(c) prova pericial complexa.

A conversão em razão do valor da causa pode ocorrer já no início da demanda, de forma que o réu já seja citado no procedimento comum. O juiz tem o poder de controlar de ofício a regularidade do valor da causa, ainda que não possa modificá-la de ofício. Notando que o valor indicado pelo autor é incorreto, deve determinar a sua correção, que não sendo realizada ou sendo realizada de forma inadequada gerarão o indeferimento da petição inicial (art. 295, V, do CPC/1973). Sendo corrigido o valor e superado o limite legal, o juiz de ofício converterá o rito em comum e determinará a citação do réu. Também na audiência de conciliação o juiz poderá acolher a alegação de impugnação ao valor da causa e

determinar a conversão ao procedimento comum[386].

A questão das matérias vedadas pelo art. 275, parágrafo único, do CPC/1973 deve ser objeto de apreciação pelo juiz desde o seu primeiro contato com a petição inicial, sendo extremamente provável que o réu nessas situações já tenha sido citado no procedimento comum.

É possível que o autor, em demanda com valor superior a 60 salários mínimos, a tenha proposto pelo rito sumário com a falsa percepção de que a matéria da demanda permitia a aplicação dessa espécie de procedimento. Será também uma hipótese de conversão em rito comum, mas essa situação é mais adequadamente explicada pelo valor da causa do que propriamente pela matéria.

Diz o art. 277, § 4.º, do CPC/1973 que na audiência de conciliação o juiz deverá converter o procedimento sumário em ordinário, atual procedimento comum sempre que a prova pericial deferida mostrar-se de maior complexidade, em hipótese já analisada.

É importante notar que a inadequação do procedimento sumário tem momentos adequados para ocorrer, mas é incorreto imaginar que exista preclusão, ao menos temporal. Sendo cogente a observação do procedimento estabelecido pela lei em prol de interesses públicos, a matéria é inegavelmente de ordem pública, de maneira que a inadequação do procedimento pode ser determinada a qualquer momento. A conversão, entretanto, apesar de não estar limitada aos tradicionais momentos já descritos, não deve se dar a qualquer momento, até mesmo porque pode se mostrar inútil a

conversão do procedimento quando este já se desenvolveu significativamente, chegando a ponto de prolação de sentença[387].

Entendo que, verificada a conversão, devem ser aproveitados todos os atos já praticados, restando limitada a hipótese de anulação aos casos em que a parte prove que a inadequação gerou um prejuízo concreto[388]. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico, a respeito do tema no CPC/1973, no sentido de que, adotado o procedimento ordinário em vez do sumário, não se deve decretar a nulidade, considerando-se que no procedimento ordinário a dilação probatória é ainda mais ampla, sendo garantido de forma evidente e exauriente o direito de exercício da ampla defesa do interesse[389].

14.11. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

A redação dada ao art. 280 do CPC/1973 pela Lei 9.245/1995 teve como declarado propósito dotar o procedimento sumário de celeridade, criando regras impeditivas referentes à aplicação de alguns institutos jurídicos que, na visão do legislador, pudessem de alguma forma criar obstáculos à rápida obtenção da tutela jurisdicional[390]. Afastou a possibilidade de ação declaratória incidental e também das intervenções de terceiros – com exceção da assistência e do recurso do terceiro prejudicado –, limitou o prazo para a conclusão do laudo pericial em 15 dias e proibiu a interposição de agravo de instrumento contra decisões proferidas em audiência e sobre matéria probatória.

As críticas logo surgiram pela percepção de que o legislador,

na busca pela celeridade, esqueceu-se de outros princípios tão importantes quanto esse, como os da economia processual e da segurança jurídica[391]. Falou-se em "processo civil do autor"[392], para criticar a limitação legal. A Lei 10.444/2002, ao modificar a redação do art. 280 do CPC/1973, passou a admitir, além da assistência e do recurso de terceiro prejudicado, a intervenção de terceiro fundada em contrato de seguro, consagrando o entendimento de que a limitação original não era conveniente. O legislador, entretanto, poderia ter aproveitado a oportunidade e afastado a vedação em relação à ação declaratória incidental no procedimento sumário, o que infelizmente não ocorreu.

A assistência é permitida porque o terceiro não toma lugar no processo como parte, não tornando assim complexa a relação jurídica processual já instaurada. Não defende direito próprio e atua nos limites de atuação do próprio assistido, já que a assistência é acessória da ação principal. O mesmo ocorre com o recurso de terceiro prejudicado.

No tocante à intervenção fundada em contrato de seguro, ainda que se tenha a consciência de que a alteração ocorreu principalmente para permitir a denunciação da lide da seguradora em demandas de reparação de danos causados por acidentes automobilístico, a ausência de limitação expressa a essa situação autoriza a conclusão de que qualquer espécie de intervenção de terceiro, desde que fundada em contrato de seguro, é admitida no procedimento sumário[393]

15. PETIÇÃO INICIAL

Sumário: 15.1. Introdução – 15.2. Requisitos estruturais da petição inicial – 15.2.1. Juízo singular ou colegiado a que é dirigida a petição inicial – 15.2.2 Indicação das partes e sua qualificação – 15.2.3. Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido – 15.2.4. Pedido – 15.2.5. Valor da causa – 15.2.6. Provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados – 15.2.7. Opção do autor quanto à realização da audiência de conciliação ou de mediação – 15.3. Documentos indispensáveis à propositura da demanda.

15.1. INTRODUÇÃO

O princípio da inércia da jurisdição impede que o juiz inicie um processo de ofício, devendo aguardar a manifestação da parte interessada, sendo extremamente excepcional a exceção a essa regra, conforme analisado no Capítulo 1, item 1.4.3. A forma de materializar o interesse em buscar a tutela jurisdicional é a petição inicial, conceituada pela melhor doutrina como peça escrita no vernáculo e assinada por patrono devidamente constituído em que o autor formula demanda que virá a ser apreciada pelo juiz, na busca de um provimento final que lhe conceda a tutela jurisdicional pretendida.

A petição inicial tem duas funções: uma de provocar a instauração do processo e outra de identificar a demanda, decorrência natural da necessidade de menção às partes, causa de

pedir e pedido. Essa segunda característica da petição inicial – indicar os elementos da ação – gera alguns interessantes efeitos processuais[394]:

a) permite a aplicação do *princípio da congruência*, indicando os limites objetivos e subjetivos da sentença;

b) permite a verificação de eventual litispendência, coisa julgada ou conexão, quando comparada com outras ações;

c) fornece elementos para a fixação da competência;

d) indica desde logo ao juiz a eventual ausência de alguma das condições da ação;

e) pode vir a influenciar na determinação do procedimento.

Por tratar-se de peça que inicia o processo, permitindo o seguimento do procedimento mediante a citação do réu, e gerando todos os efeitos referidos, a lei processual exige que tal peça preencha alguns requisitos formais, o que torna a petição inicial um ato processual solene. A ausência de quaisquer deles pode gerar uma nulidade sanável ou insanável, sendo na primeira hipótese caso de emenda da petição inicial e, na segunda, de indeferimento liminar de tal peça.

15.2. REQUISITOS ESTRUTURAIS DA PETIÇÃO INICIAL

O artigo legal que primordialmente trata dos requisitos estruturais da petição inicial é o art. 319 do Novo CPC. Além desse dispositivo legal, também o art. 106, I, do Novo CPC indica outro requisito estrutural essencial para a regularidade da petição inicial: o endereço do patrono que a subscreve. Nesse tocante, cumpre

esclarecer que a indicação do endereço em papel timbrado, nota de rodapé, ou na procuração[395], cumpre perfeitamente a exigência formal. Nas excepcionais hipóteses de dispensa do advogado esse requisito não será exigido.

15.2.1. JUÍZO SINGULAR OU COLEGIADO A QUE É DIRIGIDA A PETIÇÃO INICIAL

O primeiro requisito previsto pelo art. 319 do Novo CPC, e que constará no topo da primeira página da petição inicial, é o juízo a que esta é dirigida. Sendo a primeira peça do processo, necessária é a indicação do juízo que a receberá nesse primeiro momento procedimental. A indicação do destinatário da petição – reconhecendo-se tanto a ação originária de primeiro grau como a de competência originária de Tribunal – é necessária para a remessa da petição inicial e formação dos autos perante o órgão pretensamente competente para o conhecimento da demanda.

Há melhora na redação do dispositivo quando comparado com o inciso I do art. 282 do CPC/1973, que previa o endereçamento para "juiz ou tribunal". Como a indicação jamais será pessoal, mesmo quando a petição inicial for "distribuída por dependência", ou ainda em comarcas de vara única com somente um juiz, exigindo-se a indicação do juízo, e não do juiz (consequência do caráter impessoal do Poder Judiciário), a nova redação deve ser elogiada.

Ainda que seja possível identificar o juiz que receberá a demanda, não será ele indicado no endereçamento, e sim o juízo que representa[396]. Mesmo sabendo-se que será exatamente aquele

juiz específico que receberá a petição inicial distribuída por dependência, não é correta a indicação pessoal do juiz. Apesar de incorreto do ponto de vista técnico, a indicação pessoal do juiz nos casos em que isso for possível – distribuição por dependência e comarcas com apenas um juiz – desde que acompanhada pela indicação do juízo, gera mera irregularidade, não produzindo efeitos significativos no processo.

15.2.2. INDICAÇÃO DAS PARTES E SUA QUALIFICAÇÃO

Deve constar da petição inicial a qualificação das partes, com indicação de nome completo, estado civil, profissão, domicílio e residência, o número do cadastro de pessoas físicas ou do cadastro nacional de pessoas jurídicas, o endereço eletrônico e a existência de união estável. Tais elementos identificadores se prestam a duas funções principais: permitir a citação do réu e a individuação dos sujeitos processuais parciais, o que se mostrará importante para distingui-los de outros sujeitos e fixar com precisão os limites subjetivos da demanda e da futura e eventual coisa julgada material[397].

Diante das razões justificadoras para a indicação de tais dados, o que importa na análise do preenchimento do requisito é se a irregularidade ou mesmo a ausência de algum deles gera alguma espécie de prejuízo ao réu ou ao processo. Sem a comprovação de efetivo prejuízo, não haverá nulidade, aplicando-se ao caso o princípio da instrumentalidade das formas[398]. A indevida troca de um nome por outro é mera irregularidade, podendo ser corrigida a qualquer tempo, se o verdadeiro réu recebe a citação e contesta regularmente a demanda. O mesmo ocorre com os dados pessoais

do réu, que nem sempre serão de amplo conhecimento do autor.

A indicação do estado civil das partes é importante em razão de normas processuais que exigem a presença de ambos os cônjuges em determinadas ações (art. 73, §§ 1.º e 2.º, do Novo CPC – ações reais imobiliárias), ou ainda o consentimento do cônjuge não litigante. Esse pressuposto processual poderá ser analisado à luz da petição inicial quando houver a exata indicação do estado civil das partes[399].

A indicação do endereço eletrônico suscita algumas questões: (i) nem todos os litigantes têm endereço eletrônico; (ii) haverá real dificuldade do autor em saber o endereço eletrônico do réu; (iii) caso o autor omita essa informação, como o juiz saberá se ele tem ou não endereço eletrônico?

Também a indicação de existência de união estável suscitará dúvidas, em especial quando a união estável não estiver reconhecida por contrato registrado ou sentença judicial. Nesse caso, é natural imaginar que o autor não tenha como indicar a existência de união estável do réu. Por outro lado, a mera indicação do autor de que mantém uma união estável já será o suficiente para assim ser considerado pelo juiz? Acredito que nesse caso o companheiro (a) deve concordar expressamente nos autos com tal estado civil, porque, havendo divergência, não parece ser legítimo criar um incidente processual para essa discussão apenas para legitimar a indicação feita à luz do art. 319, II, do Novo CPC. Afinal, o dispositivo se limita a exigir a indicação, não impondo a efetiva existência da união estável indicada na petição inicial.

Em algumas situações o autor não terá acesso às informações exigidas pela lei, mas pode contribuir com outras, ao menos para permitir a citação do réu. Pode-se imaginar a indicação de locais onde a pessoa possa ser encontrada, como o local em que comumente desfruta seus momentos de lazer (bar, restaurante, clube social, parques etc.) ou ainda em que exerça função ou profissão (escritório, consultório, empresa etc.). Outra circunstância possível é a indicação do apelido do réu, ou seja, a forma como ele é conhecido na sociedade à qual pertence (p. ex., "camarão", "alemão", "bigode" etc.), o que poderá auxiliar o oficial de justiça a localizá-lo[400].

Conforme já indicado, o trabalho do patrono do autor nem sempre é fácil na indicação dos requisitos previstos pelo art. 319, II, do Novo CPC, considerando-se que nem sempre saberá com exatidão todos os dados do réu demandados pela lei. A indicação de informações não previstas em lei pode ser de extrema utilidade, ao menos para permitir que a citação seja realizada, restando ao próprio réu, em sua contestação ou qualquer outra espécie de resposta, regularizar sua qualificação, com a indicação de dados que faltaram à petição inicial por desconhecimento do autor.

Nos parágrafos do art. 319 do Novo CPC, o legislador demonstrou sua preocupação com a dificuldade do autor em qualificar o réu. Nos termos do § 1.º, o autor poderá requerer ao juiz diligências necessárias à obtenção das informações exigidas pela lei. No § 2.º há previsão no sentido de não ser caso de indeferimento da petição inicial a ausência de dados do réu, desde que seja possível sua citação, ficando assim consagrado o

entendimento doutrinário já exposto. Finalmente, o § 3.º prevê que a petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II do art. 319, se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça. O dispositivo é feito sob medida para hipótese de réus incertos, como nas ações possessórias movidas contra multidão de pessoas responsáveis pela agressão à posse.

Mesmo sob a égide do CPC/1973 já se considerava como exceção à regra prevista pelo inciso ora em comento a existência de litisconsórcio passivo multitudinário, que exige do autor a colocação no polo passivo da demanda de número considerável de pessoas (uma verdadeira multidão). E o clássico exemplo sempre foi o das ações possessórias decorrentes de esbulho por grupos de pessoas. Nessas situações, sem conseguir responsabilizar o "órgão" ou "entidade" à qual pertencem os invasores – já que esses maliciosamente evitam se constituir em pessoas jurídicas – seria nítida ofensa ao princípio do acesso à justiça exigir do autor a perfeita identificação e qualificação de cada um dos réus, ou ainda a indicação de suas profissões e residências[401]. A solução é permitir a indicação de algumas pessoas que o autor consiga identificar ou ainda do líder do movimento, se identificável, em nítida mitigação do dispositivo legal[402].

O Novo Código de Processo Civil trata da ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas nos §§ 1º e 2º do art. 554, mas curiosamente não regulamenta a flexibilização da qualificação dos réus nesse caso, preocupando-se apenas com a forma pela qual a citação deve ser realizada. Conforme analisado no

Capítulo 28, item 28.8.3., será feita a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, sendo que, para fim da citação pessoal, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez e os que não forem identificados serão citados por edital.

Por fim, ainda que se reconheça a existência de dificuldades na indicação de todos os dados exigidos pela lei quanto ao réu, o mesmo não ocorre relativamente ao autor, dado que este é o sujeito responsável pela contratação do patrono que elabora a petição inicial. Somente um desconhecimento considerável da lei ou a má-fé em omitir determinado dado podem explicar uma qualificação deficitária do autor, não se devendo admitir que a demanda prossiga com tal irregularidade. Será caso de emenda da petição inicial em 15 dias (art. 321 do Novo CPC), seguida de indeferimento (art. 330, IV, do Novo CPC) se o vício não for sanado[403].

15.2.3. OS FATOS E OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

Apesar de o art. 319, III, do Novo CPC indicar como requisito da petição inicial “o fato” no singular, e os “fundamentos jurídicos do pedido” no plural, é pacífico o entendimento que a petição inicial pode perfeitamente ter um ou mais fatos e um ou mais fundamentos jurídicos. Trata-se da apresentação fática – causa de pedir próxima – e das consequências jurídicas que o autor pretende que tais fatos tenham no caso concreto – causa de pedir remota. Considerando que dos fatos nasce o direito, cumpre ao autor narrá-los e demonstrar a razão jurídica para que, em decorrência desses fatos, seja merecedor da tutela jurisdicional pretendida. A causa de

pedir é tema tratado no Capítulo 2, item 2.3.4.

Registre-se que a exigência da narrativa dos fatos constitutivos do direito do autor já em sua petição inicial se limita aos fatos jurídicos, também chamados de fatos principais. Ainda que seja recomendável a narrativa também dos fatos simples, também chamados de fatos secundários, estes não fazem parte da causa de pedir, de forma que podem ser levados ao processo depois do momento inicial de propositura da demanda[404].

15.2.4. PEDIDO

O Poder Judiciário não pode servir como mero órgão consultivo, devendo sempre ser chamado à atuação para entregar ao autor o que este pretender receber. Dessa forma, é requisito essencial da petição inicial a indicação de sua pretensão jurisdicional. O pedido pode ser analisado sob a ótica processual, conhecido como pedido imediato, representando a providência jurisdicional pretendida – condenação, constituição, mera declaração – e sob a ótica material, conhecido como pedido mediato, representado pelo bem da vida perseguido, ou seja, o resultado prático (vantagem no mundo prático) que o autor pretende obter com a demanda judicial.

Enquanto o autor pode pleitear diversas tutelas jurisdicionais diferentes e incalculáveis bens da vida, o réu, ao contestar a pretensão do autor, fará sempre o mesmo pedido: sentença de improcedência (sentença declaratória da inexistência do direito material alegado pelo autor). Em razão dessa circunstância se justifica que a sentença – desde que de improcedência e em

demanda que não seja declaratória – possa ser de natureza diversa da natureza da demanda, fixada pelo pedido imediato do autor.

As considerações sobre as características do pedido são realizadas no Capítulo 2, item 2.3.3.

15.2.5. VALOR DA CAUSA

O art. 291 do Novo CPC estabelece que "a toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível". Desse modo, ainda que o bem material objeto da pretensão do autor não tenha um valor economicamente aferível, é necessária a indicação de valor à causa, ainda que seja calculado de forma meramente estimativa.

A exigência de atribuição ao valor da causa decorre de diversos reflexos que esse requisito gera sobre o processo[405]:

a) determinação de competência do juízo segundo as leis de organização judiciária, como a fixação de competência dos "Foros Regionais";

b) definição do rito procedimental (comum e sumaríssimo);

c) recolhimento das taxas judiciárias;

d) fixação do valor para fins de aplicação de multas, no caso de deslealdade ou má-fé processual, que sempre leva em conta o valor da causa, seja para fixá-las em percentual desse valor, seja para desprezá-las quando o valor da causa for irrisório ou inestimável;

e) fixação do depósito prévio na ação rescisória no valor correspondente a 5% do valor da causa (do processo originário – art. 968, II, do Novo CPC);

f) nos inventários e partilhas o valor da causa influi sobre a adoção do rito de arrolamento.

É um erro, até certo ponto comum, afirmar-se que uma das

razões para que toda causa tenha um valor é a condenação em honorários advocatícios. Tal afirmação é incorreta porque o sistema processual disponibiliza outros critérios além do valor da causa para tal fixação, de forma que, mesmo que a causa não tivesse valor não haveria impedimento ao juiz para a fixação dos honorários advocatícios valendo-se desses outros critérios, devidamente analisados no Capítulo 5, item 5.5.

A lei pode expressamente prever uma regra específica a respeito do valor da causa de determinadas ações judiciais, sendo nesse caso afirmado que existe um critério legal ao valor da causa. O art. 292 do Novo CPC indica as regras específicas para o cálculo do valor da causa.

No inciso I está previsto o valor da causa nas ações de cobrança de dívida: a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data da propositura da ação. Apesar de o dispositivo prever os juros de mora, havendo no caso concreto juros compensatórios são esses que devem ser considerados para o cálculo do valor da causa.

Quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação, resolução, resilição ou rescisão de ato jurídico, o inciso II do dispositivo ora comentado prevê que o valor da causa será o valor do ato ou o de sua parte controvertida. A possibilidade de valor da causa em quantia inferior ao valor do ato, quando o objeto da demanda não corresponder à sua integralidade, é novidade do Novo Código de Processo Civil que vem ao encontro da jurisprudência formada sob a égide do CPC/1973, mesmo sem

previsão expressa nesse sentido[406].

O inciso III mantém a regra de ser o valor da causa na ação de alimentos a soma de doze prestações mensais pedidas pelo autor.

Na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor da causa será o valor de avaliação da área ou bem objeto do pedido, substituindo-se, assim, a estimativa oficial para lançamento do imposto como critério para a fixação do valor da causa, como previsto no inciso VII do art. 259 do CPC/1973.

O novo diploma processual nesse caso buscou prestigiar um valor mais próximo do real, mas criou uma dificuldade ao autor porque sugere que caberá a ele a contratação de um perito para elaboração de avaliação sobre o valor do imóvel ou bem. Essa exigência, entretanto, contraria o princípio da economia processual porque o laudo, elaborado unilateralmente, violará o contraditório e se prestará tão somente para a fixação do valor da causa. Não tem sentido exigir que o autor dispenda dinheiro e tempo com uma avaliação tão somente para fixação do valor da causa, de forma que a iniciativa do legislador, apesar de nobre, cria uma nova espécie de pedido genérico e valor da causa a ser fixado a gosto do autor, devendo ser corrigida quando for realizada a avaliação judicial.

Há um ponto importante nesse tocante. Em razão do disposto no § 1º, II do art. 330 do Novo CPC, é inepta a petição inicial quando formulado pedido genérico quando a lei exigir o pedido determinado. Trata-se, à evidência, de um exagero formal que contraria o espírito no novel diploma legal, transformando inexplicavelmente um vício manifestamente sanável em insanável.

De qualquer forma, será um grande risco a parte nas ações de divisão, demarcação e reivindicação elaborar o pedido genérico diante da exigência do inciso IV do art. 292 do Novo CPC.

Em termos de novidades quanto ao tema ora analisado, parece não haver dúvida de que a principal está contida no inciso V do art. 292 do Novo CPC. Nas ações indenizatórias, inclusive as fundadas em dano moral, o valor da causa deve ser o valor pretendido. Ao tornar o pedido de dano moral em espécie de pedido determinado, exigindo-se do autor a indicação do valor pretendido, o dispositivo contraria posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça de admitir nesses casos o pedido genérico[407], ainda que exista corrente doutrinária que defenda que o pedido de dano moral pode continuar a ser genérico[408].

Quanto à cumulação de pedidos, o inciso VI do art. 292 do Novo CPC prevê que cabe ao autor somar o valor de todos os pedidos para se chegar ao valor da causa. A regra, entretanto, só se aplica as duas espécies de cumulação própria de pedidos (simples e sucessiva), já que nessas cumulações o autor pode receber todos os pedidos que elabora, sendo lógico que o valor da causa represente todo o benefício econômico alcançável pelo autor.

Por outro lado, na cumulação imprópria, em que o autor só pode receber um dos pedidos que formula, não teria sentido aplicar a regra geral. Assim, sendo alternativos os pedidos, prevê o inciso VII do artigo ora analisado que o valor da causa será o do pedido de maior valor e o inciso VIII prevê que na cumulação subsidiária o valor da causa será o valor do pedido principal.

Não sendo hipótese de aplicação do critério legal caberá ao autor descobrir o valor referente à vantagem econômica que se busca com a demanda judicial. Basta verificar o valor econômico do bem da vida material perseguido e indicá-lo como valor da causa[409]. Não tendo o bem da vida valor econômico ou sendo esse valor inestimável, caberá ao autor dar qualquer valor à causa, sendo nesse caso comum a utilização na praxe forense da expressão "meramente para fins fiscais", seja lá o que isso realmente signifique.

Registre-se que, havendo cumulação de pedidos, sempre que o valor da causa para um deles for regido pelo critério legal ou tiver valor economicamente aferível e para o outro for causa de valor da causa meramente estimativo, o valor da causa da ação será tão somente o do primeiro pedido[410]. A indicação de qualquer valor à causa só se justifica quando não há alternativa para o autor, o que não será o caso na situação exposta.

> Edison ingressa com ação judicial pleiteando a condenação de Jussara ao pagamento de danos morais e matérias. Com relação aos danos morais, Edison faz pedido genérico, deixando ao juízo o arbitramento do valor, e com relação aos danos materiais Edison faz pedido determinado para reparação de seu prejuízo, que entende ter sido de R$ 5.000,00. O valor da causa será de R$ 5.000,00, não sendo preciso se somar a esse valor algum outro, meramente estimativo, somente para deixar claro que também se está pedindo condenação de Jussara ao pagamento de danos morais.

15.2.6. PROVAS COM QUE O AUTOR PRETENDE DEMONSTRAR A VERDADE DOS FATOS ALEGADOS

Caso os operadores do direito levassem mais a sério a regra prevista no art. 319, VI, do Novo CPC, que se limita a repetir o mesmo inciso do art. 282 do CPC/1973, as petições iniciais viriam, a exemplo do que ocorria no extinto procedimento sumário, com a devida especificação de provas (assim, por exemplo, o autor já indicaria quais as testemunhas que pretende ouvir ou ainda os quesitos de perícia requerida). Acontece, entretanto, que atualmente o dispositivo legal não encontra tal aplicação, bastando ao autor a indicação genérica de todos os meios de prova em direito admitidos, para que o requisito seja considerado preenchido[411]. E nada indica que tal entendimento será modificado diante do Novo Código de Processo Civil.

Tal prática, já arraigada em nossa praxe forense, enseja ao juiz, na fase de saneamento do processo, a prolação de despacho para que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir, indicando e justificando os meios de prova requeridos. É medida tomada pelos juízes justamente em decorrência da generalidade do protesto realizado na petição inicial, sendo bastante improvável – para não dizer impossível – que a parte no momento em que é instada a especificar provas requeira todos os meios de prova admitidos.

Há doutrina que entende ser completamente inútil a exigência legal, afirmando não se poder entender que a ausência de requerimento de provas na petição inicial gere preclusão para o autor. Nesse entendimento, mesmo não tendo feito pedido de provas na petição inicial, a partir do momento em que o juiz intima as partes para a especificação de provas, poderá o autor livremente as

requerer[412]. O mesmo raciocínio seria aplicado ao réu quanto à exigência de requerer a produção de provas em contestação (art. 336 do Novo CPC). O Superior Tribunal de Justiça entende que, mesmo tendo sido realizado o pedido genérico na petição inicial (autor) ou contestação (réu), haverá preclusão da prova na hipótese de a parte não reiterar sua vontade de produzi-las no momento em que for intimada para especificá-las[413].

Ainda que se entenda correto o entendimento que aponta a exigência do art. 319, VI, do Novo CPC uma "ridícula inutilidade", entendo ser interessante o requerimento genérico na petição inicial (bem como na contestação), não para evitar a preclusão, mas para permitir a alegação de cerceamento de defesa na hipótese de julgamento antecipado da lide. Em minha visão, o autor que deixa de pedir provas em sua petição inicial permite ao juiz um julgamento antecipado da lide, sem que possa em grau recursal alegar cerceamento de defesa, visto que nada requerendo em termos de produção probatória permite ao juiz o julgamento imediato, sem a necessidade de produção de provas[414].

15.2.7. OPÇÃO DO AUTOR QUANTO À REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO

Nos termos do art. 319, VII, do Novo CPC, cabe ao autor a indicação, em sua petição inicial, de requerimento para a realização ou não da audiência de conciliação ou de mediação. Conforme devidamente analisado no Capítulo 17, item 17.5., o momento mais adequado para o autor expressar sua vontade contrária à realização de tal audiência é a petição inicial. Como a audiência só não será realizada se a vontade de ambas as partes for nesse sentido,

havendo na petição inicial o requerimento de sua realização, a postura do réu torna-se inútil, porque mesmo não querendo a realização da audiência dela não conseguirá se livrar.

Entendo que não havendo qualquer manifestação de vontade do autor, em descumprimento ao previsto no inciso ora analisado, não é caso de irregularidade da petição inicial e tampouco de hipótese de emenda da petição inicial. A realização da audiência de conciliação e de mediação é o procedimento regular, cabendo às partes se manifestarem contra sua realização, de forma que sendo omissa a petição inicial, compreende-se que o autor não se recusa a participar da audiência, que assim sendo será regularmente realizada.

Como o art. 334, § 4º, II, do Novo CPC, exige a manifestação de ambas as partes para que a audiência de conciliação e mediação deixe de ocorrer, mesmo que o autor peça sua não realização em sua petição inicial, o réu será citado para comparecer a tal audiência, nos termos do *caput* do art. 334 do Novo CPC, salvo se o direito não admitir a autocomposição, quando a vontade das partes será irrelevante. Nesse caso, mesmo que o réu não queira a realização da audiência, provavelmente deixará de expressar essa vontade porque não tendo o autor em sua petição inicial se manifestado no mesmo sentido, de nada valerá sua discordância.

De qualquer forma, é possível que o réu, mesmo diante da omissão do autor em sua petição inicial quanto à vontade de não participar da audiência de conciliação e mediação, se manifeste contrariamente à sua realização, pedindo seu cancelamento. Entendo que, nesse caso, não há que se falar em preclusão temporal

para a concordância do autor com a não realização da audiência, de forma que, mesmo não tendo se manifestado nesse sentido em sua petição inicial, poderá fazê-lo posteriormente[415].

15.3. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA DEMANDA

Determina o art. 320 do Novo CPC que a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da demanda. A ausência de tais documentos enseja a possibilidade de emenda da petição inicial, considerando-se que o vício gerado pela não juntada de tais documentos é sanável[416]. Caso o autor não tenha acesso a tais documentos, o juiz poderá requisitá-los, de ofício ou a pedido do autor, no exercício de seus "poderes" instrutórios[417].

Não ocorrendo a emenda com a juntada dos documentos indispensáveis à propositura da demanda, a petição inicial será indeferida (art. 330, IV, do Novo CPC). Caso o juiz só perceba a ausência de tais documentos após a citação do réu, não mais se admitirá o indeferimento da petição inicial, que deve ocorrer sempre liminarmente, mas diante da resistência do autor em não juntar aos autos tais documentos, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito por falta de pressuposto processual (art. 485, IV, do Novo CPC).

Documentos indispensáveis à propositura da demanda são aqueles cuja ausência impede o julgamento de mérito da demanda, não se confundindo com *documentos indispensáveis à vitória do autor*, ou seja, ao julgamento de procedência de seu pedido[418].

Esses são considerados documentos úteis ao autor no objetivo do acolhimento de sua pretensão, mas, não sendo indispensáveis à propositura da demanda, não impedem a continuidade da demanda, tampouco a sua extinção com resolução do mérito[419]. Numa demanda de divórcio, a certidão de casamento é um documento indispensável à propositura da demanda, porque sem esse documento é impossível o julgamento de mérito, o mesmo não se podendo dizer de um documento que comprove o adultério do cônjuge, que pode ser importante para a parte que o apresente em juízo, mas cuja ausência não impedirá o julgamento de mérito da demanda.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça já permitiu o ingresso de ação revisional de contrato mesmo que o autor não apresente com a petição inicial uma cópia do contrato que se busca rever. É interessante porque, na sociedade massificada em que vivemos, com ampla presença dos contratos de adesão, é possível a elaboração de uma petição inicial nesse tipo de ação sem a necessidade de sua instrução com cópia do contrato celebrado entre as partes. Diante dessa nova realidade, o Superior Tribunal de Justiça entende pela viabilidade do pedido de exibição do contrato, ao invés de ser elaborado por meio de ação cautelar precedente de exibição de documento, seja elaborado incidentalmente, ainda que continue a acreditar ser o contrato documento indispensável à propositura da ação[420].

16. POSTURAS DO JUIZ DIANTE DA PETIÇÃO INICIAL

Sumário: 16.1. Introdução – 16.2. Emenda da petição inicial – 16.3. Indeferimento da petição inicial: 16.3.1. Conceito de indeferimento, recorribilidade e juízo de retratação; 16.3.2. Hipóteses de indeferimento da petição inicial – 16.4. Julgamento de improcedência liminar: 16.4.1. Introdução; 16.4.2. Requisitos para o julgamento de improcedência liminar; 16.4.3. Conduta do juiz; 16.4.4. Julgamento parcial de improcedência liminar?; 16.4.5. Julgamento da apelação pelo tribunal – 16.5. Citação: 16.5.1. Conceito; 16.5.2. Efeitos da citação; 16.5.3. Modalidades de citação

16.1. INTRODUÇÃO

Com o oferecimento da petição inicial o processo se inicia e depois da autuação e registro os autos são encaminhados para o juiz, que terá o seu primeiro contato com a petição inicial. O presente capítulo tem como objetivo enfrentar as reações possíveis ao juiz nesse momento procedimental.

Registre-se que a incompetência absoluta deve ser conhecida de ofício, de forma que uma das reações possíveis ao juiz ao analisar pela primeira vez a petição inicial é reconhecer a incompetência absoluta e determinar a remessa dos autos ao órgão competente. Como analisado no Capítulo 4, item 4.2.3.2., a incompetência absoluta em regra tem natureza dilatória, sendo que,

chegando os autos ao novo órgão jurisdicional, volta-se ao tema enfrentado no presente capítulo: as reações possíveis do juiz.

16.2. EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL

Em razão do caráter instrumentalista que norteia o processo civil moderno, a emenda – ou complementação – da petição inicial prevista no art. 319 do Novo CPC ganha cada vez mais espaço e importância. Defende-se que, sempre que for possível a escolha entre a emenda da petição inicial e seu indeferimento, deve o juiz optar pelo primeiro caminho, reservando-se o indeferimento da petição inicial a situações de fato absolutamente impossíveis de serem saneadas ou corrigidas[421].

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, tem entendimento de que a emenda da petição inicial é um direito do autor, não podendo o juiz indeferir a petição inicial antes de oportunizar ao autor seu saneamento, sempre que isso se mostrar possível no caso concreto[422]. O mesmo tribunal já admitiu, inclusive, emenda da petição inicial para correção da autoridade coatora em mandado de segurança em caso de equívoco facilmente perceptível[423].

Segundo o art. 321 do Novo CPC, sempre que a petição inicial deixar de preencher os requisitos dos arts. 319 e 320 do mesmo diploma legal, ou ainda apresentar defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito, o juiz concederá prazo de 15 dias para que o autor emende ou complemente a petição inicial. Admite-se no caso concreto que o juiz amplie esse prazo quando entendê-lo muito exíguo para o saneamento

exigido[424], nos termos do art. 139, VI, do Novo CPC. Na hipótese de ausência de indicação do endereço do patrono, o prazo para a emenda da petição inicial é excepcionalmente de 5 dias (art. 106, § 1º, do Novo CPC). A oportunidade aberta ao autor é para que o mesmo conserte ou saneie alguma irregularidade ou vício existente na petição inicial, de forma a iniciar o processo com uma petição inaugural aparentemente regular no aspecto formal.

A decisão do juiz que determina a emenda da petição inicial deve ser, como de resto toda e qualquer decisão judicial, devidamente motivada. Significa dizer que o juiz deve indicar precisamente qual o vício que entende presente na petição inicial, justificando seu entendimento. Não pode simplesmente determinar que o autor emende a petição inicial no prazo de 15 dias sem ao menos lhe indicar em que aspecto a mesma se encontra viciada ou incompleta. A omissão em indicar qual o vício da petição inicial deve ser afastada com a interposição de embargos de declaração. Essa fundamentação, naturalmente, não envolve a indicação de como se deve proceder para sanear o vício ou completar a petição inicial, sendo essa tarefa exclusiva do patrono.

Em razão dessa elementar exigência deve ser efusivamente saudada a novidade do art. 321, *caput*, do Novo CPC, ao prever expressamente que cabe ao juiz a indicação, com precisão, do que deve ser corrigido ou complementado na petição inicial.

Deve-se lamentar posicionamento adotado em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o pronunciamento judicial que determina a emenda da petição inicial é um despacho, e

como tal, irrecorrível[425]. Também lamentável, ainda que pragmaticamente menos ruim, o entendimento formado na vigência do CPC/1973 de que, mesmo sendo um despacho, será recorrível por agravo de instrumento se subverter a legislação processual em vigor de maneira a causar gravame à parte[426]. O ideal é reconhecer-se o caráter decisório de tal pronunciamento, afastando-o da natureza jurídica de mero despacho [427].

A divergência a respeito da natureza jurídica do pronunciamento que determina a emenda da petição inicial deve seguir sob a égide do Novo CPC, mas o mesmo não pode se dizer quanto à recorribilidade de tal pronunciamento. O art. 1.015 do Novo CPC não prevê entre as decisões interlocutória recorríveis por agravo de instrumento o pronunciamento que determina a emenda da petição inicial, o que representa um lapso imperdoável.

Significa dizer que, mesmo tratando-se de decisão interlocutória, o pronunciamento não será recorrível por agravo de instrumento, o que levará a situações esdrúxulas e inaceitáveis. Basta imaginar a hipótese de o juiz determinar emenda da petição inicial impossível ou que acarrete sério prejuízo ao autor. No primeiro caso, o autor não escapará do indeferimento da petição inicial, e, no segundo, terá que realizar difícil escolha: aceita assumir o prejuízo para atender ao equivocado entendimento judicial ou tem sua petição inicial indeferida.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem pela possibilidade de emendas sucessivas, abrindo-se mais de uma oportunidade para a emenda da petição inicial. É possível

considerar que o autor, instado a emendar a petição inicial, o faça de forma incompleta. Nesses casos, mais uma vez à luz do princípio da instrumentalidade das formas, é possível a abertura de novo prazo para que o autor complemente sua primeira emenda[428]. O limite das emendas sucessivas deve ser apreciado no caso concreto, não se podendo eternizar o início de um processo com sucessivas determinações de emendas cumpridas de forma falha ou parcialmente pelo autor.

Observe-se que a possibilidade de emendas sucessivas deve ser analisada à luz do disposto no art. 321, parágrafo único, do Novo CPC. Significa dizer que, no caso de o juiz ter determinado a emenda da petição inicial, sem que o autor tenha tomado qualquer atitude positiva a esse respeito, o único caminho viável ao juiz é o indeferimento da petição inicial. O raciocínio é simples: determinando a emenda da petição inicial, entendeu que tal petição não tinha condições de dar início a um processo, e, não havendo a emenda determinada, o vício continua a existir e a única saída possível ao juiz é o indeferimento da petição inicial. E nem se fale que o juiz poderá mudar de ideia e mesmo sem a emenda da petição inicial entender que não existe nenhum vício, visto que no caso concreto se operou a preclusão *pro iudicato*[429]. O que se admite no Superior Tribunal de Justiça é a prática do ato de emenda a destempo[430], o que torna o prazo impróprio, mas nunca a continuidade da demanda sem o saneamento do vício.

Por mais interessante que seja para fins de sobrevivência do processo, a permissão de emenda da petição inicial, sendo uma das posturas do juiz diante da petição inicial, não poderá ser

determinada na hipótese de outras posturas já terem sido adotadas. É claro que consistindo tais posturas no indeferimento da petição inicial ou no julgamento liminar de improcedência (art. 332 do Novo CPC), se tornará impossível a determinação de emenda da petição inicial por obstáculo material intransponível: a extinção do processo. Mas, mesmo o processo não sendo extinto, o que ocorrerá com a determinação de citação do réu, já não mais será possível a emenda da petição inicial, operando-se no caso preclusão lógica para o juiz[431].

Nesse sentido, deve ser criticado posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que admitiu a emenda da petição inicial após a apresentação da contestação em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, desde que não haja alteração da causa de pedir ou pedido[432]. O exagero no atendimento aos princípios mencionados resulta em desconsideração do óbvio: a emenda da petição inicial e a citação são opções do juiz diante da petição inicial, como se fossem caminhos abertos a ele, que uma vez tomando um deles naturalmente elimina a possibilidade de tomar os demais. Se o juiz determinou a citação do réu e esse apresentou a contestação, a fase de "reações do juiz diante da petição inicial", da qual a decisão de emenda faz parte, já terá ficado há muito no passado.

O tema não está pacificado na jurisprudência. Em respeito ao princípio da estabilidade da demanda, o Superior Tribunal de Justiça também tem decisão no sentido da inviabilidade da emenda da petição inicial depois da contestação[433].

O art. 295, V, do CPC/1973 apontava como causa de indeferimento da petição inicial situação na qual, em razão da natureza da causa ou de seu valor, o procedimento escolhido pelo autor não fosse o adequado. Embora se tratasse de causa de indeferimento, o próprio artigo legal dispunha que o indeferimento somente ocorreria quando não fosse possível a adaptação ao procedimento adequado. Dessa forma, sempre que fosse possível, a correção do procedimento deveria ser aberta tal oportunidade ao autor, que por meio de emenda à petição inicial teria a oportunidade de sanear o vício apresentado.

O Novo Código de Processo Civil compreendeu que em todas as hipóteses o procedimento pode ser adaptado, não fazendo sentido manter esse vício como causa de indeferimento da petição inicial. A supressão coloca o erro de procedimento onde sempre deveria ter estado: entre as causas de emenda da petição inicial.

Questão interessante é a possível ampliação da conversibilidade de procedimentos para atingir também processos. A conversão, portanto, não se limitaria, por exemplo, à possibilidade de modificação de um processo de conhecimento de rito especial para o rito comum, mas sim à conversão de um processo de execução num processo de conhecimento, quando o juiz entende que não existe um título executivo. O juiz não pode modificar o processo de ofício, obrigando o autor a demandar em processo não escolhido por ele, mas não há nenhum inconveniente prático ou jurídico a impedir que o juiz determine ao autor a emenda da petição inicial para que providencie a adequação do processo às exigências do caso concreto.[434]

No Superior Tribunal de Justiça, após um momento de resistência à possibilidade de conversão de processos[435], o entendimento vem sendo pela sua admissibilidade, desde que a conversão ocorra antes da citação do demandado, quando a relação jurídica processual estará completa e a conversão passará a ser inadmissível. Há, por exemplo, entendimento pacificado nesse sentido quanto à conversão do processo de execução em ação monitória[436].

16.3. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL

16.3.1. CONCEITO DE INDEFERIMENTO, RECORRIBILIDADE E JUÍZO DE RETRATAÇÃO

Nas situações em que o juiz se deparar com vícios insanáveis, de nada adiantará abrir prazo de dez dias ao autor para emendar a petição inicial, considerando-se que o autor não será capaz de sanar a irregularidade ou vício constatado no caso concreto. Não restará alternativa ao juiz senão o indeferimento liminar da petição inicial, nos termos do art. 330 do Novo CPC. Também deverá indeferir a inicial quando a emenda – ou a sucessão delas – não tiver sido apta a sanar a irregularidade ou vício, ou nos casos de omissão do autor em realizar a emenda no prazo de 15 dias (art. 330, IV, do Novo CPC).

Existe indeferimento total e parcial da petição inicial, variando os recursos cabíveis para cada uma dessas decisões. No caso de indeferimento parcial, mesmo que tenha a decisão matéria de mérito como objeto, a doutrina majoritária entendia sob a égide do

CPC/1973 tratar-se de *decisão interlocutória* recorrível por agravo de instrumento[437].

Numa primeira leitura do art. 1.015 do Novo CPC, pode-se chegar à conclusão de que a decisão que indefere parcialmente a petição inicial não será recorrível por agravo de instrumento. A hipótese não está prevista de forma expressa nos incisos do dispositivo legal indicado e nesse sentido poder-se-á concluir que caberá ao autor aguardar o momento da apelação ou contrarrazões a esse recurso para impugnar a decisão.

Parece inegável que seria mais adequado, não só para atender aos interesses do autor, mas também ao princípio da economia processual e da duração razoável do processo, que a decisão fosse imediatamente recorrível. Basta imaginar o acolhimento da impugnação em sede de julgamento de apelação, determinando o tribunal que a parcela indeferida liminarmente deve ensejar o prosseguimento da demanda.

E a recorribilidade por agravo de instrumento da decisão interlocutória que indefere parcialmente a petição inicial pode ser defendida pela aplicação do art. 354, parágrafo único, do Novo CPC. Ainda que o dispositivo esteja previsto como uma das possibilidades de julgamento conforme o estado do processo, não teria qualquer sentido permitir o cabimento do agravo de instrumento somente nesse momento procedimental. Afinal, que diferença faz a decisão parcial terminativa ser proferida liminarmente ou somente depois da apresentação de defesa pelo réu?

No caso de indeferimento total, o pronunciamento será uma *sentença*, recorrível por apelação. Havendo indeferimento da petição inicial no Tribunal – em casos de competência originária –, o recurso cabível dependerá de quantos julgadores participaram do julgamento. Sendo o julgamento monocrático, caberá agravo interno para o órgão colegiado, nos termos do art. 1.021, *caput*, do Novo CPC. Tratando-se de decisão colegiada, caberão recurso especial e/ou recurso extraordinário, dependendo do caso concreto.

Tanto no primeiro grau como no Tribunal, só haverá indeferimento da petição inicial antes da citação do réu[438]. Se o réu já foi integrado no processo, ainda que o juiz acolha uma das causas previstas no art. 330 do Novo CPC, não será mais caso de indeferimento da petição inicial, sendo simplesmente o processo extinto sem a resolução do mérito por ausência de condição da ação ou de pressupostos processuais positivos (ou ainda a presença de algum dos pressupostos processuais negativos).

O art. 331 do Novo CPC prevê e regulamenta a possibilidade de retratação da decisão que indefere a petição inicial.

A primeira condição para a retratação é a interposição de apelação. Sabendo-se que o juiz de primeiro grau é responsável pelo juízo de admissibilidade desse recurso, para que possa se retratar deve antes receber o recurso, ou seja, deve entender que o recurso preenche todos os requisitos de admissibilidade. E nesse ponto o Novo Código de Processo Civil traz intrigante questão derivada da inexistência de juízo de admissibilidade no juízo *a quo* no recurso de apelação.

Entendo que nesse caso o juiz de primeiro grau fará um juízo de admissibilidade tácito, se retratando de sua sentença sem fazer qualquer menção à admissibilidade recursal. Mais complicada será a situação em que o juiz entender que a apelação é inadmissível, mas que realmente se equivocou em sua decisão e que caberia a retratação no caso concreto. Pelo novo sistema o juiz não pode inadmitir o recurso, mas seria bipolar se se retratasse de sua sentença mesmo entendendo que o recurso é inadmissível. A solução menos pior será entender que o juízo negativo tácito da apelação será um impeditivo para o juiz se retratar de sua sentença, devendo nesse caso remeter o recurso ao tribunal de segundo grau.

Segundo o *caput* do dispositivo ora analisado, indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultando-se ao juiz, no prazo – impróprio – de 5 dias, reformar sua sentença. Trata-se de atividade oficiosa, de forma que mesmo não havendo pedido expresso nesse sentido elaborado pelo apelante a retratação pode ser realizada de ofício.

Havendo a retratação o juízo sentenciante anulará sua sentença e dará andamento regular ao procedimento com a citação do réu. Entendo que se trata de decisão interlocutória irrecorrível porque ausente do rol do art. 1.015 do Novo CPC (cabimento do agravo de instrumento) e haverá preclusão lógica para alegá-la em preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso (art. 1.009, § 1º do Novo CPC).

Nos termos do § 1.º do art. 331 do Novo CPC, o réu será citado para responder o recurso, ou seja, será integrado ao processo e terá oportunidade de oferecer contrarrazões, realidade não

presente diante da mesma hipótese sob a égide do CPC/1973[439].

Entendo que o § 2.º do dispositivo ora analisado contém um erro ao prever que a sentença nesse caso possa ser reformada pelo tribunal, porque, mesmo tendo a apelação como fundamento um *error in judicando*, seu acolhimento levará à anulação da sentença e não à sua reforma. Na reforma a decisão do recurso substitui a decisão recorrida, enquanto na anulação a decisão do tribunal apenas afasta do mundo jurídico a decisão recorrida. Diante dessa clássica e indiscutível lição, não parece haver dúvida de que o acolhimento da apelação na hipótese ora analisada gerará a anulação da sentença.

Seja como for, com o retorno do processo ao primeiro grau, o § 2.º prevê que o prazo de contestação (na realidade de resposta) começará a contar da intimação do réu do retorno dos autos. Parte-se da correta premissa de que o réu já foi citado e integrado ao processo, não havendo qualquer sentido em citá-lo novamente.

O § 3.º contém uma ampliação de regra que no diploma processual revogado se aplicava somente ao indeferimento da petição inicial por meio de sentença de mérito (art. 219, § 6º, do CPC/1973). Nos termos do dispositivo, não interposta a apelação, o réu seria intimado do trânsito em julgado da sentença, concluindo que tal intimação ocorreria independentemente da espécie da sentença liminar (de mérito ou terminativa).

Ainda que o réu não possa alegar a presença de coisa julgada material numa eventual repropositura da ação, sua ciência da existência de sentença de indeferimento da petição inicial tem duas

justificativas. Primeiro, porque existem hipóteses de sentença terminativa em que só se admite a repropositura da ação se saneado o vício que levou o primeiro processo à extinção terminativa (art. 486, § 1º, do Novo CPC). Segundo, porque sendo extinto o processo por sentença terminativa há competência absoluta do juízo na eventual repropositura da ação (art. 286, II, do Novo CPC).

16.3.2. HIPÓTESES DE INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL

16.3.2.1. Inépcia da petição inicial

O § 1º do art. 330 do Novo CPC é o responsável por elencar as situações nas quais a petição inicial será considerada inepta: falta de pedido ou causa de pedir; pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; e pedidos incompatíveis entre si.

Somados às partes, o pedido e a causa de pedir compõem os elementos que identificam a ação, sendo exigência expressa do art. 319, III e IV, do Novo CPC a narração na petição inicial da causa de pedir e do pedido. A importância de tal descrição na petição inicial deriva da necessidade de fixação dos limites objetivos da ação e da pretensão do autor, sem o que o réu não poderá exercer ativamente seu direito de defesa. O julgamento do juiz também restará prejudicado caso o autor não indique em sua petição inicial a causa de pedir e o pedido, não se podendo respeitar o art. 492 do Novo CPC.

O inciso II do § 1.º do art. 330 do Novo CPC inclui a

elaboração de pedido genérico, quando for exigido o pedido determinado, como nova causa de inépcia da petição inicial. Entendo que o legislador exagerou na questão do pedido genérico incabível, considerando-se que nesse caso o vício é sanável, podendo ser realizada a determinação na pretensão do autor por meio de emenda da petição inicial.

A petição inicial deve conter uma ordem lógica entre os argumentos utilizados pelo autor e a conclusão a que chega quando formula seu pedido. Eventual incompatibilidade lógica gera o indeferimento da petição inicial. Não pode, por exemplo, narrar fatos e fundamentos jurídicos típicos da anulação de casamento – ser a parte um enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil (art. 1.548, I, do CC) – e concluir requerendo o divórcio.

Por fim, a petição inicial não poderá conter pedidos incompatíveis. É preciso atenção para essa causa de inépcia da petição inicial, considerando-se que nem toda espécie de cumulação exige a compatibilidade dos pedidos. Havendo cumulação imprópria (em sentido geral), ou seja, cumulação subsidiária ou cumulação alternativa, não há problema em coexistirem pedidos incompatíveis. Se o juiz somente pode conceder um entre os pedidos cumulados, estes podem ser incompatíveis, não havendo nenhuma razão para o indeferimento da petição inicial. Os pedidos incompatíveis, portanto, só geram indeferimento da petição inicial na cumulação própria – simples e sucessiva, sendo que numa visão mais instrumentalista do processo seria caso de emenda da petição inicial, permitindo-se que o autor escolha entre os pedidos

originariamente formulados.

16.3.2.2. Manifesta ilegitimidade de parte

Conforme aventado anteriormente, surge mais uma condição da ação como causa de indeferimento da petição inicial, mas nesse caso não em razão de sua inépcia. Menciona o art. 330, II, do Novo CPC que a parte deve ser "manifestamente ilegítima", levando a crer que a mera ilegitimidade não seria o suficiente para o indeferimento. É claro que, se o juiz, ao analisar a petição inicial, se convencer da ilegitimidade de uma das partes – ou mesmo de ambas –, deverá indeferir a petição inicial, ainda que a ilegitimidade não seja aberrante ou evidente. Tudo, na verdade, dependerá da apreciação e do convencimento do juiz, servindo o dispositivo tão somente para evitar o indeferimento em hipótese de dúvida do juiz a respeito do tema.

16.3.2.3. Falta de interesse de agir

A falta de interesse de agir, que leva à carência da ação, é prevista no art. 330, III, do Novo CPC como causa de indeferimento da petição inicial. O tema é versado no Capítulo 16, item 16.3.2.3.

16.3.2.4. Ausência de emenda da petição inicial

Por fim, o art. 330, IV, do Novo CPC prevê que a petição inicial será indeferida quando não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321, ambos do Novo CPC. Assim, se a petição inicial não indicar o endereço, número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e o nome da sociedade de advogados da qual participa o advogado que postula em causa própria, após a devida oportunidade

de emenda da petição inicial em 5 dias, esta deve ser indeferida. O mesmo ocorre em qualquer situação em que, apesar da oportunidade concedida pelo juiz para que o autor emende a petição inicial, este não toma nenhuma providência.

O art. 330, §§ 2.º e 3.º, do Novo CPC manteve substancialmente a regra prevista no art. 285-B do CPC/1973, com importantes adequações. No § 2.º do dispositivo legal fica claro que a exigência de discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que o autor pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito, aplica-se às ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação de bens. E, mais importante, afasta qualquer dúvida sobre a consequência do desrespeito a essa exigência: o indeferimento da petição inicial. Acredito que seja mais uma hipótese de vício sanável pela emenda da petição inicial, tendo exagerado o legislador ao incluí-la como causa de indeferimento.

O § 3.º do artigo ora comentado mantém a regra do § 1.º do art. 285-B do CPC/1973 ao prever que o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratados.

16.4. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR

16.4.1. INTRODUÇÃO

A Lei 11.277/2006 criou expressamente em nosso sistema a possibilidade de julgamento de improcedência do pedido do autor

antes da citação do réu. Note-se que já era possível antes dela o julgamento de mérito *inaudita altera partes* desfavorável ao autor, na hipótese de indeferimento da petição inicial com fundamento na prescrição e decadência (art. 295, IV c/c o art. 269, IV, do CPC/1973). A rejeição liminar do pedido com enfrentamento do direito material alegado pelo autor, entretanto, era novidade trazida ao sistema pelo art. 285-A do CPC/1973. O Novo Código de Processo Civil, com significativas mudanças procedimentais, manteve no sistema processual o julgamento liminar de improcedência no art. 332.

O objetivo do dispositivo legal é o encerramento de demandas repetitivas – típicas da sociedade de massa em que vivemos atualmente – nas quais a mesma questão jurídica é alegada em diversas demandas individuais. A economia processual e a celeridade do processo mais uma vez são os fundamentos principais que levaram o legislador a prever um instituto processual que possibilita um encerramento definitivo da demanda (sentença de mérito produzindo coisa julgada material) antes mesmo da complementação da relação jurídica processual com a citação do réu[440].

Como comumente ocorre com normas inovadoras, o art. 285-A do CPC/1973 recebeu críticas de parcela da doutrina, inclusive existindo em trâmite uma ação declaratória de inconstitucionalidade (ADIn 3.695/DF) proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, intervindo nessa demanda como *amicus curiae* o Instituto de Direito Processual Brasileiro, em peça subscrita por Cassio Scarpinella Bueno, opinando pela constitucionalidade do

dispositivo legal[441]. Em mais uma demonstração da nefasta demora na prestação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal a norma foi revogada antes do julgamento da ação de declaração de inconstitucionalidade.

As críticas, entretanto, não parecem suficientes para inquinar o dispositivo de inconstitucional, não se vislumbrando nenhuma ofensa aos princípios processuais no art. 285-A do CPC/1973, o mesmo se podendo dizer do art. 332 do Novo CPC.

Uma das principais críticas dava-se pela opção originária do legislador em considerar precedentes do próprio juízo para se proferir o julgamento liminar de improcedência do pedido. Parcela da doutrina criticava a opção legislativa, preferindo que a improcedência liminar fosse justificada em súmulas ou jurisprudências dominantes dos tribunais[442], de preferência superiores. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, mesmo sem texto legal nesse sentido, já havia decidido que a aplicação do art. 285-A do CPC/1973 deveria ser realizada em consonância dos entendimentos consagrados pelos tribunais superiores[443]. Criou-se, jurisprudencialmente, o requisito da dupla conformação: precedentes do mesmo juízo e dos tribunais superiores.

O art. 332 do Novo CPC afastou os precedentes do próprio juízo como suficientes para o julgamento liminar de improcedência, exigindo que o pedido formulado pelo autor contrarie enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (I); acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos

repetitivos (II); entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (III); e enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local (IV).

Sempre concordei com as críticas doutrinárias no sentido de ser muito pouco a exigência de haver precedentes do próprio juízo de primeiro grau para ensejar o julgamento liminar de improcedência, mas não estou plenamente satisfeito com a mudança proposta. Da forma como ficou redigido o art. 332 do Novo CPC, será preciso aguardar alguma maturação do tema para se liberar o julgamento liminar de improcedência, no que se ganha em segurança jurídica, mas se perde em agilidade em tal espécie de julgamento. Acredito que poderia ter se chegado a um meio-termo, liberando os juízes de primeiro grau a tal espécie de julgamento enquanto ainda não consolidado o entendimento nos tribunais, sendo proibido o julgamento antecipadíssimo do mérito contra tal consolidação.

16.4.2. REQUISITOS PARA O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR

A combinação do *caput* e dos incisos do art. 332 do Novo CPC demonstra que o julgamento liminar de improcedência do pedido do autor tem um requisito fixo e outros quatro alternativos.

Segundo o *caput* do dispositivo ora comentado, tal espécie de julgamento sumaríssimo de improcedência só será cabível em causas que dispensem a fase instrutória.

Dispunha o art. 285-A, *caput*, do CPC/1973 que, sendo a matéria controvertida unicamente de direito e tendo sido proferida

sentença de total improcedência em casos idênticos, cabia o julgamento liminar de improcedência. Era exigido cumulativamente o preenchimento dos dois requisitos, sendo que ambos merecem alguns comentários. Apesar da previsão de que na demanda a matéria controvertida fosse unicamente de direito, não estava afastada a aplicação do dispositivo legal quando nela também existisse matéria de fato. A essa conclusão se chegava justamente pela própria previsão legal, que falava em "matéria controvertida", sendo legítimo concluir que, havendo questões de fato, desde que não controvertidas, o requisito legal estaria preenchido.

A previsão legal era criticável porque se o réu ainda não tinha sido citado era incorreto falar-se em matéria controvertida, e nesse sentido a redação do art. 332, *caput*, do Novo CPC deve ser elogiada por ter suprimido do texto legal a expressão utilizada no dispositivo revogado.

Sob a égide do CPC/1973, a melhor doutrina afirmava que a "incontrovérsia" fática derivava da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.[444]. Assim o fazendo, o juiz não prejudicava em nada o autor no aspecto fático, visto que considerava verdadeiras todas as alegações de fato constantes da petição inicial, sendo inviável deduzir dessa postura qualquer ofensa ao direito de ampla defesa.

A lembrança de como esse requisito do julgamento liminar de improcedência era tratado é importante porque acredito que deva ser nesse sentido interpretado o requisito previsto no art. 332, *caput*, do Novo CPC. A dispensa da instrução probatória é consequência

da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. É como se o juiz dissesse: mesmo que o autor tenha alegado somente fatos verdadeiros não tem o direito que alega ter, nos termos dos incisos do dispositivo, o que justifica o julgamento de liminar improcedência de seu pedido.

Nesse caso entendo que nem é preciso que exista prova a corroborar as alegações do autor, porque sua derrota pela parte jurídica da pretensão já entrega o réu o melhor resultado possível. Caso contrário, o réu poderia ser citado, impugnar as alegações de fato, que se mostrariam falsas, e o julgamento seria da mesma forma de improcedência.

> Peter ingressa com ação judicial pleiteando o pagamento de diferenças em razão de ser alegadamente funcionário público exercendo determinada função. Mesmo que o juiz não tenha certeza de que as alegações são verdadeiras, as presume verdadeiras porque mesmo que tudo seja realmente verdade, há súmula de tribunal superior afirmando que naquele caso o direito pleiteado, diante daquela situação fática, não existe.

Além da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, o julgamento liminar de improcedência depende do preenchimento de um dos requisitos previstos nos incisos do art. 332 do Novo CPC, todos eles relacionados à parte jurídica da pretensão.

Como se pode notar, os requisitos alternativos dizem respeito a diferentes formas de consolidação de entendimentos com eficácia vinculante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Assim, havendo enunciado de súmula (I), acórdão proferido

em julgamento de recursos repetitivos (II) e entendimento firmado em incidente de resoluções de causas repetitivas ou de assunção de competência (III), será cabível o julgamento liminar de improcedência.

É interessante notar que, com relação às sumulas dos tribunais superiores, o julgamento liminar de improcedência poderá, ao menos em tese, ocorrer mesmo quando a súmula não tiver eficácia vinculante. Isso porque o art. 927, IV, do Novo CPC prevê eficácia vinculante apenas para os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, enquanto o art. 332, I, do Novo CPC se limita a exigir enunciado de súmula dos tribunais superiores.

Afastando-se da eficácia vinculante dos entendimentos consolidados nos tribunais superiores, o inciso IV do disposto ora comentado prevê também ser cabível o julgamento antecipadíssimo de improcedência havendo enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. O dispositivo é compreensível a partir do momento em que parte da premissa de que sendo o direito local a última interpretação será dada pelo tribunal de justiça local.

No § 1.º do art. 332 do Novo CPC há previsão de julgamento liminar de improcedência na hipótese de prescrição e decadência. Na realidade, não se trata propriamente de improcedência do pedido do autor, mas de rejeição em razão do tempo do exercício do direito de ação. O Novo Código de Processo Civil flexibiliza o termo “improcedência” para incluir em um mesmo dispositivo legal todas as sentenças liminares de mérito.

Somente nesse caso está liberado pelo art. 487, parágrafo único, do Novo CPC o reconhecimento dessas matérias sem a oportunidade de a parte contrária se manifestar antes de proferida a decisão. Tal opção legislativa é criticada por parcela da doutrina[445], que entende que a atuação oficiosa do juiz impede que o réu renuncie à prescrição, direito material expressamente previsto no art. 191 do CC. O interesse do réu em renunciar à prescrição pode ser moral, ao preferir uma sentença de improcedência que o declare não ser o devedor, ou econômico, considerando que o art. 940 do CC prevê o direito a cobrar em dobro daquele que demanda por dívida já paga ou o valor cobrado daquele que demanda por valor superior ao da dívida, salvo se houver prescrição. Apesar da resistência da doutrina, a jurisprudência já vinha admitindo o indeferimento da petição inicial com fundamento na interpretação literal do art. 219, § 5.º, do CPC/1973[446].

Entendo que em respeito ao art. 9º do Novo CPC, a sentença liminar de improcedência só pode ser proferida após a intimação do autor e a concessão de prazo para que tente afastar a impressão inicial do juiz pelo cabimento do julgamento liminar de improcedência[447]. Afinal, o dispositivo legal dispensa o contraditório apenas quando a decisão for favorável à parte não ouvida, o que obviamente não é o caso.

16.4.3. CONDUTA DO JUIZ

Espera-se que os juízes percebam os efeitos extremamente danosos que podem advir de uma má aplicação do dispositivo legal ora comentado. Devem ter atenção na análise da petição inicial para verificar se a situação fático-jurídica realmente se amolda aos

entendimentos com eficácia vinculante consagrados nos tribunais superiores.

Sendo hipótese de aplicação do art. 332 do Novo CPC, há interessante mudança formal na sentença a ser proferida pelo juiz. No sistema anterior cabia ao juiz reproduzir o teor de sentença anteriormente proferida, ou seja, a fundamentação da sentença seria a transcrição da fundamentação de uma sentença anterior. Não bastava ao juiz indicar os dados da demanda anterior como razões do decidir, sendo imprescindível a transcrição do teor da fundamentação da sentença anterior, nada impedindo que se somasse àqueles outros fundamentos novos, que não faziam parte da decisão paradigma[448]. Tratava-se da oficialização do famoso "recorta e cola".

Não há no Novo Código de Processo Civil a exigência de que a fundamentação da sentença no julgamento liminar de improcedência seja a transcrição de sentença de improcedência anteriormente proferida pelo juízo (art. 285-A, *caput*, do CPC/1973), regra formal que perdeu todo o seu sentido a partir da mudança nas hipóteses de julgamento dessa espécie. Deverá, entretanto, fundamentar sua sentença liminar na *ratio decidendi* do precedente que justifica essa forma de julgamento.

O julgamento liminar de improcedência, desde que preenchidos seus requisitos, passa a ser um dever do juiz, e não mera faculdade como era à luz do CPC/1973, e essa conclusão não depende de expressa previsão legal, mas sim da eficácia vinculante dos entendimentos consolidados pelos tribunais que admitem essa

espécie de julgamento liminar.

Na hipótese de prescrição e decadência discordo do entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que sejam matérias de ordem pública[449]. Sendo a prescrição renunciável não é possível atribuir-lhe natureza de ordem pública. Essa conclusão, entretanto, não afasta o dever judicial de reconhecê-la e assim proferir o julgamento liminar de improcedência.

Interposta a apelação pelo autor, admite-se no prazo de cinco dias – prazo impróprio – a retratação do juiz, com a anulação de sua própria sentença e a determinação de citação do réu para a regular continuidade procedimental (art. 332, § 3º, do Novo CPC). Esse juízo de retratação tem as mesmas características daquele previsto no art. 331 do Novo CPC, tendo ocorrido a homogeneização do prazo de retratação pelo novo diploma processual.

No § 2.º do art. 332 do Novo CPC há previsão expressa de que cabe a intimação do réu diante do trânsito em julgado da sentença de improcedência liminar, enquanto o art. 241 do Novo CPC prevê que a intimação do réu ocorrerá diante do trânsito em julgado de qualquer sentença de mérito proferida antes da citação do réu. Acredito que há uma desnecessária sobreposição de regras, afinal, pelo Novo Código de Processo Civil, há apenas duas espécies de sentença liminar: indeferimento da petição inicial, por meio de sentença terminativa, e julgamento liminar de improcedência, por meio de sentença de mérito.

16.4.4. JULGAMENTO PARCIAL DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR?

Questão interessante diz respeito à identidade parcial de questões jurídicas entre as demandas já sentenciadas com a total improcedência do pedido e uma demanda atual. A pergunta é: sendo mais ampla a demanda atual, é possível aplicar o art. 332 do Novo CPC, para o julgamento de improcedência liminar parcial, atingindo somente a parcela da demanda que tenha relação de identidade de questões jurídicas com sentenças de integral improcedência já proferidas no juízo?

A resposta a esse questionamento passa necessariamente pela razão de ser da norma. O julgamento de improcedência liminar tem como objetivo decidir o mérito de uma demanda antes mesmo da citação do réu. Trata-se de medida salutar em termos de celeridade processual e economia processual, sagrando-se o réu vitorioso, e de forma definitiva, sem nem mesmo ter sido incomodado com a sua citação e por consequência sem nem ter precisado participar do processo. A justificativa, portanto, é de extinguir um processo com resolução de mérito sem a necessidade de integração do réu à relação jurídica processual.

Como se nota com facilidade, na hipótese de julgamento liminar de improcedência parcial, a justificativa da existência do art. 332 do Novo CPC desaparece, considerando-se que nesse caso, restando parcela da demanda não decidida, o réu necessariamente será integrado à relação jurídica processual, tendo o ônus de se defender. Será impossível nesse caso a extinção do processo com resolução do mérito antes da citação do réu, de forma que, sendo indispensável aguardar a citação e provável defesa do réu, nenhum sentido terá o julgamento parcial de improcedência liminar,

devendo o juiz se abster de aplicar o 332 do Novo CPC[450].

De qualquer forma, caso o juiz no caso concreto decida parcela do mérito, valendo-se da técnica prevista no dispositivo legal ora analisado, estar-se-á diante de decisão interlocutória de mérito, recorrível por agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, II, do Novo CPC.

16.4.5. JULGAMENTO DA APELAÇÃO PELO TRIBUNAL

Não havendo a retratação da sentença permitida pelo art. 332, § 3º, do Novo CPC, a apelação recebida pelo juízo de primeiro grau deverá ser encaminhada ao tribunal de segundo grau competente para seu julgamento. Antes disso, entretanto, o § 4º do dispositivo ora comentado exige a citação do réu para responder ao recurso. Na realidade, a citação servirá para o réu ser integrado à relação jurídica processual e tomar conhecimento da existência da demanda, fazendo-se acompanhar por uma intimação que convocará o réu a, querendo, apresentar resposta ao recurso.

Autorizada doutrina vem entendendo que essa resposta do réu terá conteúdo de uma verdadeira contestação, devendo o réu alegar em sua defesa todas as matérias que alegaria se tivesse sido regularmente citado[451]. Essa realmente é a postura recomendável ao réu, em especial na hipótese de reforma da sentença pelo Tribunal. O teor da resposta será de contestação, mas será possível entender que sua natureza jurídica não é de contrarrazões, mas sim de contestação?

Questão interessante que vem ocupando a melhor doutrina é saber quais os possíveis resultados do julgamento da apelação pelo

tribunal. Claro que alguns resultados possíveis não suscitam grandes indagações. Não conhecido o recurso ou mesmo negando-se provimento a ele, o tribunal em seu julgamento mantém o entendimento da sentença recorrida, com a permanência do réu como vitorioso na demanda. É o julgamento que dá provimento ao recurso que mais interessa, visualizando a melhor doutrina a possibilidade de anulação e reforma.

O provimento do recurso para anular a sentença impugnada terá lugar sempre que o tribunal entender pela inaplicabilidade do art. 332 do Novo CPC. O juiz pode não ter considerado fato alegado pelo autor, não lhe concedendo oportunidade de produzir prova; o processo pode ter como objeto matéria distinta daquela pacificada nos tribunais (distinção); o entendimento do tribunal utilizado como razão de decidir pode já estar superado pelo próprio tribunal (superação); pode o juiz ter se equivocado na contagem do prazo prescricional ou decadencial, ou mesmo ter ignorado alguma causa suspensiva ou interruptiva da prescrição ou impeditiva da decadência. Qualquer que seja a razão da inadequação de aplicação do art. 332 do Novo CPC será incabível o julgamento de improcedência liminar, cabendo ao tribunal anular a sentença e remeter o processo de volta ao primeiro grau, quando o réu será intimado para responder a petição inicial e a demanda prosseguirá normalmente.

Nesse tocante, tenho um entendimento isolado a respeito da inaplicabilidade do art. 332 do Novo CPC, e a anulação da sentença proferida em razão de sua aplicação[452]. Entendo que, estando o processo maduro para julgamento, ou seja, não havendo

controvérsia fática e estando a solução da demanda pendente exclusivamente da aplicação do direito ao caso concreto, mesmo que o tribunal perceba a inadequação do momento do julgamento – liminar –, deverá enfrentar o mérito da demanda, podendo manter ou reformar a sentença de primeiro grau. Aplica-se por analogia o art. 1.013, § 3º, I, do Novo CPC, permitindo-se que o tribunal anule a sentença de improcedência liminar e passe imediatamente ao julgamento de mérito da ação. Caso o processo não esteja maduro para imediato julgamento, o processo retorna ao primeiro grau, com a intimação das partes para comparecerem à audiência de conciliação ou de mediação[453].

Além da possível anulação, a melhor doutrina defende a possibilidade de o tribunal reformar a sentença recorrida, julgando procedente o pedido feito pelo autor na demanda[454]. Não haverá nenhuma ofensa ao *contraditório* nesse caso, porque o réu terá sido devidamente citado e intimado para responder o recurso de apelação. Por outro lado, não teria nenhum sentido remeter o processo ao primeiro grau para seguimento normal do procedimento se o tribunal entender que não há mais nada a fazer além de aplicar o direito ao caso concreto. Note-se que nem é caso de aplicação por analogia do art. 1.013, § 3º, I, do Novo CPC, porque nesse caso o mérito da demanda já foi julgado em primeiro grau, sendo a atividade do tribunal nesse tocante meramente revisora. É natural, entretanto, que esse julgamento de reforma da sentença só seja viável quando o processo estiver maduro para o seu julgamento, porque não estando será hipótese de anulação da decisão impugnada.

16.5. CITAÇÃO

16.5.1. CONCEITO

O art. 238 do Novo CPC prevê que a citação é o ato pelo qual se convoca o réu, o executado ou o interessado (o termo "demandado" seria mais adequado) para integrar a relação jurídica processual. Apesar de não estar integralmente correto, já que a citação não convoca o demandado a coisa alguma, integrando-o automaticamente à relação jurídica processual, o conceito é melhor que o anterior.

O art. 239 do Novo CPC traz algumas novidades quando comparado com o art. 214 do CPC/1973. No *caput* do dispositivo legal vem previsto expressamente que a citação do réu ou executado não é indispensável para a validade do processo nos casos de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido, com ou sem resolução de mérito.

O demandado, portanto, é integrado ao processo por meio da citação, sendo também, ao menos em regra, intimado para que, querendo, apresente sua defesa (conhecimento e tutela provisória) ou tome outras medidas previstas em lei (execução). Em regra, a citação e a intimação são feitas concomitantemente, o que aumenta a falsa impressão de serem, nesse momento inicial do procedimento, o mesmo fenômeno processual. Na realidade, é justamente nas excepcionais situações em que a citação e a intimação do demandado para se defender ocorrem em momentos distintos que se nota com maior clareza a distinção entre essas duas diferentes formas de comunicação de atos judiciais.

Tome-se como exemplo o julgamento liminar de improcedência do pedido, previsto no art. 332 do Novo CPC. Havendo apelação do autor e não ocorrendo a retratação pelo juízo sentenciante, segundo o art. 332, § 4.º, do Novo CPC, o réu será citado para responder ao recurso (na realidade será citado para se integrar ao processo e intimado para responder ao recurso). Sendo provida a apelação e anulada a sentença, o processo retornará ao primeiro grau para prosseguimento regular do feito, ou seja, será o réu intimado para apresentar sua defesa. Naturalmente não terá mais nenhum sentido a citação do réu, considerando-se que o réu já estará integrado ao processo, cabendo tão somente sua intimação.

Apesar de tradicionalmente entender imprescindível a citação do demandado, no Capítulo 3, item 3.3.3.3.2.3. foram analisadas algumas situações nas quais a citação não se mostra útil nem necessária. Nesse sentido o art. 239, *caput*, do Novo CPC ao prever expressamente que a citação do réu ou executado não é indispensável para a validade do processo nos casos de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido, com ou sem resolução de mérito.

Mesmo quando a citação mostra-se aparentemente imprescindível, é possível atingir seu objetivo sem que esse ato venha a ser praticado no processo. Trata-se da chamada *intervenção voluntária do demandado*, que, mesmo sem ter sido regularmente citado, se integra voluntariamente à relação jurídica processual. Interessante questão nesse tocante diz respeito à juntada de procuração sem poderes específicos para o advogado receber citação. O entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça

é no sentido de que nesse caso não estará configurado o comparecimento espontâneo[455], mas o tribunal o admite desde que fique evidenciada a ciência da parte da existência da ação e que sejam praticados atos de preparação ou de efetiva defesa[456]. Seja como for, não parece correto o entendimento de que nesse caso o réu se deu por citado[457]; na realidade, não houve citação, mas sim a integração voluntária do demandado ao processo[458].

Esse entendimento não deve ser alterado, mesmo que se aplique à citação a regra referente à intimação consagrada no § 6.º do art. 272 do Novo CPC. Segundo o dispositivo legal, a retirada dos autos do cartório ou da secretaria em carga pelo advogado, por pessoa credenciada a pedido do advogado ou da sociedade de advogados, pela Advocacia Pública, pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público implicará intimação de qualquer decisão contida no processo retirado, ainda que pendente de publicação[459].

O art. 239, § 1.º, do Novo CPC, prevê que o comparecimento espontâneo do réu supre tanto a falta como a nulidade da citação, passando a fluir o prazo de resposta (contestação ou embargos à execução) a partir da data em que o réu ingressou no processo. Essa novidade contraria a previsão do art. 214, § 2.º, do CPC/1973, que dispõe que o prazo de resposta só começa a ser contado da data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão sobre a nulidade ou falta de citação. E a nova realidade é reafirmada pelo art. 239, § 2.º, I, do Novo CPC, ao prever que, se a alegação de nulidade for rejeitada, o réu será considerado revel.

16.5.2. EFEITOS DA CITAÇÃO

A doutrina tradicionalmente aponta que o principal efeito da citação válida é completar a estrutura tríplice da relação jurídica processual, considerando que somente com a prática do ato citatório estará definitivamente formada a relação *autor-juiz-réu*. Além deste, o art. 240, *caput*, do Novo CPC prevê três outros efeitos, sendo um deles processual (induzir a litispendência) e dois materiais (tornar a coisa litigiosa e constituir o devedor em mora). A interrupção da prescrição, conforme será devidamente analisado, não é mais efeito da citação, não estando mais prevista no *caput* do art. 240 do Novo CPC.

Além desses quatro efeitos, será também analisada a estabilização do processo, que eventualmente poderá ocorrer, de forma total ou parcial, a partir da citação do réu.

Registre-se que, conforme previsão literal do art. 240, *caput*, do Novo CPC, os efeitos processuais e materiais previstos no dispositivo legal são gerados mesmo que o juízo que tenha realizado a citação seja incompetente. Parece que a incompetência – absoluta ou relativa – é o único vício formal admitido na citação que não obsta a geração de seus efeitos.

16.5.2.1. Efeitos processuais

16.5.2.1.1. Indução à litispendência

O termo “litispendência” é equívoco, podendo significar pendência da causa (que começa a existir quando de sua propositura e se encerra com a sua extinção) ou pressuposto processual negativo verificado na concomitância de processos idênticos (mesma ação). Existe corrente doutrinária que entende ter o art.

240, *caput*, do Novo CPC utilizado o termo valendo-se de seu primeiro significado, o que enseja uma importante observação: para o autor a demanda já se encontra pendente desde o momento de sua propositura, sendo a citação válida ato que induz a litispendência somente para o réu[460]. Para outra parcela da doutrina, o dispositivo legal valeu-se do termo em seu segundo significado[461].

Registre-se que, aparentemente, o Superior Tribunal de Justiça compartilha do entendimento dessa segunda corrente doutrinária, tendo posicionamento pacífico de que o efeito gerado pela citação determina a litispendência no sentido *processos idênticos* (mesma ação), afirmando que a primeira citação é o determinante para se descobrir qual das ações idênticas deve ser extinta[462]. Dessa forma, havendo duas ações idênticas em trâmite, mas em nenhuma delas tendo ocorrido a citação, aguarda-se o primeiro ato citatório, ainda que realizado em processo mais recente, extinguindo-se sem resolução do mérito o(s) outro(s) processo(s).

Apesar do entendimento jurisprudencial tranquilo, há parcela da doutrina que faz interessante distinção: caso o réu não tenha conhecimento da existência do processo movido contra ele, justamente por não ter sido citado, e ingresse com outro processo idêntico (a alteração dos polos é irrelevante), será mantido o processo em que ocorrer a primeira citação válida. Por outro lado, sendo o novo processo repetição integral do primeiro, não seria possível considerar que o autor não sabia da existência do primeiro, que nesse caso, independentemente da primeira citação válida, deve ser mantido[463].

16.5.2.1.2. Estabilização da demanda

Apesar de não constar do art. 240, *caput*, do Novo CPC, é possível se estudar o fenômeno da estabilização da demanda como um dos efeitos processuais da citação.

É lição pacificada na doutrina a possibilidade de alteração das partes, da causa de pedir e do pedido antes da citação do réu. Entende-se que não tendo ainda sido formada a relação jurídica processual tríplice, haveria liberdade absoluta para o autor modificar tanto os elementos subjetivos (partes) como objetivos (causa de pedir e pedido) da demanda. Ressalte-se tão somente que, conforme analisado no Capítulo 7, item 7.3.2., o Superior Tribunal de Justiça entende que após a propositura da demanda não seria admitida a formação de litisconsórcio ulterior, o que pode ser considerado como uma exceção à liberdade do autor em alterar os elementos subjetivos da demanda antes da citação do réu.

No tocante aos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir), a citação não gera a estabilização definitiva da demanda, considerando-se que, pela regra prevista no art. 329, II, do Novo CPC, o pedido e a causa de pedir poderão ser alterados pelo autor até o saneamento do processo, desde que com isso concorde o réu, sendo que para considerável parcela doutrinária essa concordância pode até mesmo ser tácita[464], ainda que exista decisão do Superior Tribunal de Justiça que indevidamente exija a anuência expressa[465].

Nos termos do art. 329, II, do Novo CPC, o réu terá um prazo de no mínimo 15 dias para se manifestar sobre a ampliação

(*emendatio libelli*) ou modificação (*mutatio libelli*) objetiva da demanda. A previsão expressa de faculdade do réu em requerer a produção de prova suplementar disse menos do que deveria, porque, admitindo a ampliação ou modificação objetiva da demanda, o réu não só tem o direito – e não faculdade – de produzir provas suplementares, mas também de aditar sua contestação nos limites da modificação ou ampliação realizada pelo autor[466].

Dessa forma, seriam três os momentos a serem considerados no tocante à estabilidade objetiva da demanda: (a) antes da citação não há qualquer estabilização, podendo o autor modificar livremente seu pedido e sua causa de pedir; (b) da citação ao saneamento do processo, haverá uma estabilidade condicionada, podendo o autor modificar o pedido e a causa de pedir desde que conte com a anuência do réu; (c) após o saneamento do processo ocorre a estabilização objetiva definitiva, sendo proibidas em qualquer hipótese as alterações objetivas da demanda.

16.5.2.2. Efeitos materiais

16.5.2.2.1. Tornar a coisa litigiosa

Com a citação válida, a coisa ou direito sobre o qual se litiga torna-se litigioso. Interessante observar que, para parcela da doutrina, a citação torna a coisa litigiosa somente para o demandado, considerando-se que para o demandante a coisa já é litigiosa desde a propositura da demanda[467].

Tornar litigioso significa dizer que a coisa ou direito estarão vinculados ao resultado do processo, de forma que ao vencedor será entregue a coisa ou direito independentemente de quem o mantenha

em seu patrimônio no momento da execução[468]. Dessa forma, é correta a lição doutrinária que aponta para a ineficácia da alienação da coisa litigiosa perante o vencedor da demanda[469], o que inclusive enseja ato de *fraude à execução*, nos termos dos arts. 790, V, e 792, I, do Novo CPC.

Não sendo vedada a alienação do bem litigioso, considerando-se que o direito de dispor da coisa não deixa de existir com a citação, o art. 109 do Novo CPC trata do procedimento a ser estabelecido sempre que o réu aliene o bem após sua citação. Nesse caso, será intimado o autor para se manifestar sobre a possibilidade de alteração no polo passivo, com a retirada do réu originário da relação jurídica processual e o ingresso em seu lugar do terceiro adquirente. Caso concorde com a alteração, ocorrerá o fenômeno da *sucessão de partes*, assumindo o novo titular da coisa ou direito o polo passivo. Caso não concorde com a alteração, manter-se-á o réu originário no polo passivo, que passará a atuar em *substituição processual*, defendendo em nome próprio o interesse do terceiro adquirente, que poderá nesse caso intervir no processo com assistente litisconsorcial[470].

Além da fraude à execução verificada na alienação ou oneração do bem litigioso, a doutrina lembra que a citação, ao tornar o bem litigioso, obriga as partes a eventuais restrições impostas pelo juiz e a absterem-se de alterar a realidade fática relevante para o julgamento, atitude que poderá constituir em ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77, VI, do Novo CPC).

16.5.2.2.2. Constituição em mora do devedor

Os arts. 240, *caput*, do Novo CPC e 405 do CC contêm a mesma regra: a citação constitui o devedor em mora. Ocorre, entretanto, que essa regra encontra uma série de exceções no Código Civil, diploma que apropriadamente trata do tema, conforme o próprio art. 240, *caput*, do Novo CPC reconhece ao fazer a ressalva de que a citação não constitui o devedor em mora nas hipóteses previstas pelos arts. 397 e 398 do CC.

Dessa forma, o devedor será constituído de pleno direito em mora na data do vencimento de obrigação positiva e líquida (art. 397, *caput*, do CC). Na hipótese de obrigação sem termo certo, além da citação, também a interpelação judicial ou extrajudicial será apta a constituir o devedor em mora (art. 397, parágrafo único, do CC). Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se em mora o devedor desde o momento em que praticou o ato (art. 398 do CC). Registre-se posicionamento pacificado do Superior Tribunal de Justiça de que, tratando-se de ato ilícito contratual, somente com a citação é constituído o devedor em mora[471].

16.5.2.2.3. Interrupção da prescrição

No Novo Código de Processo Civil a interrupção da prescrição deixa de ser efeito da citação. Compatibilizando-se com o art. 202, I, do CC, o art. 240, § 1.º, do Novo CPC prevê que a interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação, enquanto o § 4.º do mesmo dispositivo legal estende esse efeito retroativo à decadência e aos demais prazos extintivos previstos em lei.

O § 2.º do art. 240 do Novo CPC mantém o prazo de 10 dias para o autor tomar as providências necessárias para viabilizar a citação, excluindo a possibilidade de prorrogação por mais noventa dias prevista no art. 219, § 3.º, do CPC/1973, enquanto o § 3.º do mesmo dispositivo legal, ao prever que a parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário, consagra o entendimento já consolidado na Súmula 106/STJ.

Caso o autor não tome as providências necessárias para viabilizar a citação no prazo de 10 dias, o art. 240, § 2º, do Novo CPC, prevê que não se aplicará o disposto no § 1º do dispositivo legal. Significa dizer que nesse caso, não será o despacho que determina a citação que interromperá a prescrição e nem essa interrupção retroagirá à data de propositura da ação. Também não terá aplicabilidade o art. 202, I, do CC, que expressamente prevê regra a ser aplicada somente quando a citação se realizar dentro do prazo legal.

Como o art. 240, *caput*, do Novo CPC, não prevê mais a interrupção da prescrição como um dos efeitos da citação, foi criado um limbo jurídico. Nos termos do art. 240, *caput* e §§ 1º e 2º do Novo CPC e do art. 202, I, do CC, não existe previsão legal para a interrupção da prescrição quando a citação for realizada fora do prazo legal por culpa do autor. Se o § 2º do dispositivo prevê que sendo realizada a citação após o prazo legal por culpa do autor não se aplica o § 1º do mesmo dispositivo, ficamos sem regra a respeito da interrupção da prescrição nesse caso, já que o § 1º do art. 240 do Novo CPC é o único dispositivo que regulamenta esse tema.

A falta de técnica legislativa é imperdoável, porque da forma

como restaram previstos os §§ 1º e 2º do art. 240 do Novo CPC, a prescrição simplesmente não se interromperia nos casos de citação feita fora do prazo por culpa do autor. Note-se, não é possível se afirmar que nesse caso a interrupção se dará no momento da citação, como ocorria no sistema anterior, e isso por uma simples razão: diferente do art. 219, *caput*, do CPC/1973, o art. 240, *caput*, do Novo CPC, não prevê a interrupção da prescrição como efeito da citação. Por isso, não há como concordar com a doutrina que, como se a interrupção da prescrição ainda continuasse a estar prevista como efeito da citação, mantém a opinião de ser ela o ato responsável pela interrupção da prescrição realizada depois do prazo legal por culpa do autor[472].

Como conspira contra a própria essência da prescrição a sua não interrupção na hipótese ora analisada, a única forma viável de se contornar a barbeiragem legislativa será entender que a não aplicação do § 1º, prevista pelo § 2º do art. 240 do Novo CPC, diz respeito somente à retroatividade da interrupção da prescrição, de forma que sendo o réu citado fora do prazo legal por culpa do autor, a interrupção se dará do despacho que determina a citação, apenas não retroagindo à data da propositura da ação. Pode não ser a melhor solução, porque favorece o autor relapso, mas parece ser a única possível.

Por fim, cumpre analisar a nova regulamentação da prescrição no tocante à determinação de que sua interrupção somente possa ocorrer uma vez, o que, segundo a doutrina que tratou do tema, é novidade que deve ser aplaudida por evitar certos abusos relativos à interrupção do prazo prescricional. Cumpre registrar, entretanto,

que dentre as diversas formas de interrupção da prescrição previstas pelo art. 202 do CC, a citação – com efeitos retroativos à propositura da ação, como visto – não poderá ser interpretada à luz da disposição que determina que a prescrição somente se interrompa uma vez, porque sendo extinto o primeiro processo sem o julgamento do mérito em que tenha ocorrido a citação do réu, será natural que numa segunda demanda a citação volte a interromper a prescrição. Na verdade, ainda que qualquer um dos demais atos de interrupção da prescrição já tenha ocorrido, a citação em demanda judicial terá sempre o condão de interrompê-la novamente[473].

16.5.3. MODALIDADES DE CITAÇÃO

16.5.3.1. Correio

Mesmo com a facilitação da citação por meio eletrônico, a citação por via postal constitui a regra do nosso sistema quando não for possível realizá-la por meio eletrônico, cabendo ao autor justificar a preferência no caso concreto por outra forma de citação, nos termos do art. 247, V, do Novo CPC. Considerada uma forma mais *rápida*, *fácil* e *econômica*, tem preferência sobre as demais modalidades de citação, excepcionando-se as hipóteses previstas pelos cinco incisos do art. 247 do Novo CPC, nas quais a citação será realizada obrigatoriamente por oficial de justiça; as hipóteses previstas pelo art. 256 do Novo CPC, nas quais a citação será realizada por edital; e a citação por meio eletrônico, nos termos do art. 246, § 1º, do Novo CPC.

Segundo a previsão do art. 247, *caput*, do Novo CPC, a citação por correio pode ser realizada em qualquer comarca do território nacional (na realidade qualquer foro, porque a regra também é

aplicável à Justiça Federal). Conforme analisado no Capítulo 1, item 1.5.2, trata-se de exceção ao princípio da aderência ao território, validando-se ato praticado por juízo além do território de sua competência[474]. A dispensa da expedição de carta precatória nesse caso demonstra de maneira bastante clara a superioridade da citação pelo correio em termos de agilidade e economia processual.

A citação é relativamente simples, sendo seu procedimento previsto pelo art. 248, *caput*, §§ 1º e 3º, do Novo CPC. O citado receberá cópia da petição inicial (contrafé) e do despacho inicial do juiz, e será comunicado do prazo de resposta, do endereço do juízo e do respectivo cartório. Nos termos do art. 248, § 3º, do Novo CPC, da carta de citação no processo de conhecimento constarão os requisitos exigidos para o mandado de citação.

Apesar de toda facilidade, existe um sério problema para a efetivação da citação por correio: o ato só será praticado com a colaboração do demandado, porque é imprescindível sua assinatura no campo "recebido por" do aviso de recebimento da correspondência, o que naturalmente exigirá a concordância do réu na prática de tal ato. Nesse sentido, o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça[475].

Não tendo o carteiro fé pública, é inviável qualquer consideração a respeito das razões da ausência de assinatura, bastando a resistência do réu para que a citação pelo correio se frustre. Como se nota, só existe citação por correio na forma de citação real, ou seja, a citação em que se tem certeza plena de que o réu tem conhecimento da existência da demanda[476].

Essa realidade é excepcionada pelo art. 248, § 4º, do Novo CPC ao prever que, nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente. Tenho extrema dificuldade em imaginar o preenchimento dos requisitos legais no caso concreto, sendo difícil de acreditar que o carteiro tenha conhecimento de tais requisitos e os transmita ao funcionário da portaria. E ainda que isso ocorra, pergunta-se: exatamente como deve o carteiro materializar a declaração por escrito pelo funcionário da portaria de que o réu não está? E caso exista realmente a declaração, como o carteiro deverá proceder para que ela seja juntada aos autos?

São realmente muitas dúvidas práticas a respeito do preenchimento dos requisitos previstos em lei, mas sendo realizada a citação por via postal nos termos do art. 284, § 4º, do Novo CPC, ter-se-á uma singular hipótese de citação ficta[477], porque nesse caso não se pode dizer que o réu tenha, com certeza, ciência da existência do processo. E tampouco pode se fazer uma analogia com a ficção jurídica criada para a citação da pessoa jurídica prevista no art. 248, § 2º, do Novo CPC. Não vejo como comparar o risco assumido pela pessoa jurídica em colocar funcionário incapacitado para receber a correspondência e a relação existente entre o condômino e o porteiro. Tratando-se de citação ficta, caso o réu não apresente defesa por advogado devidamente constituído a ele será indicado um curador especial que terá o *munus* público de elaborá-la.

Quando o réu for pessoa jurídica, criou-se no Superior Tribunal de Justiça a teoria da aparência, de forma que não somente o representante legal ou pessoa com poderes de gerência geral ou administração poderá assinar o recibo, mas qualquer pessoa que aparentemente tenha poderes para representar a pessoa jurídica[478]. É nesse sentido o § 2.º do art. 284 do Novo CPC, considerando válida a citação da pessoa jurídica com a entrega do mandado a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração ou, ainda, a funcionário responsável pelo recebimento de correspondências.

Trata-se de citação real porque a ficção prevista diz respeito somente a efetiva representação da pessoa humana que recebeu a citação em nome da pessoa jurídica, e não a respeito de sua efetiva ciência da existência do processo.

16.5.3.2. Oficial de justiça

Nas hipóteses previstas pelo art. 247 do Novo CPC (ações de estado, ser o citando incapaz, ser o réu uma pessoa jurídica de direito público, o citando residir em local não servido pelo correio, requerimento justificado do autor), a citação se realizará por oficial de justiça.

Nesse caso será expedido pelo cartório um mandado de citação, que deve preencher os requisitos formais do art. 250 do Novo CPC, sendo esse mandado entregue ao oficial de justiça para o devido cumprimento, que deverá procurar o réu e, encontrando-o, realizar sua citação. O Superior Tribunal de Justiça aplica o princípio da instrumentalidade das formas quanto aos requisitos

formais do mandado de citação[479], mas já decidiu que a ausência do prazo de resposta gera a nulidade da citação[480].

Sendo o réu devidamente localizado, o oficial de justiça deve ler o teor do mandado a ele, entregando-lhe a contrafé (cópia da petição inicial), sendo a partir de então considerada realizada a citação. Como o oficial de justiça tem fé pública, a resistência do réu em aceitar a contrafé ou mesmo portar por fé que recebeu a citação não impede a realização do ato; colaborando o réu, dará ciência da citação e receberá a contrafé; não colaborando, o oficial de justiça certifica a sua conduta, o que não impedirá que o juiz considere como realizada a citação. Nesse caso, naturalmente, a citação será real.

Mas nem sempre o réu é localizado e nesse caso a citação real não será possível. Há uma forma de citação ficta (presume-se que o réu tenha conhecimento da demanda) pelo oficial de justiça, chamada de *citação por hora certa.* No entanto, para sua realização não basta meramente não ser o réu localizado; para a citação ficta por hora certa, dois requisitos previstos no art. 252 do Novo CPC deverão ser preenchidos. O requisito objetivo é a ocorrência de duas diligências frustradas para a localização do réu, que podem ser realizadas no mesmo dia ou em dias distintos, desde que em horários em que presumidamente seja possível localizá-lo[481]. O requisito subjetivo é a desconfiança de que o réu esteja se ocultando maliciosamente, sendo, portanto, de sua responsabilidade a frustração da citação. A análise do preenchimento desses requisitos fica a cargo do oficial de justiça no caso concreto, que, caso entenda pelo seu não preenchimento, devolverá ao cartório o mandado sem

cumprimento, justificando-se por certidão.

Na segunda tentativa frustrada o oficial intimará qualquer pessoa da família, vizinho ou pessoa localizada no endereço constante do mandado, por exemplo, porteiros de prédios residenciais [482], informando que no primeiro dia útil subsequente retornará ao endereço num horário já previamente agendado. Esse terceiro que foi intimado tornar-se-á momentaneamente um auxiliar eventual da justiça, tendo como tarefa avisar ao réu do retorno do oficial de justiça, na expectativa de que, com horário marcado, o réu o aguarde.

Retornando no dia e horário pré-agendados, caso o réu realmente esteja aguardando a "visita" do oficial de justiça, a citação que começou por hora certa se transformará em *citação real*; caso contrário, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, e não as aceitando realizará a citação na pessoa do terceiro, que pode até mesmo ser pessoa diversa daquela que foi intimada na véspera, nos termos do § 2º do art. 253 do Novo CPC. Caberá ao oficial de justiça fazer uma certidão detalhando todos os atos que o levaram à citação por hora certa, devolvendo em cartório o mandado de citação cumprido, havendo decisão do Superior Tribunal de Justiça apontando a nulidade da citação quando o oficial de justiça não consigna os horários em que realizou a diligência[483].

No § 4.º do art. 253, do Novo CPC vem previsto que o oficial de justiça fará constar do mandado a advertência de que será nomeado curador especial se houver revelia. O dispositivo consagra

entendimento absolutamente equivocado de grande parte da doutrina e da jurisprudência: se ao réu for indicado um curador especial, que obrigatoriamente apresentará uma defesa em seu favor, como ele pode ser chamado de revel? Melhor teria sido o dispositivo prever que deveria constar do mandado a advertência de que, se não houver apresentação de defesa por advogado constituído dentro do prazo legal, será indicado ao réu um curador especial.

Aduz o art. 254 do Novo CPC que, realizada a citação por hora certa, caberá ao escrivão enviar ao réu uma carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência. O prazo – impróprio – para o escrivão ou chefe de secretaria enviar essa comunicação ao réu é de 10 dias. Note-se que se trata de mera correspondência, sem a necessidade de recebimento pelo réu. Trata-se na realidade de uma última tentativa de fazer com que o réu tome ciência da demanda na remota hipótese de até então não ter tomado conhecimento da existência do processo, o que só ocorrerá se a ocultação maliciosa tiver sido fruto de uma equivocada percepção do oficial de justiça. Apesar de não fazer parte do ato citatório, tanto que o prazo de defesa conta-se da juntada do mandado aos autos (art. 231, II, do Novo CPC)[484], entende-se obrigatória essa informação, sendo sua omissão causa de nulidade absoluta[485]. Há interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça que permite a fixação do termo inicial do prazo de contestação na data de juntada da comprovação da comunicação, considerando que nessa havia a equivocada indicação dessa data como sendo a do termo inicial[486].

Tratando-se de *citação ficta*, e não havendo apresentação de

defesa do réu, a ele será designado um curador especial, que poderá apresentar contestação por negativa geral. Não existe revelia nesse caso, porque, mesmo vencido o prazo originário para a apresentação de defesa, outro será reaberto ao curador especial que, desempenhando um *munus* público, irá necessariamente apresentar defesa. Daí minha resistência à prática comum nos julgamentos em chamar o réu citado fictamente, que não apresenta sua defesa por advogado constituído, de réu revel. Ora, se o curador especial é obrigado a apresentar contestação – ainda que por negativa geral – em seu favor, como chamá-lo de réu revel?

O cabimento da curadoria especial é tratado pelo art. 72 do Novo CPC, havendo interessante novidade no parágrafo único ao prever que a função de curador especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei. Não compreendi a exclusão da ressalva que havia no Projeto de Lei aprovado no Senado, de que a regra é aplicável salvo se não houver defensor público na comarca ou subseção judiciária, hipótese em que o juiz nomeará advogado para desempenhar aquela função, por meio do convênio PGE-OAB, nas comarcas onde tal convênio existir. De qualquer forma, mesmo diante da omissão legal, é natural que a atitude a tomar seja exatamente essa.

Entendo que, na hipótese de citação por hora certa, a contestação apresentada por advogado constituído deve ser recebida inclusive após o vencimento do prazo. Sendo indispensável a apresentação de defesa, naturalmente é melhor que seja aquela apresentada por advogado constituído pelo réu. Naturalmente que, se o réu citado fictamente ingressar no processo e for a ele aberto

novo prazo de defesa, a apresentação de contestação intempestiva não impedirá a revelia[487].

16.5.3.3. Edital

As hipóteses de cabimento da citação por edital estão previstas no art. 256 do Novo CPC. Trata-se de típica *citação ficta*, considerando-se que nessa modalidade de citação a presunção de que o réu efetivamente tenha conhecimento da existência da demanda é ainda mais tênue do que na citação por hora certa. Entende-se corretamente que a citação por edital deve ser excepcional, exigindo-se o esgotamento de todos os meios possíveis para a realização da citação por outra forma[488]. Ademais, é a modalidade mais *demorada*, *complexa* e *cara*, o que desaconselha a sua utilização, salvo quando realmente não houver outra forma de realizar a citação. Para evitar o abuso na utilização da citação por edital quando incabível, o art. 258 do Novo CPC prevê uma multa no valor de cinco vezes o salário mínimo para o autor que dolosamente alega o preenchimento dos requisitos dessa modalidade de citação. Apesar de o dispositivo condicionar a aplicação da sanção ao mero requerimento do autor, não basta ao autor requerer, sendo preciso que o juiz, ludibriado, efetivamente realize a citação por edital.

O art. 256, I, do Novo CPC aponta para a citação por edital quando o réu for desconhecido ou incerto. Quando não se sabe quem deve compor o polo passivo da demanda, o réu será desconhecido, como ocorre quando o autor não sabe quem sucedeu o *de cujus*. Quando não for possível a individualização de quem deve compor o polo passivo, ter-se-á réu incerto, como acontece nas

ações possessórias derivadas de invasões de terra promovidas por grupos organizados e sem personalidade jurídica. Interessante notar que nesses casos excepcionais admite-se a omissão dos nomes e qualificações dos réus na petição inicial, exigências formais dessa petição (art. 319, II, do Novo CPC)[489].

Também será feita a citação por edital quando, apesar de ser sujeito certo e determinado, o réu se encontrar em lugar incerto (não se sabe precisar o exato local em que o réu se encontra), ignorado (não se tem ideia de onde esteja o réu) e inacessível (art. 256, II, do Novo CPC). Classicamente a doutrina aponta para duas espécies de inacessibilidade:

(a) *jurídica/política*: prevista no art. 256, § 1.º, do Novo CPC, que trata da situação do réu localizado em país que não cumpre carta rogatória do Brasil, mecanismo processual existente para a realização de atos processuais em Estados estrangeiros;

(b) *física/geográfica*: o local em que o réu se encontra é fisicamente inacessível, como ocorre em situações de guerra, revolução, epidemia e tragédias naturais.

Doutrina minoritária aponta uma terceira espécie de inacessibilidade, de *natureza social*, sempre que o réu se encontre em territórios controlados pelo crime organizado nos quais o Estado brasileiro já não tem mais condições de atuar efetivamente[490].

O art. 256, § 3.º, do Novo CPC explicita as condições para que o réu seja considerado em local ignorado ou incerto de forma a legitimar sua citação por edital. Segundo o dispositivo, o réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos

públicos ou de concessionárias de serviços públicos.

Realizada a citação em razão da inacessibilidade, a notícia de sua citação será divulgada também por rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão (art. 256, § 2.º, do Novo CPC), regra que naturalmente não se aplica à inacessibilidade jurídica/política.

Por fim, o art. 256, III, do Novo CPC determina que a citação se realize por edital sempre que previsto em lei, como ocorre na ação de usucapião, demarcação e divisão de terras, anulação e substituição de títulos ao portador, entre outros procedimentos especiais. São os chamados *procedimentos editais*, nos quais se busca informar terceiros eventualmente interessados em participar do processo como demandados[491].

Apesar de o art. 256, III, do Novo CPC manter a regra de que haverá citação por edital nos casos expressos em lei, o art. 259 do mesmo diploma processual volta ao tema ao prever que serão publicados editais na ação de usucapião de imóvel, nas ações de recuperação ou substituição de título ao portador e em qualquer ação em que seja necessária, por determinação legal, a provocação, para participação no processo, de interessados incertos ou desconhecidos. Na realidade, tratava-se de pedidos que, no CPC/1973, estavam consagrados em ações de procedimentais especiais que, de fato, tinham como especialidade somente a citação por edital. O Novo Código de Processo Civil retira tais pedidos dos procedimentos especiais, mantendo, entretanto, a necessidade expressa de citação por edital.

A citação por edital nesses casos não deve se ater à espécie de

ação, mas sim ao pedido do autor, de forma que sendo pedido a usucapião de imóvel ou a recuperação ou substituição de título ao portador deve ser realizada a citação por edital em razão de eventuais terceiros interessados. O procedimento nesses casos é o comum, apesar da citação atípica por edital.

Segundo o art. 257, II, do Novo CPC, a publicação do edital deve ser feita na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, que deve ser certificada nos autos, enquanto a publicação em jornal de ampla circulação deve ocorrer subsidiariamente, considerando as peculiaridades da comarca, da seção ou da subseção judiciárias.

O Novo Código de Processo Civil não é muito claro quanto ao número de publicações exigidas quando for excepcionalmente utilizado jornal local de ampla circulação. Enquanto o art. 257, parágrafo único, do Novo CPC, usa o singular para tratar dessa forma de publicidade, o inciso III do mesmo dispositivo legal prevê, ao tratar do prazo de edital, que variará entre vinte e sessenta dias, fluindo da data da publicação única, ou, havendo mais de uma, da primeira. Entendo que nesse caso dependerá da decisão do juiz a respeito da utilização da excepcional forma de publicidade.

Não há regra específica para a hipótese de o autor ser beneficiário da assistência judiciária, como havia no art. 232, § 2.º, do CPC/1973. Naturalmente a publicação nos termos do art. 257, II, do Novo CPC não custará nada às partes, independentemente de sua situação econômica. Caso o juiz aplique a exceção contida no parágrafo único do art. 257 do Novo CPC, continuará a ser utilizado

o Diário Oficial, e nesse caso a gratuidade deve ser fundada no art. 98, § 1.º, III, do novo diploma processual.

O *prazo de edital* é aquele previsto para que o réu tenha conhecimento da existência da demanda, de modo que o seu prazo de resposta só começa a ser contado após o vencimento do prazo de edital, que será de 20 a 60 dias, a ser determinado no caso concreto pelo juiz (art. 257, III, do Novo CPC). Havendo apenas uma publicação não há dúvida a respeito da data de início da contagem de tal prazo, mas contraria a lógica o dispositivo legal ao prever que havendo mais de uma publicação o termo inicial do prazo será a primeira publicação. É no mínimo curioso que, mesmo durante o desenvolvimento da citação por edital, por ainda não terem se completado as publicações determinadas pelo juiz, já se considere iniciado o prazo de edital, mas, como há previsão expressa da lei nesse sentido, a regra deve ser cumprida.

> Carlos foi citado por edital por estar em local desconhecido, sendo que a primeira publicação ocorreu no dia 2 de abril, a segunda no dia 5 de abril e a terceira no dia 6 de abril, sendo que o juiz fixou o prazo editalício de 20 dias. O termo inicial do prazo de edital é a data da primeira publicação, dia 2 de abril, sendo que, excluído o primeiro dia, o prazo de 20 dias começa a correr no dia 3 e termina no dia 22 de abril, sendo que no dia 23 de abril começa o prazo de 15 dias para a apresentação de resposta de Carlos, que se encerrará no dia 7 de maio.

16.5.3.4. Meio eletrônico

A Lei 11.419/2006 regulamenta o chamado “processo eletrônico”, sendo que em seu art. 6.º determina-se que, desde que observadas as formas e cautelas estabelecidas para a intimação por

meio eletrônico (art. 5.º), a citação, inclusive da Fazenda Pública, será realizada por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando. Essa realidade é reforçada pelo art. 246, § 2º, do Novo CPC, ao prever a citação por meio eletrônico como a preferencial quando o réu for a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades da administração indireta.

É natural que a citação por meio eletrônico ocorrerá com menor frequência que a intimação eletrônica, porque, uma vez integradas ao processo, as partes indicam seus endereços eletrônicos, o que dá ao sistema de intimações a devida segurança jurídica. A citação é o ato que integra o demandado ao processo, não sendo possível considerar válida a citação eletrônica realizada em endereço fornecido unilateralmente pelo autor. Sendo a citação ato essencial para a efetivação dos princípios constitucionais da *ampla defesa* e *contraditório*, o endereço eletrônico tem de ser informado pelo demandado.

Dessa constatação limita-se a utilização da citação por meio eletrônico a situações concretas em que exista confiabilidade no endereço eletrônico do demandado, o que se pode antever em duas hipóteses[492]:

(a) ações incidentais;

(b) existência de convênio para que litigantes contumazes com o Poder Judiciário registrem seus endereços eletrônicos, valendo tais cadastros tanto para pessoas jurídicas de direito privado (bancos, seguradoras, empresas de telefonia etc.) como para os entes públicos, da administração direta e indireta.

O Novo Código de Processo Civil se preocupou com o tema da

citação por meio eletrônico, passando a prever no art. 246, § 1.º, que, à exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio. E o § 2.º do mesmo dispositivo inclui expressamente a União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta na exigência de indicar seus endereços eletrônicos para fins de citação e intimação.

Quanto ao registro do endereço eletrônico, o art. 1.050 do Novo CPC prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas respectivas entidades da administração indireta, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública, no prazo de trinta dias a contar da data da entrada em vigor do Novo CPC, deverão se cadastrar perante a administração do tribunal no qual atue, enquanto o art. 1.051 prevê que as empresas públicas e privadas devem cumprir o disposto no art. 246, § 1.º, no prazo de trinta dias, a contar da data de inscrição do ato constitutivo da pessoa jurídica, perante o juízo onde tenham sede ou filial.

Somente se lamenta que o Novo Código de Processo Civil não tenha previsto qualquer espécie de sanção às pessoas jurídicas que deixarem de cadastrar seu endereço eletrônico, sendo tal omissão apontada por parcela da doutrina como indicativo de ser duvidosa a efetividade da importante novidade legislativa[493].

Nada impede que outros sujeitos, que não tem o dever de se inscrever no cadastro de endereços eletrônicos o façam

voluntariamente[494]. Não parece muito lógico um sujeito que é litigante eventual assim proceda, mas esse é um direito que não lhe pode ser retirado. Afinal, já existindo tal cadastro, quando mais endereços eletrônicos dele constarem maior será a quantidade de citações pelo meio eletrônico, o que é positivo para o processo.

A novidade deve ser saudada porque, desse modo, se passará efetivamente a realizar a citação por meio eletrônico, a maneira mais econômica e rápida dentre todas as formas de citação. E, segundo o art. 246, § 1.º, do Novo CPC, o meio eletrônico passa a ser a forma preferencial de intimação e citação.

16.5.3.5. Comparecimento do réu em cartório

Nos termos do art. 246, III, do Novo CPC, a citação pode ser realizada pelo escrivão ou chefe de secretaria caso o citando compareça em cartório. Nessa situação pode até surgir dúvida se realmente ocorrerá a citação ou o réu ingressará voluntariamente no processo. A dúvida, entretanto, não tem qualquer consequência prática, estando o réu integrado ao processo pelo ato de documentação elaborado pelo escrivão ou chefe de secretaria e assinado pelo citando.

17. AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Sumário: 17.1. Citação do réu para comparecimento à audiência de conciliação ou de mediação – 17.2. Conciliador e mediador – 17.3. Número de sessões – 17.4. Intimação do autor – 17.5. Desinteresse das partes na realização da audiência – 17.6. Não realização de audiência quando o direito material não admitir autocomposição – 17.7. Desinteresse na realização da audiência e litisconsórcio – 17.8. Ato atentatório à dignidade da justiça – 17.9. Presença de advogado ou defensor público – 17.10. Representante com poderes para negociar e transigir – 17.11. Redução a termo da homologação por sentença – 17.12. Pauta

17.1. CITAÇÃO DO RÉU PARA COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO

No procedimento comum previsto no CPC/1973, o momento posterior à citação do réu era o de sua resposta, por escrito, no prazo de 15 dias no procedimento ordinário e em audiência de conciliação no procedimento sumário. Assim não é, necessariamente, no Novo Código de Processo Civil. Cria-se no art. 334 uma audiência de conciliação ou de mediação, que poderá ser realizada por meio eletrônico (§ 7.º), a ocorrer após a citação do réu e antes do momento de apresentação de sua resposta.

No rito comum consagrado pelo novo diploma processual o réu só será citado e no mesmo ato intimado para contestar em 15 dias, se o direito versado no processo não admitir autocomposição, o que é extremamente raro. A regra, portanto, será a citação e no mesmo ato a intimação do réu para comparecer à audiência de conciliação ou de mediação. Caberá ao juiz indicar desde esse momento se o meio consensual mais adequado é a mediação ou a conciliação[495], de forma que o processo já seja dirigido para o terceiro adequado no Centro de Solução Consensual de Conflitos.

Nos termos do art. 334, *caput*, do Novo CPC essa audiência será designada com antecedência mínima de 30 dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 dias de antecedência.

O legislador não prevê um prazo máximo para a designação da audiência, o que dependerá da estrutura do centro judiciário de solução consensual de conflito ou do juízo em que tramita o processo. Embora a opção seja criticada por parcela da doutrina, que entende que essa falta de previsão de prazo máximo para a audiência pode acarretar demora na realização da audiência e o prolongamento do prazo para a apresentação da contestação[496], a verdade é que a previsão de um prazo máximo de nada valeria, por se tratar de prazo impróprio, cujo descumprimento não gera qualquer consequência processual.

O prazo de antecedência mínima de 20 dias para a citação do réu, por outro lado, é prazo que necessariamente deverá ser atendido, sob pena de violação ao princípio do contraditório. A citação realizada com menos de 20 dias da realização da audiência é

causa de nulidade, aplicando-se ao caso o princípio da instrumentalidade das formas, cabendo a decretação de nulidade apenas se ficar comprovado o prejuízo ao réu.

O cumprimento dessa regra promete dificuldades procedimentais, que só poderão ser superadas com uma interação entre a pauta de audiências do centro judiciário de solução consensual de conflito e o juízo que determina a citação do réu. A dificuldade é manifesta, porque haverá dois órgãos distintos envolvidos no cumprimento da regra legal: como o juízo do processo, ao determinar a citação do réu, designará uma audiência que, em regra, não será realizada por ele? O juiz que determina a citação do réu não tem poder sobre a pauta de audiências do centro judiciário de solução consensual de conflito, devendo ser criada uma forma administrativa dele ter acesso à pauta do Centro para designar a data da audiência e dessa forma não correr riscos de descumprir a exigência do art. 334, *caput*, do Novo CPC.

17.2. CONCILIADOR E MEDIADOR

Nos termos do art. 165, *caput*, do Novo CPC, os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e de mediação.

A realização da audiência de conciliação ou de mediação por mediadores e conciliadores que façam parte desse centro é positiva porque esses sujeitos são qualificados para tais atos, o mesmo não se podendo dizer dos juízes. Por outro lado, as partes terão menor receio de expor suas razões diante de um sujeito que não julgará seu

processo na eventualidade de não ser obtida a solução consensual. E, finalmente, não se poderá acusar o conciliador de pré-julgamento quando opinar sobre soluções ao conflito porque ele não tem competência para julgar o processo.

A audiência de conciliação ou de mediação perante o centro judiciário de solução consensual de conflito dependerá da criação desses centros pelos tribunais. Demonstrando a pouca confiança de que todos os tribunais criarão tais centros, o art. 334, § 1º, do Novo CPC prevê a atuação necessária do conciliador ou mediador na audiência apenas onde houver esse sujeito, ou seja, onde estiver funcionando o centro judiciário de solução consensual de conflitos. Caso não exista tal centro, caberá ao próprio juiz da causa a realização da audiência.

17.3. NÚMERO DE SESSÕES

O ideal é que a solução consensual seja conseguida na primeira sessão destinada a tal finalidade. Entre o ideal e o possível, entretanto, há uma distância, podendo se imaginar uma situação em que embora haja uma aproximação entre as partes, não se chega à solução consensual. Nesse caso, ao invés de dar por encerrada a tentativa de conciliação ou de mediação, é mais produtivo que seja designada uma nova sessão, para que a aproximação já havida na sessão anterior se potencialize e seja possível se chegar à solução consensual do conflito.

Nesse sentido, o § 2º do art. 334 do Novo CPC prevê que poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, desde que essa multiplicidade de sessões se mostre

necessária para a composição das partes. Ou seja, só se justifica a designação de nova sessão se houver perspectiva de solução consensual diante do que ocorreu na sessão anterior. Cabe, portanto, ao conciliador ou mediador aferir essa possibilidade, designando uma nova sessão se existir uma chance real de que nessa nova oportunidade as partes finalmente cheguem à solução consensual.

Como a audiência será realizada, ao menos em regra, pelo conciliador ou mediador no centro judiciário de solução consensual dos conflitos, caberá a ele a designação de nova sessão, não havendo previsão a respeito da relevância da vontade das partes nessa designação.

Não tenho dúvida de que havendo um acordo de vontade entre as partes para que não ocorra nova sessão, o procedimento deverá seguir seu andamento, com abertura de prazo para a contestação do réu. E também não tenho dúvida de que se as partes concordarem com uma nova sessão ela será realizada, mesmo contra a vontade do conciliador e do mediador. Caso uma parte queira a realização de uma nova sessão e a outra não, surge a dúvida. Seguindo-se a regra de que a não realização da audiência depende de manifestação contrária de ambas, a tendência é entender-se que nesse caso ocorrerá uma nova sessão. Como sou contra essa regra legal, e não havendo sua repetição quanto à designação de nova sessão, entendo que basta a resistência de uma das partes para que ela não ocorra.

Ainda que o legislador tenha demostrado sua preocupação com a solução consensual dos conflitos ao prever a possibilidade de mais de uma sessão para a obtenção da solução consensual do conflito, não descuidou do princípio da duração razoável do

processo, prevendo no § 2º do art. 334 do Novo CPC que as sessões devem ser compreendidas num período máximo de 2 meses. O cumprimento dessa regra dependerá da pauta do centro judiciário de solução consensual de conflitos, devendo a nova sessão ter preferência sobre as primeiras sessões de outros processos, para que a regra legal seja cumprida.

Esse prazo, entretanto, poderá ser extrapolado por vontade das partes, que mesmo sabendo que a próxima sessão será realizada 2 meses depois da anterior poderão concordar que vale a pena a espera. Se as partes podem fazer acordo para suspender o processo para buscar a solução consensual (art. 313, II do Novo CPC), não faz sentido lógico estarem vinculadas ao prazo previsto no art. 334, § 2º, do Novo CPC[497].

17.4. INTIMAÇÃO DO AUTOR

Nos termos do § 3º do art. 334 do Novo CPC, o autor será intimado, na pessoa de seu advogado, do local, data e horário da audiência de conciliação ou de mediação. O fato de o autor ter se manifestado contra a realização da audiência em sua petição inicial não é o suficiente para que ela não seja realizada, porque nesse caso ainda se dependerá de manifestação no mesmo sentido pelo réu. Significa dizer que, independentemente da postura adotada pelo autor quanto à realização da audiência, o juiz terá que designá-la para citar o réu.

Num primeiro momento, pensei que havendo a manifestação contrária do autor na petição inicial, apesar de ser a audiência designada, não caberia sua intimação imediata, porque havendo a

recusa do réu, a audiência não chegaria a ser realizada. Num mundo ideal esse entendimento poderia até ser aplicado, sendo o autor intimado da audiência somente se, em até 10 dias de antecedência, o réu não se manifestasse contra a realização da audiência. O problema prático é que o cartório teria um prazo muito exíguo para intimar o autor e esse teria, obrigatoriamente, menos de 10 dias para se preparar para a audiência de conciliação ou de mediação.

Diante disso, passei a entender que mesmo quando o autor se manifesta contra a realização da audiência em sua petição inicial, deverá ser imediatamente intimado da audiência designada pelo juiz, ainda que ela não venha a ocorrer diante de pedido nesse sentido a ser formulado pelo réu após sua citação. No caso de concordância das partes para a não realização da audiência, caberá ao cartório intimar o autor informando que ela não se realizará. O cartório, portanto, terá que mostrar grande agilidade na hipótese de o réu deixar para o último dia do prazo para informar o desinteresse na realização da audiência, considerando que pode fazê-lo com prazo de 10 dias de antecedência da audiência, devendo nesse período ser intimado o autor, na pessoa de seu advogado. Falhando o cartório nesse sentido, autor e advogado se deslocarão inutilmente ao fórum para uma audiência que não ocorrerá. E que o autor já havia apontado não desejar...

17.5. DESINTERESSE DAS PARTES NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA

Segundo o § 4.º do art. 334 do Novo CPC, o juiz dispensará a realização da audiência quando ambas as partes manifestarem,

expressamente, desinteresse na composição consensual. A exigência de que o desinteresse na realização da audiência seja manifestado de forma expressa por ambas as partes é uma triste demonstração do fanatismo que tem tomado conta do âmbito doutrinário e legislativo a respeito da solução consensual do conflito. Como diz o ditado popular, “quando um não quer, dois não fazem”, de modo que a manifestação de uma das partes já deveria ser suficiente para que a audiência não ocorresse.

Apesar disso, a opção do legislador foi clara em entender que mesmo quando apenas uma das partes não quer a realização da audiência ainda será possível a obtenção da autocomposição, de forma que o desinteresse de apenas uma das partes não será o suficiente para a não realização da audiência[498]. Não vejo, portanto, como aceitar corrente doutrinária que, amparada na autonomia da vontade da parte e da isonomia, entende em sentido diametralmente oposto ao do texto legal, defendendo que o desinteresse de apenas uma das partes já é o suficiente para a não realização da audiência[499].

Não vejo nesse caso um desrespeito ao princípio essencial da solução consensual do conflito, qual seja, a voluntariedade, porque o Novo Código de Processo Civil não obriga às partes a fazerem a mediação ou a conciliação, mas apenas obriga a parte que não pretende, ao menos inicialmente, resolver o conflito dessa forma a comparecer à audiência. A obrigatoriedade de presença, até mesmo sob pena de sanção pecuniária, é bem diferente da obrigatoriedade de se resolver o conflito pela via consensual. Trata-se, insisto, de infeliz opção legislativa, mas que deve ser respeitada.

No tocante a obrigatoriedade da audiência deve ser destacado o art. 27 da Lei 13.140/2015 que prevê que se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação. Pela literalidade do dispositivo legal ora comentado, a audiência deverá ser designada em qualquer hipótese, mesmo que ambas as partes se manifestem expressamente contra sua realização.

Entendo que o art. 27 da Lei 13.140/2015 tenha sido revogado pelo art. 334, § 4º, do Novo CPC porque, não obstante a Lei de Mediação ter sido publicada depois do Novo Código de Processo, entrou em vigência antes dele, em razão da diferença temporal de *vacatio legis* entre ambas (6 meses e 1 ano).

Ademais, será exagerar na crença de que os mediadores e conciliadores tudo podem, obrigar as duas partes que não querem participar da audiência a ela comparecer, com ameaça de sanção processual. O Novo Código de Processo Civil ignorou o ditado popular "quando um não, quer dois não fazem". A Lei de Mediação nem teve ditado popular para ignorar, já que de tão lógica que é a afirmação "quando dois não querem, dois não fazem", não mereceu ser consagrado em ditado popular.

Nos termos do art. 334, § 5º, do Novo CPC cabe ao autor alegar o desinteresse na realização da audiência em sua petição inicial, não sendo necessária qualquer motivação nessa alegação.

Entendo que não há preclusão temporal para a demonstração de desinteresse na realização da audiência, em especial porque o autor não sabe quanto demorará para sua realização, apesar da

promessa do art. 334, *caput*, do Novo CPC, que ela será realizada no prazo de 30 dias. Como esse prazo fatalmente não será cumprido, o autor pode, sendo intimado da data da audiência, perder seu interesse em sua realização, quando poderá peticionar nesse sentido, cabendo nesse caso a intimação pessoal do réu para que, querendo, também se manifeste contra a realização da audiência.

Por outro lado, é possível que, mesmo sem a manifestação do autor, o réu queira expressar sua discordância com a realização da audiência. Mesmo sabendo que isoladamente sua declaração não é capaz de evitar a realização da audiência, o réu pode indicar por meio de petição seu desinteresse pela autocomposição, devendo nesse caso o autor ser intimado. Nesse caso também entendo que o autor, diante da vontade expressada pelo réu de desinteresse na realização da audiência, pode se convencer de que a solução consensual não será obtida e também se manifestar no sentido de que não deseja a realização da audiência.

Para o réu, o art. 334, § 5º, do Novo CPC prevê que o desinteresse na realização da audiência deve ser materializado por meio de petição, apresentada com 10 dias de antecedência, contados da data da audiência. A norma só pode ser creditada a uma inacreditável ingenuidade do legislador baseada na crença de que o prazo de 30 dias para a designação da audiência, previsto no *caput* do art. 334 do Novo CPC, vá ser efetivamente respeitado. Nesse caso, o prazo de 10 dias de antecedência representará 20 dias da citação, o que parece não ser um prazo extenso a ponto de atrapalhar significativamente o andamento procedimental.

Agora vamos a vida como ela é. Para atender a enorme demanda, os centros judiciários de solução consensual dos conflitos deverão ter uma enorme estrutura, a ser formada pelos tribunais. Os mesmos tribunais que não tem condições nem de arcar com a estrutura já existente. Qualquer pessoa com mínima experiência no foro sabe que a chance maior é de que, criados, tais centros não consigam atender a enorme demanda a contento, até porque é difícil crer que venha a existir uma ilha de excelência num mar de crise. A tendência, portanto, é que as audiências sejam designadas para muito além dos 30 dias previstos no art. 334, *caput*, do Novo CPC e que o réu, sem razão, se valha do prazo previsto no § 5º do mesmo dispositivo legal para postergar o andamento procedimental.

O legislador, caso não estivesse absolutamente alheio à realidade forense, deveria ter previsto que a recusa do réu devesse ser realizada num prazo de 10 ou até 20 dias da sua citação, com o que se evitaria a protelação indevida do processo. A situação é tão crítica que já há doutrina defendendo que, se o prazo legal para a realização da audiência é de 30 dias e o prazo de recusa é de 10 dias de antecedência, significa que tal prazo é de 20 dias da citação. Matematicamente o entendimento está correto, mas não é isso que está previsto no § 5º do art. 334 do Novo CPC.

17.6. NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA QUANDO O DIREITO MATERIAL NÃO ADMITIR AUTOCOMPOSIÇÃO

Além do desinteresse expresso das partes, a audiência de

conciliação ou de mediação não será realizada quando o processo tiver como objeto direito material que não admita a autocomposição.

O legislador foi extremamente feliz em não confundir direito indisponível com direito que não admita autocomposição, porque mesmo nos processos que versam sobre direito indisponível é cabível a autocomposição. Naturalmente, nesse caso, a autocomposição não tem como objeto o direito material, mas sim as formas de exercício desse direito, tais como os modos e momentos de cumprimento da obrigação. Na tutela coletiva, por exemplo, esse entendimento é pacificado[500], o mesmo ocorrendo nas ações em que se discutem alimentos.

17.7. DESINTERESSE NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA E LITISCONSÓRCIO

Havendo litisconsórcio no processo, o § 6º do art. 334 do Novo CPC prevê que o desinteresse na realização da audiência de conciliação ou de mediação deve ser manifestado por todos os litisconsortes. Trata-se de mais uma norma derivada do exagerado fanatismo pela solução consensual dos conflitos.

Muito mais adequado seria prever que, sendo o litisconsórcio unitário, bastaria a manifestação de um dos litisconsortes, e, sendo o litisconsórcio simples, a audiência deveria ser realizada somente para aquele litisconsorte que deixou de manifestar desinteresse em sua realização.

17.8. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

O § 8.º do art. 334 do Novo CPC é um dos mais lamentáveis de todo o Novo Código de Processo Civil. Prevê que a ausência injustificada do autor ou réu na audiência é ato atentatório à dignidade da justiça, passível de sanção processual, representada por multa de até 2% do valor da causa ou da vantagem econômica pretendida, tendo como credor a União ou o Estado.

A norma é mais um fruto do fanatismo que se instaurou entre alguns operadores do Direito em favor da conciliação e mediação como forma preferencial de solução de conflitos. Poder-se-á questionar: que sentido tem obrigar a presença das partes para uma audiência em que exclusivamente se tentará a conciliação ou a mediação? Seria uma sanção apenas porque a parte não pretende conciliar ou mediar? Não atenta contra o constitucional direito de ir e vir criar um dever de comparecimento a essa audiência, mesmo que seu objetivo não seja pretendido pela parte, que inclusive expressamente se manifesta nesse sentido?

Por outro lado, o legislador não parece ter atentado para o fato de que a realização obrigatória dessa audiência, mesmo com parte que manifestamente não pretende a solução consensual, congestionará a pauta de audiências de maneira considerável, atrasando ainda mais o já lento procedimento.

17.9. PRESENÇA DE ADVOGADO OU

DEFENSOR PÚBLICO

Segundo o § 9.º do art. 334 do Novo CPC, as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos. Compreende-se a preocupação do legislador, porque com uma assessoria técnica se evitam avenças inexequíveis ou temerárias, nas quais as partes podem dispor de direitos que nem sabiam ser titulares[501].

Apesar de aparentemente instituir um dever, o dispositivo não prevê a consequência de seu descumprimento. Entendo que não se trata efetivamente de um dever, mas de uma faculdade da parte, até porque o ato de autocomposição ou mediação é ato da parte, que independe de capacidade postulatória, de forma que a ausência de seu patrono nessa audiência não impede que a solução consensual seja obtida e homologada pelo juiz. Dessa forma, a ausência do advogado não impede a realização da audiência e a consequente autocomposição[502].

17.10. REPRESENTANTE COM PODERES PARA NEGOCIAR E TRANSIGIR

Caso a parte não deseje comparecer pessoalmente à audiência, o § 10 do art. 334 do Novo CPC permite a constituição de um representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. Pode ser seu advogado ou um terceiro, e, como na audiência não haverá outra atividade além da tentativa de solução consensual, não há qualquer impedimento para a outorga de poderes da parte para terceiro.

17.11. REDUÇÃO A TERMO DA HOMOLOGAÇÃO POR SENTENÇA

A audiência de mediação ou de conciliação, ao menos em regra, será realizada por conciliador ou mediador vinculado ao centro judiciário de solução consensual de conflitos, que naturalmente não está investido na jurisdição. Dessa forma, deverá se limitar a reduzir a termo a autocomposição e encaminhar os autos para o juízo do processo, a quem caberá homologar a autocomposição por meio de sentença de mérito, nos termos do art. 487, III, "b", do Novo CPC.

17.12. PAUTA

Visando à efetiva tentativa de obtenção da autocomposição[503], o art. 334, § 12, do Novo CPC prevê que a pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte. Por outro lado, tal previsão proíbe a designação de inúmeras audiências para o mesmo horário, prática infelizmente frequente no foro, em especial nos Juizados Especiais[504].

18. RESPOSTAS DO RÉU

Sumário: 18.1. Introdução – 18.2. Contestação: 18.2.1. Prazo; 18.2.2. Matérias de defesa; 18.2.3. Princípio da impugnação específica dos fatos; 18.2.4. Princípio da eventualidade – 18.3. Reconvenção: 18.3.1. Conceito; 18.3.2. Condições da ação; 18.3.3. Pressupostos processuais; 18.3.4. Procedimento.

18.1. INTRODUÇÃO

O réu, integrado à relação jurídica processual por meio da citação, passa a ter ciência da existência da demanda movida contra ele, sendo essa a sua primeira informação dentro do procedimento. E, mais do que isso, acompanhando o ato citatório, haverá também uma intimação ao réu para que, querendo, apresente sua resposta no prazo legal. Dessa forma, essa conjugação de citação e intimação representa de maneira bastante clara o fenômeno do contraditório no processo civil: informação da existência da demanda judicial e abertura de possibilidade de reação.

É tradicional a afirmação de que a resposta do réu constitui um ônus processual, considerando-se que o réu somente se manifestará se essa for sua vontade, que determinará também a forma de reação. A inércia do réu, algo absolutamente admissível no processo civil, gerará em regra a sua revelia, fenômeno ligado à inexistência jurídica de contestação, com as limitações previstas pelo art. 345 do Novo CPC. A inércia, entretanto, ainda que possa ser considerada

uma espécie de resposta do réu, já que a ausência de resposta é uma espécie de resposta omissiva, será analisada no capítulo referente à revelia, não sendo objeto de análise no presente capítulo.

Interessam no momento apenas as respostas positivas que o réu poderá manejar após a sua citação, sendo essas das mais variadas ordens, ainda que o Novo Código de Processo Civil preveja apenas a contestação e a reconvenção em parte dirigida às respostas do réu. Apesar da inegável importância dessas duas espécies de resposta, existem outras formas que precisam ser destacadas, como o chamamento ao processo, a denunciação da lide, o reconhecimento jurídico do pedido, a impugnação ao valor da causa, a impugnação à concessão dos benefícios da assistência judiciária, desde que manejadas pelo réu e no prazo de defesa, considerando-se que alguns desses institutos processuais também podem ser manejados pelo autor (por exemplo, denunciação da lide) ou em outro momento processual (por exemplo, impugnação aos benefícios da assistência judiciária). Também pode se considerar espécie de resposta do réu a alegação de litisconsórcio multitudinário.

Apesar das inúmeras espécies de resposta do réu, no presente capítulo analisar-se-á somente duas delas: a contestação (que passa a incluir a impugnação ao valor da causa e a impugnação à concessão dos benefícios da gratuidade) e a reconvenção. A denunciação da lide e o chamamento ao processo são tratados no Capítulo 8, itens 8.3. e 8.4. O mesmo ocorre com o reconhecimento jurídico do pedido, analisado no Capítulo 23, item 23.2.2.2.2., e o litisconsórcio multitudinário, enfrentado no Capítulo 7, item 7.4.

Registre-se que, com a mudança na forma de alegação de incompetência relativa, que passa no Novo Código de Processo Civil a ser feita na própria contestação, e com o reconhecimento de que a suspeição e o impedimento são matérias alegáveis por ambas as partes, o novo diploma processual não prevê mais as exceções rituais como espécies de resposta do réu.

18.2. CONTESTAÇÃO

18.2.1. PRAZO

A contestação é a resposta defensiva do réu, representando a forma processual pela qual o réu se insurge contra a pretensão do autor. O prazo de contestação é de 15 dias, sendo o termo inicial de tal prazo tratado pelo art. 335 do Novo CPC.

Nos termos do inciso I do art. 335 do Novo CPC, o prazo tem início a partir da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição. Como se pode notar, a ausência da parte e/ou advogado não impede que eles saiam intimados da audiência quanto ao início do prazo de resposta.

No caso de ambas as partes se manifestarem expressamente contra a realização da audiência de conciliação ou de mediação, o inciso II do art. 335 do Novo CPC prevê a data do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu como termo inicial do prazo de resposta. O termo inicial nesse caso independe de qualquer

intimação específica para a prática do ato. Havendo litisconsórcio passivo, o prazo de cada um terá termo inicial autônomo, contado do protocolo do respectivo pedido (§ 1.º).

Já o inciso III do artigo ora analisado prevê a aplicação subsidiária do art. 231 do Novo CPC a depender da forma como foi feita a citação.

O art. 335, § 2.º, do Novo CPC, prevê termo inicial para a contagem do prazo para a resposta do réu especificamente quando a demanda não admitir autocomposição (nesse caso não haverá a audiência de conciliação ou de mediação), e, havendo litisconsórcio passivo, o autor desistir em relação a réu ainda não citado. Nesse caso, o prazo terá início na data de intimação da decisão que homologar a desistência.

Diante do novo procedimento criado pelo Novo Código de Processo Civil, a contestação seria apresentada, quando necessário, depois da realização da audiência de conciliação e mediação. O art. 340 do Novo CPC, entretanto, cria uma hipótese na qual a contestação poderá ser protocolada antes da audiência de conciliação e mediação.

Segundo o *caput* do dispositivo, havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.

Como o § 1º do art. 340 do Novo CPC prevê que a contestação

nesse caso será submetida a livre distribuição ou, se o réu houver sido citado por meio de carta precatória, juntada aos autos dessa carta, seguindo-se a sua imediata remessa para o juízo da causa, fica claro que o protocolo se dá em foro distinto daquele no qual tramita o processo, o que inviabiliza materialmente que seja a contestação apresentada na audiência.

Entendo, contudo, que o protocolo de contestação com preliminar de incompetência pode ocorrer até mesmo no juízo no qual tramita o processo, conforme amplamente exposto no Capítulo 18, item 18.2.1. É evidente que será mais fácil para o réu fazer o protocolo no foro do local de seu domicílio, mas o objetivo principal da regra é evitar que o réu seja obrigado a comparecer à audiência de conciliação e mediação em juízo incompetente, tendo importância secundária o foro em que a contestação é protocolada.

O protocolo da contestação nos termos analisados é causa de suspensão da realização de audiência de conciliação e mediação já designada (art. 340, § 3º, do Novo CPC).

Sendo reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o § 2º do art. 340 do Novo CPC prevê que o juízo para o qual fora distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado prevento, sendo responsável, nos termos do § 4º do mesmo dispositivo, a designar nova data para a audiência de conciliação ou de mediação.

18.2.2. MATÉRIAS DE DEFESA

Sendo a contestação a única resposta do réu com natureza de defesa contra a pretensão do autor, é nela que o réu deverá elencar

suas matérias de defesa. A doutrina costuma dividir as matérias de defesa passíveis de alegação em sede de contestação em dois grandes grupos, cada qual com suas subdivisões[505]:

(a) *defesas processuais*, divididas em dilatórias, peremptórias e defesas dilatórias potencialmente peremptórias;

(b) *defesas de mérito*, divididas em defesas de mérito diretas e indiretas.

18.2.2.1. Defesas processuais

As defesas processuais, também chamadas por parcela da doutrina de *defesas indiretas* por não terem como objeto a essência do litígio[506], estão previstas no art. 337 do Novo CPC. Na praxe forense são tratadas como defesas preliminares em razão do local ideal dentro da contestação para serem alegadas (antes das defesas de mérito). Cabe ao juiz analisar as defesas processuais antes das defesas de mérito (*defesas substanciais*). O ponto em comum que reúne todas essas espécies de defesa é a sua característica de não dizerem respeito propriamente ao direito material alegado pelo autor, mas tão somente à regularidade formal do processo, ou seja, ao instrumento utilizado pelo autor para obter a proteção ao direito material.

Essas defesas processuais são divididas conforme a consequência do seu acolhimento no caso concreto. Tradicionalmente, as defesas preliminares são divididas em defesas dilatórias, cujo acolhimento não põe fim ao processo, tão somente aumentando o tempo de duração do procedimento, e defesas peremptórias, que, uma vez acolhidas, fazem com que o processo seja extinto sem a resolução do mérito. Além dessas duas espécies,

acredito existir uma terceira, que não se amolda com perfeição a nenhuma das duas anteriores, e que prefiro chamar de defesas dilatórias potencialmente peremptórias. São as defesas que, acolhidas, permitem ao autor o saneamento do vício ou irregularidade, caso em que o processo continuará e a defesa terá sido meramente dilatória. No caso contrário, de omissão do autor, a defesa toma natureza peremptória, gerando a extinção do processo sem a resolução do mérito. Nesse caso, não é somente o acolhimento da defesa que leva o processo à sua extinção, mas sim tal acolhimento somado à inércia do autor[507].

18.2.2.1.1. Defesas dilatórias

18.2.2.1.1.1. Inexistência ou nulidade de citação (art. 337, I, do Novo CPC)

A inexistência ou nulidade de citação é matéria de ordem pública, alegável a qualquer momento do processo, o que leva a crer que tal alegação, descrita como espécie de preliminar a ser apresentada na contestação, somente se dará na hipótese de o réu, por alguma outra forma que não a citação válida, ficar sabendo da existência do processo ainda dentro do prazo de resposta, ingressando com a contestação tempestivamente e alegando todas as matérias de defesa que o possam beneficiar.

Ocorrendo tal situação, o réu poderá se comportar de duas formas: tão somente alegar a inexistência ou nulidade de citação ou, além dessa matéria, passar às outras defesas processuais e/ou de mérito, em respeito ao princípio da eventualidade. Sendo acolhida a alegação do réu, o prazo de resposta lhe será devolvido, permitindo-lhe a apresentação de nova contestação, que substituirá a

anteriormente apresentada. Em caso contrário, nenhum prazo lhe será devolvido, de forma que de duas uma; ou ele já apresentou as outras respostas, e nesse caso não será tido como revel, ou, com a rejeição de sua única defesa, estarão presentes as condições para a decretação de sua revelia[508]. De qualquer forma, o acolhimento dessa defesa não extingue o processo, apenas dilatando seu tempo de duração em decorrência da devolução do prazo de resposta ao réu (art. 239, § 1º, do Novo CPC).

18.2.2.1.1.2. Incompetência do juízo (art. 337, II, do Novo CPC)

Apesar de a incompetência absoluta ser matéria de ordem pública, podendo ser alegada a qualquer momento do processo, quando o réu alegá-la em seu prazo de resposta o fará como tópico da contestação.

Essa espécie de reação do réu, que não se volta contra a pretensão do autor, mas apenas ao juízo escolhido por ele, tem natureza meramente dilatória, porque uma vez acolhida gerará a remessa do processo ao juízo competente, sendo que as exceções dessa regra foram tratadas no Capítulo 4, item 4.2.3.2. É natural que a remessa do processo a outro juízo demore algum tempo, dilatando o tempo de duração do processo.

Em razão do previsto no art. 10 do Novo CPC, mesmo tratando-se de matéria de ordem pública cabe ao juiz, diante da alegação de incompetência absoluta formulada pelo réu em sua contestação, intimar o autor para se manifestar sobre a matéria antes de decidi-la. Acredito que nesse caso não se aplica a teoria do "contraditório inútil", analisado no Capítulo 3, item 3.4.2.4. de

forma que pretendendo acolher ou rejeitar o pedido de reconhecimento de incompetência absoluta caberá ao juiz intimar antes o autor, concedendo-lhe prazo para se manifestar. Assim entendo porque a incompetência absoluta abstratamente não beneficia ou prejudica o autor, sendo indispensável abrir a ele oportunidade de se manifestar antes da prolação da decisão.

Não tem qualquer sustentação jurídica o Enunciado 04 da ENFAM, que sumariamente decreta que para o reconhecimento da incompetência absoluta não se aplica a exigência de contraditório prévio, admitindo-se assim a "decisão surpresa". Chega a ser curioso porque justamente essa matéria de ordem pública tenha sido excluída do alcance do art. 10 do Novo CPC. Porque para outras matérias tal artigo deve ser respeitado? A incompetência absoluta passou a ser mais de ordem pública que as demais matérias da mesma natureza? O absurdo do enunciado não merece maiores comentários, só lamentação.

No Novo Código de Processo Civil a incompetência relativa passa a ser alegada em sede de preliminar de contestação, não existindo mais a exceção ritual para a alegação de referida matéria de defesa processual. Trata-se de consolidação legislativa de entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça, que já vinha dispensando a peça autônoma para alegação da incompetência relativa na vigência do CPC/1973[509]. A incompetência relativa gera uma nulidade relativa, e, não sendo arguido o vício pelo réu em sua contestação, este se convalidará, não sendo mais possível ser levantando pelo réu e muito menos reconhecido de ofício.

A revogação do art. 307 do CPC/1973, que versava sobre os requisitos quanto ao conteúdo da exceção ritual de incompetência relativa, deixa um interessante questionamento em aberto. No sistema revogado o réu tinha o ônus de não só alegar a incompetência relativa do juízo, mas também de indicar o juízo que entendia ser o competente, sendo que a ausência de tal indicação ocasionava a hipótese de emenda da petição e somente depois da oportunidade concedida ao réu, o indeferimento da exceção[510].

Essa exigência formal se justificava porque a indicação do réu vinculava o juiz, não podendo ser acolhida a exceção se o juiz entendesse no caso concreto que o foro competente não era nem o atual, nem aquele indicado pelo réu. Seria realmente inexplicável a exigência de indicação do foro se o juiz pudesse remeter o processo para qualquer comarca ou seção judiciária[511]. Na realidade, o pedido do réu na exceção ritual na vigência do CPC/1973 não se limitava à declaração de incompetência, mas também à remessa do processo ao foro indicado, de forma que, não sendo esse foro competente, caberia ao juiz indeferir o pedido.

Apesar da lógica da regra do art. 307 do CPC/1973, sem uma expressa previsão no Novo Código de Processo Civil no sentido de exigir do réu essa alegação do juiz que entende ser o competente, aparentemente ele estará liberado desse ônus, o que, por via de consequência, liberará o juiz para encaminhar o processo para qualquer juízo que ele entenda ser o competente. Lamento a opção do legislador, mas não parece correto impor ao réu um ônus não previsto expressamente em lei[512].

Diferente do previsto no art. 306 do CPC/1973, a alegação de incompetência relativa no novo diploma legal não gera a suspensão do procedimento principal, ainda que o ideal seja uma suspensão tácita enquanto o juiz não decidir a alegação do réu. Na realidade era o que já ocorria – ou deveria ocorrer – com a alegação de incompetência absoluta na vigência do diploma processual revogado, que também não tinha – como continua a não ter – previsão legal de suspensão do processo.

Da decisão interlocutória que acolhe ou rejeita a alegação de incompetência do réu – tanto a absoluta como a relativa – não cabe agravo de instrumento, por não estar tal decisão prevista no rol taxativo do art. 1.015 do Novo CPC e tampouco existir uma previsão específica de cabimento de tal espécie recursal. A recorribilidade deverá ser feita por alegação em apelação ou contrarrazões de apelação, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC, mas nesse caso não é preciso muito esforço para se notar a inutilidade da via recursal prevista em lei. Como os atos praticados pelo juízo incompetente, inclusive no caso de incompetência absoluta, não são nulos, mesmo que o tribunal de segundo grau reconheça a incompetência no julgamento da apelação poderá, nos termos do art. 64, § 4º, do Novo CPC, deixar de anular os atos praticados em primeiro grau pelo juízo incompetente. Diante de tal situação, entendo ser cabível o mandado de segurança contra tal decisão.

18.2.2.1.1.3. Conexão/continência (art. 337, VIII, do Novo CPC)

Quanto à conexão e continência, há uma importante observação a ser feita a respeito da indevida e frequente confusão

entre a definição de seus conteúdos e de seu efeito principal. Os conteúdos dos fenômenos processuais estão previstos nos arts. 55, *caput,* e 56 do Novo CPC. Seu efeito principal é a reunião dos processos perante o juízo prevento, previsto pelo art. 55, § 1º, do Novo CPC. O *objeto* e o *efeito*, como em qualquer instituto, não se confundem. Gerando-se o efeito programado pelo art. 55, § 1º, do Novo CPC, a reunião dos processos proporcionará um aumento do tempo de duração do processo, sendo por essa razão entendidas a conexão e a continência como defesas processuais dilatórias.

Como o art. 55, § 3º, do Novo CPC prevê a reunião de processos com ações não conexas, desde que a reunião seja conveniente para evitar decisões conflitantes ou contraditórias, entendo que essa alegação também deve ser feita em preliminar de contestação, em aplicação por analogia ao art. 337, VIII, do Novo CPC.

Registre-se, entretanto, que no caso de continência a defesa apresentada pelo réu poderá ter natureza peremptória, porque nem sempre o reconhecimento da continência levará à reunião dos processos. Segundo o art. 57 do Novo CPC, quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, o processo relativo à ação contida será extinto por sentença sem resolução de mérito; caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas.

18.2.2.1.2. Defesas peremptórias

18.2.2.1.2.1. Inépcia da petição inicial (art. 337, IV, do Novo CPC)

A primeira espécie de defesa processual peremptória (art. 337,

IV, do Novo CPC) é a inépcia da petição inicial, prevista no art. 330, § 1º, do Novo CPC: falta de pedido ou causa de pedir; pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; pedidos incompatíveis entre si. A inépcia da petição inicial é tratada no Capítulo 16, item 16.3.2.1. Registre-se que essa matéria somente será alegável se o juiz não perceber estar no caso concreto diante de petição inicial inepta e indeferir a petição inicial, o que evidentemente eliminaria a fase de resposta do réu.

18.2.2.1.2.2. Perempção (art. 337, V, do Novo CPC)

Como segunda espécie de defesa processual peremptória o art. 337, V, do Novo CPC indica o fenômeno da perempção, algo bastante raro na praxe forense. Segundo o art. 486, § 3º, do Novo CPC, se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no inciso III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito. Para uma melhor compreensão do texto legal, o "fundamento previsto no inciso III do artigo anterior", que trata da extinção do processo sem a resolução do mérito, é o abandono do processo.

A única exigência para que se verifique a perempção é o abandono do processo por três vezes, não importando o motivo de tal abandono no caso concreto. Assim, a identidade exigida diz respeito apenas ao fundamento da extinção, mas não leva em conta as peculiaridades do caso concreto. Motivos diferentes levam à

extinção pelo mesmo fundamento, gerando o fenômeno da perempção[513].

Registre-se que a perempção não extingue o direito material da parte, nisso distinguindo-se da decadência, nem a pretensão de direito material, nisso distinguindo-se da prescrição. O ponto essencial dessas distinções é a possibilidade de a parte alegar o direito material objeto das três ações extintas por abandono em sua defesa[514].

> Fernanda ingressou por três vezes com ação indenizatória pedindo a condenação de Aline ao pagamento de R$ 10.000,00 em razão de empréstimo inadimplido, sendo que nas três oportunidades o processo foi extinto sem a resolução do mérito por abandono de Fernanda (art. 485, III, do Novo CPC). Em razão do fenômeno da perempção Fernanda não poderá mais ingressar com ação de cobrança contra Aline, mas, se porventura Aline a demandar por outra obrigação inadimplida, poderá alegar seu direito de crédito de R$ 10.000,00 em sua contestação (compensação).

Conforme visto, o direito material objeto das três demandas extintas por abandono do autor não é afetado pelo fenômeno da perempção, podendo, inclusive, ser utilizado em sede defensiva. Não será possível ao réu, entretanto, utilizar tal matéria em qualquer das respostas que o ordenamento lhe concede, mas tão somente na contestação, resposta defensiva por natureza contra a pretensão do autor. Inconcebível, portanto, que o réu, aproveitando-se de sua posição passiva no processo, ingresse com reconvenção alegando justamente o direito material objeto das três demandas extintas por abandono da causa. Tendo a reconvenção natureza

jurídica de verdadeira ação do réu contra o autor, havendo a perempção, não se admitirá a propositura de tal espécie de resposta.

18.2.2.1.2.3. Litispendência (art. 337, VI, do Novo CPC)

A litispendência é fenômeno conceituado pelo art. 337, §§ 1.º, 2.º e 3.º, do Novo CPC. Haverá litispendência quando dois ou mais processos idênticos existirem concomitantemente, caracterizando-se a identidade pela verificação no caso concreto da tríplice identidade – mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido. É bastante claro ser a litispendência uma defesa processual peremptória, considerando-se que a necessidade de manutenção de apenas um processo está baseada em dois importantes fatores: *economia processual* e *harmonização de julgados*. Não há qualquer sentido na manutenção de dois processos idênticos, com realização duplicada de atos e gasto desnecessário de energia. Além disso, a manutenção de processos idênticos poderia levar a decisões contraditórias, o que, além de desprestígio ao Poder Judiciário, poderá gerar no caso concreto problemas sérios de incompatibilidade lógica ou prática dos julgados contrários.

18.2.2.1.2.4. Coisa julgada (art. 337, VII, do Novo CPC)

Há uma inegável semelhança entre a coisa julgada material e a litispendência no tocante às matérias defensivas. Ambas tratam de identidade plena entre processos, sendo que na litispendência esses processos se encontram em trâmite, o que não ocorre na coisa julgada material, em que um desses processos já chegou ao seu final, com trânsito em julgado da decisão. Os motivos do fenômeno de a coisa julgada ser considerada matéria de defesa processual peremptória, além da harmonização de julgados, concernem ao

respeito essencial à imutabilidade e indiscutibilidade da decisão de mérito transitada em julgado, essencial à segurança jurídica do sistema. O tema é tratado no Capítulo 25.

18.2.2.1.2.5. Convenção de arbitragem (art. 337, X, do Novo CPC)

O instituto da arbitragem é tratado pela Lei 9.307/1996, que considera a convenção de arbitragem como um gênero do qual a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são as duas espécies. Em ambos os casos, as partes terão preferido uma solução arbitral à intervenção do Poder Judiciário, podendo qualquer uma delas arguir em sua defesa tal convenção, de forma a impedir a continuação do processo, forçando a parte que buscou a proteção jurisdicional à solução arbitral.

A cláusula compromissória é anterior ao conflito de interesses, fazendo parte de contrato quando ainda não existe qualquer litígio entre as partes contratantes (art. 4.º da Lei 9.307/1996). O compromisso arbitral é posterior ao surgimento do conflito, quando as partes entendem mais adequado solucionar o conflito pela via arbitral (art. 9.º da Lei 9.307/1996). Ressalte-se que a elaboração de cláusula compromissória aberta, sem qualquer especificação, poderá forçar as partes após o surgimento do conflito a reafirmarem sua vontade pela solução arbitral por meio da elaboração de um compromisso arbitral[515].

O art. 337 do Novo CPC prevê as chamadas defesas preliminares, sendo que todas elas são objeções, ou seja, são defesas que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz. As exceções ficam por conta da previsão contida no § 5.º do dispositivo legal ora

comentado, que apontam a incompetência relativa e a convenção de arbitragem como matérias que só podem ser conhecidas pelo juiz quando alegadas pelo réu.

Segundo o § 6º do artigo ora comentado, “a ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral”.

18.2.2.1.2.6. Carência da ação por falta de interesse de agir e ilegitimidade (art. 337, XI, do Novo CPC)

Como devidamente exposto no Capítulo 2, item 2.2.1., entendo que as condições da ação continuam presentes em nosso sistema, tendo sido apenas excluída do sistema a possibilidade jurídica do pedido. Restam, portanto, a legitimidade de parte e o interesse de agir. A ausência de interesse de agir gera a extinção do processo sem a resolução do mérito, tratando-se sua alegação de defesa de mérito peremptória. A ilegitimidade de parte é defesa processual dilatória potencialmente peremptória, conforme analisado no item 18.2.2.1.3. As condições da ação são tratadas no Capítulo 2, item 2.2.

18.2.2.1.3. Defesas dilatórias potencialmente peremptórias

18.2.2.1.3.1. Incapacidade de parte, defeito de representação ou falta de autorização (art. 337, IX, do Novo CPC)

O dispositivo legal ora comentado prevê três hipóteses bastante distintas entre elas. A identidade que justifica o seu tratamento no mesmo dispositivo se dá justamente em virtude da sua natureza de defesa que não põe fim ao processo, dando uma

oportunidade ao autor para sanar a irregularidade ou o vício antes que isso ocorra. São vícios sanáveis, e bem por isso a extinção imediata da demanda seria um verdadeiro atentado ao princípio da economia processual, não se justificando à luz das conquistas mais recentes do direito processual.

O vício da incapacidade de parte liga-se à capacidade de estar em juízo, assunto intimamente relacionado à capacidade para prática de atos jurídicos válidos, ou seja, trata-se de capacidade de exercício ou de fato, tema tratado no Capítulo 3, item 3.3.3.2.2. O defeito de representação diz respeito ao vício na capacidade postulatória, consistente na exigência de que as partes estejam devidamente representadas por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Por fim, a falta de autorização ocorre em situações excepcionais em que a norma legal exige de algum sujeito a autorização de outro para que possa litigar. O caso clássico de tal autorização encontra-se no art. 73 do Novo CPC, que se refere às ações reais imobiliárias envolvendo cônjuges, nas quais se exige, para que um deles litigue sozinho no polo ativo, a autorização do outro. O dispositivo processual deve ser aplicado à luz do art. 1.647, I e II, do CC, que determina a dispensa de tal autorização na hipótese de regime da separação absoluta de bens[516]. Na hipótese de serem os cônjuges demandados, será hipótese de litisconsórcio passivo necessário.

Nas três situações descritas pelo art. 337, IX, do Novo CPC, o vício ou irregularidade poderá ser sanado pelo autor, sendo o caso de o juiz conceder prazo àquele para que assim o faça. Omisso nesse sentido, não haverá outra saída ao juiz que não a extinção do

processo sem resolução de mérito. Não poderá nem mesmo voltar atrás em seu entendimento e, mesmo diante da omissão do autor, afirmar que o vício que entendia existir na verdade não se verificou no caso concreto. Nesse caso, há preclusão judicial, indevidamente chamada pela doutrina de preclusão *pro iudicato*[517].

18.2.2.1.3.2. Falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar (art. 337, XII, do Novo CPC)

O ordenamento processual excepcionalmente e em determinadas situações condiciona o exercício legítimo da demanda à prestação de uma caução – ou outra prestação. Nesses casos, cabe ao autor comprovar que caucionou o juízo no momento de propositura da ação, instruindo a petição inicial com os documentos comprobatórios adequados. Na ausência de tal comprovação deverá o juiz de ofício determinar que o autor emende a petição inicial no prazo de quinze dias, sob "pena" de indeferimento da petição inicial. Caso haja omissão do juiz, alegada tal matéria em defesa, não será o caso de extinção imediata do processo, devendo ser concedido ao autor prazo para sanar a irregularidade.

Como já afirmado, a exigência legal de caução prévia é excepcional em nosso sistema processual. Entre os raros casos destacam-se três:

(a) art. 83 do Novo CPC, que exige do autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, que preste, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e aos honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento;

(b) art. 486, § 2º, do Novo CPC, que exige do autor o pagamento das custas de processo idêntico extinto anteriormente sem a resolução do mérito;

(c) art. 968, II, do Novo CPC, que exige do autor da ação rescisória a prestação de

uma caução prévia de 5% do valor da causa, para ser revertido tal valor ao réu no caso de julgamento negativo (extinção sem a resolução do mérito e improcedência) unânime.

18.2.2.1.3.3. Incorreção do valor da causa (art. 337, III, do Novo CPC)

Cumprindo a tendência já mencionada do Novo Código de Processo Civil de extinguir ao máximo as petições autônomas, o art. 293 prevê que a impugnação ao valor da causa será elaborada em preliminar de contestação, sob pena de preclusão. Ainda segundo o dispositivo, caberá ao juiz decidir a respeito do valor da causa com a imposição, se for o caso, da complementação das custas judiciais.

Trata-se indubitavelmente de defesa processual dilatória potencialmente peremptória, já que o art. 293 do Novo CPC é claro ao prever que sendo acolhida a alegação do réu o juiz dará prazo para o autor complementar as custas, sempre que necessário. Dessa forma, se o juiz intimar o autor para a correção do valor da causa e complementação das custas e ele se omitir, será caso de extinção do processo sem resolução do mérito.

Registre-se que foi suprimido do dispositivo legal o termo “na sentença” constante do art. 256 do projeto originário do Novo CPC, que modificava substancialmente o momento de julgamento da impugnação ao valor da causa.

Entendo correta a modificação porque postergar a decisão para o momento de prolação da sentença, embora resolva a questão recursal, evitando-se uma decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento, remete ao final do procedimento uma

matéria que seria mais adequadamente decidida em seu começo. A alteração, entretanto, restou em meu entender incompleta. Mantido o texto originário, o recurso cabível seria a apelação, já que a decisão da impugnação ao valor da causa seria sempre um capítulo da sentença, mas, se o seu julgamento ocorrer imediatamente após o ingresso da impugnação, a decisão será interlocutória, e como o cabimento de agravo de instrumento passará a ser restritivo, seria adequada a expressa previsão de seu cabimento nesse caso.

No projeto de lei do Novo CPC aprovado na Câmara havia previsão expressa de cabimento de agravo de instrumento contra a decisão do juiz que acolhesse a impugnação ao valor da causa, salvo se fosse um capítulo da sentença, quando então seria cabível a apelação. O dispositivo corroborava a previsão do art. 1.028, XV, do projeto, no sentido de que seria cabível agravo de instrumento contra decisão que alterasse o valor da causa antes da sentença. Critiquei o texto legal porque me parecia inconstitucional, por ofensa ao princípio da isonomia, a previsão de cabimento recursal a depender do conteúdo da decisão. E da forma como estava previsto no texto não seria cabível o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que rejeitasse a impugnação ao valor da causa.

No texto final do Novo Código de Processo Civil foi afastada a ofensa ao princípio da isonomia, mas da forma mais negativa possível. O Senado simplesmente revogou as regras legais que previam o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória da impugnação ao valor da causa, ainda que dependente do conteúdo. Significa dizer que independentemente do conteúdo da decisão, acolhendo ou rejeitando a alegação do réu, a

decisão interlocutória não será recorrível imediatamente por agravo de instrumento, cabendo à parte sucumbente a alegação da matéria em sede de apelação ou contrarrazões.

E nesse caso poderemos ter uma situação no mínimo peculiar, bastando para tanto imaginar a parte sucumbente, quanto à questão incidental do valor da causa, mas vitoriosa ao final da demanda. Terá interesse recursal na apelação somente para impugnar a decisão interlocutória que julgou o valor da causa? Penso que sim, mas não deixa de ser curioso esse recurso evitar o trânsito em julgado da sentença, ainda mais se a parte contrária deixar de recorrer contra a sentença.

Afastando a dúvida a respeito da correção de ofício do valor da causa pelo juiz, o art. 292, § 3.º, do Novo CPC prevê expressamente tal possibilidade sempre que verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes. Apesar de o dispositivo ter previsto expressamente a correção do valor da causa de ofício, nenhuma menção fez ao prazo que o juiz teria para tal providência. A questão não é de fácil solução, considerando-se que, se a matéria for tratada como de ordem pública, não teria sentido o prazo imposto à alegação do réu no art. 293 do Novo CPC, levando em conta que matérias dessa natureza não precluem.

Parece ser melhor entender que o valor da causa não é matéria de ordem pública, afinal, interessa apenas às partes e à Fazenda Pública quanto ao recebimento das custas processuais, e por essa razão preclui tanto para o réu quanto para o juiz, cabendo a

alegação pelo primeiro e o reconhecimento pelo segundo até o vencimento do prazo de resposta do réu. Seria mais um exemplo da rara preclusão *pro iudicato* temporal.

Reconheço, entretanto, que a redação do art. 293 do Novo CPC, ao associar a preclusão à ausência de alegação pelo réu em preliminar de contestação da impugnação do valor da causa, permite a legítima conclusão de que tal preclusão atingirá somente o réu.

18.2.2.1.3.4. Carência de ação por ilegitimidade de parte (art. 337, XI do Novo CPC)

Havia no CPC/1973 uma estranha espécie de intervenção de terceiro chamada de *nomeação à autoria.* Era estranha em tudo: natureza jurídica, cabimento e procedimento.

Tradicionalmente, era considerada como forma excepcional de evitar a extinção do processo por ilegitimidade passiva, por meio da alteração do sujeito que compõe o polo passivo – tido por sujeito ilegítimo para figurar no processo – por um terceiro – sujeito legitimado[518]. Ocorria, na realidade, uma espécie de sucessão processual em razão da alteração subjetiva verificada no polo passivo, em fenômeno chamado pela doutrina de *extromissão de parte*. Note-se que a extromissão de parte não se confunde com a sucessão processual tradicional, porque na primeira o sujeito que participava do processo antes da alteração nunca deveria ter figurado na relação jurídica processual em razão da sua ilegitimidade, enquanto na segunda ocorre um fato superveniente que cria a legitimidade do terceiro que assumirá o lugar do sujeito que, antes desse fato, era o sujeito legitimado a participar do

processo.

Sempre houve fundada dúvida a respeito da natureza jurídica da nomeação à autoria porque por meio dela a relação jurídica processual não se tornava mais complexa do que já era antes da "intervenção" do terceiro. A demanda antes da nomeação à autoria é formada por um demandante e um demandado e assim continuará após a extromissão da parte, modificando-se somente o sujeito que compõe o polo passivo. Essa peculiar característica da nomeação à autoria levava, inclusive, parcela da doutrina à conclusão de que a nomeação à autoria é uma mera forma de correção do polo passivo, não tendo natureza jurídica de intervenção de terceiros[519].

Não consta do rol de intervenção de terceiros do Novo Código de Processo Civil a nomeação à autoria, mas não seria correto afirmar que seu propósito tenha desaparecido em razão da previsão contida no art. 338 do novo diploma processual. Segundo o dispositivo legal, alegada pelo réu em preliminar a ilegitimidade passiva ou não tendo sido o responsável pelo prejuízo invocado, o autor poderá modificar, no prazo de 15 dias, o sujeito que compõe o polo passivo, por meio de emenda da petição inicial.

O que justificava a alteração subjetiva, com a consequente adequação do polo passivo, era a constatação do legislador de que em algumas situações poderia ser extremamente difícil ao autor identificar o sujeito que teria legitimidade para compor o polo passivo da demanda[520]. Daí porque sua limitação a apenas duas hipóteses, previstas nos arts. 62 e 63 do CPC/1973, nas quais o legislador imaginava justificável o erro do autor.

O Novo Código de Processo Civil não faz mais tal distinção, não se importando com a razão do erro do autor em colocar na demanda um réu que nunca deveria ter composto o polo passivo em razão de sua ilegitimidade de parte. Dessa forma, qualquer alegação de ilegitimidade passiva feita pelo réu será suficiente para uma possível correção do polo passivo. Se o autor errou porque realmente a situação lhe levou a equivocadas conclusões ou se errou bisonhamente, não importa.

O vício de ilegitimidade passiva passa a ser sempre sanável, mas para isso dependerá da aceitação do autor da alegação do réu, até porque quem diz a última palavra sobre quem deva ser o réu é sempre o autor. Caso o autor não concorde com a alegação do réu e realmente haja ilegitimidade passiva, esse vício será o suficiente para a extinção do processo sem resolução do mérito por carência de ação. O vício é sanável, mas depende de postura a ser adotada pelo autor, de forma a ter o Novo Código de Processo Civil tornado a alegação de ilegitimidade passiva em defesa processual dilatória potencialmente peremptória.

A característica mais peculiar da nomeação à autoria referia-se às possibilidades de conduta do nomeado à autoria diante de sua citação. Aceitando expressamente a nomeação, ocorria a extromissão de parte, devendo o terceiro – que nesse momento já seria o réu – ser intimado para a apresentação de sua resposta, o mesmo ocorrendo na hipótese de não se manifestar no prazo legal, quando haveria sua concordância tácita em participar do processo como réu. A postura mais criticável, e bem por isso consideravelmente polêmica, dizia respeito à possibilidade da sua

recusa em participar como réu no processo, o que frustra a extromissão de parte, em nítida ofensa ao princípio da inevitabilidade da jurisdição.

O incômodo era tamanho que parcela minoritária da doutrina entendia que, mesmo se negando a participar como réu, o nomeado à autoria sofreria os efeitos da coisa julgada, como ocorre em ordenamentos alienígenas[521], entendendo-se que a recusa em participar seria considerada como revelia do nomeado à autoria[522]. Era compreensível a indignação com o teor do art. 67 do CPC/1973, ao permitir a recusa do nomeado, único sujeito sob a égide do diploma processual revogado que podia se negar a participar de um processo mesmo tendo sido citado. Acontece, porém, que tal indignação não era suficiente para alterar os limites subjetivos da coisa julgada, de forma que o terceiro – no caso, o nomeado que se recusou a participar – não podia ser afetado pelo processo do qual não participou. Daí a afirmação corrente na doutrina de que o sucesso da nomeação à autoria dependia de uma dupla concordância/aceitação[523]: autor e nomeado deveriam em momentos sucessivos concordar com a nomeação à autoria feita pelo réu para que ocorresse no caso concreto a extromissão de parte.

Sempre me pareceu curiosa a opção de alguém em concordar em se tornar réu num processo. Um convite desse certamente não é atrativo para uma pessoa normal. E nisso residia a raridade da extromissão de parte na praxe forense.Nesse aspecto, o Novo Código de Processo Civil deve ser efusivamente elogiado, pois desaparece a exigência de dupla concordância, sendo a vontade do

autor de mudar o réu o suficiente para a ação ser redirecionada a um novo sujeito. Segundo o parágrafo único do art. 338 do Novo CPC, concordando o autor com a sucessão processual (e não a substituição conforme consta do artigo de lei), deve reembolsar as despesas e pagar honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º, do Novo CPC.

O art. 339, *caput*, do Novo CPC mantém como dever do réu a indicação da parte legítima, exatamente como fazia o art. 62 do CPC/1973. Nesse sentido, prevê que incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta da indicação. O § 1.º do dispositivo parece inútil, sendo mera repetição do artigo anterior. No § 2º do mesmo dispositivo, a admissão de formação de litisconsórcio ulterior entre o réu e o sujeito por ele indicado se presta a albergar a indicação de terceiro quando existe responsabilidade solidária entre ele e o réu, sendo ambos legitimados passivos.

Há dois enunciados do II Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) a respeito do art. 339 do Novo CPC: Enunciado 42: “O dispositivo aplica-se mesmo a procedimentos especiais que não admitem intervenção de terceiros, bem como aos juizados especiais cíveis, pois se trata de mecanismo saneador, que excepciona a estabilização do processo” e Enunciado 44: “A responsabilidade a que se refere o art. 339 é subjetiva”.

O prazo para que o autor concorde com a alegação de

ilegitimidade passiva feita pelo réu não consta do dispositivo legal, sendo razoável a conclusão do Enunciado 152 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Nas hipóteses dos §§ 1.º e 2.º do art. 339, a aceitação do autor deve ser feita no prazo de quinze dias destinado à sua manifestação sobre a contestação ou sobre essa alegação de ilegitimidade do réu”.

Apesar de os dispositivos legais ora analisados indicarem a necessidade de o réu alegar em contestação sua ilegitimidade passiva, é correta a interpretação de que a matéria possa ser reconhecida de ofício pelo juiz, antes da citação do réu. Nesse caso, o autor será intimado para, querendo, alterar a sua petição inicial no tocante à formação do polo passivo, hipótese em que não haverá ônus sucumbenciais (Enunciado 296 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC).

18.2.2.1.3.5. Indevida concessão do benefício da gratuidade de justiça (art. 337, XIII, do Novo CPC)

O inciso XIII do art. 337 do Novo CPC prevê como defesa processual a indevida concessão do benefício da gratuidade da justiça. Nesse caso, sendo acolhida a defesa processual do réu, o autor será intimado para recolher as custas processuais em aberto. Caso o faça, o processo seguirá normalmente, e caso deixe de recolher as custas será caso de extinção terminativa do processo. Por essa razão, entendo tratar-se de defesa processual dilatória potencialmente peremptória.

18.2.2.2. Defesas de mérito

As defesas de mérito distinguem-se substancialmente das defesas processuais, sendo absolutamente inconfundíveis entre si.

Enquanto estas têm como objeto a regularidade do processo, instrumento utilizado pelo autor para a obtenção de seu direito material, aquelas dizem respeito justamente ao direito material alegado pelo autor. Na defesa de mérito o objetivo do réu é convencer o juiz de que o direito material que o autor alega possuir em sua petição inicial não existe. É, portanto, o conteúdo da pretensão do autor o objeto de impugnação por meio da defesa de mérito.

18.2.2.2.1. Defesa de mérito direta

Na defesa de mérito direta o réu enfrenta frontalmente os fatos e os fundamentos jurídicos narrados pelo autor na petição inicial, buscando demonstrar que os fatos não ocorreram conforme narrado ou ainda que as consequências jurídicas pretendidas pelo autor não são as mais adequadas ao caso concreto. Sabendo o réu que sem fatos não há direito, caso demonstre a inveracidade das alegações de fato, o direito material alegado pelo autor ficará sem o seu essencial substrato fático, devendo o pedido ser rejeitado. Da mesma forma ocorrerá se, mantida a narração fática do autor, o réu demonstrar que não decorre dela o direito material alegado pelo autor[524].

A defesa de mérito direta desenvolve-se dentro dos fatos e da fundamentação jurídica que compõe a causa de pedir exposta pelo autor em sua petição inicial, podendo, entretanto, trazer ao processo novos fatos e outras fundamentações jurídicas com o propósito exclusivo de demonstrar a inveracidade das alegações de fato e/ou a impropriedade das consequências jurídicas pretendidas pelo autor.

18.2.2.2.2. Defesa de mérito indireta

Nessa espécie de defesa o réu, sem negar as afirmações lançadas pelo autor na petição inicial, alega um fato novo, que tenha natureza impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor. Essa defesa amplia o objeto de cognição do juiz, que passará a analisar fatos que não compõem originariamente a causa de pedir narrada pelo autor, não sendo incorreto afirmar que, a partir do momento de arguição desta espécie de defesa, o juiz passará a uma análise fática mais ampla daquela que originariamente estaria obrigado em razão da pretensão do autor. Não ocorre, entretanto, uma ampliação do objeto do processo, pois o juiz sempre estará adstrito a conceder ou negar aquilo que o autor pediu[525].

São considerados *fatos impeditivos* aqueles que, anteriores ou simultâneos ao fato constitutivo do direito, impedem que esse gere seus regulares efeitos. A característica principal dessa espécie de fato é gerar um efeito negativo sobre o fato constitutivo, que é justamente a impossibilidade de este gerar seus regulares efeitos. O contrato vincula os contratantes, exigindo de ambos – ou ao menos de um deles – o cumprimento de certas obrigações (fato constitutivo). Tal efeito vinculativo, entretanto, não será gerado se o contrato foi celebrado por incapaz ou ainda quando tenha sido celebrado com vício do consentimento (fatos impeditivos). O fato de o contratante ser incapaz ou de ter celebrado o contrato em erro, dolo, coação etc., impede que o mesmo seja obrigado a cumprir qualquer estipulação contratual.

Os *fatos extintivos* são aqueles que colocam fim a um direito, conforme o próprio nome sugere, sendo necessariamente posteriores ao surgimento da relação jurídica de direito material.

Basta imaginar todas as formas de satisfação da obrigação previstas pela legislação material, tal como a prescrição, pagamento, remissão da dívida, confusão etc.

Os *fatos modificativos*, necessariamente posteriores ao surgimento da relação de direito material, são aqueles que atuam sobre a relação jurídica de direito material, gerando sobre ela uma modificação subjetiva ou objetiva. No primeiro caso pode-se citar como exemplo a cessão de crédito sem ressalva, com a modificação do credor, e no segundo caso a novação objetiva é um exemplo perfeito, como também o parcelamento da dívida, alegação que levará à inexigibilidade do crédito *in totum*[526].

18.2.3. PRINCÍPIO DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FATOS

Segundo o art. 341 do Novo CPC, serão presumidos verdadeiros os fatos que não sejam impugnados especificamente pelo réu em sua contestação. A impugnação específica é um ônus do réu de rebater pontualmente todos os fatos narrados pelo autor com os quais não concorda, tornando-os controvertidos e em consequência fazendo com que componham o objeto da prova. O momento de tal impugnação, ao menos em regra, é a contestação, operando-se preclusão consumativa se apresentada essa espécie de defesa o réu deixar de impugnar algum(s) do(s) fato(s) alegado(s) pelo autor.

O ônus da impugnação específica não se aplica ao advogado dativo, curador especial e ao defensor público, que podem elaborar a contestação com fundamento em *negativa geral*, instituto que permite ao réu uma impugnação genérica de todos os fatos narrados

pelo autor, sendo tal forma de reação o suficiente para tornar todos esses fatos controvertidos (art. 341, parágrafo único, do Novo CPC). Na realidade, mesmo que não haja a expressa indicação de que o réu está se valendo da *negativa geral*, uma interpretação lógica desse benefício impede que o juiz presuma verdadeiros os fatos alegados pelo autor. Basta, portanto, a apresentação da contestação para que os fatos se considerem controvertidos, cabendo ao autor, ao menos em regra, o ônus da prova.

O art. 341, parágrafo único, do Novo CPC tem duas diferenças quando comparado com o parágrafo único do art. 302 do CPC/1973. Exclui o Ministério Público e inclui o defensor público no rol dos sujeitos que têm a prerrogativa da negativa geral. A ausência de previsão expressa do Ministério Público não deve gerar consequências práticas porque sua presença como parte no polo passivo é excepcionalíssima e porque quando atuar, também excepcionalmente, como curador especial, continua a ter a prerrogativa.

Mesmo que o réu não possa se valer da *negativa geral*, o art. 341 do Novo CPC, em seus três incisos, prevê exceções ao princípio da impugnação específica dos fatos, impedindo que um fato alegado pelo autor que não tenha sido impugnado especificamente seja presumido verdadeiro:

(a) fatos a cujo respeito não se admite a confissão (direitos indisponíveis);

(b) petição inicial desacompanhada de instrumento público que a lei considere da substância do ato (por exemplo, certidão de casamento, certidão de óbito);

(c) fatos que estejam em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Essa última exceção exige do juiz uma análise da defesa como um todo, reconhecendo-se que em algumas situações a impugnação de determinados fatos, por uma questão lógica, impede que os demais, ainda que não impugnados especificamente, sejam presumidos verdadeiros.

> João ingressa com ação reparatória contra Felipe alegando que num determinado *pub* londrino foi agredido por este com uma garrafada na cabeça. São dois fatos alegados por João: (a) Felipe estava no bar no momento da agressão; (b) Felipe foi o responsável pela garrafada que o vitimou. Em sua contestação Felipe alega tão somente que não estava no bar no momento da agressão, deixando de impugnar o fato de ser o responsável pela garrafada. Nesse caso, não poderá o juiz presumir que Felipe deu a garrafada, porque provado que ele não estava no bar, concluir-se por sua responsabilidade pela garrafada criaria incompatibilidade lógica insuperável.

18.2.4. PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE

Os arts. 336 e 342 do Novo CPC consagram o princípio da eventualidade para o réu, ao exigir a exposição de todas as matérias de defesa de forma cumulada e alternativa na contestação. Também conhecido como *princípio da concentração de defesa*, a regra ora analisada fundamenta-se na preclusão consumativa, exigindo-se que de uma vez só, na contestação, o réu apresente todas as matérias que tem em sua defesa, “sob pena” de não poder alegá-las posteriormente. A cumulação é eventual porque o réu alegará as matérias de defesa indicando que a posterior seja enfrentada na eventualidade de a matéria defensiva anterior ser rejeitada pelo juiz.

A exigência de cumulação de todas as matérias de defesa na contestação faz com que o réu se veja obrigado a cumular defesas

logicamente incompatíveis, por exemplo, no caso de alegar que não houve o dano alegado pelo autor, mas que, na eventualidade de o juiz entender que houve o dano, não foi no valor apontado pelo autor, circunstância verificada com regularidade nos pedidos de condenação em dano moral. Certa incompatibilidade lógica é natural e admissível, mas o réu jamais poderá cumular matérias defensivas criando para cada uma delas diferentes situações fáticas, porque com isso em alguma das teses defensivas estará alterando a verdade dos fatos. Pode-se afirmar que o limite do princípio da concentração da defesa é o respeito ao *princípio da boa-fé e lealdade processual*[527].

> Marina ingressa com demanda de cobrança contra Aline, que em sua defesa alega que nunca celebrou contrato de empréstimo com a autora, mas na eventualidade do juiz entender diferente que já pagou a dívida, e ainda na eventualidade de nenhuma dessas defesas ser acolhida, que não pagou e nem deve pagar porque a dívida está prescrita. Note-se que, mesmo sem saber quando, é óbvio que Aline em algum momento de sua defesa mentiu, porque não é possível alegar que não há dívida, mas que já a pagou, ou ainda que já a pagou e que não pagou porque não deveria ter pago em razão da prescrição. Num caso como esse o princípio da eventualidade não pode acobertar a nítida litigância de má-fé do réu.

O princípio da concentração das defesas na contestação é excepcionado em três hipóteses, previstas pelos incisos do art. 342 do Novo CPC, sendo que nesses casos o réu poderá alegar a matéria defensiva após a apresentação da contestação:

(a) matérias defensivas relativas a direito ou a fato superveniente;

(b) matérias que o juiz pode conhecer de ofício (por exemplo, matérias de ordem

pública, prescrição, decadência legal);

(c) matérias que por expressa previsão legal podem ser alegadas a qualquer momento e grau de jurisdição (por exemplo, decadência convencional).

18.3. RECONVENÇÃO

18.3.1. CONCEITO

A reconvenção não se confunde com nenhuma das outras espécies de resposta do réu, sendo compreendida como o exercício do direito de ação do réu dentro do processo em que primitivamente o autor originário tenha exercido o seu direito de ação. Afirma-se em doutrina que na reconvenção o réu se afasta da posição passiva, própria da contestação, para assumir uma posição ativa, pleiteando um bem da vida em pedido dirigido contra o autor da ação originária. Em razão dessa natureza de ação, é comum afirmar que a reconvenção é um "contra-ataque" do réu, pelo qual haverá uma inversão dos polos da demanda: o réu se tornará autor (*autor-reconvinte*) e o autor se tornará réu (*réu-reconvindo*).

Com a reconvenção haverá uma ampliação objetiva ulterior do processo, que passará a contar com duas ações: a originária (indevidamente tratada pelo art. 343, *caput*, do Novo CPC como ação principal) e a reconvencional. Não se trata de pluralidade de processos, considerando-se que o processo continua sendo um só, mas, com o pedido feito pelo réu, passa o processo a contar com mais uma ação, de natureza reconvencional, o que leva à sua ampliação objetiva[528].

A reconvenção é uma mera faculdade processual, podendo o

réu que deixar de reconvir ingressar de forma autônoma com a mesma ação que teria ingressado sob a forma de reconvenção[529]. Não é possível vislumbrar qualquer situação de desvantagem processual ao réu que deixa de reconvir, situação diametralmente oposta àquele que deixa de contestar, que será considerado revel. Nesse sentido, afirma-se corretamente que a contestação constitui um ônus do réu, enquanto a reconvenção constitui tão somente uma faculdade. A própria natureza de ação dessa espécie de resposta fundamenta sua natureza de mera faculdade processual, não se podendo admitir que o réu perca o seu direito de ação por uma simples omissão processual. O prazo para a reconvenção, portanto, é meramente preclusivo, significando que o réu não mais poderá reconvir após o seu transcurso, mas a via autônoma continuará a existir para o exercício de seu direito de ação.

O ingresso de ação autônoma que poderia ter sido manejada sob a forma de reconvenção, inclusive, pode gerar resultado prático similar ao da propositura dessa espécie de resposta. Havendo entre essas duas ações autônomas conexão, conforme previsão do art. 55 do Novo CPC, as mesmas serão reunidas perante o juízo prevento que ficará responsável pelo julgamento conjunto de ambos os processos (art. 58 do Novo CPC)[530]. A única diferença é que com a reconvenção haverá somente um processo, objetivamente complexo (duas ações), enquanto na reunião de processos conexos, haverá dois processos, cada qual com uma ação, ainda que tenham um procedimento conjunto, sendo inclusive decididos por uma mesma sentença.

18.3.2. CONDIÇÕES DA AÇÃO

Sendo indiscutível a natureza de ação da reconvenção, é preciso registrar que, como em qualquer outra ação, deverão estar presentes as condições da ação: legitimidade de parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. A própria natureza da reconvenção traz consigo a exigência das três tradicionais condições da ação, mas, em razão de sua situação específica consistente em ser também uma resposta do réu, essas condições da ação têm interessantes peculiaridades que merecem uma análise particularizada[531].

18.3.2.1. Legitimidade de parte

No tocante à legitimidade de parte – entendida como a relação de pertinência entre o conflito levado a juízo e os sujeitos que demandarão –, há interessantes questões a serem resolvidas.

Diferente do art. 315 do CPC/1973, o art. 343 do Novo CPC não traz expressamente a previsão de que a legitimidade ativa da reconvenção é do réu e que a passiva é do autor da ação originária. De qualquer forma, essa continua a ser a realidade, havendo uma inversão dos polos entre autor e réu.

A doutrina de forma uníssona admite a diminuição subjetiva na reconvenção[532]. Assim, existindo litisconsórcio na ação originária, o mesmo litisconsórcio não será necessariamente formado na reconvenção, admitindo-se que somente um dos autores da ação originária figure como réu na reconvenção ou ainda que apenas um dos réus reconvenha, solitariamente, contra o autor ou autores da ação originária. Vale a lembrança de que tal liberdade está condicionada à espécie de litisconsórcio verificado na ação

originária e de seus reflexos sobre a ação reconvencional; havendo um litisconsórcio necessário na ação originária que deva se repetir também na reconvenção, será impossível a reconvenção não envolver todos os litisconsortes[533]. Essa circunstância, entretanto, não diz respeito à reconvenção, sendo decorrência natural da espécie de litisconsórcio a ser formado.

Se a diminuição subjetiva na reconvenção parece não encontrar maiores obstáculos, o mesmo não ocorria com a ampliação, tema consideravelmente controvertido, sob a égide do CPC/1973. Havia muita controvérsia a respeito da admissibilidade da formação de um litisconsórcio na reconvenção – ativo ou passivo – com sujeito que não participava do processo até então, ou seja, sujeito que não figurava como parte na ação originária. É evidente que se manteria a estrutura básica mínima *réu x autor*, mas ao lado de um deles – ou mesmo de ambos – seria formado litisconsórcio com terceiro estranho à demanda até então[534].

A polêmica é resolvida pelos §§ 3º e 4º do art. 343 do Novo CPC, que passam a prever expressamente que a reconvenção pode ser proposta contra o autor e um terceiro, e que a reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro.

Admitida a formação do litisconsórcio na reconvenção, com o ingresso de terceiro na demanda, aplica-se a regra que permite a limitação do número de litisconsortes sempre que o número elevado de sujeitos puder comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. Trata-se do *litisconsórcio multitudinário*, previsto pelo art. 113, §§ 1º e 2º, do Novo CPC, que fundamentará

no caso concreto o indeferimento da formação do litisconsórcio desde que observados os requisitos legais tratados no Capítulo 7, item 7.4.

Havia na vigência do CPC/1973 uma interessante questão referente à legitimidade de parte na reconvenção derivava da inadequada redação do art. 315, parágrafo único, do revogado diploma processual, pela qual não poderia o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandasse em nome de outrem. A leitura apressada do dispositivo legal poderia levar o leitor mais desavisado a concluir se tratar de norma referente à *representação processual*, pois quem atua em nome de outrem é representante processual. Essa interpretação, entretanto, tornaria o dispositivo legal absolutamente inútil, considerando-se que o representante não é parte, o que significa dizer que já não tem legitimidade de agir para a reconvenção.

A doutrina de forma uníssona emprestava utilidade ao artigo legal ao entender tratar-se de hipótese de *substituição processual* na ação originária, que deveria obrigatoriamente se repetir na ação reconvencional. A regra acabava tornando-se simples: exigia-se que os sujeitos tivessem na reconvenção a mesma qualidade jurídica com que figuravam na ação originária. Se naquela estavam como substitutos processuais (seja no polo ativo ou passivo), da mesma forma deveriam figurar na reconvenção. Nas palavras de autorizada doutrina, trata-se do princípio da identidade bilateral, que não é identidade da pessoa física, mas identidade subjetiva de direito[535].

Esse entendimento restou consagrado no § 5º do art. 343 do

Novo CPC, que prevê que se o autor for substituto processual, o reconvinte deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual.

Interessante questão é levantada a respeito da legitimidade do curador do réu para ingressar com reconvenção. Imprescindível para se concluir de forma positiva ou negativa a exata noção da qualidade jurídica do curador especial, previsto pelo art. 72 do Novo CPC. A doutrina parece uníssona no sentido de entender que o curador assume no processo uma posição de representante dos sujeitos descritos pelo artigo legal supramencionado[536]. Essa simples constatação já demonstra de forma inequívoca a ilegitimidade do curador em ingressar com ação reconvencional, posto que não é considerado parte no processo e sua eventual legitimidade para reconvir conflitaria com a regra geral de legitimidade para essa espécie de resposta do réu[537]. Sua tarefa será, portanto, tão somente reagir à pretensão do autor, jamais ingressar com ação contra ele.

18.3.2.2. Interesse de agir

Costuma-se afirmar que o interesse de agir é o somatório de dois fatores: a necessidade e a adequação (ou utilidade). No tocante à reconvenção, os elementos são mantidos, mas aqui também existem interessantes particularidades a serem debatidas.

A doutrina parece concordar que a reconvenção só terá alguma serventia prática se o autor puder obter com ela tutela que não conseguiria com o simples acolhimento de suas alegações

defensivas lançadas em contestação. Nesse sentido também é a jurisprudência a respeito do tema[538]. A primeira e mais evidente inutilidade da reconvenção ocorre na hipótese em que ela é utilizada para a arguição de matérias que são na realidade defensivas, próprias da contestação (reação) e não da reconvenção (ação). Nessa hipótese, ao menos como regra, a reconvenção deve ser extinta prematuramente por carência de ação do réu-reconvinte. São exemplos a alegação do réu em reconvenção do pagamento da dívida cobrada ou, ainda, a alegação de contrato locativo para justificar sua posse do imóvel que lhe é reivindicado[539]. Na excepcional hipótese de o réu não contestar, somente apresentando reconvenção, haverá interesse em seu julgamento, não sendo caso de extinção por carência de ação.

Outra hipótese de manifesta inutilidade na utilização da reconvenção se verifica nos casos em que a própria improcedência já será apta a entregar ao réu o bem da vida em disputa, que seria exatamente aquilo que estaria perseguindo em sede reconvencional. Se já tem condições de obter o bem da vida pelo simples acolhimento de sua defesa, que serventia terá a reconvenção? Essa situação se verifica com clareza nas ações dúplices, nas quais a relação de direito material gera essa peculiar situação em que a contestação já basta para entregar ao réu o bem da vida debatido. Exemplo clássico é da ação meramente declaratória. Imagine-se um autor que pretenda em juízo obter a certeza jurídica a respeito da existência de uma relação jurídica de doação. Contestando o réu a demanda, alegará que nunca houve a doação alegada, e o acolhimento de tal defesa gerará a certeza jurídica de que nunca houve a relação de direito material alegada pelo autor, o que

significa dizer que a certeza jurídica – bem da vida em disputa nas ações meramente declaratórias – será concedida favoravelmente ao réu. De fato, nenhuma utilidade tem a reconvenção pleiteando a declaração de que a relação jurídica de doação não existiu.

A afirmação de inutilidade da reconvenção nas ações dúplices e de que as ações meramente declaratórias são dúplices não confronta com o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 258 do Supremo Tribunal Federal de que é admissível reconvenção na ação declaratória. Numa ação meramente declaratória é admissível a reconvenção para que o réu faça outros pedidos, distintos do objeto original do processo, tal como a condenação do réu ao cumprimento de uma determinada obrigação.

> Mariana ingressa com ação de investigação de paternidade contra Felipe, que em contestação alega não ser o pai da criança. Nesse caso não é cabível a reconvenção para a declaração negativa da paternidade, porque isso já será obtido por meio da improcedência do pedido de Mariana. Ocorre, entretanto, que Felipe pode entender que a alegação de paternidade realizada por Mariana em público, diante de seus empregadores, lhe causou um abalo moral, podendo nesse caso pleitear em sede de reconvenção a condenação de Mariana ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados.

18.3.3. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Tendo a reconvenção natureza jurídica de ação, além do preenchimento das condições da ação, também pressupostos processuais específicos devem ser preenchidos:

(a) *litispendência*: para que exista reconvenção é indispensável que exista a demanda originária;

(b) *identidade procedimental*: considerando-se que a ação originária e a ação reconvencional seguirão juntas, sendo inclusive decididas por uma mesma sentença, o procedimento de ambas deve ser o mesmo;

(c) *competência*: o juízo da ação originária é absolutamente competente para a ação reconvencional, de forma que, sendo a competência absoluta dessa ação diferente da ação originária, será proibido o ingresso de ação reconvencional, devendo a parte ingressar com a ação autônoma perante o juízo absolutamente competente[540];

(d) *conexão* com a ação originária ou com os fundamentos de defesa.

Segundo o *caput* do art. 343 do Novo CPC, é indispensável à reconvenção a existência de conexão com a ação principal – originária – ou com os fundamentos de defesa. A conexão com a ação originária é a prevista no art. 55, *caput*, do Novo CPC, com os devidos temperamentos já apontados no Capítulo 4, item 4.7.2.1. No tocante à conexão com os fundamentos de defesa, obriga-se o réu a apresentar contestação com defesa de mérito indireta, alegando um fato novo impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, servindo esse fato novo como fundamento da defesa e ao mesmo tempo como fundamento do contra-ataque contido na reconvenção. Naturalmente o cabimento da reconvenção nesse caso é realizado *in status assertionis*, de forma a ser irrelevante se a alegação de fato do réu é verdadeira ou não, o que interessará somente no julgamento de mérito da ação principal e da reconvencional[541].

Acredito que, mesmo quando não haja qualquer das duas espécies de conexão presentes no caso concreto, seja admissível a reconvenção para se evitar decisões conflitantes ou contraditórias na hipótese em que a pretensão reconvencional for deduzida em processo autônomo e julgada por outro juiz. Deve-se, portanto,

aplicar por analogia o art. 55, § 3º, do Novo CPC ao cabimento da reconvenção.

> Carlos ingressa com demanda de cobrança contra Edison, requerendo sua condenação ao pagamento de R$ 5.000,00 em razão de uma dívida inadimplida. Edison alega em sua contestação que a dívida foi compensada com outra, no valor de R$ 8.000,00, e que por tal razão não é devedor de Carlos, devendo seu pedido ser julgado improcedente. Com fundamento nesse fato novo (compensação), fundamenta a reconvenção na qual cobrará de Carlos R$ 3.000,00, existindo nesse caso a conexão com os fundamentos da defesa.

18.3.4. PROCEDIMENTO

Tendo natureza jurídica de ação, sob a égide do CPC/1973 a reconvenção devia ser apresentada por meio de petição inicial autônoma, nos termos dos arts. 282 e 283 do diploma processual revogado, sendo autuada nos próprios autos principais. Em aplicação do princípio da *instrumentalidade das formas* admitia-se que a reconvenção fosse elaborada na mesma peça em que se contestava a demanda, desde que fosse possível a identificação exata da defesa e do contra-ataque do réu[542].

A reconvenção deixa de ser alegada de forma autônoma no Novo Código de Processo Civil, passando, nos termos do art. 343, *caput*, a ser apresentada na própria contestação. A novidade deve ser saudada porque, ainda que a melhor doutrina já defendesse a possibilidade de utilização de uma única peça para a contestação e reconvenção, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça recentemente havia rejeitado a tese, retrocedendo com relação a posicionamento anteriormente adotado[543].

A formalização da reconvenção dentro da contestação deve seguir as diretrizes fixadas pelo Enunciado n.º 45 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC): “Para que se considere proposta a reconvenção, não há necessidade de uso desse *nomen iuris*, ou dedução de um capítulo próprio. Contudo, o réu deve manifestar inequivocamente o pedido de tutela jurisdicional qualitativa ou quantitativamente maior que a simples improcedência da demanda inicial”.

Apesar de não ter mais uma forma autônoma de alegação, entendo que a reconvenção não perdeu sua natureza de ação do réu contra o autor, pois o próprio art. 343, *caput*, do Novo CPC prevê que a reconvenção se presta para o réu manifestar pretensão própria. Além disso, o § 2.º do dispositivo comentado mantém a sua autonomia, prevendo que a desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta o prosseguimento do processo quanto à reconvenção.

Como a forma de alegação passou a ser tópico da contestação, o legislador teve o cuidado de manter, expressamente na lei, o entendimento atualmente consagrado de que a apresentação de reconvenção independe de contestação. Na vigência do CPC/1973, de apresentação de duas peças, era entendimento tranquilo, mas, a partir do momento em que a própria lei passa a dizer que a reconvenção deve ser alegada na contestação, é importante o art. 343, § 6.º, do Novo CPC.

No Novo Código de Processo Civil, portanto, existem duas formas de ingresso de reconvenção: como tópico da contestação ou de forma autônoma quando o autor não contestar. Dessa forma,

ainda que não exista regra similar àquela prevista no art. 299 do CPC/1973, que exigia a apresentação concomitante de contestação ou reconvenção, parece que o ingresso da reconvenção, mesmo que antes do vencimento do prazo de resposta do réu, retira do réu o direito de contestar posteriormente, ainda que dentro do prazo. Acredito que nesse caso continua a se operar preclusão mista (*consumativa-temporal*).

Apresentada a reconvenção, a mesma passa a ser autônoma relativamente à ação originária, de forma que, se por qualquer razão, a ação originária for extinta sem resolução do mérito, inclusive a desistência do autor, tal extinção não afetará a reconvenção, que prosseguirá normalmente (art. 343, § 2º, do Novo CPC). O mesmo ocorre se a reconvenção for prematuramente extinta, prosseguindo normalmente a ação originária.

Mesmo sem dispositivo legal nesse sentido no CPC/1973, segundo doutrina majoritária, cabendo julgamento de mérito, o juiz deveria julgar ambas as demandas no mesmo momento processual, por meio de uma só sentença, objetivamente complexa. A extinção prematura de qualquer uma das duas demandas, portanto, seria sempre terminativa. Esse entendimento parece ter sido consagrado no § 2º do art. 343 do Novo CPC, que prevê a extinção prematura da reconvenção somente em razão da desistência da ação originária ou de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito.

Ainda que não exista previsão nesse sentido, como também não havia no CPC/1973, o mesmo fenômeno aplica-se à extinção prematura da reconvenção, não tendo sentido postergar-se uma extinção terminativa quando manifesto o insuperável vício formal.

Dessa forma, se o juiz entender pela intempestividade da reconvenção deverá indeferi-la de plano, dando seguimento ao processo somente com a ação originária (principal).

Essas decisões que extinguem de forma terminativa e prematuramente a ação principal e a reconvenção são decisões interlocutórias, restando em aberto a questão de sua recorribilidade por meio do agravo de instrumento. A hipótese não está prevista expressamente no art. 1.015 do Novo CPC, o que poderia sugerir sua recorribilidade somente na apelação e contrarrazões desse recurso. E essa interpretação demonstraria mais um exemplo da péssima opção legislativa de tornar o cabimento do agravo de instrumento restrito a um rol exauriente.

Entendo, contudo, que seja aplicável à hipótese ora analisada o art. 354, parágrafo único, do Novo CPC. Ainda que o dispositivo esteja previsto no capítulo referente ao julgamento conforme o estado do processo, não se pode negar sua incidência a qualquer espécie de diminuição – objetiva ou subjetiva – da demanda em razão de decisão de natureza terminativa.

Não teria qualquer sentido sistêmico limitar a aplicação do dispositivo legal a apenas um momento procedimental, conforme pode sugerir sua colocação no capítulo referente ao julgamento conforme o estado do processo. Na realidade, a recorribilidade por meio do agravo de instrumento deve ser analisada pelo conteúdo e efeito da decisão e não pelo momento de sua prolação: sendo terminativa e diminuindo a demanda, será agravável.

Não sendo caso de indeferimento liminar da reconvenção, o

autor reconvindo será intimado, na pessoa de seu advogado, para responder no prazo de 15 dias. A resposta mais comum certamente será a contestação – e sua ausência gera o efeito da revelia[544] –, mas o art. 343, § 1º, do Novo CPC não repetiu o equívoco do art. 316 do CPC/1973, que previa ser o prazo de 15 dias para contestar. Ao prever que o prazo é de resposta facilita a conclusão de que outras espécies, além da contestação, são possíveis.

A reconvenção da reconvenção, apesar de rara, também é admitida, embora parcela da doutrina entenda que o seu cabimento esteja condicionado às hipóteses de reconvenção com fundamento na conexão com os fundamentos de defesa[545]. Reconvenções sucessivas poderão ser inadmitidas no caso concreto com fundamento na *economia processual* sempre que o juiz entender que mais uma reconvenção prejudicará significativamente o andamento procedimental. Poderá, inclusive, utilizar a regra de vedação ao princípio do litisconsórcio multitudinário (art. 113, §§ 1º e 2º, do Novo CPC) para impedir a improvável sucessão de reconvenções. A exceção fica por conta da ação monitória em razão da injustificável previsão do art. 702, § 6º, do Novo CPC.

Como o § 4º do art. 343 do Novo CPC admite expressamente a formação de litisconsórcio passivo na reconvenção entre o réu e terceiro, não há dúvida de serem cabíveis como espécie de resposta do réu a denunciação da lide e o chamamento ao processo.

Após o momento de resposta do autor reconvindo, o procedimento da ação reconvencional será o mesmo da ação originária, sendo inclusive ambas as ações julgadas por uma mesma

sentença, apesar de não mais existir regra expressa a esse respeito como existia no CPC/1973 (art. 318). Trata-se de medida de economia processual e tradicional do julgamento do pedido contraposto, contra-ataque do réu deduzido na própria contestação.

19. REVELIA

Sumário: 19.1. Conceito – 19.2. Efeitos: 19.2.1. Fatos alegados pelo autor serão reputados verdadeiros; 19.2.2. Desnecessidade de intimação do réu revel; 19.2.3. Julgamento antecipado do mérito – 19.3. Modificação objetiva da demanda – 19.4. Ingresso do réu revel no processo – 19.4.1. Participação do réu revel no procedimento probatório

19.1. CONCEITO

A revelia é um estado de fato gerado pela ausência jurídica de contestação. Esse conceito pode ser extraído do art. 344 do Novo CPC, que, apesar de confundir conteúdo com os efeitos da revelia, expõe claramente que a existência desse fenômeno processual depende da ausência de contestação[546]. A ausência deve ser necessariamente jurídica porque ocorre revelia mesmo nos casos em que o réu apresenta contestação, que faticamente existirá. Essa existência fática, entretanto, não é o suficiente para afastar a revelia, sendo indispensável que juridicamente ela exista. Contestação intempestiva, por exemplo, não impede a revelia do réu[547], já tendo o Superior Tribunal de Justiça resolvido que contestação endereçada e protocolizada em juízo diverso e distante daquele no qual tramita o feito não evita a revelia[548].

O conceito de revelia está previsto no art. 344 do Novo CPC e mais uma vez, como fazia o art. 319 do CPC/1973, incorre no erro

de confundir a revelia com o seu principal efeito: a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

De qualquer modo, o dispositivo é melhor que o art. 319 do CPC/1973 porque é expresso ao prever que a revelia decorre da ausência de contestação, ainda que pudesse ter sido mais claro quanto à qualificação de ausência jurídica da defesa do réu.

Acredito que a redação dada ao art. 344 do Novo CPC tornará ainda mais difícil se concordar com doutrina minoritária que, sob a égide do diploma processual revogado, defendia que a revelia, na realidade, era ausência jurídica de resposta do réu, de forma que, apresentada qualquer espécie de resposta, o réu não seria revel[549]. Ao que parece, essa parcela da doutrina confunde revelia com seus efeitos, não compreendendo que é plenamente possível um réu revel apresentar outras espécies de resposta que não a contestação, evitando assim a geração dos efeitos da revelia, mas não o seu estado de revel[550].

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir na vigência do CPC/1973 que o réu que deixa de contestar é revel, ainda que tenha apresentado reconvenção, hipótese, entretanto, em que não haverá a presunção de veracidade dos fatos[551]. Uma bela lição de distinção entre a revelia e os seus efeitos.

Entendo que o conteúdo da revelia não pode ser confundido com os seus efeitos, até porque, conforme autorizada doutrina, conceito é o que está dentro e efeito é aquilo que se projeta para fora, de maneira que é impossível confundir um com o outro. Sendo

a revelia uma questão de fato gerada pela ausência jurídica de contestação, não guarda maior interesse o seu conceito, sendo muito mais relevante o estudo de seus efeitos. Como já afirmado, é plenamente possível existência de revelia que não gere nenhum dos efeitos programados pela lei, o que, entretanto, não será o suficiente para afastá-la do caso concreto[552].

19.2. EFEITOS

A melhor doutrina costuma apontar três efeitos para a revelia:

(a) os fatos alegados pelo autor são reputados verdadeiros;

(b) desnecessidade de intimação do réu revel;

(c) julgamento antecipado do mérito (art. 355, II, do Novo CPC).

19.2.1. FATOS ALEGADOS PELO AUTOR SERÃO REPUTADOS VERDADEIROS

A ausência jurídica de resistência do réu diante da pretensão do autor faz com que o juiz repute verdadeiros os fatos alegados pelo autor, sendo comum entender que nesse caso a lei permite ao juiz presumir a veracidade dos fatos diante da inércia do réu. O entendimento de que existe uma confissão ficta na revelia é duramente criticado pela melhor doutrina, que afirma corretamente que a omissão do réu não pode ser entendida como a concordância tácita a respeito dos fatos alegados pelo autor. No direito não é aplicado o brocardo popular "*quem cala consente*"; no direito "*quem cala, cala*". Os fatos são dados como verdadeiros porque existe uma expressa previsão legal nesse sentido, sendo irrelevantes as razões da omissão do réu revel[553].

Reputam-se verdadeiros somente os fatos alegados pelo autor, de forma que a matéria jurídica naturalmente estará fora do alcance desse efeito da revelia. Aplicando-se o princípio do *iura novit curia* – o juiz sabe o direito –, é inadmissível a vinculação do magistrado à fundamentação jurídica do autor somente porque o réu não contesta a demanda, tornando-se revel[554]. Daí por que incompreensível a determinação de desentranhamento da contestação dos autos quando ocorre a revelia, sendo certo que o juiz poderá se aproveitar dos fundamentos jurídicos de defesa apresentados pelo réu em sua contestação viciada[555]. A exclusão da matéria de direito da presunção gerada pela revelia é o que explica o julgamento de improcedência do pedido do autor mesmo sendo revel o réu e ocorrendo a presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial no caso concreto.

A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, certamente o efeito mais importante da revelia, é meramente relativa[556], podendo ser afastada no caso concreto – em especial, mas não exclusivamente – nas hipóteses previstas expressamente pelo art. 345 do Novo CPC. Ao afirmar que a presunção de veracidade é relativa, é importante notar que o seu afastamento no caso concreto não permite ao juiz a conclusão de que a alegação de fato não é verdadeira. Não sendo reputados verdadeiros os fatos discutidos no caso concreto, o autor continua com o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, sendo concedido a ele o prazo de 15 dias para especificação de provas (art. 348 do Novo CPC).

Há quatro hipóteses previstas nos incisos do art. 345 do Novo CPC em que a revelia não gerará a presunção de veracidade dos

fatos alegados pelo autor.

No inciso I do dispositivo ora analisado há previsão de que não se reputarão verdadeiros os fatos alegados pelo autor sempre que, havendo litisconsórcio passivo, um dos réus contestar a demanda. É claro que o litisconsorte que contestou a demanda não é revel, sendo, entretanto, aquele que não contestou. O dispositivo legal deve ser interpretado levando-se em conta o art. 117 do Novo CPC, que versa genericamente acerca do tratamento procedimental dos litisconsortes. A aplicação do benefício previsto no inciso I do art. 345 do Novo CPC depende, num primeiro momento, da espécie de litisconsórcio passivo formado na demanda e, depois, dependendo da espécie de litisconsórcio, da análise do conteúdo da contestação.

Tratando-se de *litisconsórcio unitário*, no qual a decisão obrigatoriamente será de mesmo teor para todos os litisconsortes, não resta nenhuma dúvida de que a contestação apresentada por um dos réus aproveitará aos demais. No caso de *litisconsórcio simples*, no qual a decisão poderá ter diferente teor para os litisconsortes, o afastamento do efeito mencionado no art. 344 do Novo CPC dependerá do caso concreto, só se verificando quando houver entre os litisconsortes uma identidade de matéria defensiva, ou seja, que a contestação apresentada por um dos réus tenha como teor as matérias de defesa que comporiam a contestação não oferecida do litisconsorte revel. Sendo apresentada contestação com matéria de defesa de exclusivo interesse do réu que a apresentou, os fatos que prejudiquem somente o réu revel poderão ser presumidos verdadeiros[557].

> Marilena ingressa com demanda de reparação de danos contra a Garzia & Munte e seu funcionário Nelson, alegando que Nelson dirigia caminhão da empresa e que, durante o exercício de suas funções, passou no farol vermelho e a atropelou. São dois fatos, portanto, alegados por Marilena: Nelson dirigir um caminhão da Garzia & Munte durante seu expediente e ter passado no farol vermelho, o que causou o acidente. Nelson é revel, tendo sido apresentada contestação somente pela Garzia & Munte, sendo que a aplicação do art. 345, I, do Novo CPC dependerá do teor dessa defesa. A Garzia & Munte contestou o fato de que Nelson estivesse em seu horário de expediente, acusando-o de furtar o veículo do pátio no dia de sua folga, e, além disso, alegou que o farol estava verde no momento do acidente, acusando Marilena de ter se jogado na frente do veículo. É óbvio que nesse caso a defesa da Garzia & Munte favorece Nelson e o art. 345, I, do Novo CPC deve ser aplicado. Por outro lado, se na contestação da Garzia & Munte tiver sido alegado tão somente que o veículo foi furtado de seu pátio, essa defesa em nada favorece Nelson, o réu revel. Será, nessa hipótese, legítimo reputar como verdadeiro o fato de o farol estar vermelho no momento do acidente.

Diz o art. 345, II, do Novo CPC que não se reputam os fatos verdadeiros na revelia se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. Em razão da natureza não patrimonial de alguns direitos, não se permite ao juiz dispensar o autor do ônus probatório ainda que o réu seja revel. A indisponibilidade do direito é a justificativa para impedir o juiz que repute como verdadeiros os fatos diante da revelia da *Fazenda Pública*, aplicando-se ao caso concreto o princípio da prevalência do interesse coletivo perante o direito individual e a indisponibilidade do interesse público[558].

O art. 345 III, do Novo CPC afasta a presunção de veracidade sempre que a petição inicial não estiver acompanhada do

instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato. Trata-se de documentos cuja ausência proíbe que o juiz os considere verdadeiros, daí a ser imprescindível a sua juntada aos autos. Muitos desses documentos podem representar documentos indispensáveis à propositura da demanda (art. 320 do Novo CPC), mas nesse caso serão exigidos do autor já no momento da propositura da demanda. O dispositivo ora analisado trata de documentos indispensáveis à prova do ato alegado, mas não à propositura da demanda, porque mesmo sem eles o juiz tem condições de julgar o mérito da demanda.

> Guilherme ingressa com ação de inventário em razão do falecimento de Jonas, sendo indispensável à propositura dessa demanda a juntada da certidão de óbito, sem o que o inventário não poderá prosseguir. Circunstância diferente verifica-se quando Guilherme ingressa com demanda indenizatória contra Jussara e em argumentação fática alega que Jonas faleceu. Nesse caso, o julgamento de mérito poderá ser feito sem a prova do fato, mas, para que o juiz considere em suas razões do decidir que Jonas realmente faleceu, é indispensável a juntada ao processo da sua certidão de óbito.

Nunca teve fundamento a exigência de o juiz presumir como verdadeiros fatos inverossímeis (fatos que não aparentam ser verdadeiros), exclusivamente em razão da revelia do réu. Tendo o juiz a impressão de que os fatos não são verdadeiros, aplicando no caso concreto as máximas de experiência, sempre pareceu mais adequado exigir do autor a produção da prova, afastando no caso concreto o efeito da revelia previsto no art. 319 do CPC/1973[559]. Tratava-se da melhor solução, bastando para fundamentá-la imaginar o autor alegando que transportou objetos com a força da

mente, ou ainda que praticou atos que as próprias leis da natureza desmentem (que saltou um rio de 50 metros de largura, que ficou submerso por 30 minutos, que percorreu a pé uma distância de 20 km em 10 minutos etc.). Gerando-se no espírito do julgador o sentimento de improbabilidade do fato narrado ter efetivamente ocorrido, não havia como reputá-lo verdadeiro, mesmo não havendo nesse sentido qualquer previsão legal no diploma processual revogado.

Em razão do exposto deve ser elogiado o art. 345, IV, do Novo CPC, que traz uma quarta hipótese de revelia sem que os fatos alegados pelo autor sejam presumidos verdadeiros: as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos. Como se pode notar pelo dispositivo legal, além da inverossimilhança da alegação, também não haverá a presunção de veracidade quando as alegações, apesar de verossímeis, contrariarem a prova constante dos autos.

Nessa nova hipótese de afastamento do principal efeito da revelia, a prova constante dos autos só pode ser aquela produzida pelo autor com a petição inicial (prova pré-constituída), porque, se o juiz entender que o efeito se opera, julgará antecipadamente o mérito da ação. Por outro lado, caso determine ao autor a especificação de provas, já terá afastado a presunção de veracidade dos fatos, impondo ao autor o ônus de provar suas alegações de fato. Diante de tal cenário, é de presumir que terá pouca incidência na praxe forense, porque dependerá de prova produzida pelo autor contrária às suas alegações de fato constantes da petição inicial.

Por outro lado, defende acertadamente autorizada doutrina que

não se reputam verdadeiros os fatos sempre que tenham sido legalmente impugnados, sendo irrelevante o sujeito responsável pela impugnação ou a forma pela qual ela ocorreu. É claro que o réu é o legitimado tradicional para impugnar as alegações do autor, e o momento mais adequado para isso é a contestação. Na revelia, não haverá contestação – ao menos do ponto de vista jurídico –, mas é possível que um terceiro interveniente dentro do prazo legal de manifestação realize a impugnação do fato alegado pelo autor, como no caso do denunciado à lide ou do chamado ao processo. É o que basta para não se aplicar a regra da presunção de veracidade. Por outro lado, o réu poderá não apresentar contestação – revelia – mas outras formas de resposta, sendo admissível que a impugnação dos fatos alegados pelo autor seja realizada em alguma dessas outras formas de resposta. Numa reconvenção[560], impugnação ao valor da causa ou exceção de incompetência, por exemplo, poderá o réu impugnar o fato alegado pelo autor, e, mesmo sendo um réu revel por não ter contestado, os fatos devidamente impugnados não serão presumidos verdadeiros[561].

19.2.2. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO RÉU REVEL

Diz o art. 346, *caput*, do Novo CPC que contra o revel que não tenha patrono nos autos os prazos fluirão da data de publicação de cada ato decisório no órgão oficial. Importante notar que para a geração desse efeito – dispensa de intimação – não basta que o réu seja revel, sendo também indispensável que não esteja representado por patrono nos autos. Decorrendo a revelia da inexistência jurídica da contestação, é possível imaginar um réu revel que não suporte em nenhum momento da demanda o efeito ora tratado. Basta

imaginar um réu que junta procuração nos autos no prazo de resposta e protocola a contestação fora do prazo. Em razão da intempestividade da defesa, o réu será considerado revel, mas, como já tem patrono constituído dos autos desde o momento da apresentação da defesa, será rigorosamente intimado de todos os atos processuais[562]. Por outro lado, admitindo-se a intervenção no processo do réu revel a qualquer momento, a partir do ingresso terá patrono constituído, devendo ser, também a partir de seu ingresso, intimado de todos os atos processuais.

Uma divergência clássica se referia à intimação/publicação da sentença quando o réu era revel, existindo três correntes doutrinárias a respeito do tema: (a) dispensa de publicação na imprensa oficial, com início do prazo recursal a partir do momento em que a sentença se torna pública[563]; (b) necessidade de intimação pessoal do réu revel[564]; (c) necessidade de publicação da sentença na imprensa oficial[565].

Ocorre, entretanto, que nem toda intimação de ato processual se dá por meio de publicação no *Diário Oficial*, sendo questionável o acerto da previsão contida no art. 346 do Novo CPC para tais hipóteses. O autor sai intimado de atos praticados em audiência, mas, se o réu é revel, deve haver publicação no *Diário Oficial*? Se o autor for intimado pessoalmente do ato processual, em razão de sua especial qualidade ou de particularidade do caso concreto, será necessária a publicação em *Diário Oficial*? Entendo que nesses casos será inaplicável o artigo ora analisado e o prazo para o réu terá sua contagem iniciada com a intimação do autor.

Por outro lado, a intimação do réu nem sempre decorre de uma decisão, podendo se limitar a chamá-lo a fazer ou deixar de fazer algo porque assim prevê o procedimento, e não porque há uma decisão judicial nesse sentido. No máximo haverá um despacho, e essa circunstância não está coberta pelo art. 346 do Novo CPC. Contudo, se o ato a ser praticado não é postulatório, ainda que independa de intimação para o autor, não vejo como dispensar a intimação para o réu revel sem patrono constituído, até porque, se o ato é postulatório, a intimação deve ser feita na pessoa do advogado, que, nesse caso, não existe, mas para atos pessoais a intimação deve ser pessoal. Para evitar tais questionamentos, bastaria ao dispositivo manter expressa a regra pela dispensa da intimação do réu revel sem advogado constituído, mas a omissão legal não será suficiente para afastar tal efeito da revelia nessas situações.

A melhor doutrina lembra que determinadas hipóteses de intimação pessoal do réu exigirão a intimação pessoal do réu revel, como a intimação para prestar depoimento pessoal e exibir documentos[566], em entendimento totalmente aplicável à luz do Novo Código de Processo Civil.

19.2.3. JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO

Em criticada regra, o art. 330, II, do CPC/1973 previa que uma das hipóteses de julgamento antecipado da lide era a revelia. Mais uma vez o legislador indevidamente confundia a revelia com os seus efeitos, o que ficava claro com a previsão do art. 324 do CPC/1973, que determinava a especificação de provas quando o juiz, apesar da revelia do réu, não presumisse os fatos como

verdadeiros. Mesmo diante do texto legal já se notava que não bastava a revelia para que fosse aplicado o art. 330, II, do CPC/1973, sendo indispensável que o juiz presumisse os fatos alegados pelo autor como verdadeiros, o que tornaria a fase probatória desnecessária, condição indispensável ao julgamento antecipado da lide.

O problema foi superado pela redação do art. 355, II, do Novo CPC, que prevê tal forma de julgamento somente na hipótese de revelia com presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. O dispositivo vai ainda mais longe, prevendo que o julgamento antecipado também não será admitido se o réu, fazendo-se representar nos autos a tempo, requerer a produção de provas. Nesse caso, houve exagero do legislador porque o réu revel só terá tempo hábil se o juiz não tiver presumido verdadeiros os fatos e intimado o autor para especificar as provas.

19.3. MODIFICAÇÃO OBJETIVA DA DEMANDA

Previa o art. 264 do CPC/1973 que o autor podia livremente modificar sua causa de pedir e pedido até a citação do réu; após a citação e até o momento de saneamento do processo essa mudança dependia de concordância do réu; após o saneamento a modificação era vedada, mesmo que existisse concordância do réu.

No processo em que se verificasse a revelia, previa o art. 321 do CPC/1973 que o autor, desde que realizada nova citação do réu, poderia alterar o pedido, causa de pedir e demandar declaração

incidente, sendo nesse caso assegurado um novo prazo de resposta ao réu. Não parecia feliz a redação do dispositivo legal porque, se o réu era revel, significava que já fora citado, ou seja, já estava integrado à relação jurídica processual, não sendo necessário realizar uma nova citação em razão da alteração objetiva da demanda. Bastaria uma intimação pessoal informando-o da alteração e abrindo um novo prazo de resposta[567].

Concedida uma nova oportunidade de resposta ao réu revel em razão de sua segunda citação no processo, e efetivamente contestada a demanda, naturalmente o réu deixaria de ser revel. É certo que não poderia nessa oportunidade impugnar matérias que deveria ter impugnado após a sua primeira citação, não sendo essa segunda oportunidade de defesa uma nova chance de impugnar matérias já atingidas pela preclusão em razão de sua revelia diante da primeira citação. A defesa estaria, portanto, limitada ao objeto da alteração objetiva realizada pelo autor. De qualquer forma, ainda que o réu não pudesse realizar uma impugnação completa da pretensão do autor, a mera presença de uma contestação no processo fazia com que o réu não pudesse mais ser considerado revel.

A doutrina era pacífica no tocante à limitação do objeto de defesa do réu revel após sua segunda citação ao objeto da alteração objetiva da demanda. É preciso perceber, entretanto, que ao depender da espécie de modificação, o réu, mesmo se limitando em sua defesa ao objeto da alteração objetiva, poderia impugnar fatos que fundamentavam a pretensão originariamente postulada pelo autor, o que afastaria o único efeito da revelia que ainda poderia ser

gerado, a presunção de veracidade dos fatos. Basta imaginar uma ampliação do pedido, quantitativa ou qualitativa, mantendo-se a mesma causa de pedir. O réu, citado pela segunda vez, em tese se limitaria ao objeto da alteração, mas, como não houve alteração da causa de pedir, para impugnar a nova pretensão poderia impugnar os mesmos fatos que fundamentam tanto a nova como a originária pretensão do autor. Nesses casos, ainda que a defesa do réu se limitasse ao objeto de alteração, seriam afastados todos os efeitos da revelia no caso concreto.

> Cibele ingressa com demanda de reparação de danos materiais contra Alarico, pleiteando R$ 5.000,00 de danos emergentes. Sendo Alarico revel, Cibele adita sua petição inicial, passando a pleitear R$ 10.000,00 de danos emergentes e R$ 4.000,00 de lucros cessantes. Citado novamente, Alarico ingressa na demanda e apresenta contestação nos limites da alteração objetiva realizada por Cibele, sendo natural que, além de impugnar os R$ 5.000,00 a mais a título de danos emergentes e o pedido de lucros cessantes, possa impugnar os fatos constitutivos do direito de Cibele, narrados originariamente na petição inicial. Com isso, será afastada a presunção de veracidade dos fatos. Situação diferente ocorreria se Cibele ampliasse as causas de pedir, mantendo o mesmo pedido; na petição inicial alega a embriaguez de Alarico como fator do acidente automobilístico e pleiteia a condenação em danos materiais. Diante da revelia, Cibele adita a inicial e alega também que Alarico estava na contramão no momento do acidente. Nesse caso, mesmo que Alarico compareça no processo depois de sua segunda citação, só poderá impugnar o fato de estar na contramão, sendo legítimo ao juiz presumir como verdadeira a alegação de embriaguez.

O Novo Código de Processo Civil não tem dispositivo que preveja a matéria tratada pelo art. 321 do CPC/1973. Quanto à

propositura da ação declaratória incidental, compreende-se a omissão porque essa espécie de ação desaparece no Novo Código de Processo Civil, ainda que o art. 503 § 1.º, II, tenha condicionado a coisa julgada material da solução da questão prejudicial ao contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia. Entretanto, com relação à mudança objetiva da demanda, o silêncio do legislador não se justifica, ainda mais se for considerado que as regras da estabilização objetiva da demanda foram mantidas pelo art. 329 do Novo CPC.

Apesar da omissão legislativa, é no mínimo complicado admitir que, depois da revelia, o autor modifique o objeto da demanda sem que o réu tenha conhecimento e possa se defender. O problema é que, sem uma regra específica a esse respeito e com a dispensa da citação do réu revel diante de tal alteração, poderá o réu ser derrotado por causa de pedir que não lhe chegou ao conhecimento ou mesmo ser condenado por pedido por ele desconhecido.

A violação ao princípio do contraditório nesse caso exige dos juízes no caso concreto uma atuação fora da mera interpretação das normas que regulamentam a revelia no Novo Código de Processo Civil, de forma que ao menos uma intimação pessoal do réu a respeito da mudança objetiva da demanda realizada pelo autor após sua revelia deve ocorrer, sob pena de grave violação ao princípio do contraditório.

19.4. INGRESSO DO RÉU REVEL NO PROCESSO

Correta lição doutrinária afirma que faz parte do passado o entendimento de que a revelia constitui um ato de ofensa do réu com o Poder Judiciário, por demonstrar seu pouco caso com a atuação jurisdicional. Durante certo tempo da história, a repulsa a esse comportamento gerava inclusive a ida à força do réu ao processo, pois entendia-se inconcebível o réu não responder ao chamado jurisdicional. Isso tudo faz parte do passado, porque atualmente não se encara a revelia como um ato de afronta ou pouca consideração com o Poder Judiciário, sendo diversas as razões que levam um réu a ser revel, e todas elas irrelevantes. Como elegante expressão doutrinária afirma, o réu revel não é um delinquente, mas um mero ausente, não devendo ser punido de nenhuma forma em razão de seu estado de revelia.

Diante dessa constatação, o réu revel é bem-vindo ao processo, podendo dele passar a participar a qualquer momento. Segundo o art. 346, parágrafo único, do Novo CPC, o revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo o processo no estado em que se encontrar. Significa dizer que, apesar de o réu revel ser bem-vindo, permitindo-se o seu ingresso a qualquer momento do processo, essa intervenção tardia deve respeitar as regras de preclusão, de forma que não se admitirá o retrocesso procedimental. O réu revel terá participação garantida a partir do momento de sua intervenção, mas atos processuais passados, já protegidos pela preclusão, não poderão ser repetidos ou praticados originariamente.

A regra formulada à luz das preclusões judiciais parece ser de fácil compreensão; do passado nada se altera, suportando o réu revel as consequências de sua ausência; do futuro participará

ativamente o réu revel.

19.4.1. PARTICIPAÇÃO DO RÉU REVEL NO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

No campo probatório, entretanto, a aparente simplicidade da regra prevista no art. 346, parágrafo único, do Novo CPC pode esconder algumas complicações. Naturalmente a regra continua a ser aplicada, mas é imprescindível para fixar o seu exato alcance a percepção de que a prova surge no processo mediante um procedimento probatório, sendo a participação do réu revel condicionada ao momento desse procedimento probatório quando ingressa no processo[568]. A Súmula 231 do Supremo Tribunal Federal permite a produção de prova pelo réu revel, mas há limitações que dependem do momento de ingresso no processo.

Na tentativa de solucionar os dilemas surgidos quanto à participação do réu revel na instrução probatória, o Novo CPC prevê em seu art. 349 que ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção. A regra está posta, mas cabe à doutrina esmiuçá-la.

19.4.1.1. Provas causais

Provas causais são as produzidas dentro do processo, durante seu procedimento, como ocorre com a prova testemunhal e a prova pericial. Para essas provas, o procedimento probatório é dividido em quatro fases:

(a) propositura,

(b) admissibilidade;

(c) produção, fase dividida em preparação e realização; e

(d) valoração.

A propositura das provas deve ser feita no primeiro momento em que as partes falam nos autos; o autor na petição inicial (art. 319, VI, do Novo CPC) e o réu na contestação (art. 336 do Novo CPC). Como se pode notar, o réu revel é aquele que não contesta, e sendo esse o momento procedimental para o réu requerer a produção de provas, é natural que, qualquer que seja o momento de ingresso do réu revel no processo, ele não poderá propor a produção de prova. Registre-se posição doutrinária que entende possível ao réu revel requerer provas, desde que compareça ao processo no prazo de especificação de provas. Embora a especificação de provas, nos termos do art. 348 do Novo CPC, seja dirigida ao autor, essa parcela doutrinária entende que também o réu poderá especificar as provas, ainda que não as tenha pedido na contestação.

Após a propositura da prova, o juiz analisará a sua admissibilidade, tarefa em regra realizada no saneamento do processo, seja por meio de decisão escrita, seja por meio de audiência preliminar. Caso o réu revel ingresse no processo antes do juízo de admissibilidade, será facultado a ele impugnar as provas requeridas pelo autor e influenciar o convencimento do juiz na análise de sua admissibilidade.

Na fase de produção da prova existe uma divisão procedimental entre a preparação e a realização. Numa prova testemunhal, os atos de arrolar uma testemunha e de intimação são atos de preparação, enquanto a oitiva em audiência é ato de

realização. Numa prova pericial, a indicação de quesitos e de assistente técnico faz parte do momento preparatório, ao passo que a resposta desses quesitos pelo perito faz parte da realização. O importante é entender que no momento de preparação a prova já está sendo produzida. Caso o réu revel ingresse na demanda antes do momento de preparação da prova, poderá livremente dela participar, sendo essa a razão pela qual se admite ao réu revel arrolar testemunhas e indicar quesitos e assistentes técnicos. Note-se que em tese o réu revel não pode pedir a produção de prova testemunhal ou pericial, mas, tendo sido deferidos tais meios de prova pelo juiz – em razão de pedido do autor ou de ofício –, o réu revel poderá participar de sua preparação, desde que ingresse no processo em momento adequado para tanto. Caso o réu revel ingresse no processo depois do momento de preparação, mas antes da realização, poderá desse segundo momento ativamente participar, como comparecer à audiência, contraditar e fazer perguntas às testemunhas, como também impugnar o laudo pericial e requerer a presença do perito em audiência para o esclarecimento de dúvidas[569].

Por fim, a fase da valoração, realizada pelo juiz em sua sentença. Tendo o réu revel ingressado na demanda após a produção da prova, restará a ele a impugnação da prova já produzida, na tentativa de influenciar o juiz na formação de seu convencimento. O mesmo poderá fazer se ingressar no processo dentro do prazo de apelação.

19.4.1.2. Provas pré-constituídas

Provas pré-constituídas são aquelas formadas fora do processo,

sendo o exemplo clássico a prova documental. O procedimento probatório dessa espécie de prova é dividido em três fases:

(a) propositura e produção;

(b) admissibilidade;

(c) valoração.

Já existindo a prova fora do processo, como ocorre com a prova documental, caberá ao autor na petição inicial e ao réu na contestação não só requererem a sua produção, mas produzirem-na nesse momento procedimental. Diante dessa regra, seria correta a conclusão de que o réu revel nunca poderá produzir prova préconstituída, considerando-se que o seu ingresso na demanda sempre se dará após o momento de ausência jurídica de contestação? A resposta é afirmativa, mas deve ser dada com extrema cautela. O art. 435 do Novo CPC prevê uma série de hipóteses em que se admitirá a juntada de documentos após a petição inicial e a contestação, exigindo que a juntada extemporânea seja analisada à luz do princípio da boa-fé consagrada no art. 5º do Novo CPC.

Ao menos no tocante à preservação da boa-fé, para o réu revel será mais fácil o seu preenchimento do que para um réu que contesta. Não tendo apresentado a contestação, momento adequado para a produção da prova documental, será difícil acreditar que a juntada posterior de documento tenha sido fruto de uma manobra de má-fé por parte do réu revel.

Quanto às fases de admissibilidade e de valoração da prova pré-constituída, aplicam-se integralmente os comentários feitos no

tópico anterior quanto às provas causais.

20. PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES E JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

Sumário: 20.1. Providências preliminares – 20.2. Julgamento conforme o estado do processo 20.2.1.Introdução: 20.2.2. Extinção do processo sem a resolução do mérito; 20.2.3.Extinção do processo com a resolução do mérito, fundada no art. 487, II e III, do Novo CPC; 20.2.4. Julgamento antecipado do mérito – 20.2.5. Julgamento antecipado parcial do mérito; 20.2.6. Saneamento e organização do processo.

20.1. PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES

Segundo o art. 347 do Novo CPC, findo o prazo para a contestação, o juiz tomará, conforme o caso, as providências preliminares previstas em lei. O dispositivo é substancialmente igual ao art. 323 do CPC/1973 que, entretanto, era superior ao prever que as providências preliminares seriam tomadas após o prazo de resposta do réu. A confusão entre gênero e espécie foi devidamente afastada em várias passagens do Novo CPC, mas, infelizmente, no art. 344 modificou-se errando aquilo que no diploma processual revogado estava corretamente previsto.

Como já ocorria no CPC/1973, no Novo Código de Processo Civil as providências preliminares não constituem uma fase obrigatória do procedimento, dependendo sua existência das

circunstâncias do caso concreto.

Na hipótese de o réu ser revel, a postura a ser adotada pelo juiz dependerá da geração ou não do principal efeito da revelia. Sendo presumidos verdadeiros os fatos alegados pelo autor, será caso de julgamento antecipado do mérito, nos termos do art. 355, II, do Novo CPC. Não sendo presumidos os fatos como verdadeiros, aplica-se o art. 348 do Novo CPC, com a determinação ao autor para que especifique as provas que pretende produzir, se ainda não as tiver indicado.

Mantendo a tradição omissiva do art. 324 do CPC/1973, o art. 348 do Novo CPC deixa de prever expressamente o prazo para a especificação de provas. Como para as outras espécies de providência preliminar há previsão expressa de quinze dias, entendo que para preservar a homogeneidade dessas reações do autor reunidas no capítulo ora analisado também assim o seja na especificação de provas.

Interessante notar que o art. 348 do Novo CPC, em sua interpretação literal, tem aplicação tão somente na hipótese de revelia do réu, da mesma forma como ocorria com o art. 324 do CPC/1973. Ocorre, entretanto, que com a aceitação doutrinária e jurisprudencial dos pedidos genéricos de produção de prova na petição inicial e na contestação do procedimento ordinário, que não deve se alterar com o novo diploma processual, o art. 348 do Novo CPC continuará a ser aplicado de forma ampliativa como era seu antecessor, permitindo que o juiz determine às partes a especificação de provas mesmo diante de réu não revel. Como o juiz não sabe exatamente o que as partes pretendem produzir em

termos probatórios, determina a especificação de provas em qualquer situação, ampliando-se consideravelmente na praxe forense o âmbito de aplicação do art. 324 do CPC/1973 em realidade que deve se repetir na aplicação do art. 348 do Novo CPC.

O art. 349 do Novo CPC versa sobre a participação do réu revel no procedimento probatório na hipótese de o juiz determinar a intimação do autor a especificar as provas que pretende produzir. O tema é devidamente enfrentado no Capítulo 19, item 19.4.1.

A segunda providência preliminar prevista pelo Código de Processo Civil consiste na réplica, oportunidade de manifestação aberta ao autor sempre que o réu alegar em sua contestação *defesa de mérito indireta* e/ou *defesa processual*. Nessas duas espécies de matéria defensiva, o réu traz uma novidade ao processo, tanto quando alega um fato novo impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, como quando alega uma defesa preliminar, naturalmente não narrada pelo autor em sua petição inicial.

No tocante à alegação pelo réu de preliminares em sua contestação, o art. 352 do Novo CPC prevê que caso o juiz verifique a existência de irregularidades ou vícios sanáveis, determinará sua correção em prazo nunca superior a trinta dias. A regra já constava do art. 327 do CPC/1973 e se refere às defesas processuais dilatórias potencialmente peremptórias, devidamente analisadas no Capítulo 18, item 18.2.2.1.3.

Como se pode notar, a réplica é manifestação do princípio do *contraditório*, exigindo-se a oitiva do autor a respeito de matérias

novas do processo que podem ser determinantes para a decisão judicial. Na praxe forense, entretanto, percebe-se uma indevida generalização da réplica, abrindo-se prazo para manifestação do autor a respeito da contestação mesmo quando essa resposta do réu seja fundada tão somente em defesa de mérito direta. Tal postura, além de contrariar o texto legal, não encontra nenhuma justificativa plausível, devendo ser criticada. Isso quando o juiz não abre prazo para a tréplica, e assim por diante.

20.2. JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

20.2.1. INTRODUÇÃO

Ultrapassada a fase das providências preliminares, ainda que nenhuma delas tenha sido necessária, o processo chega a uma nova fase, em que o juiz proferirá uma decisão, que pode ser interlocutória ou sentencial. Nesse momento, abrem-se quatro caminhos possíveis ao juiz, sendo que em três deles o processo será extinto por sentença e em outro a decisão terá natureza saneadora, com o prosseguimento da demanda e o ingresso na fase probatória. Trata-se da fase do “julgamento conforme o estado do processo”.

Entre os cinco caminhos previstos pelo Código de Processo Civil está a extinção do processo sem a resolução do mérito (art. 354, *caput* do Novo CPC); extinção do processo com a resolução do mérito, desde que a sentença se fundamente no art. 487, II e III, do Novo CPC (art. 354, *caput* do Novo CPC); julgamento antecipado do mérito (art. 355 do Novo CPC); julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC) e prolação de

decisão saneadora (art. 357 do Novo CPC).

20.2.2. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO

Trata-se de norma legal ligada ao princípio da *economia processual*, determinando que, se o juiz perceber a inutilidade da continuação do processo, em razão de vício formal insanável, deve determinar a extinção do processo sem a resolução do mérito. É preciso afirmar que a maioria dos casos previstos pelo art. 485 do Novo CPC, e repetidos pelo art. 337 do mesmo diploma processual, e que fundamentam essa espécie de extinção do processo, poderia ter sido objeto de apreciação de ofício anterior ao momento procedimental ora analisado.

É inegável, por exemplo, que uma ilegitimidade de parte, percebida pelo juiz na leitura da peça inicial, gerará seu indeferimento, com a consequente extinção do processo sem a resolução do mérito. Nesse caso, evidentemente, não haverá oportunidade para a fase de julgamento conforme o estado do processo, visto que o mesmo terá atingido seu fim num momento processual bem anterior a tal fase. Por outro lado, se a ilegitimidade de parte for percebida somente após a manifestação do réu em sua defesa, deverá o juiz, aí sim, nesse momento, extinguir o processo sem a resolução do mérito. Como a matéria é de ordem pública e por isso não é atingida pela preclusão, mesmo após esse momento procedimental o processo poderá ser extinto sem a resolução de mérito.

O Novo Código de Processo Civil traz novidade em seu art. 354, parágrafo único, importante regra quanto ao cabimento do

agravo de instrumento diante de decisão terminativa (art. 485) ou de mérito (art. 487, II e III) que resolver apenas parcela do processo. A redação do dispositivo não merece elogios porque sugere a existência de uma extinção parcial do processo, o que é algo rejeitado historicamente pela melhor doutrina. Seria como falar em mulher meio grávida ou funcionário público meio honesto...

Por outro lado, contraria o próprio conceito de sentença previsto no art. 203, § 1º, do Novo CPC, para o qual será sentença o pronunciamento do juiz que, com fundamento nos arts. 485 e 487 do Novo CPC, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Um julgamento terminativo de parcela do processo não tem capacidade de extinguir o processo ou uma de suas fases, o que necessariamente o transforma em decisão interlocutória, que, nos termos do art. 203, § 2.º, do Novo CPC, é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadra no conceito de sentença.

Da forma como ficou redigido o dispositivo ora comentado, passaríamos a ter, por expressa previsão legal, uma sentença recorrível por agravo de instrumento. Teria sido mais cuidadoso o legislador se tivesse expressamente previsto que a decisão terminativa que diga respeito a apenas parcela do processo é interlocutória, recorrível por agravo de instrumento, aliás, exatamente como ocorre no CPC/1973.

Outra crítica deve ser dirigida à desnecessidade de previsão específica de cabimento de agravo de instrumento da decisão que resolve parcela do mérito no momento do julgamento conforme o estado do processo, em razão de prescrição ou decadência (art. 487,

II, do Novo CPC) ou homologatória de autocomposição (art. 487, III, “b” do Novo CPC). Nos termos do art. 1.015, II, do Novo CPC é cabível agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre o mérito da causa, sendo tal previsão suficiente para tutelar as hipóteses de julgamento parcial de mérito previstas no art. 354, parágrafo único, do Novo CPC.

Trata-se da consagração da sentença parcial de mérito, ainda que recorrível por agravo de instrumento por expressa indicação legal. Ocorre, entretanto, que as mesmas críticas já feitas quanto à decisão terminativa parcial também se aplicam à decisão parcial de mérito.

Quanto à natureza jurídica da decisão, que o art. 354, parágrafo único do Novo CPC sugere ser uma sentença recorrível por agravo de instrumento, já foi afirmado que o legislador poderia ter tomado mais cuidado de forma a apontar para a natureza interlocutória da decisão. Mesmo diante da redação legal, o Enunciado 103 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) conclui que: “A decisão parcial proferida no curso do processo com fundamento no art. 487, I, sujeita-se a recurso de agravo de instrumento”.

A previsão que trata do cabimento de agravo contra decisão interlocutória terminativa capaz de diminuir – objetiva ou subjetivamente – a demanda tem aplicação em outros momentos procedimentais, além do julgamento conforme o estado do processo. Um exemplo emblemático do afirmado é a extinção da reconvenção por decisão interlocutória terminativa.

20.2.3. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO, FUNDADA NO ART. 487, II E III, DO NOVO CPC

É interessante a opção do legislador em não tratar das hipóteses previstas pelo art. 487, II e III, do Novo CPC, sob o instituto do julgamento antecipado do mérito. Reconhece-se nas previsões dos arts. 354, *caput*, do Novo CPC (extinção pelo art. 487, II e III, do Novo CPC) e 355 do Novo CPC (extinção pelo art. 487, I, do Novo CPC) que somente essa segunda sentença é genuinamente de mérito, daí somente ela poder ser tratada por julgamento antecipado do mérito (aqui entendido como *pedido*).

Seja como for, as hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 487 do Novo CPC, são tratadas também como decisões de mérito, o que gera importantes consequências no tocante à existência de coisa julgada material nessas espécies de sentença. Extingue-se a demanda com resolução de mérito, nos termos do art. 354, *caput*, do Novo CPC, na fase de julgamento conforme o estado do processo, quando houver:

(a) prescrição ou decadência;

(b) homologação de reconhecimento jurídico do pedido, de transação e de renúncia.

É natural que a previsão dessas espécies de sentença de mérito como providências a serem adotadas pelo juiz no momento procedimental do “julgamento conforme o estado do processo” não cria uma limitação temporal para a prolação de tais sentenças. Assim, uma transação ou renúncia, por exemplo, podem gerar a extinção do processo tanto antes quanto depois do julgamento conforme o estado do processo.

20.2.4. JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO

Conforme visto, o art. 354 do Novo CPC prevê dois caminhos ao juiz, ambos levando a extinção do processo, no primeiro caso sem a resolução do mérito e no segundo com resolução do mérito. No art. 355 do Novo CPC, prevê-se mais um caminho que levará à extinção do processo com a resolução do mérito, aplicando-se ao caso concreto sempre que o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor.

O art. 330 do CPC/1973 chamava tal fenômeno processual de "julgamento antecipado da lide", em opção unanimemente criticada pela doutrina, já que o julgamento não era da lide e sim do pedido do autor. O art. 355 do Novo CPC corretamente passa a chamar o julgamento antecipado da lide de julgamento antecipado do mérito, expressamente prevendo que a sentença que julga antecipadamente o mérito é sentença com resolução de mérito. Na realidade, ao mudar o nome da forma de julgamento, ficou exagerada essa repetição, porque, se o julgamento antecipado é do mérito, é óbvio que a sentença será de mérito.

Sendo possível dividir o processo de conhecimento em quatro fases – apesar de não ser essa uma divisão estanque –, o julgamento antecipado do mérito se justifica em razão da desnecessidade da realização da fase probatória. Após a fase postulatória, tem-se a fase de saneamento, seguida da fase instrutória e finalmente a decisória. Não sendo necessária a produção da prova, não haverá a fase probatória, restando um vácuo entre a fase de saneamento e a decisória. Como tal vácuo é obviamente inadmissível, a fase decisória é antecipada para o momento do saneamento, resultando

no julgamento antecipado da lide.

O art. 355 do Novo CPC prevê duas situações que não se confundem, mas que geram o fenômeno acima descrito, ou seja, a desnecessidade da produção probatória:

(a) quando não houver necessidade de produção de outras provas;

(b) quando o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 do Novo CPC e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349 do mesmo diploma legal.

O inciso I do art. 355 do Novo CPC não foi feliz ao prever a primeira hipótese de julgamento antecipado do mérito. Segundo o dispositivo, haverá essa forma de julgamento, se não houver necessidade de produção de outras provas, em previsão que não consegue alcançar todas as circunstâncias que deveria.

Na hipótese, rara é verdade, mas não impossível, de a demanda conter apenas questões de direito, não caberá julgamento antecipado do mérito?

Quando a matéria for exclusivamente de direito, não há objeto a ser tratado na instrução probatória, dado que essa fase se destina à prova dos fatos. A inexistência da narração fática, em situação que basta ao juiz interpretar as normas jurídicas objeto da ação, faz com que seja absolutamente desnecessária a instrução probatória, visto que não haverá o que provar.

E se, apesar de haver alegações de fato, estas não chegarem a se transformar em questões (art. 334 do CPC/1973 e art. 374 do Novo CPC), não haverá julgamento antecipado do mérito?

Acredito que sim. Na hipótese de fatos que não exijam provas (notórios, incontroversos, presumidos), não há necessidade de instrução probatória e por consequência natural o julgamento antecipado do mérito é legítimo.

O que o dispositivo deveria ter previsto, mas não o fez, é que o julgamento antecipado do mérito será cabível sempre que se mostrar desnecessária a instrução probatória após a apresentação de contestação pelo réu. Seja porque só há questões de direito, seja porque as questões de fato independem de prova, quer porque as provas pré-constituídas (geralmente documentos) que instruíram a petição inicial e a contestação são suficientes para a formação do convencimento do juiz.

Apesar de não prever exatamente isso, acredito que deva ser essa a situação a ser considerada para o julgamento antecipado do mérito com fundamento no dispositivo ora analisado.

A melhor doutrina lembra que o juízo de primeiro grau não é o único órgão julgador, visto que o processo poderá ser julgado em sede de apelação. Em razão disso, o juiz de primeiro grau deve evitar dois erros; indeferir provas pertinentes porque já se convenceu em sentido contrário ou ainda indeferir provas porque, em seu entender, a interpretação do direito não favorece o autor. Nesses casos, a interrupção abrupta do processo, sem a realização de provas, constitui cerceamento de defesa, gerando a anulação da sentença e dispêndio desnecessário de tempo e de dinheiro.

A segunda hipótese de julgamento antecipado do mérito, prevista no inciso II do art. 355 do Novo CPC, prevê a condição de

revelia do réu e outros dois requisitos aparentemente cumulativos: o juiz presumir a veracidade dos fatos e não haver pedido do réu de produção de prova.

Acredito que os dois requisitos são na realidade faces de uma mesma moeda, porque se o juiz presumir a veracidade dos fatos julgará antecipadamente o mérito e o réu não terá oportunidade de requerer validamente a produção de provas. Por outro lado, se não for cabível ao caso concreto a presunção de veracidade, aplicar-se-á o previsto no art. 348 do Novo CPC.

Mas reconheço que é possível, apesar de excepcionalíssimo, que haja pedido do réu revel pela produção de prova antes mesmo de o juiz decidir sobre o cabimento do julgamento antecipado do mérito ou da especificação de provas. É natural que após a revelia do réu os autos sejam conclusos para o juiz, que decidirá entre julgar antecipadamente o mérito e determinar ao autor a especificação de provas. E é possível, ainda que extremamente raro, que nesse meio tempo o réu compareça ao processo requerendo a produção de prova. Mais comum será a hipótese de réu que contesta intempestivamente pedindo a produção de prova.

E nessa situação, ainda que extremamente rara, é que surge o problema. Porque se levando ao pé da letra não será cabível o julgamento antecipado do mérito porque, ainda que o juiz presuma verdadeiros os fatos alegados pelo autor, haverá pedido de produção de prova elaborado pelo réu. Acredito ser evidente a possibilidade de julgamento antecipado do mérito nesse caso, porque a presunção ou não da veracidade dos fatos independe de o réu ter ou não pedido a produção de provas. Essa é a única interpretação possível

ao criticável dispositivo legal.

20.2.5. JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

A grande novidade do Novo Código de Processo Civil quanto ao julgamento antecipado do mérito é a previsão expressa de que ele pode ser parcial. Nos termos do art. 356 do novo diploma processual, o juiz decidirá parcialmente o mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados – ou parte deles – mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355 do Novo CPC.

O dispositivo encerra uma considerável polêmica doutrinária quanto à melhor interpretação do art. 273, § 6.º, do CPC/1973. Apesar de prevista como espécie de tutela antecipada no revogado diploma processual, o julgamento parcial do mérito suscitava interessante debate doutrinário: seria realmente uma espécie diferenciada de *tutela antecipada* ou um *julgamento antecipado parcial da lide*?

Havia parte da doutrina que entendia não se tratar de genuína tutela antecipada, mas sim de julgamento antecipado parcial da lide, e, em vez de um parágrafo no art. 273 do CPC/1973, o legislador deveria ter incluído um parágrafo no art. 330 do CPC/1973. Para essa corrente doutrinária, a cognição do juiz, ao decidir parcela da pretensão do autor, era exauriente, fundando-se a decisão em um juízo de certeza. Tratando-se de resolução do mérito fundada em juízo de certeza, a decisão seria apta a gerar coisa julgada material, não podendo ser revogada nem modificada pela decisão final da demanda, sendo inaplicável à espécie o art. 273, § 4.º, do

CPC/1973[570].

Existia outra corrente doutrinária que defendia a natureza de tutela antecipada, afirmando-se que o art. 273, § 4.º, do CPC/1973 era totalmente aplicável à tutela antecipada de parcela incontroversa da pretensão do autor. Para essa corrente doutrinária, apesar de o juízo de verossimilhança ser ainda mais robusto que nas outras espécies de tutela antecipada, o juiz não decidia com fundamento em cognição exauriente, sendo admissível que ao final da demanda reformulasse seu entendimento e revogasse ou modificasse a decisão concessiva de tutela antecipada[571].

Diante da realidade legislativa imposta pelo revogado Código de Processo Civil, entendia-se que a opção do legislador em qualificar o julgamento de parcela da pretensão quando incontroversa era determinante para a solução do impasse doutrinário. Defendia-se ser possível a criação do fracionamento do julgamento de mérito por meio da admissibilidade de julgamento antecipado parcial da lide, com decisão fundada em cognição exauriente e apta a gerar a coisa julgada material. Por uma opção legislativa, o processo continuaria somente para decidir a parcela controversa da pretensão, e sua decisão não afetaria o que já teria sido resolvido definitivamente. Não foi isso, entretanto, o que a Lei 10.444/2002 criou ao incluir o § 6.º ao art. 273 do CPC/1973[572].

Se o legislador no CPC/1973 tratou do fenômeno como espécie de tutela antecipada, não restava dúvida da aplicação dos §§ 4.º e 5.º do art. 273 do CPC/1973 a essa espécie de tutela antecipada, significando que a tutela antecipada poderia ser

revogada ou modificada a qualquer momento, ainda que somente na hipótese de haver novas circunstâncias.

Diante dessa realidade, defendia que, mesmo considerando-se a cognição exauriente nessa espécie de tutela antecipada, o conhecimento superveniente de matérias de ordem pública, que poderiam inclusive ser levadas a processo *ex officio* pelo juiz, seria apto a extinguir o processo sem resolução do mérito, acarretando a imediata revogação da tutela antecipada anteriormente concedida. Essa possibilidade de revogação demonstrava que a decisão concessiva de tutela antecipada não era definitiva, não sendo apta a gerar coisa julgada material[573].

Há, inclusive, interessante julgamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do art. 273, § 6.º, do CPC/1973, no qual o tribunal, além de reconhecer que essa tutela antecipada não é espécie de tutela de urgência, afirma que a cognição é exauriente, mas que em razão de política legislativa a tutela do incontroverso não é suscetível de imunidade pela coisa julgada, sendo concedida por meio de decisão interlocutória de mérito[574].

A opção do legislador no Novo Código de Processo Civil foi modificar a natureza jurídica dessa espécie de julgamento, tornando o que anteriormente era uma espécie diferenciada de tutela antecipada em julgamento antecipado parcial do mérito. Afastou-se do princípio da unicidade do julgamento do mérito preconizado por Chiovenda, passando a prever a hipótese de julgamento fracionado de mérito.

Há duas hipóteses de cabimento do julgamento antecipado

parcial do mérito previstas pelos incisos do art. 356 do Novo CPC.

A incontrovérsia de um dos pedidos ou de parcela de um pedido prevista pelo inciso I do art. 356 do Novo CPC deve ser compreendida como o parcial reconhecimento jurídico do pedido. O dispositivo não trata da incontrovérsia dos fatos, mas do pedido, e a única forma de o pedido do autor se tornar incontroverso é por meio de ato de autocomposição unilateral do réu. Nesse caso, caberá ao juiz julgar a parcela incontroversa por meio da sentença homologatória de mérito prevista no art. 487, III, "a", do Novo CPC.

Também será cabível o julgamento antecipado parcial do mérito quando um ou mais pedidos, ou parcela deles, estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355 do Novo CPC.

O inciso II do art. 356 do Novo CPC é de simples compreensão: é possível se julgar antecipadamente parcela do mérito sempre que com relação a essa parcela não houver necessidade de produção de provas, quer porque já produzidas, quer porque dispensável a produção de qualquer prova.

Com a alteração, o capítulo que decide parcela do mérito produzirá coisa julgada material ao transitar em julgado, não sendo possível o juiz posteriormente modificar a decisão ao resolver a parcela do mérito que demandou a continuidade, ainda que parcial, do processo.

Nos termos do art. 356, § 1.º, do Novo CPC, a decisão que

julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida. A norma parece ser fruto de excesso de zelo do legislador porque, se a forma de julgamento é antecipada do mérito, ainda que parcial, seria natural entender que a obrigação reconhecida pudesse ser líquida ou ilíquida. Sob a ótica do ditado popular “o que abunda não prejudica”, o dispositivo não deve gerar consequências práticas relevantes.

O § 2.º do dispositivo ora comentado é interessante porque libera a liquidação ou execução imediata na obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso pendente de julgamento. O dispositivo é compatível com o § 5.º, que prevê a decisão ser recorrível por agravo de instrumento, recurso sem efeito suspensivo.

Há, entretanto, uma gritante contradição entre qualquer decisão que resolva o mérito e seja recorrível por apelação e a decisão que julga antecipadamente parcela do mérito. Enquanto no primeiro caso será inviável, ao menos em regra, a execução em razão do efeito suspensivo do recurso; no segundo, será cabível a execução provisória. A distinção de tratamento não tem qualquer justificativa lógica ou jurídica plausível, porque trata julgamentos de mérito de maneira distinta quanto à sua eficácia imediata sem nada que justifique o tratamento desigual, em nítida ofensa ao princípio da isonomia. Sou um crítico do efeito suspensivo como regra na apelação, mas, uma vez sendo essa a opção legislativa, realmente fica complicado compreender por que a decisão que julga antecipadamente parcela do mérito pode ser executada

provisoriamente.

Essa manifesta contradição, entretanto, não permite a conclusão paradoxal de que para os atos previstos no art. 520, IV, do Novo CPC será exigida a prestação da caução[575]. Esse entendimento torna letra morta o art. 356, § 2º, do Novo CPC[576].

Por outro lado, a previsão expressa do § 5.º do art. 356 do Novo CPC de que a decisão que julga antecipadamente parcela do mérito é recorrível por agravo de instrumento gera problemas porque teremos no sistema processual dois recursos distintos ao segundo grau para reexame de decisão de mérito. Insisto que não é solução adequada prever agravo de instrumento contra decisão que resolve o mérito enquanto a apelação mantiver muito mais garantias ao recorrente do que o agravo de instrumento. Resolve-se um problema (não haver múltiplas apelações em momentos distintos) e se criam inúmeros outros. Abre-se espaço, até mesmo, para a exótica "apelação de instrumento", um recurso de agravo de instrumento com as garantias processuais da apelação...

Reconheço, por outro lado, que o Novo Código de Processo Civil aproximou consideravelmente o procedimento dos recursos de apelação e de agravo de instrumento interposto contra decisão de mérito, que passam a ter o mesmo prazo de interposição (15 dias), nenhum deles conta com revisor e é aplicável a ambos a técnica de julgamento substitutiva dos embargos infringentes.

Mas ainda há diferenças, como a sustentação oral, admitida na apelação e não no agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória de mérito. E a questão dos diferentes efeitos de tais

recursos é o principal problema, conforme já analisado.

Por fim, o art. 356, § 4.º, do Novo CPC, prevê regra mais cartorial do que processual ao disciplinar a forma de autuação da liquidação ou cumprimento de sentença da decisão que julga parcialmente o mérito. Nos termos do dispositivo, poderão nesse caso ser criados autos complementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz, o que deve ocorrer para não embaralhar o procedimento principal da parcela do processo que ainda não foi julgada e a liquidação ou execução da decisão que decidiu o mérito de forma antecipada e parcial.

20.2.6. SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

Como verificado nos itens anteriores, todos os caminhos possíveis existentes ao juiz já analisados levam o processo à sua extinção, ora com a resolução do mérito (sentença definitiva), ora sem essa resolução (sentença terminativa). A única possibilidade de o processo prosseguir é o seu saneamento, hipótese verificável sempre que não for possível sua extinção pelos motivos já analisados.

O saneamento e a organização do processo estão previstos no art. 357 do Novo CPC. Além de tornar o saneamento escrito a regra, o dispositivo tem profunda inovação com relação ao art. 331 do CPC/1973. Não consta mais entre os atos a serem praticados nesse momento procedimental a tentativa de autocomposição. Acredito que a mudança tenha se dado pelo fato de tal tentativa, além de ter uma audiência específica para ocorrer, não é mais realizada pelo juiz da causa, e sim por um conciliador ou mediador pertencente ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos vinculado

ao juízo.

A novidade é interessante por desvincular o saneamento da tentativa de solução consensual, e sob esse aspecto correta e bastante elogiável. A história mostra que essa confusão não levava a bons resultados, inclusive com a dispensa da audiência preliminar em hipóteses em que a autocomposição era concreta ou supostamente inviável.

Ainda assim parece não haver qualquer impedimento ao juiz em tentar nesse momento a autocomposição ou a mediação entre as partes.

O saneamento – e agora também organização – do processo continua a ser um ato processual complexo, como atestam os incisos do art. 357 do Novo CPC, cabendo ao juiz, nesse momento procedimental: resolver, se houver, as questões processuais pendentes; delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373 do Novo CPC; delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; e, se necessário, designar audiência de instrução e julgamento.

Nos termos do inciso I do art. 357 do Novo CPC, o primeiro ato a ser praticado pelo juiz no saneamento e organização do processo é a resolução das questões processuais pendentes, sanando alguma irregularidade que porventura ainda exista. Com isso, estará deixando o processo, do ponto de vista formal, absolutamente pronto e regular para a posterior fase instrutória e derradeiramente à

fase decisória. Caso não haja nenhuma irregularidade – o que geralmente ocorre –, visto que o juiz desde o início do processo busca sanar eventuais vícios sanáveis (p. ex., emenda da inicial), haverá tão somente a declaração de que o processo se encontra sem vícios, preparado, portanto, para seu regular desenvolvimento.

Ultrapassada essa fase, o juiz deverá passar à fixação dos pontos controvertidos. Segundo o inciso II do dispositivo ora comentado, essa fixação se dá por meio da delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória.

Essa fixação busca otimizar a instrução probatória, dado que o juiz, sendo o destinatário das provas, determina antes do início de sua produção quais fatos controvertidos realmente interessam ser provados para a formação de seu convencimento. É forma de afastar o trabalho inútil das partes em provar fatos que não são controvertidos e outros, que apesar da controvérsia, não interessam ao convencimento do juiz. Com tal fixação todos ganham: as partes, que voltarão suas energias para o que realmente interessa na fase probatória e o próprio juiz, que economizará tempo que seria despendido na produção de provas inúteis.

Após a fixação dos pontos controvertidos, momento em que se determinará o objeto da fase probatória (o que se deve provar), o juiz determina os meios de prova para que tais questões possam ser provadas. Ou seja, depois de fixado o objeto da prova, o juiz determina de que forma tal prova será produzida, deferindo ou indeferindo meios de prova requeridos pelas partes, como também indicando a produção de provas por meios não pedidos, ou seja, de ofício (art. 370 do Novo CPC). Fixa-se, portanto, o que se deve

provar e como isso ocorrerá.

Em novidade do Novo Código de Processo Civil, o saneamento passa a ser o momento adequado para o juiz definir a distribuição do ônus da prova. Conforme devidamente analisado no Capítulo 22, item 22.1.7.3., o art. 373, § 2º, do Novo CPC exige o respeito ao contraditório na distribuição do ônus probatório, para que a parte não seja surpreendida ao final da instrução com a informação de que o ônus da prova era dela. O momento mais racional para essa distribuição é o saneamento e organização do processo, ou seja, antes do início da fase instrutória. Por isso deve ser elogiada a previsão do art. 357, III, do Novo CPC.

A previsão, entretanto, não cria qualquer espécie de preclusão ao juiz, que mesmo depois do saneamento do processo poderá distribuir os ônus da prova, conforme lhe faculta o art. 373, § 1º, do Novo CPC. Mas nesse caso terá que reabrir a instrução, o que não é o ideal, tendo-se em conta os princípios da duração razoável do processo e da economia processual.

Também é inovadora a previsão do inciso IV do art. 357 do Novo CPC, que prevê a delimitação das questões de direito relevantes para a decisão do mérito. Fazendo-se um paralelo com a tradicional fixação da matéria fática controvertida, passa a ser incumbência do juiz também definir quais questões de direito são relevantes para a formação de seu convencimento. Apesar de um paralelo possível, há uma diferença fundamental: as questões de fato precisam ser provadas pelas partes, o que não ocorre com as questões de direito em razão da aplicação do brocardo *iura noti curia* ou *dahim factum dabo tibu ius*.

Entendo que a exigência ora analisada se preste tão somente para sinalizar às partes quais as questões de direito que serão essenciais para a prolação da decisão de mérito, evitando-se assim que as partes percam seu tempo e energia com discussões jurídicas inúteis.

Finalmente, e sempre que necessário, designa-se a audiência de instrução e julgamento. O art. 357, V, do Novo CPC foi cuidadoso em indicar que essa atividade processual somente será exercida se for necessário, visto que é perfeitamente possível o processo chegar ao seu fim sem a necessidade de realização de tal audiência (basta pensar numa demanda em que a única prova a ser produzida seja a pericial e que não haja necessidade da presença dos peritos em audiência).

Dessa forma, apenas será designada a audiência de instrução e julgamento quando for necessária a produção de prova oral (depoimento pessoal, testemunhas e, raramente, a presença do perito para esclarecer em audiência pontos obscuros ou duvidosos de seu laudo).

Caso o juiz defira a prova testemunhal, já deve fixar prazo comum não superior a 15 dias para que as partes apresentem rol de testemunhas (art. 357, § 4.º, do Novo CPC), e, se houver a designação de audiência, as partes deverão nesse ato apresentar o rol de testemunhas (art. 357, § 5.º, do Novo CPC), o que leva à conclusão de que caberá às partes o ônus de formular tal rol, mesmo sem saber se haverá prova testemunhal, considerando que na hipótese do § 3.º do art. 357 do Novo CPC o saneamento será realizado de modo compartilhado em audiência.

Ainda quanto à designação de produção de prova testemunhal, o § 6.º repete a regra do art. 407, parágrafo único, do CPC/1973, ao prever que o número de testemunhas arroladas não pode ser superior a dez, sendo três, no máximo, para a prova de cada fato.

Há, entretanto, novidade no § 7.º do art. 357 do Novo CPC ao permitir que o juiz limite o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados. O dispositivo claramente abre a possibilidade de o juiz deferir um número de testemunhas abaixo do máximo previsto pelo parágrafo anterior, em poder que deve ser utilizado com extrema ponderação, considerando que o convencimento na maioria das vezes, não se limita apenas ao juiz que produz a prova em primeiro grau, mas também aos desembargadores que julgarão a futura e provável apelação.

Segundo o art. 357, § 8º, do Novo CPC, sendo determinada a produção da prova pericial, o juiz deve nomear o perito e fixar de imediato o prazo para a entrega do laudo (art. 465 do Novo CPC) e, se possível, estabelecer, desde logo, um calendário para a sua realização.

No sistema consagrado no art. 331 do CPC/1973, o saneamento do processo era realizado, em regra, por meio de uma audiência chamada de audiência preliminar. O saneamento escrito ficava reservado para demandas que tinham como objeto direitos que não admitiam transação ou quando as circunstâncias da causa evidenciassem ser improvável sua obtenção.

O sistema do novo diploma processual parece ter prestigiado o

saneamento escrito do processo, já que, nos termos do art. 357, § 3º, do Novo CPC, está reservada a realização de audiência apenas para as causas de maior complexidade em matéria de fato ou de direito, ainda que pareça ser possível ao juiz sua designação em causas de pequena ou nenhuma complexidade[577]. Trata-se, naturalmente, de situação excepcional, considerando-se que a maioria das demandas é de pequena complexidade e dessa forma não exigirá a designação de uma audiência para seu saneamento e organização.

É ainda mais interessante notar que além da dualidade de formas de saneamento e organização do processo, também haverá diferentes técnicas procedimentais a serem empregadas a depender do caso concreto. Afinal, o § 3º do art. 357 do Novo CPC prevê que, havendo audiência, o saneamento será feito em cooperação com as partes[578], podendo o juiz, inclusive, nesse ato convidar às partes a integrar ou esclarecer suas alegações. Trata-se do chamado "saneamento compartilhado".

Significa dizer que sendo o saneamento feito por escrito, não haverá cooperação das partes, sendo, portanto, um ato praticado unilateralmente pelo juiz. Já no saneamento oral, ainda que sob o comando do juiz, o ato será colegiado, em cooperação entre ele e as partes.

Para a realização das audiências de saneamento e de organização do processo deve haver um intervalo mínimo de uma hora entre elas. A exigência do § 9º do art. 357 do Novo CPC pretende evitar que a audiência não receba a atenção que merece. Afinal, seu cabimento está condicionado, ao menos em regra, a

situações de maior complexidade fática e/ou jurídica.

A norma busca evitar que audiências de saneamento e organização sejam designadas em intervalo de tempo muito curto, o que naturalmente levará o juiz a conduzi-las de forma a cumprir sua pauta do dia, o que pode conspirar contra o princípio da cooperação que deve nortear a atuação de todos, do juiz em especial, no saneamento compartilhado do processo.

Segundo o Enunciado 298 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), “a audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”. Trata-se de conclusão correta, porque cabe ao juiz a tarefa de definir qual a melhor forma de sanear o processo no caso concreto. Mas não há razões para acreditar que na prática isso ocorra, bem ao contrário. Certamente será mais frequente ver juízes saneando processos complexos por escrito do que vê-los saneando de forma compartilhada processos simples.

Seja como for, não vejo espaço para alegação de nulidade do processo nesse caso. Não há razão para o Superior Tribunal de Justiça modificar seu entendimento a respeito do poder do juiz em definir a forma escrita ou oral do saneamento do processo. A realização ou não de audiência, portanto, não deve gerar qualquer nulidade no processo.

Não há no art. 357 do Novo CPC previsão a respeito da intimação das partes para comparecerem à audiência, até porque os atos que serão nela praticados são postulatórios, de forma que a

intimação ocorrerá normalmente por publicação na Imprensa Oficial em nome dos advogados.

Há duas novidades no Novo Código de Processo Civil que independem de terem sido saneado e organizado o processo de forma oral ou escrita.

Nos termos do § 1º do art. 357 do Novo CPC, realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável. Trata-se de preclusão que vincula tanto as partes como o juízo, de forma que aquilo que foi esclarecido e decidido não possa ser mais modificado[579].

A previsão é importante porque a decisão de saneamento e organização do processo não está prevista no art. 1.015 do Novo CPC como recorrível por agravo de instrumento, de forma que esse pedido de esclarecimento e ajustes será a única forma de as partes se insurgirem contra a decisão, indiscutivelmente de natureza interlocutória. A exceção fica por conta do capítulo referente à distribuição do ônus da prova, recorrível por agravo de instrumento nos termos do inciso XI do art. 1.015 do Novo CPC.

Acredito que mesmo no saneamento compartilhado realizado em audiência, na qual a "responsabilização" pelos atos praticados deve ser repartida entre o juiz e as partes, é possível a aplicação do art. 357, § 1º, do Novo CPC. É verdade que nesses casos os pedidos de esclarecimentos e ajustes devam ser mais raros, mas mesmo tendo contribuído na construção do saneamento e organização do processo a palavra final é sempre do juiz, não tendo sentido retirar

das partes a única forma que tem de impugnação contra a decisão judicial.

Deve-se tomar cuidado com a parte final do dispositivo ora comentado, quando prevê que não havendo a manifestação das partes no prazo de cinco dias a decisão se torna estável. Ainda que não compreenda exatamente por que o legislador não se valeu do termo “preclusão” parece ser esse o seu objetivo. A preclusão, entretanto, parece não ser o mais saudável ao processo e, por essa razão, é criticável a previsão legal a respeito da estabilidade da decisão.

Na realidade, a prevista “estabilidade” deve ser interpretada à luz da natureza das matérias decididas no saneamento e na organização do processo e nos poderes do juiz. As delimitações de fato e de direito não podem realmente ser modificadas após o saneamento do processo? Ainda que seja indispensável alguma estabilidade e segurança ao processo, caso surja um fato novo que seja imprescindível para a formação do convencimento do juiz, a decisão que fixa os fatos controversos realmente não poderá ser alterada? E na hipótese de uma lei superveniente, ou mesmo um novo entendimento jurisprudencial a respeito da matéria jurídica discutida, a decisão sobre as questões de direito relevantes para a solução do mérito continuará inalterável?

É bem verdade que nesse caso poder-se-á alegar que circunstâncias supervenientes exigem nova decisão e não mudança de decisão anteriormente proferida. Mas o que dizer do deferimento dos meios de prova? O juiz não poderá determinar um meio de prova que não foi deferido anteriormente se passar a entender que

sua produção é importante para a formação de seu convencimento? Com os “poderes” instrutórios reconhecidos no art. 370 do Novo CPC ao juiz é difícil responder positivamente a essa questão.

Apesar de não concordar com a estabilidade plena da decisão de saneamento e organização do processo, entendo que quanto à distribuição do ônus da prova será importante o juiz não poder mudar seu posicionamento após esse momento procedimental. E também por essa razão se torna ainda mais inacreditável que a decisão de saneamento e organização do processo não possa ser impugnada por agravo de instrumento.

Segundo o § 2.º do art. 357 do Novo CPC, as partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV do dispositivo. A norma deve ser interpretada com o devido cuidado porque não parece viável uma limitação quanto aos fatos ou direitos, ainda que desejada pelas partes, se isso inviabilizar a prestação de tutela jurisdicional de qualidade[580]. Imagino que o juiz, se entender que sem aquela questão de fato ou de direito não tem como decidir com qualidade a demanda judicial, não deve homologar o acordo entre as partes. O próprio dispositivo faz menção à necessidade de homologação, e só depois dela a delimitação passa a vincular as partes e o juiz, não sendo, portanto, um negócio processual bilateral como o previsto no art. 190 do Novo CPC, mas sim um acordo plurilateral, do qual devem participar as partes e o juiz[581].

1 (Voltar) *Dinamarco, Instituições, n. 705, p. 580.*

2 (Voltar) *Wambier, Nulidades, n. 2.2, p. 157.*

3 (Voltar) *Tesheiner-Baggio, Nulidades, n. 4.1.3, p. 261.*

4 (Voltar) *Marinoni-Mitidiero, Código, p. 238; Câmara, Lições, v. 1, p. 246.*

5 (Voltar) *Wambier, Nulidades, n. 2.3, p. 168.*

6 (Voltar) *Fux, Curso, p. 360; Theodoro Jr., Curso, n. 284-a, p. 325; Calmon de Passos, Esboço, n. 86, p. 105. Contra, entendendo não se tratar de sanção: Komatsu, Da invalidade, p. 182; Oliveira, Notas, p. 131-139; Mitidiero, O problema, p. 60-61.*

7 (Voltar) *Câmara, Lições, v. 1, p. 245.*

8 (Voltar) *Dinamarco, Instituições, n. 714, p. 597.*

9 (Voltar) *Calmon de Passos, Esboço, n. 84, p. 101.*

10 (Voltar) *Wambier, Nulidades, n. 2.5, p. 185-188.*

11 (Voltar) *Gonçalves, Nulidades, p. 51-52.*

12 (Voltar) *Marinoni-Mitidiero, Código, p. 238-239.*

13 (Voltar) *Contra: Calmon de Passos, Esboço, n. 89, p. 111.*

14 (Voltar) *Talamini, Notas, p. 47-48; STJ, 1.ª Turma, AgRg no Ag 839.381/RJ, rel. Min. Denise Arruda, j. 24.04.2007.*

15 (Voltar) *Theodoro Jr., Curso, n. 283, p. 324.*

16 (Voltar) *Dinamarco, Instituições, n. 706, p. 581.*

17 (Voltar) *Como pretendem Nery-Nery, Código, p. 490.*

18 (Voltar) *Dinamarco, Instituições, n. 711, p. 591.*

19 (Voltar) *Theodoro Jr., Curso, n. 286, p. 326; Dinamarco, Instituições, n. 731, p. 594; Fux, Curso, p. 360.*

20 (Voltar) *Marinoni-Mitidiero, Código, p. 239; Câmara, Lições, v. 1, p. 490.*

21 (Voltar) *STJ, 2.ª Turma, AgRg no Ag 865.840/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.05.2008; REsp 511.669/RS, 6.ª Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 07.10.2004. Contra: Marinoni-Mitidiero, Código, p. 240.*

22 (Voltar) *Galeno Lacerda, Despacho, p. 72-73; Câmara, Lições, v. 1, p. 246-247; Costa Machado, Código, p. 552.*

23 (Voltar) *Theodoro Jr., Curso, n. 284-a, p. 325; Wambier, Nulidades, n. 2.8, p. 218-219; Talamini, Notas, p. 47-48; Nery-Nery, Código, p. 491.*

24 (Voltar) *Dall'Agnol Jr., Invalidades, p. 54. Em sentido crítico, com razão, Tesheiner-Baggio, Nulidades, n. 2.2.2, p. 103.*

25 (Voltar) *Dinamarco, Instituições, n. 711, p. 591.*

26 (Voltar) *STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.022.066/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03/03/2009, DJe 30/03/2009; Câmara, Lições, v. 1, p. 247.*

27 (Voltar) *Costa Machado, Código, p. 557.*

28 (Voltar) *STJ, 6ª Turma, REsp 961.407/SP, rel. Min. Paulo Gallotti, rel. p/ acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19/08/2008, DJe 06/10/2008.*

29 (Voltar) *STJ, 3ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.203.417/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 04/09/2014, DJe 15/09/2014; STJ, 3ª Turma, REsp 1.372.802/RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11/03/2014, DJe 17/03/2014.*

30 (Voltar) *STJ, 6ª Turma, HC 266.426/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 07/05/2013, DJe 14/05/2013.*

31 (Voltar) *STJ, 2.ª Turma, REsp 909.434/DF, rel. Min. Castro Meira, j. 10.04.2007.*

32 (Voltar) *Nery-Nery, Código, p. 490; Dinamarco, Instituições, n. 712, p. 593-594.*

33 (Voltar) *Dinamarco, Instituições, n. 712, p. 594.*

34 (Voltar) *STJ, 1.ª Turma, REsp 871.166/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.10.2008.*

35 (Voltar) *Tesheiner-Baggio, Nulidades, n. 4.1.4, p. 263-264; Theodoro Jr., Curso, n. 292, p. 330.*

36 (Voltar) *Wambier, Nulidades, n. 2.3; p. 173; Fux, Curso, p. 361; Nery-Nery, Código, p. 490. Contra, entendendo que há na nulidade absoluta uma presunção absoluta de prejuízo: Câmara, Lições, v. 1, p. 248.*

37 (Voltar) *Theodoro Jr., Curso, n. 284, p. 324; Dinamarco, Instituições, n. 707, p. 582-583.*

38 (Voltar) *Wambier, Nulidades, n. 2.6, p. 192-193.*

39 (Voltar) *Dinamarco, Instituições, n. 715, p. 599; Wambier, Nulidades, n. 2.3, p. 172.*

40 (Voltar) *STJ, 5.ª Turma, REsp 233.100/BA, rel. Min. Felix Fischer, j. 14.12.1999.*

41 (Voltar) *Marinoni-Mitidiero, Código, p. 241.*

42 (Voltar) Furtado Fabrício, *Ensaios*, p. 195-196; Calmon de Passos, *Comentários*, 9. ed., n. 6.13, p. 73; Theodoro Jr., *Tutela*, p. 5-6.

43 (Voltar) Dinamarco, *Fundamentos*, p. 623; Guerra, As liminares, p. 190; Baptista da Silva, A "antecipação", p. 130.

44 (Voltar) Dinamarco, *Fundamentos*, p. 623.

45 (Voltar) Mitidiero, *Breves*, p. 774.

46 (Voltar) Amaral, *Comentários*, p. 395.

47 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, n. 4.14.2, p. 210-211.

48 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 68; Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 47, p. 73.

49 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 47.2, p. 76; Batista Lopes, *Tutela*, n. 10, p. 87; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 445; Fux, *Curso*, p. 71.

50 (Voltar) Bedaque, *Tutela*, n. 33, p. 387; Scarpinella Bueno, *Tutela*, 12.2.2, p. 104-105; Costa Machado, *Código*, p. 612.

51 (Voltar) Barbosa Moreira, *A antecipação*, p. 199; Dinamarco, *A nova*, n. 34, p. 76; Bedaque, *Tutela*, n. 10, p. 306-308; Costa Machado, *Tutela*, n. 8.3.1, p. 578.

52 (Voltar) Contra: Bedaque, *Tutela*, n. 34, p. 388.

53 (Voltar) No sentido do texto: Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 66, p. 127; Marinoni, *Antecipação*, n. 4.9, p. 167, entende que basta a manutenção do fundado receio de dano.

54 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 403.631/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 25.11.2014, *DJe* 19.12.2014; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.325.662/MT, rel. Min. Og Fernandes, j. 14.10.2014, *DJe* 12.11.2014; STJ, 3ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.293.867/MT, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 5.8.2014, *DJe* 1.9.2014.

55 (Voltar) STJ, 1ª Seção, Rcl 1.444/MA, rel. Min. Eliana Calmon, j. 23.11.2005, *DJ* 19.12.2005, p. 203.

56 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 742.512/DF, rel. Min. Castro Meira, j. 11.10.2005, *DJ* 21.11.2005, p. 206.

57 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.419.262/BA, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 19.3.2015, *DJe* 17.4.2015.

58 (Voltar) Bedaque, *Tutela*, p. 300; Marcelo Guerra, *Estudos*, p. 109.

59 (Voltar) Costa Machado, *Tutela*, p. 581; Moniz de Aragão, *Alterações*, p. 240.

60 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, p. 149-150; Marinoni, *Antecipação*, n. 4.8, p. 164; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 6.10, p. 69, p. 69. Contra: STJ, 3.ª Turma, REsp 193.298/MS, rel. Min. Waldemar Zveiter, rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler, j. 13.3.2001, *DJ* 1.10.2001, p. 205; Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 65, p. 126, p. 84.

61 (Voltar) Arruda Alvim Wambier, *Da liberdade*, p. 543; Araken de Assis, Antecipação, p. 31; Batista Lopes, *Tutela*, p. 81.

62 (Voltar) Marinoni, *Antecipação*, p. 164; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 655; Figueira Jr., *Comentários*, p. 293; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 6.10., p. 69; Moniz de Aragão, *Alterações*, p. 240.

63 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 65, p. 126.

64 (Voltar) Figueira Jr., *Comentários*, p. 289; Ferreira, *Tutela*, p. 182.

65 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Tutela*, n. 8, p. 66.

66 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, p. 166; Lima Guerra, *Estudos*, p. 61.

67 (Voltar) Calmon de Passos, *Comentários*, p. 222. Contra: Galeno Lacerda, *Comentários*, p. 280; Rizatto Lara, *Liminares*, p. 118.

68 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 320-321.

69 (Voltar) Bedaque, *Tutela*, n. 24, p. 352; Zavascki, *Tutela*, p. 120; Scarpinella Bueno, *Tutela*, p. 64; Arruda Alvim, Tutela, p. 109-110; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 649.

70 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 75, p. 138.

71 (Voltar) Orione Neto, *Processo*, 2004, p. 141; Bomfim Marins, *Tutela*, 2003, p. 240.

72 (Voltar) Munhoz da Cunha, *Comentários*, 2000, p. 608 e Baptista A. da Silva, *Do processo*, p. 143.

73 (Voltar) *Informativo* 524/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.038.199-ES, rel. Min. Castro Meira, j. 7.5.2013.

74 (Voltar) Nesse sentido Pontes de Miranda, *Comentários*, tomo XII, p. 59; Theodoro Jr., *Processo*, p. 114-116; Galeno Lacerda, *Comentários*, vol. VIII, tomo I, p. 199-200, Bomfim Marins, *Tutela*, p. 242.

75 (Voltar) *Medidas*, p. 32.

76 (Voltar) Galeno Lacerda, *Comentários*, p. 200. Com o mesmo entendimento, Pizzol, *A competência*, p. 69.

77 (Voltar) Neves, *Competência*; Shimura, *Arresto*, 1997, p. 237.

78 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, 1999, p. 119; Orione Neto, *Processo*, p. 145. Em sentido crítico, Baptista da Silva, *Do processo*, p. 148.

79 (Voltar) Theodoro Jr., *O processo*, p. 89; Dinamarco, *A reforma*, p. 140-141; Batista Lopes, *Tutela*, p. 40-41; Fidelis dos Santos, *Novíssimos*, p. 25; Araken de Assis, Antecipação, p. 15-19; Nery-Nery, *Código*, p. 524.

80 (Voltar) Pontes de Miranda, *Comentários*, v. 12, p. 14-15.

81 (Voltar) Bedaque, *Tutela*, n. 10, p. 307. Contra: Oliveira, Alcance, p. 120: “No caso do art. 273, a prevenção do dano constitui a finalidade imediata pretendida alcançar com a antecipação, enquanto o efeito prático provisório opera apenas mediatamente.” Também é esse o entendimento de Arieta, *provvedimenti*, p. 70.

82 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Tutela*, n. 2.5, p. 23-24. Em sentido próximo: Furtado Fabrício, *Ensaios*, p. 199.

83 (Voltar) Watanabe, Tutela, p. 31-32; Calmon de Passos, Até quando abusarás, ó Catilina?, p. 78; Furtado Fabrício, *Ensaios*, p. 193, para quem falar em “cautelar satisfativa” é o mesmo que falar em “gelo quente”; Barbosa Moreira, A antecipação, p. 199.

84 (Voltar) Nery Jr., *Atualidades*, p. 66; Arruda Alvim Wambier, *Da liberdade*, p. 539; STJ, 2.ª Turma, REsp 577.693/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 15.9.2005, *DJ* 3.10.2005, p. 174.

85 (Voltar) Dinamarco, *A nova*, n. 38, p. 84.

86 (Voltar) Watanabe, Tutela, p. 33-34; Bedaque, *Tutela*, p. 333-334; Araken de Assis, Antecipação, p. 24; Zavascki, *Antecipação*, p. 77.

87 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg na MC 12.968/PR, rel. Min. Castro Meira, j. 25.9.2007, *DJ* 5.10.2007, p. 245; REsp 532.570/RS, 2.ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 21.10.2004, *DJ* 13.12.2004, p. 292.

88 (Voltar) Marinoni, *Antecipação*, n. 4.10.5, p. 172; Dinamarco, *A nova*, n. 33, p. 73; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 441; Baptista da Silva, *Curso*, p. 136.

89 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 225.

90 (Voltar) Amaral, *Comentários*, p. 400.

91 (Voltar) Dinamarco, *A nova*, n. 29, p. 65; Nery-Nery, *Código*, p. 529; Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 26, p. 32-33; Zavascki, *Antecipação*, p. 78; Costa Machado, *Tutela*, n. 3.1.2, p. 446-449. Contra, com entendimento isolado: Calmon de Passos, *Comentários*, n. 6.2, p. 43-44.

92 (Voltar) Dinamarco, *A nova*, n. 47, p. 100; Bedaque, *Tutela*, n. 35, p. 391; Costa Machado, *Tutela*, n. 10.5, p. 599-601.

93 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 952.646/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4.11.2008 (*Informativo* 375 do STJ). No mesmo sentido, Zavascki, *Antecipação*, p. 91, apesar de também mencionar o art. 804 do CPC.

94 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Código*, p. 313.

95 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, vol. I, n. 457, p. 622.

96 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 42; Medina-Araújo, *Comentários*, n. 7.4.8, p. 126-127; Cerqueira, *Comentários*, p. 87-88.

97 (Voltar) *Informativo* 505/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.191.262-DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.9.2012; Nery-Nery, *Código*, p. 530; Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 48, p. 79; Dinamarco, *A nova*, n. 46, p. 98; Scarpinella Bueno, *Tutela*, n. 12.6, p. 119-120. Contra: Baptista da Silva, *Curso*, p. 145.

98 (Voltar) Amaral, *Comentários*, p. 402.

99 (Voltar) Amaral, *Comentários*, p. 403.

100 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 217; Theodoro Jr., *Processo*, n. 137, p. 175-176; Nery-Nery, *Código*, p. 1.130.

101 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 141, p. 178.

102 (Voltar) Contra: Galeno Lacerda, *Comentários*, n. 81, p. 315; Munhoz da Cunha, *Comentários*, p. 767.

103 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 142, p. 178.

104 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Processo*, p. 192-193.

105 (Voltar) Costa Machado, *Código*, p. 1.368. Contra, por liquidação de qualquer espécie: Galeno Lacerda, *Comentários*, n. 82, p. 319.

106 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.255.398/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.5.2014, *DJe* 30.5.2014; Marinoni-Arenhart, *Processo*, p. 104-106; Nery-Nery, *Código*, p. 1.114; Lacerda, *Comentários*, n. 16, p. 80-82.

107 (Voltar) Barbosa Moreira, A antecipação, p. 203; Nery-Nery, *Código*, p. 525; Carneiro, *Da antecipação*, n. 41, p. 61; Zavascki, *Antecipação*, p. 115; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 6.1.1, p. 32-34; Araken de Assis, *Doutrina*, p. 411.

108 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 1.319.769/GO, rel. Min. Sérgio Kukina, rel. p/ acórdão Min. Benedito Gonçalves, j. 20.8.2013, *DJe* 20.9.2013; STJ, 2.ª Turma, REsp 1.309.137/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 8.5.2012, *DJe* 22.5.2012.

109 (Voltar) Flexa-Macedo-Bastos, *Novo*, p. 228. Contra, inadmitindo a concessão de ofício: Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Código*, p. 307; Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, vol. 2, p. 593; Godinho, *Comentários*, p. 469.

110 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 3, p. 49.

111 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 906-907.

112 (Voltar) STJ, 5.ª Turma, REsp 473.072/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 17.6.2003, *DJ* 25.8.2003, p. 358.

113 (Voltar) Contra: Nery-Nery, *Código*, p. 525.

114 (Voltar) Ovídio Baptista, A "antecipação", p. 132.

115 (Voltar) Zavascki, *Tutela*, p. 85; Marinoni, *Tutela*, n. 2.6.2, p. 43, entende que não há propriamente antecipação do efeito executivo, mas produção antecipada do efeito executivo.

116 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 526; Bedaque, *Tutela*, n. 27, p. 362.

117 (Voltar) Fadel, *Antecipação*, n. 11, p. 45; Nery-Nery, *Código*, p. 526.

118 (Voltar) Bedaque, *Tutela*, n. 27, p. 361; Theodoro Jr., *O processo*, p. 86.

119 (Voltar) Zavascki, *Tutela*, p. 86-87; Bedaque, *Tutela*, n. 27, p. 363; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 619; Pontes de Miranda, *Tratado*, I, p. 24, e II, p. 102; Theodoro Jr., *O processo*, p. 86-87.

120 (Voltar) Marinoni, *Antecipação*, n. 2.6.3.4, p. 54-55.

121 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 772.028, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 12.12.2005, *DJ* 1.º.2.2006, p. 571.

122 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 1, p. 439; Marinoni, *Tutela*, n. 2.6.3.4, p. 52.

123 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, n. 2.6.3.4, p. 50; Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 34, p. 50.

124 (Voltar) STJ, 5.ª Turma, REsp 702.205/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 12.9.2006, *DJ* 9.10.2006, p. 346.

125 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 754.619/SC, rel. Aldir Passarinho Junior, j. 10.4.2007, *DJ* 14.5.2007, p. 314.

126 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, n. 4.5, p. 153.

127 (Voltar) Carlos Augusto de Assis, *A antecipação*, n. 4.8.1, p. 190-191.

128 (Voltar) Enunciado 26 do Fonaje: “São cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis.”

129 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 226.176/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.12.2000, *DJ* 2.4.2001, p. 288. Concedendo a tutela de urgência, mas indevidamente chamando-a de cautelar: STJ, 4.ª Turma, REsp 431.294/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 6.8.2002, *DJ* 16.9.2002, p. 198.

130 (Voltar) Bedaque, *Tutela*, n. 22, p. 339; Watanabe, *Tutela*, p. 34. Com crítica feroz, afirmando tratar-se de “impossibilidade jurídica odiosa criada pela lei”: Fux, *Curso*, p. 64.

131 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 737.047/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.2.2006, *DJ* 13.3.2006, p. 321; Barbosa Moreira, *Antecipação*, p. 105; Baptista da Silva, A “antecipação”, p. 142; Batista Lopes, *Tutela*, n. 5.1, p. 70; Scarpinella Bueno, *Tutela*, n. 5, p. 56.

132 (Voltar) Enunciado 25 da ENFAM: “A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no

caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB).”

133 (Voltar) Batista Lopes, *Tutela*, n. 5.1, p. 72; Scarpinella Bueno, *Tutela*, n. 5, p. 59-60.

134 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 529.

135 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 50, p. 82; Bedaque, *Tutela*, n. 22, p. 346.

136 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 53, p. 87.

137 (Voltar) Zavascki, Antecipação, n. 13, p. 100; Marinoni, *Tutela*, n. 4.12, p. 198.

138 (Voltar) Barbosa Moreira, A antecipação, p. 106.

139 (Voltar) *Informativo* 420/STJ: 3.ª Turma, REsp 801.600-CE, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15.12.2009.

140 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Tutela*, n. 4.5, p. 42-43; Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 42, p. 62; Theodoro Jr., *Curso*, n. 372-b, p. 419.

141 (Voltar) Zavascki, *Tutela*, p. 115; Nery-Nery, *Código*, p. 525.

142 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, n. 4.3.1, p. 148; Bedaque, *Tutela*, n. 25, p. 354. Contra: Scarpinella Bueno, *Tutela*, n. 4.5, p. 43; Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 42, p. 62; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 438.

143 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 524; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 638.

144 (Voltar) Costa Machado, *Tutela*, 6.1.3.6, p. 515-516; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 438; Godinho, Comentários, pp. 469-470 Contra: Scarpinella Bueno, *Tutela*, n. 4.5, p. 43; Nery-Nery, *Código*, p. 525; Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, n. 41, p. 62; Bermudes, *A reforma*, p. 29.

145 (Voltar) Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 641, falam em sugerir a tutela antecipada.

146 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, vol. I, n. 458, p. 623; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Comentários*, p. 316.

147 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 895.

148 (Voltar) Wambier – Conceição – Ribeiro - Mello, *Primeiras*, p. 512.

149 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 898.

150 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 897; Amaral, *Comentários*, p. 407.

151 (Voltar) Theodoro Jr.-Andrade, A autonomização, p. 12; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, p. 511.

152 (Voltar) *Didier Jr., Curso, vol. 1, p. 608.*

153 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 899.

154 (Voltar) Contra: Amaral, *Comentários*, p. 407, Câmara, *O novo*, p. 165, exigindo a interposição de agravo de instrumento.

155 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 233; Godinho, *Comentários*, p. 481.

156 (Voltar) Mitidiero, *Breves*, p. 789; Didier Jr., *Curso*, vol. 1, p.

157 (Voltar) Mitidiero, *Breves*, p. 789.

158 (Voltar) *Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, Primeiras, p. 512.*

159 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 899.

160 (Voltar) Enunciado 28 da ENFAM: "Admitido o recurso interposto na forma do art. 304 do CPC/2015, converte-se o rito antecedente em principal para apreciação definitiva do mérito da causa, independentemente do provimento ou não do referido recurso."

161 (Voltar) Sica, *Doze*, no prelo; Gajardoni, *Teoria*, p. 900.

162 (Voltar) Didier Jr., *Curso*, vol. 2, p. 605; Enunciado 18 da ENFAM: "Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, *caput*, c/c o art. 701, *caput*, do CPC/2015)".

163 (Voltar) Didier, *Curso*, vol. 2, p. 607.

164 (Voltar) Gajardoni, *Teoria*, p. 900.

165 (Voltar) Enunciado 32 do FPPC: "Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente."

166 (Voltar) *Didier, Curso, vol. 2, p. 609.*

167 (Voltar) *Didier, Curso, Vol. 2., p. 604.*

168 (Voltar) *Gajardoni, Teoria, p. 901.*

169 (Voltar) Greco, A tutela, acessado em 22.6.2015; Theodoro Jr., *Curso*, vol. 1, n. 492, p. 668.

170 (Voltar) Godinho, *Comentários*, p. 482.

171 (Voltar) Enunciado 26/ENFAM: “Caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reforma ou invalidação pretendida, na forma do art. 296, parágrafo único, do CPC/2015, desde que demonstrada a existência de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão anterior.”

172 (Voltar) Mitidiero, *Breves*, p. 789; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 513.

173 (Voltar) Mitidiero, *Breves*, pp. 790-791; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 514.

174 (Voltar) Amaral, *Comentários*, p. 408.

175 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, vol. I, n. 494, p. 671.

176 (Voltar) A favor do cabimento: Theodoro Jr., *Curso*, vol. 1, n. 494, p. 670. Contra o cabimento: Didier, *Curso*, vol. 1, p. 613; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 235. Enunciado 33 do FPPC: “Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”; Enunciado 27 da ENFAM: “Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015.”

177 (Voltar) Contra: Calmon de Passos, *Da antecipação*, p. 204-205; Bermudes, *A reforma*, p. 29.

178 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, n. 4.7.1, p. 159; Bedaque, *Tutela*, n. 29, p. 365.

179 (Voltar) Bedaque, *Tutela*, n. 29, p. 366; Arruda Alvim, *Tutela*, p. 93.

180 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 417.479/RS, rel. Min. Garcia Vieira, j. 25.6.2002, *DJ* 26.8.2002, p. 178.

181 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Tutela*, n. 10.2, p. 84; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 451.

182 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 940.317/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.12.2007, *DJ* 8.2.2008, p. 677.

183 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, n. 4.7.2, p. 162.

184 (Voltar) Para Bedaque, *Tutela*, n. 29, p. 397, “a exigência não se coaduna com a eliminação de formalidades desnecessárias, nem constitui demonstração de boa técnica processual”. Pela antecipação na própria sentença: Zavascki, *Tutela*, p. 82; Nery-Nery, *Código*, p. 528; Gusmão Carneiro, *Da antecipação*, p. 95; Arruda Alvim, *Tutela*, p. 90.

185 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, n. 4.7.2, p. 162.

186 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 528.

187 (Voltar) Zavascki, *Tutela*, p. 130.

188 (Voltar) Sugestão de Scarpinella Bueno, *Tutela*, n. 10.2.3, p. 87.

189 (Voltar) Zavascki, *Tutela*, p. 135-137.

190 (Voltar) Batista Lopes, *Tutela*, n. 13.4, p. 108-109.

191 (Voltar) Zavascki, *Tutela*, p. 132-133.

192 (Voltar) *Informativo* 384/STJ, 2.ª T., MC 14.015-RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.2.2009.

193 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.039.013/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 18.12.2008, *DJe* 16.2.2009; REsp 764.200/MG, 1.ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 4.10.2007, *DJ* 29.10.2007, p. 181.

194 (Voltar) Carneiro da Cunha, *A Fazenda*, n. 11.2, p. 221.

195 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 1, p. 453.

196 (Voltar) Talamini, *Tutela*, p. 45; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 670.

197 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 935.083/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 2.8.2007, *DJ* 15.8.2007, p. 268.

198 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 834.678/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 26.6.2007, *DJ* 23.8.2007, p. 216.

199 (Voltar) Valle Pereira, *Manual*, n. 17.2.2, p. 488; Carneiro da Cunha, *A Fazenda*, n. 11.2, p. 221; Viana, *Efetividade*, p. 209.

200 (Voltar) STF, Plenário, ADC 4/DF, rel. Min. Sydney Sanches, rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, j. 1.º.10.2008 (*Informativo* 522/STF).

201 (Voltar) Súmula STF/729: “A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.

202 (Voltar) Zavascki, *Antecipação*, p. 190.

203 (Voltar) Carneiro da Cunha, *A Fazenda*, n. 11.4, p. 227.

204 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 771.616/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 20.6.2006, *DJ* 1.º.8.2006, p. 379.

205 (Voltar) Cerqueira, *Comentários*, p. 90; Scarpinella Bueno, *A nova lei*, p. 45-46.

206 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 1, p. 210-213.

207 (Voltar) Carneiro da Cunha, *A Fazenda*, n. 11.5, p. 230; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 454-455.

208 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, Rcl 1.789/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 24.12.2002, *DJ* 7.2.3003, p. 26.

209 (Voltar) Shimura, *Arresto*, p. 37; Marins, *Tutela*, p. 104-107; Theodoro Jr., *Processo*, p. 69-68; Lacerda, *Comentários*, p. 2-4; Fidelis dos Santos, *Manual*, v. 2, p. 305; Orione, *Processo*, p. 65-67.

210 (Voltar) Wambier-Wambier, *Breves*, p. 59-60; Bedaque, *Código*, p. 808; Fux, *Curso*, p. 73; Vasconcelos, *A fungibilidade*, p. 72; Gonçalves, *Novo*, p. 305-306; Spadoni, *Fungibilidade*, p. 90-91.

211 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Comentários*, p. 318. Contra: Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p.489; Pinho, *Direito*, n. 10.2.3.1, p. 253; Flexa-Macedo-Bastos, *Novo*, p. 220.

212 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 76; Marinoni-Arenhart, *Processo*, p. 116-117.

213 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 310; Baptista da Silva, *Do processo*, p. 76.

214 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Processo*, p. 28.

215 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 309.

216 (Voltar) Greco, *A função*, p. 834-835.

217 (Voltar) Bedaque, *Tutela*, n. 6, p. 116.

218 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 44, p. 65-66; Fux, *Curso*, p. 1.553; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 309.

219 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 1.553; Câmara, *Lições*, v. 3, p. 21. Contra: Marinoni-Arenhart, *Processo*, p. 35-36.

220 (Voltar) Bedaque, *Tutela*, n. 27, p. 182-185; Câmara, *Lições*, v. 3, p. 22; Dinamarco, *Intervenção*, p. 168.

221 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Processo*, p. 99; Nery-Nery, *Código*, p. 1.115.

222 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 109-112; Theodoro Jr., *Processo*, n. 70, p. 101; Shimura, *Arresto*, n. 1.10, p. 48; Câmara, *Lições*, v. 3, p. 43.

223 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 627.759/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.4.2006, *DJ* 8.5.2006, p. 198; REsp 753.788/AL, 5.ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 4.10.2005, *DJ* 14.11.2005, p. 400.

224 (Voltar) Scarpinella, *Novo*, p. 221.

225 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 502.

226 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.122; Costa Machado, *Código*, p. 1.349-1.350.

227 (Voltar) Bomfim Marins, *Tutela*, p. 135-139, citando lições de Theodoro Jr., Baptista da Silva, Moniz de Aragão, Armelin, Galeno Lacerda e Sydney Sanches.

228 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 172; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 751; Orione, *Processo*, n. 13.3, p. 153; Contra: Theodoro Jr., *Processo*, n. 88, p. 127.

229 (Voltar) *Informativo* 460/STJ: 4.ª Turma, REsp 865.446/MT, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 14.12.2010; REsp 860.877/CE, 1.ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 15.4.2008, *DJ* 14.5.2005; REsp 976.440/RJ, 3.ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 24.3.2008, *DJ* 13.5.2008.

230 (Voltar) Amaral, *Comentários*, p. 409; Medina, *Comentários*, p. 493.

231 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 1.585.

232 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 174; Theodoro Jr., *Processo*, n. 92, p. 132; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 751. Pelo cabimento de reconvenção, Fux, *Curso*, p. 1.586.

233 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 178; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 753.

234 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 93, p. 134.

235 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 214; Theodoro Jr., *Processo*, n. 121, p. 161.

236 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 182; Fux, *Curso*, p. 1.589; Bomfim Marins, *Tutela*, p. 287.

237 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 122, p. 161-162.

238 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 3, p. 71.

239 (Voltar) AgRg no REsp 908.710/MG, 2.ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 16.9.2008; REsp 869.857/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11.3.2008.

240 (Voltar) STJ, REsp 724.710/RJ, 1.ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 20.11.2007, *DJ* 3.12.2007, p. 265; REsp 204.364/RJ, 2.ª Turma, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 16.9.2004, *DJ* 29.11.2004, p. 271.

241 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 1.588; Moniz de Aragão, *Cautelares*, p. 63-64; Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 113; Watanabe, *Da cognição*, p. 138.

242 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 167-168; Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 110/113; Marinoni-Arenhart, *Processo*, p. 187; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 71. Contra: Araken de Assis, *Breve*, p. 93.

243 (Voltar) Grinover, *La tutela*, p. 138-139; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 72; Pontes de Miranda, *Tratado*, p. 404.

244 (Voltar) Liebman, *Eficácia*, p. 25; Lopes da Costa, *Medidas*, p. 50; Shimura, *Arresto*, p. 353.

245 (Voltar) Galeno Lacerda, *Comentários*, p. 294-295.

246 (Voltar) Shimura, *Arresto*, p. 350; Moniz de Aragão, *Cautelares*, p. 64.

247 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 1.588.

248 (Voltar) Galeno Lacerda, *Comentários*, p. 294-295; Sanches, *Poder cautelar*, p. 79; Lima Guerra, *Estudos*, p. 57; Dinamarco, *Instituições*, p. 309.

249 (Voltar) Araken de Assis, *Breve*, p. 96.

250 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 320; Fux, *Curso*, p. 1.550.

251 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 1.550.

252 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 200.

253 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 756; Shimura, *Arresto*, n. 8.7.2.1, p. 396; *Informativo* 427/STJ: 1.ª Seção, REsp 1.115.370/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 16.3.2010; STJ, 3.ª Turma, REsp 757.625/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.10.2006, *DJ* 13.11.2006. Contra: Baptista da Silva, *Do processo*, p. 200.

254 (Voltar) *Informativo* 424/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.040.404-GO, rel. originário Min. Sidnei Beneti, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 23.2.2010.

255 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 1.579.

256 (Voltar) Orione, *Processo*, n. 16.1, p. 188; Nery-Nery, *Código*, p. 1.123.

257 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 107, p. 149.

258 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 201.

259 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 1.319.930/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 7.12.2010, *DJe* 3.2.2011.

260 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 107, p. 149; Baptista da Silva, *Do processo*, p. 202.

261 (Voltar) Súmula 482: "A falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar."

262 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Processo*, p. 163.

263 (Voltar) Galeno Lacerda, *Comentários*, n. 74, p. 292-293.

264 (Voltar) REsp 704.538/MG, 4.ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15.4.2008, *DJ* 5.5.2008; REsp 923.279/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 22.5.2007, *DJ* 11.6.2007.

265 (Voltar) Súmula 482: "A falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar."

266 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 116, p. 155.

267 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 208.

268 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 647.868, rel. Min. Luiz Fux, j. 5.5.2005.

269 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Processo*, p. 167.

270 (Voltar) Pinho, *Direito*, p. 529; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 238.

271 (Voltar) Baptista da Silva, A "antecipação", p. 139; Zavascki, *Antecipação*, p. 153; Costa Machado, *Tutela*, p. 422.

272 (Voltar) Zavascki, *Antecipação*, p. 153-154; Augusto de Assis, *A antecipação*, p. 176; Theodoro Jr., *Curso*, p. 572.

273 (Voltar) Nesse sentido as lições de Costa Machado, *Tutela*, p. 422-423.

274 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, p. 148; Scarpinella Bueno, *Tutela*, p. 40.

275 (Voltar) Indicando essa diferença, Marinoni, *Antecipação*, p. 332; Augusto de Assis, *A antecipação*, p. 176.

276 (Voltar) Zavascki, *Antecipação*, p. 154; Bedaque, *Tutela*, p. 330.

277 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, p. 567. Contra: Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 636.

278 (Voltar) Enunciado 31/ENFAM:“ A concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 independe do trânsito em julgado da decisão paradigma” .

279 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, vol. I, n. 500, p. 681.

280 (Voltar) Enunciado 30/ENFAM: “É possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante.”

281 (Voltar) Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, vol. 2, p. 625.

282 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 824; Fidélis do Santos, *Dos procedimentos*, n. 45, p. 47.

283 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 525.

284 (Voltar) Didier Jr-Braga-Oliveira, *Curso*, vol. 2, p. 629.

285 (Voltar) Amaral, *Comentários*, p. 419.

286 (Voltar) Dinamarco, Instituições, n. 401, p. 47; Câmara, Lições, p. 294.

287 (Voltar) Marinoni-Mitidiero-Arenhart, Novo, p. 326; Câmara, Lições, p. 294.

288 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.169.161/PR, rel. Min. Og Fernandes, j. 12/08/2014, DJe 26/08/2014.

289 (Voltar) Dinamarco, Instituições, n. 403, p. 50.

290 (Voltar) Marioni-Arenhart-Mitidiero, Novo, p. 327; Dellore, Teoria, p. 934.

291 (Voltar) Medina, Novo, p. 510; Câmara, Lições, p. 297.

292 (Voltar) Theodoro Jr., Curso, n. 523, p. 710; Medina, Novo, p. 511; Moniz de Aragão, Comentários, n. 492, p. 368; STJ, 3ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp 360.091/RS, rel. *Min. Sidnei Beneti, j. 27/03/2014, DJe 14/04/2014.*

293 (Voltar) *Didier Jr., Curso, p. 738.*

294 (Voltar) *STJ, 3ª Seção, EAR 3.358/SC, rel.* Min. Gurgel de Faria, rel. p/ acordão Min. Felix Fischer, j. 10/12/2014, DJe 04/02/2015; STJ, 4ª Turma, REsp 1.059.867/MT, rel. Min. Marco Buzzi, j. 19/09/2013, DJe 24/10/2013.

295 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 725.456/PR, rel. *Min. Luis Felipe Salomão, j. 05/10/2010, DJe 14/10/2010.*

296 (Voltar) Medina, Novo, p. 511.

297 (Voltar) Greco, Instituições, p. 375.

298 (Voltar) Contra: Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, Primeiros, p. 535.

299 (Voltar) Theodoro Jr., Curso, n. 524, p. 711.

300 (Voltar) Moniz de Aragão, Comentários, n. 468, p. 352; Dinamarco, Instituições, n. 861, p. 160; Didier Jr., Curso, p. 739; Gomes, Comentários, p. 191.

301 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 524, p. 711; Câmara, *Lições*, p. 299.

302 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 378.

303 (Voltar) *Moniz de Aragão, Comentários, n. 469, p. 353; Dinamarco, Instituições, n. 863, p. 163; Greco, Instituições, p. 378; Didier Jr., Curso, p. 739; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, Novo, p. 328; Gomes, Comentários, p. 193.*

304 (Voltar) Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 470, p. 354; Dinamarco, *Instituições*, n. 864, p. 164; Greco, *Instituições*, p. 378; Didier Jr., *Curso*, p. 740.

305 (Voltar) Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 472, p. 355; Dinamarco, *Instituições*, n. 862, p. 161; Câmara, *Lições*, p. 299.

306 (Voltar) *Nery Jr-Nery, Código, p. 522; Dinamarco, Instituições, n. 859, p. 156; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, Novo, p. 329.*

307 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 525, p. 712.

308 (Voltar) Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 474, p. 358; Dinamarco, *Instituições*, n.

859, p. 157; Marcato, *Código*, p. 761.

309 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 536; Gomes Junior, *Breves*, p. 803.

310 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 380.

311 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 855, p. 151.

312 (Voltar) Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 477, p. 358.

313 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 381.

314 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 382.

315 (Voltar) Didier Jr., *Curso*, p. 742.

316 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 386.

317 (Voltar) Santos, *Primeiras*, p. 69.

318 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 537; Dellore, *Teoria*, p. 937.

319 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.445.137/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. 24/03/2015, DJe 30/03/2015; e entre Justiça Estadual e Trabalhista: STJ, 2ª Seção, CC 126.697/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13/08/2014, DJe 19/08/2014.

320 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 422; Marcato, *Código*, p. 795; Leite, *Prejudicialidade*, p. 275.

321 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 418, pp. 75-76; Leite, *Prejudicialidade*, p. 276.

322 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp. 564.880/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 09/11/2004, DJ 09/02/2005, p. 196.

323 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 423; Arruda Alvim, *Manual*, p. 852; Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 486, p. 363.

324 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 384; Theodoro Jr., *Curso*, n. 528, p. 715.

325 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 386; Câmara, *Lições*, p. 302.

326 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 387.

327 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 387; Didier Jr., *Curso*, p. 744.

328 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 329.

329 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 538; Theodoro Jr., *Curso*, n. 530, p. 717; Dellore, *Teoria*, p. 939.

330 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 811.769/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09/02/2010, DJe 12/03/2010.

331 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 513.

332 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 329.

333 (Voltar) *Informativo* 563/STJ, Corte Especial, EREsp 1.409.256-PR, rel. Min. Og Fernandes, j. 06/05/2015, DJe 28/05/2015; *Informativo* 555/STJ, 4ª Turma, REsp 1.198.068-MS, rel. Min. Marco Buzzi, j. 02/12/2014, DJe 20/02/2015; STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.318.356/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 18/11/2010, DJe 01/12/2010; STJ, 2ª Turma, REsp. 911.116/DF, rel. Min. Herman Benjamin, j. 19/02/2008, DJe 04/03/2009.

334 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 742428/DF, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 15/12/2009, DJe 02/02/2010; STJ, 3ª Turma, REsp. 604.435/SP, rel. *Min. Nancy Andrighi, j. 15/12/2005, DJ 01/02/2006, p. 530.*

335 (Voltar) *STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag 1.053.555/MT, rel. Min. Felix Fischer, j. 05/03/2009, DJe 30/03/2009.*

336 (Voltar) Dinamarco, Instituições, n. 868, p. 174.

337 (Voltar) Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 495, p. 372; Câmara, *Lições*, p. 296.

338 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 514.

339 (Voltar) Marcato, *Código*, p. 766; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 330.

340 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 769.935/SC, rel. Min. Raul Araújo, j. 02/10/2014, DJe 25/11/2014; STJ, 2ª Turma, REsp 1.306.463/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 04/09/2012, DJe 11/09/2012.

341 (Voltar) STJ, 2ª Seção, AR 3.743/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, rel. p/ acórdão Min. Marco Buzzi, j. 13/11/2013, DJe 02/12/2013; STJ, 4ª Turma, REsp 1.315.080/GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/03/2013, DJe 14/03/2013.

342 (Voltar) Barbosa Moreira, *Questões prejudiciais*, p. 55.

343 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 367; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 166.

344 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, nº 875; Clarisse Leite, *Prejudicialidade*, nº 47, p. 270.

345 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 860.591/PR, rel. *Min. Luis Felipe Salomão, j. 20/04/2010, DJe 04/05/2010.*

346 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, Código, p. 166.

347 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 367; Costa Machado, *Código*, p. 427.

348 (Voltar) Marinoni-Mitidiero-Arenhart, *Novo*, p. 331.

349 (Voltar) Barbosa Moreira, ***O novo***, § 13, p. 101.

350 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1242, p. 691.

351 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, v. 3, n. 345, p. 385; Barbosa Moreira, *O novo*, § 13, p. 103.

352 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1274, p. 728-729; Greco Filho, *Direito*, n. 22, p. 97.

353 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1243, p. 692-693; Barbosa Moreira, *O novo*, § 14, p. 104.

354 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1245, p. 697; Nery-Nery, *Código*, p. 537.

355 (Voltar) STJ, REsp 319.737/MA, 3.ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, j. 06.05.2002, *DJ* 01.07.2002, p. 267.

356 (Voltar) Araken de Assis, *Procedimento*, 11.1, p. 29.

357 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1247, p. 699; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 10.2.2, p. 112; Figueira Jr., *Procedimento*, n. 388. Contra: Nery-Nery, *Código*, p. 538; Gilson Delgado, *Procedimento*, 5.3.1, p. 111.

358 (Voltar) Calmon de Passos, *Comentários*, n. 10.2.3.4, p. 121; Nery-Nery, *Código*, p. 539; Figueira Jr., *Procedimento*, n. 352.

359 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 539.

360 (Voltar) Araken de Assis, *Procedimento*, n. 11.4, p. 32.

361 (Voltar) Idem.

362 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 539; Câmara, *Lições*, p. 361.

363 (Voltar) Araken de Assis, *Procedimento*, n. 11.6, p. 34.

364 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 539; Figueira Jr., *Procedimento*, n. 360; Gilson Delgado, *Procedimento*, n. 5.3.6, p. 121. Aplicando o art. 275, II, "f", do CPC, a cobrança de honorários de corretor de imóveis: STJ, 4.ª Turma, REsp 251.676/GO, rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, j. 03.08.2000, *DJ* 11.09.2000.

365 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1257, p. 710.

366 (Voltar) STJ, REsp 435.024/MG, 4.ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.04.2003, *DJ* 26.05.2003, p. 364; AgRg no REsp 615.581/RS, 6.ª Turma, rel. Min. Og Fernandes, j. 25.11.2008, *DJe* 15.12.2008.

367 (Voltar) Contra: Calmon de Passos, *Comentários*, 11.1, p. 152-153.

368 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 543.

369 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1260, p. 712; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 12.1, p. 154. *Informativo* 305/STJ, 4.a T., REsp 331.584-SP, rel. Aldir Passarinho Jr., j. 21.11.2006.

370 (Voltar) Contra: Nery-Nery, *Código*, p. 543.

371 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, § 14, p. 106; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 12.1, p. 155. STJ, 4.ª Turma, REsp 200.490, Rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, j. 13.04.1999, *DJ* 17.05.1999.

372 (Voltar) *Informativo* 523/STJ, 2ª Seção, EAREsp 25.641-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12.06.2013.

373 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 544; Greco Filho, *Direito*, n. 22, p. 100.

374 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1263, p. 718.

375 (Voltar) Figueira Jr., *Procedimento*, n. 384.

376 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1266, p. 721; Câmara, *Lições*, p. 365.

377 (Voltar) Araken de Assis, *Procedimento*, n. 28.1, p. 84; Nery-Nery, *Código*, p. 543. STJ, 4.ª Turma, REsp 149.729, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23.03.1999, *DJ* 21.06.1999.

378 (Voltar) Calmon de Passos, *Comentários*, n. 12.7, p. 160.

379 (Voltar) *Informativo* 523/STJ, 2ª Seção, EAREsp 25.641-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12.06.2013.

380 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 544.

381 (Voltar) Figueira Jr., *Procedimento*, n. 396; Câmara, *Lições*, p. 364.

382 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, § 14, p. 108.

383 (Voltar) Araken de Assis, *Procedimento*, n. 31.2, p. 94; Theodoro Jr., *Curso*, v. 3, n. 348, p. 388.

384 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1264, p. 718.

385 (Voltar) Contra: Humberto Theodoro Jr., *Curso*, n. 348, p. 388; Greco Filho, *Procedimento*, n. 22, p. 101; Câmara, *Lições*, p. 366.

386 (Voltar) Para Araken de Assis, *Procedimento*, n. 30, p. 88, trata-se de momento preclusivo.

387 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1254, p. 705.

388 (Voltar) Araken de Assis, *Procedimento*, n. 13, p. 38-39; STJ, 3.ª Turma, REsp 268.696/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.04.2001, *DJ* 07.05.2001, p. 139.

389 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 918.888/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.06.07, *DJ* 01.08.07; STJ, 1.ª Turma, REsp 844.357/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 26.09.2006, *DJ* 09.11.2006.

390 (Voltar) Greco Filho, *Comentários*; Bermudes, *A reforma*, p. 48; Fidélis dos Santos, *Novíssimos*, p. 403.

391 (Voltar) Calmon de Passos, *Comentários*, p. 147; Paulo de Carvalho, *A prática*, p. 435; Fornaciari Júnior, *A reforma*, p. 56. Em sentido contrário, elogiando a restrição: Figueira Jr., *Procedimento*, p. 137; Gusmão Carneiro, *Anotações*, p. 392.

392 (Voltar) Dinamarco, *Intervenção*, p. 190.

393 (Voltar) Wambier-Wambier, *Breves*, p. 79; Câmara, *Lições*, p. 371.

394 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 989, p. 355.

395 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 249.

396 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 992, p. 358; Theodoro Jr., *Curso*, n. 354, p. 398; Calmon de Passos, *Comentários*, p. 187.

397 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 354, p. 398.

398 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 993, p. 360.

399 (Voltar) Calmon de Passos, *Comentários*, p. 187; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 856.

400 (Voltar) Figueira Jr., *Código*, p. 36.

401 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 154.906/MG, rel. Min. Barros Monteiro, j. 04.05.2004.

402 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 993, p. 360; Figueira Jr., *Código*, p. 36-42.

403 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 295.642/RO, rel. Min. Francisco Falcão, j. 13.03.2001.

404 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 291; Carmona, *Em torno*, p. 30.

405 (Voltar) Em sentido assemelhado, Carmona, *Em torno*, p. 29; Calmon de Passos, *Comentários*, p. 195; Greco Filho, *Direito*, n. 23, p. 108.

406 (Voltar) *Informativo* 703/STF, Tribunal Pleno, ACO 664, Impugnação ao Valor da Causa-AgR/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.04.2012.

407 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 645.729/RJ, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 11.12.2012, *DJe* 01.02.2013; STJ, 3.ª Turma, REsp 1.313.643/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 22.05.2012, *DJe* 13.06.2012.

408 (Voltar) Cramer, Comentários, p. 458.

409 (Voltar) STJ, REsp 692.580/MT, 4.ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.03.2008, *DJe* 14.04.2008.

410 (Voltar) STJ, REsp 713.800/MA, 3.ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 11.03.2008, *DJe* 01.04.2008.

411 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.376.551/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 18/06/2013, DJe 28/06/2013; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.000, p. 377; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 859. Contra: Nery-Nery, *Código*, p. 551; Greco Filho, *Direito*, n. 23, p. 109.

412 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 806, p. 90; Calmon de Passos, *Comentários*, p. 195-196.

413 (Voltar) REsp 329.034/MG, 3.ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.02.2006.

414 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 406.862/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 08.11.2002.

415 (Voltar) Greco, *Instituições*, Vol. II, p. 24.

416 (Voltar) STJ, 6ª Turma, AgRg na PET no REsp 1.125.860/MG, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 05/02/2015, DJe 20/02/2015; STJ, 4ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.041.589/RN, rel. Min. Raul Araújo, j. 20/06/2013, DJe 01/07/2013.

417 (Voltar) STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 492.868/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. 11/12/2012, DJe 07/02/2013.

418 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1006, p. 381; Nery-Nery, *Código*, p. 552; STJ, 4ª Turma, REsp 1.262.132/SP, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 18/11/2014, DJe 03/02/2015.

419 (Voltar) Calmon de Passos, *Comentários*, p. 198; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 293; STJ, 4ª Turma, REsp 1.262.132/SP, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 18/11/2014, DJe 03/02/2015.

420 (Voltar) *Informativo* 413/STJ: 3.ª Turma, REsp 896.435/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.10.2009. Contra: STJ, 4ª Turma, REsp 1.262.132/SP, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 18/11/2014, DJe 03/02/2015.

421 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 551.

422 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 1.143.968/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26/02/2013, DJe 01/07/2013; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.089.211/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 16/12/2010, DJe 21/02/2011.

423 (Voltar) *Informativo* 551/STJ, 4ª Turma, RMS 45.495-SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 26/8/2014.

424 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 871.661/RS, rel. Nancy Andrighi, j. 17.05.2007.

425 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no Ag 795.153/MG., rel. Min. Herman Benjamin,., j. 22.05.2007, *DJe* 23.10.2008, STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 886.407/ES, rel. Min.Francisco Falcão, j. 27.02.2007, *DJ* 12.04.2007, p. 247.

426 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 1.235.006/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 25/10/2011, DJe 10/11/2011; STJ, 1ª Turma, REsp 1.079.395/ES, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 03/11/2009, DJe 10/11/2009.

427 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 1.423.164/SC, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26/06/2012, DJe 29/06/2012.

428 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 554; Cassio Scarpinella Bueno, *Código*, p. 875.

429 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 105; STJ, 4.ª Turma, AgRg no Ag 979.541/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 24.06.2008.

430 (Voltar) STJ, 1ª Turma, REsp 826.613/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 18/05/2010, DJe 03/08/2010; STJ, 3.ª Turma, REsp 871.661/RS, rel. Nancy Andrighi, j. 17.05.2007, DJ 11/06/2007, p. 313.

431 (Voltar) Para análise da preclusão lógica para o juiz: Neves, *Preclusões*, p. 42-46.

432 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no AREsp 196.345/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17.12.2013, DJe 04.02.2014.

433 (Voltar) STJ, 3ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.184.763/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 15/05/2014, DJe 22/05/2014.

434 (Voltar) Talamini, *Tutela*, p. 89; Didier, *Curso*, p. 382. Contra: Calmon de Passos, *Comentários*, n. 35.6, p. 263; Theodoro Jr., *Curso*, n. 356, p. 402; Greco Filho, *Direito*, n. 115, p. 117.

435 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 826.208/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 25.09.2007.

436 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, REsp 1.129.938/PE, rel. Min. Massami Uyeda, j. 28.09.2011, *DJe* 28.03.2012; STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1.161.961/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 13.08.2013, *DJe* 22.08.2013; STJ, 4.ª Turma, AgRg no AREsp 14.114/PR, rel. Min. Marco Buzzi, j. 06.11.2012, *DJe* 13.11.2012.

437 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.014, p. 391; Theodoro Jr., *Curso*, n. 357, p. 405; STJ, 1.ª Turma, AgRg no REsp 920.389/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j. 17.05.2007.

438 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.026, p. 401; Nery-Nery, *Código*, p. 685; Greco Filho, *Direito*, p. 116.

439 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, RO 100/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 04.03.2010, *DJe* 18.03.2010.

440 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 555; Costa Machado, *Código*, p. 647.

441 (Voltar) Pela constitucionalidade: Theodoro Jr., *Curso*, n. 357-c, p. 408; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 113. Pela inconstitucionalidade: Nery-Nery, *Código*, p. 556.

442 (Voltar) Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 65-67; Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 49-55; Gustavo Nogueira, *A improcedência*, p. 135-137.

443 (Voltar) *Informativo* 524/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.225.227-MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.05.2013; *Informativo* 477/STJ: 4.ª Turma, REsp 1.109.398/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.06.2011.

444 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 357-a, p. 406-407; Nogueira, *A improcedência*, p. 134.

445 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 356-a, p. 402-405; Mazzei, *Reforma*, p. 424-453; Câmara, *Lições*, p. 300-301.

446 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 1.004.747/RJ, rel. Luiz Fux, j. 06.05.2008.

447 (Voltar) Câmara, *O Novo*, p. 198.

448 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 558.

449 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.467.302/RS, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 19/05/2015, DJe 28/05/2015; STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 75.065/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 18/12/2014, DJe 06/02/2015.

450 (Voltar) Bondioli, *O novo*, p. 199. Contra: Nery-Nery, *Código*, p. 558.

451 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 556, Didier, *Curso*, p. 422. Contra: Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 268.

452 (Voltar) Neves, *Recurso*, n. 54.

453 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 269.

454 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 556, Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 81; Didier, *Curso*, p. 422; Bondioli, *O novo*, p. 205-206. Contra: Theodoro Jr., *Curso*, n. 357-b, p. 353; Nogueira, *A improcedência*, p. 141.

455 (Voltar) *Informativo* 546/STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.468.906/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26.08.2014.

456 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 1.026.821/TO, rel. Min. Marco Buzzi, j. 16.08.2012, *DJe* 28.08.2012; STJ, REsp 1.246.098/PE, 2.ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26.04.2011, *DJe* 05.05.2011; STJ, 3.ª Turma, REsp 600.866/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 20.03.2007, *DJ* 14.05.2007, p. 279.

457 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 464-465; Costa Machado, *Código*, p. 515.

458 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, n. 8.1, p. 30; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 219.

459 (Voltar) Nesse sentido, o Enunciado 274 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

460 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 223; Didier, *Curso*, p. 428; Dall'Agnol, *Comentários*, p. 506-507; STJ, 3ª Turma, REsp 1.458.741/GO, rel. Min. Ricardo Villas

Bôas Cueva, j. 14/04/2015, DJe 17/04/2015.

461 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 33; Greco Filho, *Direito*, n. 8.1, p. 36; Theodoro Jr., *Curso*, n. 264, p. 304.

462 (Voltar) STJ, 3ª Seção, MS 8.997/DF, rel. Min. Og Fernandes, j. 26/08/2009, DJe 24/09/2009; STJ, 4ª Turma, REsp 778.976/PB, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.04.2008, DJe 28/04/2008.

463 (Voltar) Dinamarco, *Instituições* II, n. 410, p. 66-67.

464 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso* I, n. 301, p. 299.

465 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 1.307.407/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22.05.2012, *DJe* 29.05.2012.

466 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 804.255/CE, rel. MIn. Humberto Gomes de Barros, j. 14/02/2008, DJe 05/03/2008.

467 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 223; Didier, *Curso*, p. 429.

468 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, n. 8.2, p. 37-38.

469 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 265, p. 305; Fux, *Curso*, p. 343; STJ, 4.ª Turma, RMS 17.713/AC, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 23.09.2008.

470 (Voltar) Bedaque, *Código*, p. 144; Agrícola Barbi, *Comentários*, n. 274, p. 185.

471 (Voltar) Súmula 54 do STJ: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

472 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 406, p. 557; Didier Jr, *Curso*, p. 614; Câmara, *O novo*, p. 143.

473 (Voltar) Greco, *Instituições*, p. 312; Rios Gonçalves, *Novo curso*, p. 356.

474 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.035, p. 415.

475 (Voltar) Súmula 429/STJ: “A citação postal, quando autorizada por lei, exige o aviso de recebimento”.

476 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 259, p. 301.

477 (Voltar) Contra: Câmara, Novo, p. 145.

478 (Voltar) AgRg no REsp 1.037.329/RJ, 2.ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j.

26.08.2008; AgRg no Ag 989.921/SP, 3.ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, j. 21.08.2008; *Informativo* STJ/338: EREsp 249.771/SC, Corte Especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 07.11.2007. A regra também se aplica na intimação: *Informativo* 387/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.094.308-RJ, rel. Massami Uyeda, j. 19.03.2009.

479 (Voltar) STJ, 4.***a*** Turma, HC 106.840/MA, rel. Min. Jorge Mussi, j. 15.09.2009, *DJe* 13.10.2009; STJ, 3.ª Turma, REsp 468.249/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.08.2003, *DJ* 01.09.2003, p. 281.

480 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 807.871/PR, rel. Min. Francisco Falcão, j. 14.03.2006, *DJ* 27.03.2006, p. 238.

481 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.039, p. 420-421. Contra, entendendo que as tentativas devem ser realizadas em dias diferentes: Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 229.

482 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 647.201/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 05.10.2004.

483 (Voltar) STJ, 3.***a*** Turma, REsp 468.249/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.08.2003, *DJ* 01.09.2003, p. 281.

484 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.291.808/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 28/05/2013, DJe 07/10/2013; Theodoro Jr., *Curso*, n. 258, p. 301; Fux, *Curso*, p. 349; Greco Filho, *Direito processual*, n. 8.1, p. 35.

485 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 687.115/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.06.2007, *DJ* 11/08/2007, p. 457. *Informativo* 385/STJ, 3.ª Turma, REsp 746.524/SC, rel. Nancy Andrighi, j. 03.03.2009.

486 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 746.524/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.03.2009, *DJe* 16.03.2009.

487 (Voltar) *Informativo* 469/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.229.361/SP, rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), j. 12.04.2011.

488 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.307.558/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14/05/2013, DJe 22/05/2013.

489 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.041, p. 425.

490 (Voltar) Câmara, *Lições*, p. 256-257.

491 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.041, p. 425.

492 (Voltar) Didier, *Curso*, p. 437-438.

493 (Voltar) Roque, *Teoria*, p. 750.

494 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 400.

495 (Voltar) Pinho, *Direito*, n. 4.2.14, p. 120; Almeida-Pantoja, *Técnicas*, p. 147.

496 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 569.

497 (Voltar) Amaral, Comentários, p. 453.

498 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, Novo, p. 356; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, Primeiros, p. 571; Didier Jr., Curso, p. 624; Theodoro Jr., Curso, n. 588, p. 779; Cambi, Breves, p. 885; Flexa-Macedo-Bastos, Novo, p. 281; Enunciado 61/ENFAM: "Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º".

499 (Voltar) Medina, Novo, p. 559; Scarpinella Bueno, Manual, p. 272; Câmara, O novo, p. 199.

500 (Voltar) Mancuso, *Ação civil pública*, p. 241; Mazzilli, *A defesa*, p. 438-439; Gomes Jr., *Curso*, p. 273; STJ, 2ª Turma, REsp 299.400/RJ, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, j. 01.06.2006, DJ 02.08.2006, p. 229.

501 (Voltar) Almeida-Pantoja, Técnicas, p. 149.

502 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, Primeiros, p. 572. Contra: Amaral, Comentários, p. 456.

503 (Voltar) Marioni-Arenhart-Mitidiero, Novo, p. 356; Amaral, Comentários, p. 454.

504 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, Primeiros, p. 573.

505 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 628; Marcato, *Código*, p. 932; Figueira Jr., *Comentários*, v. 4, t. II, p. 218.

506 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1.065, p. 463.

507 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, n. 383, p. 434. Ainda Nery-Nery, *Comentários*, p. 686-687.

508 (Voltar) Figueira Jr., *Comentários*, p. 227.

509 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, CC 86.962/RO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 13.02.2008, *DJ* 03.03.2008; STJ, 2.ª Turma, REsp 885.960/CE, rel. Min. Humberto

Martins, j. 02.08.2007, *DJ* 15.08.2007; STJ, 2.ª Seção, REsp. 169.176/DF, rel. Min. Castro Filho, j. 25.03.2003, *DJ* 12.08.2003. Na doutrina, Pizzol, *A competência*, p. 388-389.

510 (Voltar) Apontando para a possibilidade de emenda, Nery-Nery, *Código*, p. 695. Pelo indeferimento de plano, Dinamarco, *Instituições*, v. 3, p. 485; Marcato, *Código*, p. 952.

511 (Voltar) Contra: Dinamarco, *Instituições*, v. 3, p. 485, apontado como excesso de formalismo decisões do Superior Tribunal de Justiça no sentido defendido no texto.

512 (Voltar) Contra: Scarpinella Bueno, *Manual*, pp. 117-118.

513 (Voltar) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. III, p. 448.

514 (Voltar) Calmon de Passos, *Comentários*, p. 263; Fidélis dos Santos, *Manual*, p. 403; Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, n. 383, p. 433.

515 (Voltar) Carmona, *Arbitragem*, p. 98-101.

516 (Voltar) Bedaque, *Código*, p. 69.

517 (Voltar) Neves, *Preclusões*, p. 156.

518 (Voltar) Greco Filho, *Da intervenção*, p. 45; Gusmão Carneiro, *Intervenção*, p. 75. Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 189; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 188 negavam a natureza de intervenção de terceiro da nomeação à autoria.

519 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 7.7, p. 188.

520 (Voltar) Bedaque, *Código*, p. 174; Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 7.7, p. 188; Baptista da Silva, *Comentários*, p. 317.

521 (Voltar) Agrícola Barbi, *Comentários*, n. 392, p. 244.

522 (Voltar) Baptista da Silva, *Comentários*, p. 322-323; Bedaque, *Código*, p. 177.

523 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Intervenção*, p. 76; Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 193; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 189. Fux, *Curso*, p. 290, sugere mudança *de lege ferenda* no sentido de excluir a possibilidade de recusa do nomeado.

524 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 38.

525 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1.068, p. 466.

526 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 38.

527 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1.070, p. 469.

528 (Voltar) Nesse sentido Barbosa Moreira, *O novo*, p. 44; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 167; Câmara, *Lições*, p. 336. Fux, *Curso*, p. 633, fala em cumulação de pedidos, enquanto Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 361.

529 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1.092, p. 497.

530 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, p. 277; Fornaciari Jr., *Da reconvenção*, p. 151, e Fidélis dos Santos, *Manual*, p. 416.

531 (Voltar) Contra: Dinamarco, *Instituições*, v. 3, p. 498.

532 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, p. 506-507.

533 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 44; Calmon de Passos, *Comentários*, v. 3, p. 313; Fornaciari Jr., *Da reconvenção*, p. 95.

534 (Voltar) A favor: Dinamarco, *Instituições*, v. 3, p. 506-507; Calmon de Passos, *Comentários*, p. 327; Nery-Nery, *Código*, p. 702. Contra: Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 168; Theodoro Jr., *Curso*, v. 1, p. 362; Fornaciari Jr., *Da reconvenção*, p. 94; Figueira Jr., *Comentários*, v. 4, t. II, p. 327.

535 (Voltar) Cf. Calmon de Passos, *Comentários*, p. 313. Barbosa Moreira, *O novo*, p. 44-45.

536 (Voltar) Baptista da Silva, *Comentários*, p. 85, e Bedaque, *Código*, p. 64-65.

537 (Voltar) Greco Filho, *Direito processual*, v. 2, p. 133, e Nery-Nery, *Código*, p. 702. Contra: Figueira Jr., *Comentários*, p. 328; Fornaciari Jr., *Da reconvenção*, p. 95.

538 (Voltar) *Informativo* 538/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.076.571-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 11.03.2014.

539 (Voltar) Cf. Fidélis dos Santos, *Manual*, v. 1, p. 414.

540 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.102, p. 508-509.

541 (Voltar) *Informativo* 493/STJ, REsp 1.126.130-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.03.2012.

542 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1096, p. 501, STJ, 5.ª Turma, REsp 549.587/PE, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23.03.2004, *DJ* 10.05.2004.

543 (Voltar) STJ, Corte Especial, EREsp 1.284.814/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18/12/2013, DJe 06/02/2014.

544 (Voltar) STJ, 5.ª Turma, REsp 334.922-SE, rel. Min. Felix Fischer, j. 16.10.2001, DJ 12.11.2001, p. 168. Contra: Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1.103, p. 510.

545 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1098, p. 504; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 156.

546 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 396, p. 451; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 130; Nery-Nery, *Comentários*, n. 1 ao art. 319, p. 593.

547 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 669.954/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 21.09.2006, *DJ* 16.10.2006. Posição contrária minoritária: Calmon de Passos, *Comentários*, n. 237.2, p. 353.

548 (Voltar) *Informativo* 425/STJ: 3.ª Turma, REsp 847.893/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 02.03.2010.

549 (Voltar) Nesse sentido, Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1120, p. 533; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 189; Fidélis dos Santos, *Manual*, v. 1, n. 546, p. 395-396.

550 (Voltar) No sentido do texto Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 131.

551 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.335.994/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12/08/2014, DJe 18/08/2014.

552 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1121, p. 534; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 131. Contra: STJ, REsp 510.229/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.11.2004, *DJ* 13.12.2004.

553 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1122, p. 535; Calmon de Passos, *Comentários*, n. 236.2, p. 348.

554 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1123, p. 536.

555 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1127, p. 545; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 191.

556 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 669.890/MS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 09/06/2015, DJe 19/06/2015; STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 571.534/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26/05/2015, DJe 02/06/2015.

557 (Voltar) Calmon de Passos, *Comentários*, n. 246.1, p. 375; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 133; Nery-Nery, *Código*, n. II:2 ao art. 320, p. 594.

558 (Voltar) STJ, 6ª Turma, REsp 939.086/RS, rel. Min. Marilza Maynard, j. 12/08/2014, DJe 25/08/2014; STJ, 2ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp 234.461/RJ, rel. Min. Mauro

Campbell Marques, j. 04/12/2012; DJe 10/12/2012; Carneiro da Cunha, *A Fazenda Pública*, p. 87-88.

559 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 98; Arruda Alvim, *Manual*, n. 126, p. 293; Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1126, p. 541-542, menciona fatos impossíveis ou improváveis.

560 (Voltar) *Informativo* 546/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.335.994/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12.08.2014.

561 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 135.

562 (Voltar) Calmon de Passos, *Comentários*, n. 252, p. 382; Theodoro Jr., *Curso*, n. 396, p. 451. Theodoro Jr., *Curso*, n. 396, p. 451.

563 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 655.956/DF, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 07/08/2012, DJe 15/08/2012; Theodoro Jr., Curso, n. 396, p. 451; Arruda Alvim, Manual, n. 126, p. 291.

564 (Voltar) Calmon de Passos, Comentários, n. 255, p. 386-387.

565 (Voltar) Marinoni-Arenhart, Manual, p. 137. Greco Filho, Direito, v. 2, p. 159.

566 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, n. 126, p. 290.

567 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 192.

568 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1127, p. 544. Contra, Nery-Nery, ***Código***, n. 6, art. 322, p. 595-596.

569 (Voltar) Calmon de Passos, *Comentários*, n. 256, p. 388-391.

570 (Voltar) Marinoni, *Antecipação*, n. 5.4.6, p. 294-295; Cunha, O § 6.º, p. 116; Bueno, *Tutela*, p. 47; Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 660-663; Mouta Araújo, Tutela, p. 212-227.

571 (Voltar) Carneiro, *Da antecipação*, p. 66-67; Zavascki, *Antecipação*, p. 111-112; Bedaque, *Código*, p. 804.

572 (Voltar) Dinamarco, *A reforma da reforma*, n. 50, p. 96; Wambier-Wambier, *Breves*, p. 57-58; Bedaque, *Código*, p. 804.

573 (Voltar) Neves, *Preclusões*, p. 225-226.

574 (Voltar) *Informativo* 532/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.234.887/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19.09.2013.

575 (Voltar) Enunciado 49/ENFAM: “No julgamento antecipado parcial de mérito, o cumprimento provisório da decisão inicia-se independentemente de caução (art. 356, § 2º, do CPC/2015), sendo aplicável, todavia, a regra do art. 520, IV”.

576 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, pp. 297-298; Theodoro Jr., *Curso*, n. 627, p. 825.

577 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 303.

578 (Voltar) Pinho, *Direito*, p. 415.

579 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 301.

580 (Voltar) Fernandes, *Breves*, p. 975; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 626

581 (Voltar) Contra: Didier Jr., *Curso*, p. 695; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 301.

21. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Sumário:21.1. Introdução – 21.2. Procedimento: 21.2.1. Abertura e pregão das partes; 21.2.2. Conciliação (tentativa de autocomposição); 21.2.3. Fixação dos pontos controvertidos; 21.2.4. Esclarecimentos do perito; 21.2.5. Depoimento pessoal; 21.2.6. Oitiva das testemunhas; 21.2.7. Debates orais; 21.2.8. Prolação da sentença – 21.3. Audiência una e contínua – 21.4. Adiamento da audiência.

21.1. INTRODUÇÃO

Audiência de instrução e julgamento é ato processual complexo, no qual variadas atividades são praticadas pelo juiz, serventuários da justiça, partes, advogados, terceiros e membros do Ministério Público. São realizadas atividades preparatórias (tais como a intimação de testemunhas e perito), conciliatórias, saneadoras (fixação dos pontos controvertidos), instrutórias (prova oral e esclarecimentos do perito), de discussão da causa (debates orais) e decisórias (sentença). Apesar de parcela doutrinária entender que os debates orais fazem parte da instrução da causa[1], é superior o entendimento de que a instrução seja limitada à produção probatória[2].

Nos termos do art. 368 do Novo CPC, trata-se de *sessão pública*, o que significa dizer que deve ser realizada de portas

abertas, franqueando-se a presença a qualquer um do povo que por qualquer motivo se interesse em assisti-la. No exercício do poder de polícia, poderá o juiz limitar o número de pessoas e determinar a retirada daquelas que se portarem de forma inconveniente. Como todo ato processual, em regra é público, havendo, entretanto, *publicidade mitigada* (limitada às partes e patronos)[3] nos casos de que trata o art. 189 do Novo CPC.

O tema da gravação da audiência, compreensivelmente ignorado pelo CPC/1973, é tratado pelos §§ 5.º e 6.º do art. 367 do Novo CPC. Nos termos do § 5.º, a audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica. E, segundo o § 6.º, a gravação a que se refere o § 5.º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

Segundo o art. 360 do Novo CPC, o juiz exercerá seu poder de polícia para manter a ordem e o decoro, com a possibilidade de impedir manifestações agressivas e, no extremo, de excluir determinado sujeito da sala de audiências, quando se comporte de forma extremamente inconveniente. Para tanto, se valerá de força policial sempre que necessário. Registre-se que o ato extremo de exclusão da sala de audiência ocorre raramente, na maioria das vezes entendendo os sujeitos que participam das audiências da necessidade de se comportarem com urbanidade e educação durante sua realização.

Os três poderes do juiz na audiência de instrução e julgamento previstos pelo art. 445 do CPC/1973 são mantidos pelo art. 357 do Novo CPC, que inclui ainda o dever de tratar com urbanidade as partes, os advogados, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e qualquer pessoa que participe do processo. Regra de conduta que deveria nortear a atuação de todos na audiência, em especial de seu comandante, independentemente de expressa previsão nesse sentido. Também passa a ser dever do juiz o registro em ata, com exatidão, de todos os requerimentos apresentados em audiência.

O direito pátrio adotava o sistema presidencial na condução da audiência, cabendo ao juiz direta e pessoalmente colher a prova (art. 446, II, do CPC/1973), de forma que as perguntas feitas pelos advogados ao perito, partes e testemunhas tinham sempre a intermediação do juiz. Ademais, durante qualquer depoimento, os advogados só poderão intervir ou apartear com a licença do juiz, sendo comum na praxe forense que o advogado se valha da expressão “pela ordem” para poder se manifestar.

Esse sistema é modificado pelo art. 456, *caput*, do Novo CPC, ao prever que as perguntas sejam feitas diretamente pelo advogado das partes, e não mais pelo juiz, após ouvi-las dos advogados, como atualmente ocorre, pelo menos do ponto de vista legal. A questão dos apartes durante a oitiva é consagrada pelo art. 358, parágrafo único, do Novo CPC, ao admitir o aparte ou a intervenção dos advogados e do Ministério Público somente com a licença expressa do juiz. A mesma regra estende-se ao Defensor Público, ainda que o dispositivo seja omisso nesse sentido.

Quanto a essa nova forma de inquirição de testemunhas, é correto o Enunciado 156 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Não configura induzimento, constante do art. 466, *caput*, a utilização de técnica de arguição direta no exercício regular de direito.”

Ainda com relação à inquirição de testemunhas, há dois interessantes Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): 157: “Deverá ser facultada às partes a formulação de perguntas de esclarecimento ou complementação decorrentes da inquirição do juiz”; e 158: “Constitui direito da parte a transcrição de perguntas indeferidas pelo juiz”.

Registre-se que, apesar da inegável importância da audiência de instrução e julgamento para o processo, não se trata de ato processual indispensável, somente sendo designada quando for necessária a produção de prova oral ou o esclarecimento de peritos a respeito de seu laudo[4]. Muito excepcionalmente, poderá ser designada essa audiência para a realização da perícia informal, nos termos do art. 464, § 2.º, do Novo CPC.

21.2. PROCEDIMENTO

Numa audiência de instrução e julgamento na qual todos os atos possíveis sejam praticados, deve-se observar a seguinte ordem: abertura, pregão, tentativa de conciliação, fixação dos pontos controvertidos, esclarecimentos do perito e dos assistentes técnicos, depoimento pessoal, oitiva das testemunhas, debates orais e prolação de sentença. Como a audiência segue a ordem natural do próprio processo, de ataque primeiro e defesa depois, todos os atos

praticados por ambas as partes serão praticados antes pelo autor e depois pelo réu. Essa ordem para a prática dos atos pode ser modificada quando existir fundada razão, em especial o respeito ao princípio da *economia processual*[5], não devendo a audiência ser anulada se não houver prova de prejuízo em razão da inversão[6].

O art. 361, *caput*, do Novo CPC se vale do termo "preferencialmente" para prever a ordem das provas orais a serem produzidas na audiência de instrução e julgamento, que continua sendo a mesma do art. 452 do CPC/1973. O termo inegavelmente consagra a possibilidade, ainda que excepcionalmente e de forma fundamentada, da inversão da ordem legal.

21.2.1. ABERTURA E PREGÃO DAS PARTES

Nos termos do art. 358 do Novo CPC, no dia e hora designados, o juiz declara aberta a audiência, o que na praxe forense não se reveste de nenhuma formalidade, bastando que o juiz peça ao oficial de justiça ou a outro serventuário que preste os serviços de porteiro da sala de audiência para que apregoe as partes e seus patronos. O pregão das partes e dos respectivos advogados, bem como de outras pessoas que dela devam participar, é a comunicação oral, de forma clara e em volume razoável, de que a audiência terá seu início e que as partes e patronos estão convidados a ingressar na sala de audiência e tomar seus lugares.

A importância do pregão é óbvia, até porque a ausência de ciência do começo da audiência pode levar a parte e seu patrono a não ingressarem na sala e, como consequência, deixarem de participar da audiência. Parece claro que a ausência de pregão gera

vício processual, que poderá ser saneado caso as partes e patronos, mesmo sem a comunicação, participem normalmente da audiência. Mas na hipótese de falta de pregão e ausência das partes e patronos à audiência, a nulidade é incontestável[7], sendo da parte o ônus de provar que não houve o pregão, até porque a declaração do serventuário de que o realizou é presumida verdadeira em razão de sua *fé pública*. Não haverá nulidade, entretanto, se mesmo diante de ausência de pregão a parte e/ou seu patrono não se encontravam no local da audiência ou se o juiz decidir o mérito em favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade[8].

21.2.2. CONCILIAÇÃO (TENTATIVA DE AUTOCOMPOSIÇÃO)

Entendo que os termos conciliação e autocomposição (transação é uma espécie) não se confundem. *Autocomposição* é a solução do conflito por vontade das partes e a *conciliação* é apenas uma forma procedimental consistente na intervenção de um terceiro intermediador para obter a autocomposição. Portanto, a mera realização dessa intermediação pelo juiz, ainda que frustrada, já configura a conciliação.

Aduz o art. 359 do Novo CPC que, instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem, funcionando como intermediário na tentativa de solucionar o conflito por meio de autocomposição.

A previsão é importante porque ressalta que mesmo já tendo sido tentada a forma de solução consensual não há porque o juiz

não a tentar novamente. Até porque dentro da normalidade a audiência de conciliação e mediação não terá sido realizada perante o juiz da causa, que em contato com as partes terá sua primeira chance de solucionar o conflito de forma consensual. Por outro lado, já tendo sido produzida alguma espécie de prova antes da audiência (documental, pericial, inspeção judicial), é possível que a posição das partes se altere com relação à anterior tentativa de transação. É por essa razão, inclusive, que a conciliação poderá ocorrer mesmo depois da produção da prova oral[9].

Chama a atenção o dispositivo incluir a arbitragem ao lado das formas consensuais do conflito. Imagino que a mediação e a conciliação possam efetivamente ser obtidas, mas não vejo muito sentido em as partes, nesse momento procedimental, renunciarem a uma decisão judicial e optarem por decisão a ser proferida pelo árbitro. A ocorrência de tal circunstância deve ser tão rara como já é atualmente a instituição de uma "arbitragem incidental" prevista no art. 26 da Lei 9.099/1995.

De qualquer modo, a redação do dispositivo sugere que, se essa for a vontade das partes, o juiz estará vinculado ao acordo pela solução arbitral. E, embora o dispositivo preveja essa possibilidade como primeiro ato da audiência, não há nesse caso preclusão temporal, de forma que as partes podem escolher a decisão arbitral mesmo após a realização da instrução pelo juízo, o que é ainda mais improvável que ocorra no caso concreto. Como não cabe ao juiz homologar a sentença arbitral, entendo que, se a arbitragem for escolhida pelas partes como forma de solução do conflito durante o processo, o juiz deverá extinguir o processo sem resolução do

mérito nos termos do art. 485, VII, do Novo CPC.

As partes serão intimadas para a audiência por meio de seus patronos, sendo necessária a intimação pessoal somente na hipótese de depoimento pessoal da parte[10]. A parte, mesmo intimada, não é obrigada a comparecer à audiência de instrução para a conciliação, sendo sua ausência entendida como desinteresse na autocomposição[11]. Por outro lado, a conciliação se realizará mesmo ausente a parte, desde que tenha procurador com poderes para transigir presente à audiência[12]. A conciliação – ou a sua tentativa para os que não distinguem a conciliação da autocomposição – é obrigatória, mas sua ausência não gera vício apto a anular a audiência[13].

Sendo frutífera a conciliação, ou seja, obtida a autocomposição, caberá ao juiz proferir *sentença homologatória de mérito*, com a consequente extinção do processo. Não obtida a autocomposição, caberá ao juiz a fixação dos pontos controvertidos.

21.2.3. FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

O Novo Código de Processo Civil não conta com a previsão de que a fixação dos pontos controvertidos é uma das tarefas do juiz na audiência de instrução e julgamento. No CPC/9173 essa tarefa era repetida em dispositivos que tratavam do saneamento (art. 331) e da audiência de instrução (art. 451), o que, inclusive, em razão da superveniência da segunda, fazia com que parcela da doutrina entendesse como tacitamente revogado o art. 451 do CPC/1973[14].

Entendia, entretanto, que os dois dispositivos poderiam

conviver. Ainda que não recomendável, era – como ainda é – possível que o juiz deixasse de fixar os pontos controvertidos na audiência preliminar, sendo de tudo recomendável que o fizesse na audiência de instrução. Além disso, é possível que a realização de outra espécie de prova antes da audiência restrinja os fatos controvertidos a serem enfrentados na prova oral[15].

Como essas situações continuarão a ser possíveis entendo que a exclusão de tal tarefa do rol de atividades a ser desenvolvida pelo juiz na audiência de instrução e julgamento foi um erro. E que mesmo sem a previsão expressa nesse sentido o juiz deverá fixar os pontos controvertidos antes da instrução, seja porque não o fez antes, seja para delimitar o objeto da prova oral diante de prova de outra natureza já produzida anteriormente.

O art. 361 do Novo CPC prevê que as provas serão produzidas em ordem definida: (I) perito e assistentes técnicos; (II) depoimento pessoal do autor e depois do réu; (III) oitiva das testemunhas do autor e depois do réu.

Durante a produção da prova oral prevê o parágrafo único do art. 361 do Novo CPC que os advogados e membro do Ministério Público só poderão intervir ou apartear o perito, parte ou testemunha, com licença do juiz. A mesma regra estende-se ao defensor público, ainda que o dispositivo seja omisso nesse sentido. Cabe o tradicional pedido “pela ordem”, para que o magistrado conceda a palavra ao advogado, promotor ou defensor público.

No processo civil há tradicional entendimento de que a inversão da ordem legal só gerará anulação da audiência se houver

prejuízo, em aplicação do princípio da instrumentalidade das formas[16]. No processo penal, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça ora entende pela nulidade absoluta[17], ora pela relativa[18].

21.2.4. ESCLARECIMENTOS DO PERITO

Conforme analisado no Capítulo 22, item 22.2.7.4., além da apresentação de parecer técnico como forma de impugnar o laudo pericial, as partes poderão requerer por escrito num prazo máximo de 10 dias antes da audiência a presença do perito para a prestação de esclarecimentos (art. 477, § 3º do Novo CPC). Como o perito em sua intimação já sabe quais são os esclarecimentos a serem prestados (devem constar da petição que pede sua intimação), poderá levar as respostas por escrito na audiência[19], o que evidentemente não exclui a possibilidade de responder oralmente a esclarecimentos residuais.

Levando as respostas escritas e sendo necessários esclarecimentos adicionais ou prestando os esclarecimentos oralmente, o juiz será o primeiro a inquirir o perito, seguido do advogado que pediu os esclarecimentos e, por fim, do advogado do adversário. Caso o assistente técnico seja ouvido, o juiz será o primeiro a argui-lo, seguido do advogado da parte que indicou o assistente e por fim pelo advogado da parte contrária[20].

21.2.5. DEPOIMENTO PESSOAL

Tendo sido requerido pelas partes ou determinado de ofício pelo juiz, caberá ao juiz a tomada do depoimento pessoal das partes. As regras procedimentais da colheita dessa espécie de prova já foram devidamente analisadas no Capítulo 22, item 22.2.2.

21.2.6. OITIVA DAS TESTEMUNHAS

O procedimento da prova testemunhal já foi analisado no Capítulo 22, item 22.2.6.

21.2.7. DEBATES ORAIS

Finda a instrução, serão realizados os debates orais, que na realidade são as alegações finais das partes tomando-se por base a prova que foi produzida na audiência à luz da matéria jurídica discutida na demanda. O prazo é de 20 minutos, prorrogáveis por mais 10, sendo de 30 minutos na hipótese de litisconsortes, hipótese na qual havendo advogados diferentes o tempo será dividido entre eles e, não sendo possível chegar a um acordo, será dividido em partes iguais (art. 364, § 1.º, do Novo CPC).

A ordem dos debates orais vem definida no *caput* do art. 364 do Novo CPC: autor, réu, membro do Ministério Público quando o órgão funcionar na demanda como fiscal da ordem jurídica.

Prevê o art. 364, § 2.º, do Novo CPC, a possibilidade de o juiz converter os debates orais em memoriais, que são alegações finais escritas, sempre que a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito. Costuma ser comum na praxe forense essa conversão ainda que os requisitos do dispositivo legal ora comentado não tenham sido preenchidos; trata-se de um pacto implícito de mediocridade, ofensivo ao princípio da *oralidade*: juízes que não querem ou não sabem ouvir e advogados que não querem ou não sabem falar. De qualquer forma, caberá ao juiz a determinação dessa conversão ou não, sendo irrelevante a vontade das partes[21].

Elogiável o art. 364, § 2.º, do Novo CPC ao prever não só o

prazo de 15 dias para a apresentação dos memoriais, chamados pelo dispositivo legal de “razões finais escritas”, como também expressamente consagrando o entendimento defendido por grande parte da doutrina sob a égide do CPC/1973, mesmo sem previsão legal, de que o prazo deve ser contado sucessivamente para autor e réu[22], sendo o último a se manifestar o Ministério Público quando funcionar no processo como fiscal da ordem jurídica.

A previsão de prazo sucessivo para a apresentação dos memorias escritos respeita a dinâmica de toda a atividade desenvolvida na audiência: primeiro fala o autor, e depois fala o réu, já sabendo de antemão o que foi dito pelo autor. Na realidade, é a própria dinâmica do processo, vindo antes o ataque e depois a defesa. O réu, portanto, ao elaborar seus memoriais escritos terá acesso aos memoriais apresentados pelo autor, podendo se valer de tal peça para mais adequadamente se defender.

Justamente por entender que os prazos sucessivos nada têm a ver com o acesso das partes aos autos, entendo que mesmo em autos eletrônicos deve se observar tal regra[23]. Ademais, sem previsão expressa em sentido contrário, não pode a doutrina entender de forma diferente.

21.2.8. PROLAÇÃO DA SENTENÇA

Caso o juiz converta os debates orais em memorais, a sentença será proferida por escrito em cartório, intimando-se as partes por meio de seus procuradores pela imprensa oficial. Ultrapassada a fase de debates orais, com ou sem a sua efetiva realização, o que dependerá da vontade dos patronos das partes (*ônus processual*), o

juiz poderá proferir a sentença oralmente em audiência, sendo as partes – mesmo que ausentes – intimadas da decisão no ato. Note-se ser uma mera faculdade do juiz, que poderá se preferir chamar os autos à conclusão depois dos debates orais e proferir sentença escrita em cartório no prazo impróprio de 30 dias.

Ainda que romanticamente se entenda que a opção pela sentença escrita em cartório fique reservada para demandas mais complexas, que exijam uma análise e um estudo mais aprofundado do juiz, a praxe forense mostra que o abarrotamento das pautas de audiência faz com que a sentença oral torne-se cada vez mais rara. Com audiências designadas com pouco tempo entre uma e outra seria até mesmo temerário o juiz sentenciar oralmente todos os processos.

Nos termos do art. 366 do Novo CPC, encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 30 dias, sendo tal prazo de natureza imprópria.

21.3. AUDIÊNCIA UNA E CONTÍNUA

Segundo prevê o art. 365, *caput* do Novo CPC, a audiência de instrução é una e contínua, mas pode ser cindida de forma excepcional diante da ausência de perito ou de testemunha, desde que haja concordância das partes. O dispositivo não merece elogios, até e principalmente porque especifica hipótese de cisão da audiência prevista genericamente e de forma mais inteligente no parágrafo único do dispositivo legal.

O dispositivo ora criticado desconsidera que se a parte tiver se

comprometido a levar a testemunha independentemente de intimação e ela deixa de ir à audiência não será caso de cisão da audiência, mesmo por acordo das partes, mas sim de dispensa da prova testemunhal. Por outro lado, não parece que a vontade das partes deva determinar a cisão ou não da audiência, o que deverá ser contornado no caso concreto porque o *caput* do art. 365 do Novo CPC, além de prever a excepcionalidade da cisão, exige que ela seja fundamentada. Dessa forma, o juiz poderá rejeitar o acordo de vontade das partes se não houver fundamento que o convença a cindir a audiência.

O parágrafo único do dispositivo ora comentado prevê, diante da impossibilidade de realização da instrução, do debate e do julgamento no mesmo dia (por exemplo, pelo adiantado da hora, ausência de sujeito necessário, conversão do julgamento em diligência, fenômenos naturais inesperados), que o juiz marcará seu prosseguimento para a data mais próxima possível, em pauta preferencial. Ou seja, se houver motivo justo para a audiência não poder ser encerrada no mesmo dia, ela será cindida.

Apesar de tradicionalmente a unidade e a continuidade da audiência de instrução serem analisadas como se fossem o mesmo fenômeno processual, é correta a doutrina que examina essas duas características de forma separada. *Unidade da audiência* significa que para todos os diferentes atos previstos é realizada somente uma audiência (não há uma audiência para depoimentos pessoais, outra para prova testemunhal, outra para debates orais etc.), enquanto *continuidade* significa que a audiência deve começar e terminar em uma assentada[24].

Interrompida a audiência – o que deve ser excepcional –, não se designará uma nova, apenas se prosseguirá em data próxima à audiência interrompida[25]. Há algumas interessantes consequências práticas dessa regra:

(a) não é possível praticar novos atos preparatórios (por exemplo, arrolar testemunhas) para a continuação da audiência[26];

(b) havendo direito superveniente de aplicação imediata, aplicam-se à continuação as regras vigentes quando da realização do início da audiência;

(c) havendo nulidade na primeira sessão, as sucessivas serão afetadas[27];

(d) presente o advogado na primeira sessão e ausente na continuação, o juiz não poderá dispensar as provas por ele requeridas[28].

21.4. ADIAMENTO DA AUDIÊNCIA

O art. 362 do Novo CPC prevê as hipóteses de adiamento da audiência.

Por acordo de vontade entre as partes a audiência pode ser adiada tantas vezes quantas for feito o acordo, em novidade quando comparado com o sistema revogado que permitia apenas um adiamento em decorrência do acordo entre as partes.

Diferente do art. 453, II, do CPC/1973, que limitava a ausência motivada como causa de adiamento da audiência ao perito, partes, testemunhas e advogados, o art. 362, II, do Novo CPC prevê que a ausência justificada de qualquer sujeito que deva necessariamente participar da audiência é suficiente para seu adiamento. Nesse caso, quem der causa ao adiamento responderá pelas despesas acrescidas ao processo em razão de tal adiamento.

Ausente o juiz, com ou sem motivo justo, naturalmente a audiência será adiada, até mesmo porque não haverá quem a comande. É evidente que uma ausência sem motivação justa deve ser punida no âmbito administrativo, podendo até ser fundamento de ação de reparação de danos[29], mas ainda assim não haverá outra medida que não o adiamento da audiência. O mesmo acontece diante da ausência do serventuário da justiça que tem como missão a documentação da audiência, mas nesse caso o próprio juiz poderá realizar tal tarefa, como já ocorreu com alguns juízes durante movimento grevista dos serventuários do Tribunal de Justiça de São Paulo. Poderá ainda ser designado serventuário em substituição ou nomeado um terceiro como escrivão *ad hoc*, nos termos do art. 152, § 2º, do Novo CPC.

Quanto à ausência do representante do Ministério Público na audiência, é evidente que, havendo um motivo justificado, a audiência será adiada[30]. O debate a respeito do adiamento da audiência fica restrito, portanto, à ausência injustificada do membro do *Parquet* na audiência de instrução. É possível encontrar na doutrina três correntes doutrinárias bem definidas.

Uma primeira entende ser a presença do membro do Ministério Público indispensável na audiência, e isso independentemente de sua qualidade no processo (de parte, em regra como autor, ou fiscal da ordem jurídica). A audiência realizada sem a presença do membro do Ministério Público, portanto, qualquer que seja o motivo de sua ausência, gerará uma nulidade relativa[31]. Outra corrente doutrinária tem entendimento em sentido diametralmente oposto, justificando que a única exigência formal exigida no caso é

a intimação do promotor de justiça, cuja ausência não será capaz de determinar o adiamento da audiência[32]. Por fim, há uma terceira corrente que entende depender da qualidade assumida pelo Ministério Público no processo o adiamento da audiência: figurando no processo como parte, como tal deverá ser tratado, sendo que a sua ausência injustificada não será capaz de causar o adiamento da audiência, o mesmo não podendo ser dito na hipótese do Ministério Público figurar na demanda como fiscal da ordem jurídica[33].

Entendo preferível a primeira corrente, que defende o adiamento em qualquer situação. É preciso lembrar que, como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público deve participar de todos os atos processuais, e, em razão da relevância da audiência de instrução, sua presença se torna indispensável. Por outro lado, é importante lembrar que o Ministério Público como parte não defende interesse próprio, e sim interesses transindividuais, individuais homogêneos com repercussão social ou individuais indisponíveis, não parecendo correto que os titulares desses direitos sejam prejudicados por uma falha funcional do membro do Ministério Público.

Por fim, é evidente que a ausência injustificada do membro do Ministério Público na audiência gerará efeitos fora do processo, no âmbito administrativo. Tomando-se por base o Ministério Público do Estado de São Paulo, a sua Lei Orgânica (Lei Complementar 734/1993), dispõe em seu art. 169, XIV, ser dever do promotor comparecer às audiências dos processos do qual o *Parquet* participe, e o art. 173, VI, prevê como infração disciplinar o

desrespeito às condutas previstas no art. 169, entre eles, naturalmente, a presença obrigatória em audiência.

A ausência justificada do perito causa o adiamento da audiência, e sendo injustificada caberá a sua *condução coercitiva* ao juízo, o que invariavelmente gera o adiamento da audiência. No tocante aos assistentes técnicos, parece que, havendo justo motivo, a audiência deverá ser adiada, mas em caso contrário deverá ser realizada normalmente. Aqui não se pode aplicar a condução coercitiva, tomando-se por base a condição de auxiliar da parte que tem o assistente técnico[34].

Quando a parte se ausenta justificadamente, a audiência será adiada. Sem motivo justo, a audiência é realizada normalmente. Não tendo sido pedido o seu depoimento pessoal, a única consequência é a frustração da autocomposição, que até poderá ocorrer se a parte se fizer representar por preposto com poderes para transigir. Sendo pedido o depoimento pessoal, a ausência injustificada proporciona a confissão tácita.

No tocante à testemunha, a primeira análise diz respeito à existência de pedido de intimação. Realizada a intimação e não comparecendo a testemunha por qualquer motivo, ela será conduzida coercitivamente ao juízo, o que invariavelmente gera o adiamento da audiência. Não tendo sido intimada porque a parte que a arrolou se comprometeu a levá-la à audiência, a ausência justificada leva ao adiamento, mas, sem motivo justo, a ausência da testemunha é entendida como desistência da parte em produzir a prova, que precluirá[35].

A ausência justificada do advogado gera o adiamento da audiência, o que não ocorre se inexistir um motivo justo. Segundo o art. 362, § 2.º, do Novo CPC, sendo injustificada a ausência do advogado (e também do promotor de justiça e do defensor pública), além da audiência ser realizada normalmente, o juiz poderá dispensar a prova requerida pelo advogado faltante. Correta a doutrina ao afirmar que, tratando a demanda de direito indisponível, o juiz será obrigado a produzir a prova; tratando de direito disponível, caberá ao juiz analisar no caso concreto a conveniência de produzir a prova para a formação de seu convencimento, não estando obrigado a dispensar sua produção[36].

Segundo o art. 362, § 1.º, do Novo CPC, a prova do justo impedimento dever ser apresentada antes do início da audiência e, não havendo tal comprovação, o juiz a realizará normalmente. É inconteste que esse prazo preclusivo só tem algum sentido quando for possível essa informação antes da audiência, de forma que, havendo algum imprevisto que gere extrema dificuldade ou impossibilidade no cumprimento desse prazo (p. ex., doença, acidente, sequestro, morte de familiar no dia da audiência), admitir-se-á a alegação posterior do advogado, que, uma vez acolhida, gera a anulação da audiência já realizada[37].

Por fim, também será adiada a audiência por atraso injustificado de seu início em tempo superior a 30 (trinta) minutos do horário marcado remetendo essa causa à previsão do art. 7º, XX do EOAB. Nesse caso o advogado deve protocolizar no juízo petição informando que deixou o local em razão do atraso injustificado. Como o dispositivo constante do EOAB não gerou

efeitos práticos relevantes o mesmo deve ocorrer com o inciso III do art. 362 do Novo CPC. Afinal, ainda que não haja um motivo justificado, o advogado dificilmente terá coragem de deixar o local, salvo em situações teratológicas.

Correta a doutrina que defende tratar-se de rol meramente exemplificativo, existindo outras razões para o adiamento da audiência, tais como o retardamento na entrega do laudo pericial[38], a correição do cartório ou greve dos serventuários. Como a audiência não se iniciou, havendo o adiamento caberá a prática de atos preparatórios antes da segunda audiência designada, como já entendeu o Superior Tribunal de Justiça no tocante à apresentação do rol de testemunhas[39].

22. PROVAS

Sumário: 22.1. Teoria geral das provas: 22.1.1. Conceito de prova; 22.1.2. Espécies de prova; 22.1.3. A verdade possível e a verossimilhança; 22.1.4. A caducidade das expressões “verdade formal” e “verdade real”; 22.1.5. Direito à prova no processo civil; 22.1.6. Objeto da prova; 22.1.7. Ônus da prova; 22.1.8. A produção da prova de ofício (“poder” instrutório do juiz); 22.1.9. Preclusões para o juiz na atividade probatória; 22.1.10. Valoração da prova; 22.1.11. Prova emprestada; 22.1.12. Prova ilícita; 22.1.13. Provas atípicas; 22.1.14. Ação probatória autônoma – 22.2. Provas em espécie: 22.2.1. Ata notarial; 22.2.2. Depoimento pessoal; 22.2.3. Da confissão; 22.2.4. Da exibição de documento ou coisa; 22.2.5. Da prova documental; 22.2.6. Da prova testemunhal; 22.2.7. Da prova pericial; 22.2.8. Da inspeção judicial; Sumário.

22.1. TEORIA GERAL DAS PROVAS

22.1.1. CONCEITO DE PROVA

Não se trata de tema pacífico na doutrina a conceituação de prova, dificuldade acentuada pela diversidade de sentidos que pode ter o termo “prova”. O termo é utilizado no direito e fora dele, não sendo estranho aos leigos (por exemplo, a tradicional exigência de uma namorada decepcionada: “então prove que me ama!”; ou ainda a sugestão de um garçom: “por que você não prova essa nova cerveja?” etc.). E, mesmo dentro do campo do direito, encontra-se muita divergência no tratamento conceitual do tema, até porque são diversas as áreas afeitas à questão da “prova”. Costuma-se dizer,

com inegável acerto, que o termo “prova” é plurissignificante[40], dentro e fora do mundo do direito em geral, e do processo em particular.

Uma análise etimológica do termo, derivado do latim *probatio*, que significa prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e que se deriva do verbo – *probare* (probo, as, are) – significando provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar; é um ponto de início da análise do conceito do instituto, mas certamente não o ponto de chegada[41].

Do próprio significado do termo “prova” já se percebe a possibilidade de sua utilização em diversos sentidos. No campo processual o termo é empregado em diferentes acepções, fator complicador de sua exata conceituação:

(a) pode significar a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, confundindo-se nesse caso com o próprio procedimento probatório (por exemplo, o autor tem o ônus de provar, ou seja, de praticar os atos atinentes à formação do convencimento do juiz);

(b) pode significar o próprio meio pelo qual a prova será produzida (prova documental, prova testemunhal etc.);

(c) pode significar a coisa ou pessoa da qual se extrai informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação, ou seja, a fonte de prova (documento, testemunha);

(d) pode significar o resultado de convencimento do juiz (por exemplo, “esse fato está devidamente provado nos autos”).

Há doutrinadores que preferem conceituar a prova como sendo os meios ou elementos que contribuem para a formação da

convicção do juiz a respeito da existência de determinados fatos[42]. Outros entendem a prova como a própria convicção sobre os fatos alegados em juízo[43]. Há ainda os que preferem conceituar a prova como um conjunto de atividades de verificação e demonstração, que tem como objetivo chegar à verdade relativa às alegações de fatos que sejam relevantes para o julgamento[44].

22.1.2. ESPÉCIES DE PROVA

É tradicional na doutrina a classificação da prova quanto ao fato (diretas e indiretas); quanto ao sujeito (pessoais e reais); quanto ao objeto (testemunhais, documentais e materiais); e quanto à preparação (causais ou pré-constituídas)[45].

A prova direta é aquela destina a comprovar justamente a alegação de fato que se procura demonstrar como verdadeira. Já a prova indireta é aquela destinada a demonstrar as alegações de fatos secundários ou circunstanciais, das quais o juiz, por um raciocínio dedutivo, presume como verdadeiro o fato principal. As provas indiretas são conhecidas como *indícios*.

A prova pessoal decorre de uma consciente declaração feita por uma pessoa, enquanto a prova real é aquela constituída por meio de objetos e coisas, que representam fatos sem na verdade declararem conscientemente sua veracidade.

A prova testemunhal é toda prova produzida sob a forma oral, devendo ser entendida de forma *lato sensu*, ou seja, além da prova testemunhal propriamente dita, também incluem-se nesse critério o depoimento pessoal, o interrogatório e o depoimento do perito em

audiência de instrução. Prova documental é toda afirmação de um fato escrita ou gravada, como um contrato ou uma fotografia. Prova material é qualquer outra forma material, que, não sendo testemunhal nem documental, comprove um fato, como a perícia e a inspeção judicial.

Por prova causal entende-se aquela produzida dentro do próprio processo, como ocorre com o depoimento pessoal e a perícia. Já a prova pré-constituída é aquela formada fora do processo, geralmente antes mesmo da instauração da demanda, como ocorre com a prova documental.

22.1.3. A VERDADE POSSÍVEL E A VEROSSIMILHANÇA

Atualmente considera-se a verdade como algo meramente utópico e ideal, jamais alcançada, seja qual for a ciência que estiver analisando o conhecimento humano dos fatos[46]. Miguel Reale, ciente de ser a verdade algo inatingível e imprestável, chegou a formular o conceito da quase verdade[47]. No processo, resta evidenciada a impossibilidade de obtenção da verdade absoluta, em especial em razão dos sujeitos que dele participam. Isso inclui tanto aqueles que levam as provas ao processo – partes –, quase sempre objetivando seu próprio favorecimento, como terceiros que auxiliam o juiz na reconstituição dos fatos – o que nem sempre fazem da forma exata –, e pelo juiz, que receberá as provas e, sem ter acompanhado os fatos, apenas poderá confiar naquilo que foi levado à sua consideração[48]. Nessa participação de diversos sujeitos diferentes é de esperar que o resultado probatório não traduza exatamente como os fatos efetivamente ocorreram. Além disso, existem as limitações à obtenção e valoração das provas, analisadas

a seu devido tempo.

Essa primeira constatação, que aponta a obtenção da verdade como algo inalcançável, meramente utópico, constitui o primeiro obstáculo material intransponível à obtenção da verdade absoluta, ou integral, no processo civil. Mas essa realidade não deve servir de desestímulo à continuação das presentes considerações, ainda mais porque essa intangibilidade da verdade absoluta é realidade comum a todas as áreas do conhecimento humano, e não privativa da área jurídica, tampouco da processual.

Mas a questão permanece: se a verdade não pode ser alcançada no processo, o que então deve ser o suficiente para uma decisão correta e preocupada com a indispensável distribuição da justiça por meio da prestação de uma tutela jurisdicional de qualidade? Parcela considerável da doutrina afirma que ao processo basta a verossimilhança[49], com o que não se concorda, porque não é correta a conclusão de que a verossimilhança signifique verdade possível. A primeira é a aparência da verdade pela mera alegação de um fato que costuma ordinariamente ocorrer, enquanto a segunda continua a ser uma mera aparência da verdade (dado que esta é impossível de ser alcançada), é derivada justamente da prova produzida no caso concreto, e não da mera frequência com que o fato ocorre em situações similares. Enquanto a verossimilhança parte de uma análise genérica e abstrata, a verdade obtida pelo processo diz respeito ao caso particular, às provas que nele foram colhidas[50].

O que se deve buscar é a melhor verdade possível dentro do processo, levando-se em conta as limitações existentes e com a

consciência de que a busca da verdade não é um fim em si mesmo, apenas funcionando como um dos fatores para a efetiva realização da justiça, por meio de uma prestação jurisdicional de boa qualidade. Ainda que se respeitem os limites impostos à busca da verdade, justificáveis à luz de valores e garantias previstos na Constituição Federal, o que se procurará no processo é a obtenção da verdade possível[51]. Por *verdade possível* entende-se a verdade alcançável no processo, que coloque o juiz o mais próximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, o que se dará pela ampla produção de provas, com respeito às limitações legais.

22.1.4. A CADUCIDADE DAS EXPRESSÕES "VERDADE FORMAL" E "VERDADE REAL"

Essa impossibilidade concreta de obter a verdade absoluta no processo – como em qualquer outro ramo da ciência humana – serve para desmistificar a ideia comumente lembrada de que no processo civil seria suficiente a obtenção da verdade formal, que seria uma verdade processual, enquanto no processo penal dever-se-ia buscar a verdade real, ou seja, a efetiva verdade, ou verdade material.

Falar diante dessa nova definição da relação da prova com a verdade de duas espécies diversas de verdade é algo absolutamente inadmissível. A verdade é uma só, sempre inalcançável, tanto no campo civil como no campo penal. É evidente que, apesar de a verdade ser algo inalcançável, não deve deixar de ser perseguida, sendo essa busca fator de legitimação da própria decisão judicial. Diferentes tratamentos da intensidade de tal busca, que poderia ser diferente no campo penal e civil – com o que desde já discordo –,

nada têm a ver com o instituto da verdade; daí a caducidade de termos como "*verdade formal*" e "*verdade material*"[52].

E ainda que a verdadeira significação das expressões "verdade formal" e "verdade material" seja referente à satisfação decorrente do esgotamento dos meios de busca da verdade, não concordo com tal diferenciação feita tradicionalmente pela doutrina mais antiga, tanto penal como cível. A justificativa encontrava-se, invariavelmente, nos valores protegidos em um e em outro processo, sendo mais valiosos aqueles tratados na esfera penal do que os tratados na esfera cível. Essa diferença, entretanto, não é regra absoluta, jamais podendo ser utilizada para a diferenciação pretendida.

Para tanto, basta imaginar que nem sempre os valores tutelados no processo penal serão mais valiosos ou nobres do que aqueles tutelados no processo civil. Muitas vezes a pena suportada pelo réu em um processo penal tem cunho meramente patrimonial, como ocorre, por exemplo, no pagamento de uma multa ou mesmo de cestas básicas. Outras vezes, alguma espécie de restrição de direitos como, por exemplo, ser proibido de acompanhar os jogos de seu time, ou ainda a prestação de serviços comunitários. Registre-se, ainda, que essas circunstâncias devem crescer em sua intensidade em virtude do sentido moderno a que ruma o direito penal (*despenalização de condutas*).

Já no processo civil é possível se ter uma demanda que tenha como objeto um direito indisponível como, por exemplo, aquela que resulta na perda de pátrio poder, ou ainda que altera a guarda de

um menor que estaria sofrendo abusos físicos pelo cônjuge que anteriormente detinha a guarda. Nesses casos, evidencia-se que os valores tutelados – e também as consequências geradas pelo processo civil – são muito mais relevantes e significativos do que aqueles tratados em diversos processos penais, nos quais o resultado é meramente patrimonial[53].

O melhor resultado possível do processo – que se entende mais apto a ocorrer com a ampla produção de prova – diz respeito a qualquer processo, seja ele penal ou cível, considerando-se que a qualidade da prestação jurisdicional será sempre o valor supremo a ser buscado em todo o processo judicial, independentemente do direito substancial que se está debatendo em juízo. A verdade alcançável no processo será sempre uma só, nem material nem formal, mas processual, ou seja, aquela que decorrer da mais ampla instrução probatória possível, o que deve ocorrer independentemente da natureza do processo ou ainda da espécie de direito substancial debatido[54].

Mas ainda assim poder-se-á alegar que as regras procedimentais no processo civil, com suas preclusões, presunções e restrições probatórias a alguns meios de provas, geram como consequência um tratamento diferenciado daquele existente no processo penal. Apesar das inegáveis diferenças procedimentais, há nitidamente uma tendência para que também no processo civil a verdade possível não fique em segundo plano[55].

Seja como for, e ainda que se admita que as restrições no processo civil sejam em maior número e com maior intensidade do

que aquelas vistas no campo penal, em ambos só será possível uma única verdade, que aquela é processualmente alcançável, sendo absolutamente incorreto o diferente tratamento dado tradicionalmente a essas duas áreas do Direito, falando-se em verdade real para o processo penal e verdade formal para o processo civil.

22.1.5. DIREITO À PROVA NO PROCESSO CIVIL

Encontra-se na doutrina uma forte tendência na defesa da natureza constitucional do direito à prova, que, embora não esteja expressamente previsto no Texto Maior, seria decorrência da moderna visão do princípio da *inafastabilidade da tutela jurisdicional*, previsto no art. 5.º, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito"), atualmente analisado à luz do acesso à ordem jurídica justa, desenvolvida no Capítulo 1, item 1.5.5.

Dentro dessa nova visão do princípio constitucional, visivelmente preocupada com a qualidade da prestação jurisdicional, encontra-se o direito à prova, que garantirá o efetivo exercício do *devido processo legal*, em especial o respeito ao *contraditório*. A garantia do devido processo legal e do contraditório, ambos garantidos de forma expressa por nossa Constituição Federal, alçam o direito à prova no processo civil ao patamar constitucional[56].

Esse direito à prova, entretanto, apesar de alçado ao patamar constitucional, naturalmente não é absoluto, aliás, como qualquer outro direito, encontrando limitações tanto no plano constitucional

como no infraconstitucional. A exclusão de uma prova no processo judicial sempre será prejudicial, causando, portanto, um mal, que somente encontrará justificativa quando esse mal for considerado um mal menor se comparado com os outros valores e garantias que seriam maculados para a aceitação da prova. Reconhece-se que a limitação à busca da verdade seja algo maléfico, mas que em diversas hipóteses pior seria a permissão no caso concreto de sua utilização.

Além da constatação de que nenhum direito é absoluto, e dessa forma também não poderia sê-lo o direito à prova, há outro importante fator a afastar qualquer pensamento que rume em sentido contrário. A obtenção da verdade não é um fim em si mesmo, que deva ser perseguida sem qualquer outra valoração ou ponderações sobre os outros escopos buscados pelo processo.

Por mais importante que seja a busca e obtenção da verdade alcançável, jamais poderá ser considerado que a busca da verdade seja o único objetivo no processo. Tal pensamento, além de indevidamente restringir-se a tão somente um dos diferentes escopos do processo, faria com que a busca da verdade fosse algo absoluto, sem limite, admitindo-se qualquer espécie de prova, produzida de qualquer forma, e em qualquer momento do processo, o que inclusive nos levaria de volta à época da barbárie, com a admissão, por exemplo, da prova obtida mediante ameaça ou tortura. A busca da verdade é o que legitima a atividade jurisdicional, mas não pode e não deve ser considerada um fim em si mesmo.

A obtenção da verdade – ou da quase verdade – faz parte de

uma série de escopos do processo, e com eles deverá conviver da melhor forma possível. A função cumprida pela prova no processo, portanto, não deve ser alçada a algo absoluto ou que não deva sofrer restrições, sob pena de complicadas e inaceitáveis distorções. Nem sempre a verdade será a grande preocupação do operador no caso concreto, e nem por isso poder-se-á indicar que a atuação jurisdicional tenha sido irregular ou viciada. A mera busca da verdade já será o suficiente para legitimar a decisão judicial[57].

22.1.6. OBJETO DA PROVA

Há controvérsia a respeito do que seja exatamente o objeto de prova, entendendo parcela da doutrina que são os fatos[58], enquanto outra parcela entende que são as alegações de fato. Para a segunda corrente doutrinária, o fato ocorreu ou não, existe ou não, enquanto a veracidade atinge exclusivamente as alegações de fato, que podem ser falsas ou verdadeiras[59]. Para a primeira corrente doutrinária o objeto são os fatos, porque nem sempre o objeto de prova é constituído de alegações, bastando para tanto lembrar os fatos que podem ser considerados de ofício pelo juiz, ainda que as partes não os tenham alegado no processo.

O art. 374, *caput*, do Novo CPC parece adotar o primeiro entendimento, da mesma forma como ocorria com o art. 334 do CPC/1973. Afinal, tanto o novo como o antigo dispositivo preveem que o objeto da prova serão os fatos, e não as alegações de fato. Seja como for, a discussão é acadêmica e não gera consequência prática.

A melhor doutrina ensina que o *ônus da alegação* dos fatos

pelas partes limita-se aos fatos jurídicos (principais), que vinculam a atividade jurisdicional. O mesmo, entretanto, não ocorre com o fato simples (secundário) que poderá ser levado em consideração pelo juiz ainda que não tenha sido alegado pelas partes[60]. Esses fatos, que o juiz pode conhecer de ofício, podem não ser objeto de alegação das partes, e ainda assim influenciarão o julgamento. O melhor, portanto, é afirmar que o objeto de prova não são os fatos nem as alegações de fato, mas os pontos e/ou as questões de fato levadas ao processo pelas partes ou de ofício pelo próprio juiz.

22.1.6.1. Exclusão do objeto de prova (art. 374 do Novo CPC)

Nem todos os pontos ou as questões de fato, entretanto, são objeto de prova, excluindo-se dessa exigência as alegações que tenham como objeto:

(a) fatos impertinentes ou irrelevantes à solução da demanda;

(b) fatos notórios;

(c) fatos confessados;

(d) alegações de fato não controvertidas;

(e) questões de fato em cujo favor milite presunção legal de existência ou veracidade.

Registre-se que a primeira hipótese de alegações de fato descrita como excludente do objeto da prova não está consagrada no art. 374 do Novo CPC, dispositivo responsável pela previsão das outras quatro hipóteses acima indicadas. E pode até existir uma razão para tal seletividade legislativa. Enquanto as alegações de fato impertinente ou irrelevante não são objeto de prova porque tais alegações serão simplesmente ignoradas pelo juiz ao prolatar sua decisão, nos casos previstos no art. 374 do Novo CPC as alegações

de fato serão consideradas pelo juiz na formação de seu convencimento, independentemente de provas.

22.1.6.2. Relevância e pertinência

A produção de provas de alegações de fatos impertinentes, ou seja, que não se relacionam à causa posta à apreciação do juiz, é medida inútil, e por isso deve ser evitada em prol do princípio da *economia processual*. O mesmo ocorre com os fatos irrelevantes, que, mesmo dizendo respeito à causa, em nada influenciam o convencimento do juiz. Fatos irrelevantes e impertinentes não modificam o conteúdo da decisão judicial, o que dispensa a produção de prova a seu respeito. Também são considerados irrelevantes os fatos impossíveis e os de prova impossível, por disposição da lei (p. ex., prova contra presunção absoluta) ou pela natureza do fato (perícia sobre bem que não existe mais)[61]. É justamente por isso que o juiz, destinatário da prova, deve no saneamento do processo fixar os pontos controvertidos que serão objeto de prova, para evitar o desenvolvimento de atividade probatória inútil.

Como já visto, seguindo a tradição do art. 334 do CPC/1973 o art. 374 do Novo CPC não inclui entre as hipóteses excludentes do objeto de prova as alegações de fatos impertinentes e irrelevantes. De qualquer forma, pode-se extrair a exclusão da alegação de fatos irrelevantes e impertinentes do objeto da prova do art. 370, parágrafo único, do Novo CPC, que prevê que o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias, regra já prevista no art. 130 do CPC/1973. O indeferimento previsto no dispositivo legal impede que

determinadas alegações de fato, que não interessem ao juiz na formação de seu convencimento, sejam incluídas no objeto da prova.

22.1.6.3. Fatos notórios

Quando se excluem do objeto da prova os fatos notórios, não se deve exigir a notoriedade absoluta, sob pena de inutilização do dispositivo legal. Fatos notórios são aqueles de conhecimento geral, tomando-se por base o homem médio, pertencente a uma coletividade ou a um círculo social, no momento em que o juiz deva decidir[62]. Trata-se da notoriedade relativa, o bastante para contemplar a previsão legal. Com relação aos fatos notórios, são importantes as seguintes características:

(a) o fato não precisa ser de conhecimento do juiz;

(b) o fato não precisa ter sido testemunhado;

(c) no tocante a fatos jurídicos notórios, existe o ônus de alegação da parte, não podendo o juiz conhecê-los de ofício;

(d) a notoriedade pode ser objeto de prova, sempre que existir dúvida do juiz a respeito dessa característica do fato.

Importante notar que os *fatos notórios* não se confundem com as *máximas de experiência*, que são diferentes espécies do gênero "saber privado do juiz". Enquanto os fatos notórios se referem a fatos determinados que ocorreram, a cuja existência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem em determinado ambiente sociocultural, as máximas de experiência são juízos generalizados e abstratos, fundados naquilo que costuma ocorrer, que autorizam o juiz a concluir, por meio de um raciocínio intuitivo, que em

identidade de circunstâncias, também assim ocorram no futuro[63].

22.1.6.4. Fatos confessados

Nos termos do inciso II do art. 374 do Novo CPC não dependem de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária. O dispositivo é repetição do art. 334, II do CPC/1973 e como o artigo revogado contém duas impropriedades.

Sendo a confissão considerada pelo próprio diploma processual um meio de prova, a par a polêmica a respeito de sua real natureza jurídica – não é adequado afirmar que o fato confessado é excluído do objeto da prova porque na realidade ele já foi objeto da prova. A prova produzida com relação a esse fato foi a confissão, de forma que, quando muito, pode se dizer que o fato já provado por confissão não precisa ser provado por mais nenhum meio de prova. Parece, inclusive, ter sido esse o objetivo do legislador.

Ocorre, entretanto, que a confissão não é prova plena, de forma que mesmo um fato tendo sido objeto de confissão o juiz não é obrigado a considerá-lo como verdadeiro. Significa dizer que, mesmo já havendo o meio de prova confissão, caso o juiz não se sinta convencido, poderá determinar a produção de outros meios de prova, com o que deixará escancarada a incorreção da hipótese excludente do objeto da prova prevista no inciso II do art. 374 do Novo CPC.

22.1.6.5. Ausência de controvérsia

Também a alegação de fato não controvertida não será objeto de prova, já que a produção da prova se dá justamente para

convencer o juiz da veracidade de determinada alegação de fato, e, não havendo controvérsia, o juiz já considerará verdadeira tal alegação, gerando a desnecessidade de produção de prova. Assim, havendo aceitação expressa ou tácita da parte quanto às alegações de fato da parte contrária, as mesmas não serão controvertidas, não formarão a questão (ponto controvertido) e serão excluídas da fase probatória, por serem consideradas como verdadeiras pelo juiz.

É preciso, entretanto, fazer uma ressalva. Excepcionalmente os fatos não impugnados serão, ainda assim, considerados controversos por imposição da lei. Cria-se, portanto, uma ficção jurídica, tornando a lei um fato controvertido mesmo sem que tenha havido real controvérsia. E o que ocorre com as exceções legais ao efeito de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor diante da revelia do réu, previstas nos incisos do art. 345 do Novo CPC, e nas exceções ao princípio da eventualidade na contestação, previstas nos incisos e parágrafo único do art. 341 do mesmo diploma legal.[64]

22.1.6.6. Presunção

Por fim, também não será exigida a prova de alegações de fatos em cujo favor milite a presunção legal de existência ou veracidade. A presunção representa o resultado de um processo mental que, partindo de um fato demonstrado como ocorrido, permite a conclusão de que outro fato, ainda que não provado, seja também considerado como existente ou ocorrido. Há uma relação entre *fato indiciário* (provado) e *fato presumido* (não provado), decorrente da constatação lógica de que, se o primeiro ocorreu, muito provavelmente o segundo também terá ocorrido. A melhor

doutrina afirma corretamente que a presunção não se confunde com a prova, sendo a primeira um ponto de chegada (correspondente ao conhecimento adquirido pelo juiz) e a segunda, um ponto de partida (algo que permite ao juiz adquirir o conhecimento de algum fato). O indício, por sua vez, é ao mesmo tempo um ponto de partida (algo que permite ao juiz o conhecimento) e um ponto de chegada (fato provado)[65].

A presunção pode ser relativa (*iuris tantum*) ou absoluta (*iuris et de iure*), legal (*praesumtiones legis*) ou judicial (*praesumtiones hominis*).

Na *presunção relativa* é admitida a prova em sentido contrário, de forma que o fato presumido será considerado ocorrido pelo juiz desde que a parte contrária não produza prova que afaste tal presunção. Como se pode notar, na presunção relativa a questão fática não é efetivamente excluída do objeto da prova, somente dispensando-se a parte que faz a alegação de produzir prova no sentido de convencer o juiz de sua alegação. Dessa realidade é correta a conclusão de que na hipótese de presunção relativa não há exclusão do objeto da prova, mas meramente uma inversão do ônus probatório, cabendo à parte que não alegou o fato convencer o juiz de sua não existência ou ocorrência[66].

Exemplo clássico de presunção relativa vem consagrado no art. 2.º-A da Lei 8.560/1992, que adota o entendimento expresso na Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, que determina a presunção de paternidade na hipótese de o réu se negar injustificadamente a realizar o exame pericial de DNA. Para o

tribunal, não basta a mera recusa em realizar o exame, cabendo ao autor a produção de prova mínima que ao menos traga ao processo algum indício da paternidade[67]. Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça limita essa presunção à pessoa do pretenso genitor, e não ao descendente, por ser um direito personalíssimo e indisponível[68].

Ainda no tocante ao exame pericial de DNA, não pareceu ter o Superior Tribunal de Justiça dado o melhor entendimento a respeito do significado de presunção relativa na hipótese de recusa ou não comparecimento injustificado do alegado pai ao exame pericial. Segundo o criticável julgado, na hipótese ora analisada, a presunção relativa não pode servir de único fundamento da decisão de procedência do pedido, cabendo ao autor provar suas alegações por outros meios de prova[69].

Ao se exigir prova no sentido da presunção relativa para convencer o juiz, além de se contrariar o histórico conceito de presunção relativa, retira-se qualquer utilidade prática de tal presunção. Na realidade, a presunção é suficiente para fundamentar uma decisão, tendo sua força de convencimento afastada somente no caso de haver nos autos provas contrárias à presunção.

Costuma-se afirmar que a *presunção absoluta* impede a produção de prova em sentido contrário, o que é somente parcialmente exato. A presunção absoluta retira um elemento componente do ato de sua estrutura original, de forma que o ato será considerado mesmo se ausente tal elemento. Conforme ensina a melhor doutrina, exigindo a lei os elementos A, B e C para a existência ou validade de um ato, pode o legislador dispensar um

deles, de forma que o ato será considerado existente ou válido somente com a presença de dois desses elementos (A e B, A e C ou B e C), falando-se nesse caso em presunção absoluta. Trata-se de opção legislativa, fundada na probabilidade de que as coisas tenham ocorrido de determinada maneira ou na dificuldade de demonstrar o fato, que incide no plano do direito objetivo, e não no campo probatório[70]. Dessa forma, a afirmação de que não cabe a produção de prova significa dizer que a produção de prova nesse caso é inútil, e por isso não é admitida[71].

Ainda que doutrina respeitável aponte para a similaridade de presunção absoluta e ficção jurídica[72], prefiro a corrente doutrinária que defende uma diferenciação entre os dois fenômenos jurídicos, ainda que a consequência prática em sua utilização no processo seja a mesma. A *presunção absoluta* é fundada numa grande probabilidade de o fato presumido ter realmente ocorrido, enquanto a *ficção jurídica* é fundada em fato que provavelmente não tenha ocorrido, mas que por opção legislativa consideram-se produzidos os mesmos efeitos do fato efetivamente tivesse ocorrido. Na ficção jurídica há uma consciente opção legislativa de, mesmo diante de evidências de não ocorrência do fato, permitir a produção dos efeitos jurídicos programados por lei[73].

Presunção legal é aquela estabelecida expressamente em lei, sendo tarefa do legislador a indicação de correspondência entre o fato indiciário e o fato presumido, podendo ser a presunção relativa ou absoluta. *Presunção judicial* é aquela realizada pelo juiz no caso concreto, com a utilização das máximas de experiência, permitindo-se a conclusão de ocorrência ou existência de um fato não provado

em razão da prova do fato indiciário, fundado naquilo que costuma logicamente ocorrer[74].

22.1.6.7. Prova do direito (art. 376 do Novo CPC)

Embora a regra no tocante ao objeto da prova seja direcionada às alegações de fato, em algumas situações excepcionais pode ser exigida da parte a prova de alegações de direito. Dá-se tal possibilidade – não é de antemão obrigatório, devendo o juiz no caso concreto determinar a produção da prova – nas alegações de *direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário*. Exigir da parte a prova do direito na realidade é exigir a prova da existência e vigência da norma legal conforme invocada pela parte (art. 14 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – antes denominada LICC), sendo essa exigência dispensável caso o juiz conheça o direito. É importante registrar que, no caso de direito municipal e estadual, é exigido do juiz o conhecimento da lei local, em que exerce seu ofício, somente podendo exigir a prova de local onde não esteja exercendo sua função jurisdicional[75].

Os meios de prova nessa atípica situação do direito como objeto da prova são os mais diversos possíveis, devendo o juiz no caso concreto analisar sua idoneidade. Assim, o direito estrangeiro pode ser provado por compêndios de legislação atualizada, certidão diplomática ou até mesmo por meio de livros de doutrina atualizados. O direito estadual e municipal pode ser provado por meio de publicação da lei no Diário Oficial ou certidão obtida junto ao órgão legislativo competente. O direito consuetudinário pode ser provado por qualquer forma lícita, inclusive por testemunhas.

22.1.7. ÔNUS DA PROVA

A doutrina comumente divide o estudo do instituto do ônus da prova em duas partes; a primeira chamada de ônus subjetivo da prova e a segunda chamada de ônus objetivo[76]. No tocante ao *ônus subjetivo* da prova, analisa-se o instituto sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção de determinada prova ("quem deve provar o que"), enquanto no *ônus objetivo* da prova, o instituto é visto como uma regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz no momento de proferir a sentença no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente. No aspecto objetivo o ônus da prova afasta a possibilidade de o juiz declarar o *non liquet* diante de dúvidas a respeito das alegações de fato em razão da insuficiência ou inexistência de provas. Sendo obrigado a julgar e não estando convencido das alegações de fato, aplica a regra do ônus da prova.

O ônus da prova é, portanto, regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistem fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória. Trata-se de ônus imperfeito porque nem sempre a parte que tinha o ônus de prova e não produziu a prova será colocada num estado de desvantagem processual, bastando imaginar a hipótese de produção de prova de ofício ou ainda de a prova ser produzida pela parte contrária. Mas também é regra de conduta das partes, porque indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova.

Como já afirmado, o ônus da prova, em seu aspecto objetivo, é uma regra de julgamento, aplicando-se somente no momento final da demanda, quando o juiz estiver pronto para proferir sentença. É

regra que se aplica apenas no caso de inexistência ou insuficiência da prova, uma vez que, tendo sido a prova produzida, não interessando por quem, o princípio não se aplicará. Trata-se do *princípio da comunhão da prova* (ou aquisição da prova), que determina que, uma vez tendo sido a prova produzida, ela passa a ser do processo, e não de quem a produziu[77]. Dessa forma, o aspecto subjetivo só passa a ter relevância para a decisão do juiz se ele for obrigado a aplicar o ônus da prova em seu aspecto objetivo: diante de ausência ou insuficiência de provas, deve indicar qual das partes tinha o ônus de provar e colocá-la numa situação de desvantagem processual.

22.1.7.1. Regras de distribuição do ônus da prova

Segundo a regra geral estabelecida pelos incisos do art. 373 do Novo CPC, cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, deve provar a matéria fática que traz em sua petição inicial e que serve como origem da relação jurídica deduzida em juízo. Em relação ao réu, também o ordenamento processual dispõe sobre ônus probatórios, mas não concernentes aos fatos constitutivos do direito do autor. Naturalmente, se desejar, poderá tentar demonstrar a inverdade das alegações de fato feitas pelo autor por meio de produção probatória, mas, caso não o faça, não será colocado em situação de desvantagem, a não ser que o autor comprove a veracidade de tais fatos. Nesse caso, entretanto, a situação prejudicial não se dará em consequência da ausência de produção de prova pelo réu, mas sim pela produção de prova pelo autor.

Caso o réu alegue por meio de defesa de mérito indireta um

fato novo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, terá o ônus de comprová-lo. Por *fato impeditivo* entende-se aquele de conteúdo negativo, demonstrativo da ausência de algum dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico como, por exemplo, a alegação de que o contratante era absolutamente incapaz quando celebrou o contrato. *Fato modificativo* é aquele que altera apenas parcialmente o fato constitutivo, podendo ser tal alteração subjetiva, ou seja, referente aos sujeitos da relação jurídica (como ocorre, por exemplo, na cessão de crédito) ou objetiva, ou seja, referente ao conteúdo da relação jurídica (como ocorre, por exemplo, na compensação parcial). Fato extintivo é o que faz cessar a relação jurídica original, como a compensação numa ação de cobrança. A simples negação do fato alegado pelo autor não acarreta ao réu o ônus da prova.

O ônus da prova carreado ao réu pelo art. 373, II, do Novo CPC só passa a ser exigido no caso concreto na hipótese de o autor ter se desincumbido de seu ônus probatório, porque o juiz só passa a ter interesse na existência ou não de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, após se convencer da existência do fato constitutivo desse direito do autor. Significa dizer que, se nenhuma das partes se desincumbir de seus ônus no caso concreto e o juiz tiver que decidir com fundamento na regra do ônus da prova, o pedido do autor será julgado improcedente.

O Novo Código de Processo Civil inova quanto ao sistema de distribuição dos ônus probatórios, atendendo corrente doutrinária que já vinha defendendo a chamada “distribuição dinâmica do ônus da prova”. Na realidade, criou-se um sistema misto: existe

abstratamente prevista em lei uma forma de distribuição, que poderá ser no caso concreto modificada pelo juiz. Diante da inércia do juiz, portanto, as regras de distribuição do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil continuarão a ser as mesmas do diploma processual revogado.

Mesmo antes da consagração legislativa, o Superior Tribunal de Justiça deu início à aplicação dessa forma dinâmica de distribuição do ônus da prova em ações civis por danos ambientais[78], e também na tutela do idoso, em respeito aos arts. 2.º, 3.º e 71 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), no que asseguram aos litigantes maiores de 60 anos facilidade na produção de provas e a efetivação concreta desse direito[79]. No entanto, já existem decisões recentes que adotam a tese de forma mais ampla, ora valendo-se de interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais[80], ora admitindo a flexibilização do sistema rígido de distribuição do ônus probatório diante da insuficiência da regra geral[81].

O Novo Código de Processo Civil adota essa forma dinâmica de distribuição do ônus da prova. Conforme já mencionado, apesar de o art. 373 em seus dois incisos repetir as regras contidas no art. 333 do CPC/1973, em seu § 1.º permite que o juiz, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribua, em decisão fundamentada e com respeito ao princípio do contraditório, o ônus da prova de forma diversa.

Consagra-se legislativamente a ideia de que deve ter o ônus da prova a parte que apresentar maior facilidade em produzir a prova e se livrar do encargo. Como essa maior facilidade dependerá do caso concreto, cabe ao juiz fazer a análise e determinar qual o ônus de cada parte no processo. Registre-se que, diante da omissão do juiz, as regras continuaram a ser aplicadas como sempre foram sob a égide do CPC/1973, ou seja, caberá ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

Como se pode notar, o sistema brasileiro passou a ser misto, sendo possível aplicar ao caso concreto o sistema flexível da distribuição dinâmica do ônus da prova como o sistema rígido da distribuição legal. Tudo dependerá da iniciativa do juiz, que não estará obrigado a fazer distribuição do ônus probatório de forma diferente daquela prevista na lei.

Interessante e elogiável a vedação a essa inversão contida no § 2.º do dispositivo ora comentado, proibindo-a sempre que possa gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. A norma é elogiável porque a técnica de distribuição dinâmica da prova não se presta a tornar uma das partes vitoriosa por onerar a parte contrária com encargo do qual ela não terá como se desincumbir. A nova sistemática de distribuição do ônus da prova serve para facilitar a produção da prova, e não para fixar *a priori* vencedores e vencidos. Nesse sentido, interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à inversão prevista no art. 6.º, VIII, do CDC[82].

Apesar de o art. 373, § 1.º, do Novo CPC prever a possibilidade de o juiz atribuir o ônus da prova "de modo diverso", naturalmente a regra trata da inversão do ônus da prova, até porque, sendo este distribuído entre autor e réu, o modo diverso só pode significar a inversão da regra legal. Tanto assim que o dispositivo expressamente se refere aos casos previstos em lei como umas das hipóteses da fixação "de modo diverso", e esses casos são justamente os de inversão do ônus da prova.

22.1.7.2. Inversão do ônus da prova

Existem três espécies de inversão do ônus da prova:

(a) convencional;

(b) legal;

(c) judicial.

A *inversão* convencional decorre de um acordo de vontades entre as partes, que poderá ocorrer antes ou durante o processo, nos termos do § 4º do art. 373 do Novo CPC. Essa forma de inversão tem duas limitações previstas pelo § 3º do artigo suprarreferido, que prevê a nulidade dessa espécie de inversão quando:

(i) recair sobre direito indisponível da parte;

(ii) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Essa segunda limitação legal é aplicável nas hipóteses de inversão do ônus probatório diante da alegação de fato negativo indeterminado, cuja prova é chamada pela doutrina de "prova diabólica"[83].

Note-se que não é difícil a prova de um fato negativo determinado, bastando para tanto a produção de prova de um fato positivo determinado incompatível logicamente com o fato negativo. O problema é o fato negativo indeterminado (fatos absolutamente negativos), porque nesse caso é até possível a prova de que a alegação desse fato é falsa, mas é impossível a produção de prova de que ela seja verdadeira[84].

> Marina alega que não estava em determinado bar, num determinado dia e horário, sendo fácil produzir prova nesse sentido; basta provar que estava em outro lugar naquele dia e horário. A alegação, entretanto, de que nunca esteve naquele bar é impossível de ser provada, ainda que a parte contrária possa provar que a alegação é falsa, bastando comprovar que ao menos uma vez Marina esteve no bar. É prova diabólica que Marina não conseguirá produzir o fato negativo indeterminado, não se admitindo a inversão convencional nesse caso.

A *inversão legal* vem prevista expressamente em lei, não exigindo o preenchimento de requisitos legais no caso concreto. Os exemplos dessa espécie de inversão do ônus probatório são encontrados no Código de Defesa do Consumidor:

(a) é ônus do fornecedor provar que não colocou o produto no mercado, que ele não é defeituoso ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros pelos danos gerados (art. 12, § 3.º, do CDC);

(b) é ônus do fornecedor provar que o serviço não é defeituoso ou que há culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro nos danos gerados (art. 14, § 3.º, do CDC);

(c) é ônus do fornecedor provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária que patrocina (art. 38 do CDC).

Na realidade, nesses casos, nem é precisamente correto falar-se

em inversão porque o que se tem é uma regra legal específica em sentido contrário à regra legal genérica de distribuição do ônus da prova. Tanto assim que o juiz não inverterá o ônus da prova no caso concreto, limitando-se a aplicar a regra específica se no momento do julgamento lhe faltar prova para a formação de seu convencimento.

A inversão judicial foi a mais afetada pelo Novo Código de Processo Civil, deixando de ser uma forma de inversão reservada a poucas hipóteses previstas em lei, como no art. 6º, VIII, do CDC e na hipótese de haver indícios de agiotagem, nos termos da MP 2.172-32/2001, imputando-se ao credor a responsabilidade pela comprovação da regularidade jurídica da cobrança[85].

A partir da previsão do § 1º do art. 373 do Novo CPC, a inversão judicial, que ocorre por meio de prolação de uma decisão judicial que será fruto da análise do preenchimento dos requisitos legais passou a ser regra geral do Direito, de forma que em toda relação jurídica de direito material levada a juízo será possível essa inversão em aplicação da teoria, agora consagrada legislativamente, da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Cabe, diante desse novo cenário, analisar se as antigas normas específicas de inversão judicial do ônus da prova tornaram-se obsoletas, podendo inclusive se falar em eventual revogação tácita.

É seguro afirmar que a motivação – senão única, ao menos principal – de tais previsões era a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, atribuindo-se no caso concreto o ônus para a parte mais preparada para dele se desincumbir. Na hipótese de indícios de

agiotagem é mais fácil ao apontado como agiota provar que não se trata do que aponta tais indícios do que para a vítima provar que houve o crime. O mesmo se diga da hipossuficiência do consumidor exigida no art. 6º, VIII, do CDC, de natureza técnica, ou seja, de acesso à prova[86].

Nas relações consumeristas, entretanto, é preciso lembrar que existem dois requisitos para a inversão do ônus da prova que, segundo a doutrina majoritária, são alternativos, bastando a presença de um deles para que se legitime a inversão do ônus probatório.[87] Dessa forma, ainda que não presentes as condições de hipossuficiência técnica, que legitimaria a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova ao caso concreto, mas sendo verossímil as alegações do consumidor, a inversão será justificável. O art. 6º, VIII, do CDC, portanto, sobrevive, ainda que parcialmente, diante do Novo Código de Processo Civil.

22.1.7.3. Momento de inversão do ônus da prova

Na inversão convencional e legal não surge problema quanto ao momento de inversão do ônus da prova; na primeira estará invertido o ônus a partir do acordo entre as partes, e na segunda a inversão ocorre desde o início da demanda. Na hipótese judicial, entretanto, a inversão dependerá de uma decisão judicial fundada no preenchimento dos requisitos legais, e o momento da prolação dessa decisão não é tema pacífico na doutrina.

Apesar de ser regra de julgamento, só se aplicando ao final do processo, e isso somente no caso de inexistência ou insuficiência de prova, existem casos nos quais, em respeito ao princípio do contraditório, o juiz deve já no saneamento do processo se manifestar sobre eventual inversão da regra geral, sendo nesse sentido a previsão do art. 357, III, do Novo CPC[88]. Perceba-se que o juiz não estaria nesse momento invertendo o ônus da prova, regra que até mesmo pode nem ser utilizada caso a instrução probatória o convença amplamente. O que o juiz fará é apenas sinalizar às partes que, no caso de necessidade de aplicação da regra, o fará de forma invertida, e não conforme previsto como regra geral em nosso estatuto processual.

Para que o réu não seja surpreendido com a inversão quando já finalizada a instrução probatória, entendo que, em respeito ao princípio do *contraditório*, a sinalização de possível inversão – se necessário for – deve ser feita expressamente já na decisão saneadora[89]. Parece não considerar tal circunstância a parcela doutrinária e jurisprudencial que, firme na ideia de que o ônus da

prova é uma regra de julgamento, entende que somente no momento da sentença o juiz deve se manifestar a respeito do tema[90]. Não parece correto o entendimento porque desconsidera a realidade de que o ônus da prova também funciona como uma regra de conduta, desprezando-se a realidade forense de que a parte que não tem o ônus probatório não realizará a prova, porque corre o risco de que ela seja contrária ao seu interesse. E nem se fale que a parte deve produzir a prova independentemente de ter o ônus probatório porque a preocupação em descobrir a verdade possível nem sempre é das partes, mas sim do juiz. O juiz busca a justiça no processo, as partes buscam a vitória, obviamente, dentro da *boa-fé* e *lealdade processual*.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, sendo o ônus da prova uma regra de instrução, sua inversão deve preceder a fase probatória, sendo realizada de preferência no saneamento do processo ou, quando excepcionalmente realizada após esse momento procedimental, deverá ser reaberta a instrução para a parte que recebe o ônus da prova caso pretenda produzir provas[91].

Esse entendimento, que sempre me pareceu o mais adequado, prevaleceu no Novo Código de Processo Civil, mais precisamente no art. 373, § 1.º, que exige do juiz, sempre que inverter o ônus da prova, que dê oportunidade à parte para se desincumbir do ônus que lhe tenha sido atribuído. Significa que, em respeito ao contraditório, a parte terá amplo direito à produção da prova, de modo que não parece interessante que essa inversão ocorra somente no momento de prolação de sentença, sob pena de ofensa ao princípio da

economia processual. Parece ser mais vantajoso que no momento de saneamento do processo o juiz já sinalize a forma de aplicação da regra do ônus da prova, caso essa aplicação realmente se faça necessária no caso concreto.

22.1.7.4. Inversão da prova e inversão do adiantamento de custas processuais

A inversão do ônus da prova traz outra interessante questão: a inversão do adiantamento do pagamento das despesas necessárias para a produção probatória, em especial a pericial. Nesse ponto há séria divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência, entendendo parcela dos operadores e estudiosos que a inversão da prova acarreta inexoravelmente a inversão do pagamento das despesas que derivam da produção de tal prova[92], enquanto outros entendem que a antecipação de pagamento de despesas relacionadas com a produção de prova encontra-se regida pelo art. 95, *caput*, do Novo CPC, não sofrendo qualquer influência decorrente de eventual inversão do ônus da prova, sendo esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[93].

A razão está com a segunda corrente, considerando-se principalmente a natureza do ônus da prova e o que a sua inversão significa. Sendo o ônus da prova uma regra de julgamento, estando ligado à necessidade de o juiz decidir, ainda que ausente as provas para convencê-lo das alegações de fato narradas no processo, não guarda o instituto qualquer relação com a antecipação de despesas. É natural, entretanto, que no caso de inversão do ônus da prova, a parte que não requereu a produção da prova passe a ter interesse em sua produção, considerando que se aquele que requereu sua

produção não adiantar as despesas, a prova não será produzida, com consequências danosas à parte contrária. Nesse caso, ainda que a prova tenha sido requerida pelo consumidor, o fornecedor, em razão da inversão do ônus da prova, terá interesse em realizá-la, podendo assim assumir o adiantamento dos valores nesse sentido.

Há nesse sentido interessantes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não ser lícito obrigar a parte contra quem o ônus da prova foi invertido a custear os honorários do perito, porque lhe assiste a faculdade de não produzir a prova pericial e arcar com as consequências processuais da omissão[94]. Ou seja, se não houver o adiantamento, a prova preclui, e o juiz se verá obrigado a julgar valendo-se da regra do ônus da prova, em prejuízo do réu que não conseguiu se desincumbir de seu ônus probatório.

A redação originária do Projeto do Novo Código de Processo Civil adotava o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça[95], ao prever que a inversão do ônus da prova não implicava a alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção. Manifestei-me a esse respeito no sentido de que, mesmo com a aprovação da regra legal ora comentada, a consequência da ausência desse adiantamento continuaria a ser a preclusão da prova, circunstância que prejudicaria a parte que tem o ônus probatório e que, para evitar essa situação de desvantagem, teria interesse em garantir a produção da prova mediante o adiantamento de seus custos[96]. A redação final do Novo Código de Processo Civil não contém qualquer previsão a respeito do tema.

22.1.8. A PRODUÇÃO DA PROVA DE OFÍCIO (“PODER” INSTRUTÓRIO DO JUIZ)

Durante muito tempo pensava-se no juiz como figura, além de imparcial, absolutamente desinteressado com o resultado do processo. Dizia-se que o bom juiz era aquele que interferia o mínimo possível no processo, deixando às partes as iniciativas postulatórias e probatórias, tudo em respeito ao princípio dispositivo. Confundia-se *imparcialidade* com *omissão e neutralidade*, preferindo-se o juiz distante ao juiz participativo. Era a época do chamado "juiz-Olimpo".

Essa visão está intimamente ligada à ideia do processo como coisa das partes, em nítida associação do processo com o direito privado. A doutrina moderna repele tal entendimento, parecendo não haver grande dúvida entre os doutrinadores que defendem a natureza pública do processo. A partir dessa mudança de entendimento, passou-se também a encarar a missão do juiz no processo de uma nova forma, sob um novo ângulo de visão. A figura do juiz distante e desinteressado, que tudo deixava às partes, em especial no que tange ao conjunto probatório, não mais responde aos anseios de uma prestação jurisdicional de qualidade.

As justificativas que impediam a atuação oficiosa do juiz no campo probatório foram corretamente afastadas pela melhor doutrina.

Afirmava-se que, sendo o direito material disponível, a parte poderia dispor das provas, o que impediria a atuação do juiz em razão do princípio dispositivo. Para parcela da doutrina o princípio dispositivo deve expressar somente as limitações impostas ao juiz referentes aos atos processuais das partes voltados diretamente ao

direito disponível, e não à sua atuação probatória[97]. Por outro lado, ainda que o direito seja disponível, o juiz não é obrigado a compactuar com o desleixo probatório da parte, o que naturalmente prejudica a qualidade da tutela jurisdicional prestada. Deve homologar os atos dispositivos do direito, o que não significa sacrificar a qualidade de sentença genuína de mérito em razão da ausência de prova.

O princípio da igualdade das partes não pode servir de argumento válido à proibição da produção de prova de ofício, considerando-se que a isonomia real exige um tratamento diferenciado dos sujeitos desiguais, nos limites de sua desigualdade, conforme analisado no Capítulo 3, item 3.4.5. A igualdade de partes desiguais em termos econômicos ou técnicos só poderá ser efetivada no processo com a permissão da atividade instrutória de ofício, o que evitará que a vitória ocorra em razão de superioridade econômica ou técnica de uma delas. A paridade de armas, exigência fundamental do contraditório efetivo, muitas vezes exige do juiz uma posição mais ativa na instrução probatória, como forma de igualar concretamente as chances de ambas as partes se sagrarem vitoriosas na demanda[98].

Por fim, a atividade instrutória do juiz não contamina sua indispensável imparcialidade, até mesmo porque o juiz não tem condições de determinar *a priori* o resultado da prova, sendo incorreto imaginar que a determinação da produção de prova possa beneficiar autor ou réu. Na realidade, se a prova efetivamente convencer o juiz, seu resultado beneficiará o titular do direito material, sendo esse o objetivo precípuo da atividade jurisdicional.

Por outro lado, não seria parcial o juiz que deixa de produzir prova quando possível, beneficiando a parte que não tinha o ônus de provar[99]? Juiz imparcial não é juiz neutro e tampouco juiz desinteressado na qualidade da prestação jurisdicional. A imparcialidade do juiz não se garante ao impedi-lo de produzir prova de ofício, mas ao exigir o respeito ao contraditório em sua produção e a motivação de suas opções no tocante ao aspecto fático da demanda[100].

No sentido de confirmar o cabimento da produção de provas de ofício (os chamados "poderes instrutórios do juiz"), o art. 370, *caput*, do Novo CPC admite que o juiz determine de ofício a produção de provas necessárias ao julgamento do mérito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. O artigo legal divide-se em duas partes, uma respeitante à possibilidade do juiz em determinar provas sem nenhum requerimento das partes e a segunda dizendo respeito à possibilidade de o juiz indeferir provas requeridas pelas partes, desde que tais provas sejam efetivamente inúteis ou protelatórias, o que afasta o perigo de cerceamento do direito de defesa.

Na primeira parte do artigo legal abre-se ao juiz a possibilidade de, mesmo diante da inércia das partes no tocante à produção probatória, a determinação de tal produção de ofício. Tal postura, permitida pela lei, deve, até mesmo pela própria lógica do sistema, somente ser adotada após as partes terem esgotado as provas que pretendiam produzir. Após a realização da prova pelas partes, e ainda havendo questão não clara ao juiz, nenhum problema haverá se o juiz determinar a sua produção de ofício.

Observe-se que, mesmo quando o juiz se lança à instrução probatória de ofício, estará adstrito aos fatos jurídicos que compõem a causa de pedir do autor e eventualmente aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados pelo réu em sua contestação. O que o art. 370, *caput*, do Novo CPC permite é simplesmente uma atuação oficiosa no que se refere à produção da prova, jamais um alargamento dos fatos que, narrados pelas partes, sempre limitarão a atividade do juiz, em respeito ao *princípio dispositivo*, que se bem verdade atualmente é visto com alguma ponderação, ainda é a regra geral no tocante ao interesse das partes em juízo. No tocante aos fatos secundários (simples), a atividade oficiosa é ainda maior, sendo permitido ao juiz não só a produção da prova, mas também fundamentar sua decisão em fato não alegado pelas partes, aplicando-se no caso o *princípio da cooperação* ao exigir a prévia oitiva das partes em contraditório.

Entendo que o art. 370, *caput* do Novo CPC perdeu uma excelente oportunidade de desmistificar a ideia corrente de que a atividade oficiosa na instrução probatória é um poder do juiz. Poderia ter o dispositivo esclarecido que a produção de provas de ofício não é um dever do juiz, mas sim uma faculdade, não sendo nula a sentença que aplica o ônus da prova mesmo quando o juiz poderia ter produzido prova de ofício. Seria uma ótima forma de reconhecer que os chamados “poderes instrutórios” do juiz, na realidade, são faculdades instrutórias.

Como não acredito que exista efetivamente um poder instrutório do juiz, é preciso analisar com redobrada atenção o Enunciado 297 do Fórum Permanente de Processualistas Civis

(FPPC): “O juiz que promove julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de outras provas não pode proferir sentença de improcedência por insuficiência de provas”. O elogio ou a crítica ao Enunciado dependerá da premissa criada pelo juiz para considerar desnecessária a produção da prova. Se o fez porque já estava plenamente convencido, não há qualquer motivo lógico ou jurídico que legitime um julgamento antecipado do mérito fundado na regra do ônus da prova. Afinal, essa regra de julgamento só é aplicável quando existe dúvida do juiz a respeito dos fatos. Por outro lado, se a desnecessidade decorreu da postura das partes, que expressamente pediram o julgamento antecipado do mérito, a aplicação da regra do ônus da prova é legítima, justamente porque o juiz não tem dever de produzir prova de ofício, mas somente a faculdade de assim proceder.

Por fim, é importante consignar que a existência da regra do ônus da prova em nada interfere nos poderes instrutórios do juiz. Pelo aspecto subjetivo já foi afirmado que a atuação oficiosa do juiz não favorece quem tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu, mas a parte que efetivamente tem o direito material. E também quando o ônus da prova é analisado sob o seu aspecto objetivo, ou seja, como regra de julgamento diante da ausência ou insuficiência de prova, o encargo não desaparecerá necessariamente pelo fato de o juiz ter produzido prova de ofício. Basta imaginar que, apesar de ter sido produzida por iniciativa do juiz, tal prova não tenha gerado elementos suficientes para a formação de seu convencimento. O que é preciso ficar claro é que mesmo tendo sido produzida a prova de ofício pelo juiz, tal postura ativa não o impedirá de aplicar a regra do ônus da prova sempre que a prova

produzida tenha se mostrado inconclusiva.

22.1.9. PRECLUSÕES PARA O JUIZ NA ATIVIDADE PROBATÓRIA

No que tange ao controle do juiz sobre a produção da prova, o art. 370, parágrafo único, do Novo CPC prevê que caberá ao magistrado no caso concreto indeferir as provas que entenda inúteis ou meramente protelatórias. No caso de indeferimento da prova e da não interposição de recurso, não se pode falar que tal produção tenha restado preclusa ao juiz, em ocorrência do fenômeno que a doutrina nacional indevidamente chama de preclusão *pro iudicato*. Permite-se que o juiz, ainda que já tenha indeferido prova por decisão irrecorrida, volte atrás em seu entendimento desde que posteriormente passe a entender ser a prova importante, hipótese na qual determinará a sua produção.

A liberdade do juiz no tocante à produção da prova, entretanto, não é ilimitada, em especial no caso de deferimento de sua produção. Uma vez deferida a produção da prova e não havendo recurso contra tal decisão, ocorrerá a preclusão *pro iudicato*, exigindo-se do juiz a produção de referida prova, ainda que se convença de esta não ser mais necessária. Ocorrerá, no caso, o surgimento de uma espécie de direito adquirido da parte à produção da prova, que não pode ser afrontado com a simples mudança de opinião do juiz diante do conjunto probatório[101]. A prova só deixará legitimamente de ser produzida após o deferimento pelo juiz se ambas as partes concordarem, em razão do princípio da *comunhão das provas*, que torna do processo, e não de quem a requereu, até mesmo o direito concreto à prova[102].

22.1.10. VALORAÇÃO DA PROVA

Atualmente não se fala mais em ordálias (ou juízos de Deus), sistema probatório no qual a valoração de provas era fundada em desafios físicos – como atravessar uma fileira de brasa ou se despejar óleo quente – e em consultas aos deuses. De fato, tais "meios de prova" nada provam, demonstrando tão somente uma ainda incipiente técnica processual, se é possível qualificar tal sistema de técnico. O desenvolvimento do processo, e da própria humanidade, com a desvinculação do direito da religião, demonstrou de forma clara o absurdo de tais atividades, sendo que o sistema das ordálias tem importância histórica.

No sistema da prova legal, ou prova tarifada, a carga probatória já vem preestabelecida em norma escrita, tornando o juiz um simples matemático, que somava as provas produzidas para verificar a ocorrência dos fatos alegados. Nesse sistema, valendo a prova testemunhal *1 ponto*, a documental, *2 pontos* e a confissão, *3 pontos*, basta ao juiz somar a prova produzida e declarar vitorioso aquele que somar um maior número de pontos. Obviamente que tal sistema não é adequado, privilegiando a quantidade da prova, e não sua qualidade. Como se verá, entretanto, tal sistema não foi totalmente abandonado por nosso ordenamento, ainda que atualmente exista apenas de forma excepcional.

O sistema da prova tarifada tinha como ponto central a total ausência de liberdade ao juiz na valoração da prova, pouco importando seu convencimento no caso concreto, já que era obrigado a seguir o estabelecido em lei no tocante à carga de convencimento das provas. O sistema diametralmente oposto,

chamado de livre convencimento ou persuasão íntima, no qual a liberdade do juiz é plena, também peca pelo excesso. Nesse sistema vale tão somente o convencimento íntimo do juiz, que não se vê obrigado a justificar suas escolhas, podendo até mesmo julgar contra a prova produzida caso assim lhe pareça correto. Como se nota, os extremos de nenhuma liberdade e de liberdade plena ao juiz na valoração da prova criam sistemas de valoração viciados.

Atualmente o sistema de valoração adotado pelo sistema processual brasileiro é o da persuasão racional, também conhecido pelo princípio do livre convencimento motivado, no qual o juiz é livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, não havendo uma hierarquia entre os meios de prova. Isso, claramente, não significa que o juiz possa decidir fora dos fatos alegados no processo, mas sim que dará aos fatos alegados a devida consideração diante das provas produzidas.

Em tese, portanto, não há uma hierarquia preestabelecida da carga probatória dos meios de prova[103]. Diante dessa regra, não seria possível afirmar que um meio de prova é mais importante do que outro, ou que seja insuficiente para demonstrar a ocorrência de determinado fato. É possível, por exemplo, que num determinado processo a prova testemunhal desbancasse a prova pericial, ou até mesmo a confissão. E também é em razão do sistema admitido que as conclusões do laudo pericial não vinculam obrigatoriamente o juiz[104]. A ausência de hierarquia entre os meios de prova, entretanto, não é regra absoluta em nosso ordenamento. Tome-se como exemplo as hipóteses de presunção legal absoluta e as

excepcionais vedações pontuais a determinados meios de prova, resquícios do sistema da prova tarifada.

Também os arts. 215 e 225 do CC, com a indicação da prova plena no caso de escritura pública e das reproduções mecânicas. A ideia de prova plena agride frontalmente o princípio do livre convencimento motivado, não devendo ser entendida como regra absoluta, mas como simples parâmetro para a decisão judicial[105]. Admitir que a veracidade que decorre da fé pública do oficial público é absoluta é incorrer em grave equívoco, tratando-se de presunção relativa, podendo obviamente ser afastada por meio de outras provas produzidas[106]. Dessa forma, apesar da previsão expressa do Código Civil, é mantido, sem alterações, o sistema de apreciação da força probatória dos instrumentos públicos e das reproduções mecânicas (arts. 405 e 422 do Novo CPC)[107].

Note-se que o sistema do livre convencimento motivado deixa o juiz parcialmente livre na apreciação da prova. Se o peso probatório deve ser dado pelo juiz no caso concreto, não pode livremente decidir sobre tal carga probatória, devendo obrigatoriamente motivar sua decisão. Nesse sentido o disposto no art. 479 do Novo CPC, que afirma não estar o juiz adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos[108]. Até mesmo a confissão deve receber a carga devida no caso concreto, podendo perfeitamente ser enfrentada por outras provas produzidas nos autos. Dará, portanto, a carga probatória que entender cabível, mas deverá motivar sua decisão, exteriorizando as razões pelas quais deu maior força probatória a uma prova produzida em detrimento de outra.

Entendo que o Novo Código de Processo Civil manteve o sistema de valoração do livre convencimento motivado, anteriormente previsto no art. 131 do CPC/1973 e atualmente consagrado no art. 371 do Novo CPC[109], não me impressionando com a supressão de todas as referências ao termo livre convencimento e a outras expressões em sentido parelho no novo ordenamento processual.

Há certa confusão nesse entendimento porque o sistema de livre convencimento motivado tradicionalmente é vinculado à parte fática da decisão, de forma que as novas exigências de fundamentação quanto à parte jurídica não têm aptidão para alterar o sistema de valoração de provas adotado por nosso sistema processual.

Afirmar que a mudança legislativa levará ao respeito às decisões dos tribunais superiores[110] ou à exigência de que o juiz enfrente todas as questões arguidas pelas partes[111] demonstra bem a confusão entre a valoração da prova e a fundamentação jurídica da decisão.

Não há como discordar da corrente doutrinária que ensina nunca ter existido discricionariedade do juiz quanto à prova, não sendo razoável se concluir que o princípio do "livre convencimento" legitimaria exame irracional das provas produzidas, tendo servido apenas para se contrapor ao sistema da prova tarifada[112]. Por isso discordo que a mudança legislativa teria afastado uma discricionariedade na valoração da prova[113], que em meu entendimento já não existia na vigência do CPC/1973.

E nesses termos o Novo Código de Processo Civil não traz qualquer novidade, porque continua o juiz livre – no sentido de não estar condicionado à valoração abstrata feita por lei – a dar a carga de convencimento a cada meio de prova no caso concreto.

Também não concordo com corrente doutrinária que defende que a mudança legislativa estabeleceu o dever do juiz de apreciar não a prova que livremente escolher, mas todo o conjunto probatório existente nos autos[114]. O sistema do livre convencimento jamais admitiu tal exclusão de provas da fundamentação do juiz, exigindo, inclusive, que o juiz confrontasse todas as provas produzidas para formar seu convencimento.

Por outro lado, decisões proferidas com base em expressões vazias tais como “conforme a prova dos autos”, “diante do robusto conjunto probatório formado pela parte”, “as provas produzidas pela parte não deixam margem à dúvida”, além de nada terem a ver com as técnicas de valoração das provas, são nulas. Eram nulas na vigência do CPC/1973 e são nulas na vigência do Novo Código de Processo.

Na realidade, o legislador perdeu excelente oportunidade de criar mecanismos mais efetivos de controle à valoração da prova pelo juiz, sendo insuficiente para esse fim a fundamentação quanto às opções valorativas. É preciso reconhecer que a exigência de fundamentação da valoração probatória não é suficiente para evitar arbítrios judiciais, e que é preciso melhores meios de controle da atividade jurisdicional nesse âmbito.

Como se pode notar de simples leitura do § 1.º do art. 489 do

Novo CPC, nenhuma das exigências quanto à fundamentação da decisão diz respeito à valoração das provas e, por consequência, à decisão da parte fática da demanda. Insisto mais uma vez que se perdeu uma ótima oportunidade de fazê-lo, mas não há como querer criar aquilo que não está previsto. Se nenhuma exigência quanto à fundamentação da parte fática da demanda está prevista no dispositivo legal, exatamente como ele poderia modificar o atual sistema de valoração das provas?

Uma excelente forma de controle, que poderia ter sido acrescida ao princípio do livre convencimento motivado pelo Novo Código de Processo Civil, é o que Malatesta chamou de sociabilidade do convencimento, que busca afastar a valoração de apreciações subjetivas do juiz. Para o jurista, a valoração deve ser a mesma que seria realizada por qualquer outra pessoa racional, devendo o juiz se convencer da mesma forma como seria convencida qualquer pessoa[115].

No mesmo sentido as lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao afirmar que a valoração da prova deve respeitar as expectativas do ambiente a que se dirige, de forma que a decisão proferida se mostre convincente ou pelo menos aceitável. Afirma corretamente o jurista que o juiz deve, em sua valoração da prova, buscar o consenso mais generalizado possível da sociedade em que inserida, proferindo uma decisão que atenda às expectativas sociais.[116]

São lições que me agradam imensamente porque a valoração das provas diz respeito aos fatos da demanda, o que, portanto, não

exige qualquer conhecimento jurídico para ser feita. Significa dizer que qualquer pessoa racional, ainda que sem formação jurídica, tem capacidade de valorar a prova, em situação obviamente diferente daquela verificada na interpretação e aplicação do direito objetivo ao caso concreto.

Como a valoração da prova não é essencialmente uma atividade jurisdicional sob a perspectiva do conhecimento do Direito, cabe ao juiz se portar como se portaria qualquer pessoa racional em seu lugar. A motivação quanto aos fatos, portanto, não é livre, mas guiada e vigiada pela percepção social do que se espera que o juiz faça em termos de valoração.

Não pode, por exemplo, o juiz ignorar um laudo pericial de DNA juntado aos autos afirmando ser descrente na ciência. Como também não pode "fundamentar" sua decisão afirmando que não levará as testemunhas em consideração porque o ser humano não merece confiança. Até se pode dizer que nesses casos o juiz justificou suas opções valorativas da prova, mas é manifesto que tal "fundamentação" não pode ser admitida.

22.1.11. PROVA EMPRESTADA

A regra concernente à produção da prova é que esta se realize dentro do processo em que será utilizada como meio de convencimento do juiz. Em determinados casos, entretanto, em respeito ao princípio da *economia processual*, é possível aplicar no processo prova já produzida em outro processo, em fenômeno conhecido por "prova emprestada". A utilização de prova já produzida em outro processo responde aos anseios de economia processual, dispensando a produção de prova já existente, e também

da busca da verdade possível, em especial quando é impossível produzir novamente a prova[117].

Apesar da inegável importância da possibilidade aberta às partes de se aproveitarem de prova já produzida em outro processo, há corrente doutrinária que afirma ser imprescindível que a prova tenha sido produzida entre as mesmas partes, sob pena de infração ao princípio do *contraditório*[118]. A lição deve ser admitida com reservas.

Parece correto entender que o contraditório é o limite da utilização da prova emprestada, mas esse limite deve ser analisado no caso concreto, sendo admissível que a parte que não participou da produção da prova pretenda utilizá-la contra a parte que o fez. O contraditório é justamente a conjugação da *informação* + *possibilidade de reação* + *poder de influência*, e caso a parte abra mão dessa reação nada haverá de irregular ou viciado. Imagine-se uma ação civil pública movida pelo Ministério Público contra uma empresa de petróleo em razão de poluição ambiental em alguma região litorânea. A perícia realizada é francamente favorável ao Ministério Público, indicando a poluição e a responsabilidade da empresa. Caso os pescadores da localidade tenham ações individuais contra a empresa poluidora cobrando seus prejuízos em razão do mesmo fato, é inegável que poderão emprestar a prova pericial produzida em processo do qual não participaram[119].

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de admitir o empréstimo de prova mesmo diante de diferença das partes no processo de origem e de destino da prova, afirmando que o

essencial é o respeito ao contraditório e não a identidade subjetiva das duas demandas[120].

Outra situação-limite interessante é aquela na qual a prova produzida em outro processo simplesmente não pode mais ser produzida, como no caso do falecimento de uma testemunha ou do perecimento do bem que serviria de objeto da perícia. Nesse caso, o juiz se verá diante de um choque inevitável de princípios: qualidade da prestação jurisdicional (com a utilização da prova em seu convencimento) e o contraditório (com a impossibilidade da parte que não participou da produção da prova de realmente reagir contra a sua formação). A solução nesse caso se dá por meio da aplicação da *regra da proporcionalidade*, pesando o juiz os interesses envolvidos e buscando a melhor solução com o fito de gerar o menor prejuízo possível às partes.

Na hipótese de direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), é possível que o Ministério Público instaure inquérito civil anteriormente à propositura de demanda judicial. Trata-se de procedimento administrativo facultativo de legitimidade exclusiva do Ministério Público, com o objetivo de colher elementos de convicção para embasar eventual propositura da ação coletiva, celebração de compromissos de ajustamento de conduta ou até mesmo para evitar ações sem fundamento sério. No inquérito civil, invariavelmente o contraditório não é respeitado, de forma a serem repetidas em juízo todas as provas já produzidas em tal procedimento. De qualquer forma, no caso de a prova ser de impossível produção no momento do processo, ou ainda ser muito onerosa a produção probatória, o juiz, sempre à luz do princípio do

livre convencimento motivado, poderá utilizar as provas produzidas no inquérito civil para formar o seu convencimento.

O art. 372 do Novo CPC inova ao prever a prova emprestada, que, apesar de aceita na doutrina e jurisprudência, não estava disposta no CPC/1973. Segundo o dispositivo legal, o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório. Ao não prever expressamente se o contraditório exigido diz respeito ao processo de origem, de destino, ou a ambos, a divergência doutrinária e a tendência jurisprudencial já existentes não devem sofrer alterações.

É importante lembrar que a prova emprestada, respeite-se ou não o contraditório, receberá do juiz julgador a carga valorativa que entender adequada à situação concreta, aplicando-se ao caso o disposto no art. 371 do Novo CPC. É nesse sentido, inclusive, a expressa previsão do art. 372 do Novo CPC. Entendo que, quanto mais o contraditório for respeitado, maior será a carga probatória das provas produzidas, em razão de sua maior confiabilidade[121].

O empréstimo de provas não encontra limitação pela natureza do processo ou mesmo pela Justiça na qual a prova foi produzida. É possível o empréstimo entre processos em trâmite em diferentes Justiças, como também é admissível o empréstimo de provas colhidas em processo criminal para o processo cível, não havendo nesse caso a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado do processo penal[122].

Há no art. 372 do Novo CPC uma novidade que promete gerar

polêmica. Nos termos do dispositivo legal há previsão no sentido de que a prova deve ser produzida em processo para poder ser emprestada.

O aproveitamento das provas colhidas em sede de inquérito civil para fundamentar decisão da ação coletiva é entendimento tranquilo no Superior Tribunal de Justiça, ainda que com uma série de importantes – e nem sempre justificáveis – limitações. É corrente, por exemplo, o entendimento de que as provas colhidas no inquérito civil têm eficácia probatória relativa para fins de instrução da ação civil pública[123].

É tranquila a admissão de documentos juntados aos autos do inquérito civil[124]. As mesmas decisões, entretanto, só dão valor à prova testemunhal colhida no inquérito civil por terem sido repetidas na esfera judicial, o que mostra claramente a resistência à aceitação das provas oral e pericial exclusivamente produzidas no inquérito civil.

Por outro lado, existem decisões que somente afastam as provas colhidas no inquérito civil se houver contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório. Entendo absolutamente correta a decisão, porque descarta a possibilidade de desconsiderar a prova simplesmente por não ter sido produzida pelo crivo do contraditório, mas ao mesmo tempo alerta que tal princípio empresta à prova produzida sob seu crivo uma maior carga de convencimento, conforme já defendido[125].

O Superior Tribunal de Justiça também entende cabível a utilização de prova produzida em inquérito policial em ação civil pública, desde que produzida dentro da legalidade[126].

Não sendo o inquérito civil ou policial um processo, mas um mero procedimento investigativo, uma previsão expressa que condiciona o empréstimo da prova a sua produção em outro processo é promessa certa de polêmica. Particularmente, entendo que a novidade legislativa não será suficiente para alterar a atual jurisprudência. O caminho mais simples, ainda que tecnicamente incorreto, será afirmar que a prova não está sendo tecnicamente emprestada, mas somente aproveitada na ação judicial, de forma a ser inaplicável o art. 372 do Novo CPC.

22.1.12. PROVA ILÍCITA

Para tradicional corrente doutrinária, prova ilegal é toda prova produzida com ofensa à norma legal, podendo ser dividida em:

(a) *prova ilegítima*, quando violar norma de direito processual, verificável no momento da produção da prova no processo;

(b) *prova ilícita*, quando violar norma de direito substancial, verificável no momento da colheita da prova.

Nesse entendimento, a distinção se justifica em decorrência das consequências advindas dessas duas espécies de prova ilegal:

(i) provas ilegítimas se referem à admissibilidade dos meios de prova;

(ii) provas ilícitas são capazes de gerar a ampla responsabilidade pela lesão do direito material violado.

A ilegitimidade, assim, diz respeito ao modo pelo qual a prova foi obtida, em situação na qual o meio de prova em si é jurídico e permitido pela lei, mas a forma de produção da prova é viciada, como a colheita de prova testemunhal mediante a ameaça de morte ou qualquer outra espécie de coação, bem como a assinatura de contrato sob tortura. A ilicitude se daria quando o próprio meio de produção da prova é injurídico ou imoral, como as gravações clandestinas de conversas telefônicas ou filmagens também clandestinas sem a devida autorização judicial.

A distinção entre provas ilícitas e ilegítimas pode ser mantida desde que se tenha claro que as consequências da ilegalidade da prova não dependem da natureza da norma violada. Doutrina autorizada ensina corretamente que mais importante que a distinção

entre prova ilícita ou ilegítima, tomando-se a tradicional classificação, é determinar a gravidade da violação. Trata-se da noção de *provas inconstitucionais*, produzidas com ofensa a normas materiais ou processuais, sempre que violarem direito fundamental garantido na Constituição Federal. Uma ofensa à norma de direito processual (publicidade) pode ser tão inconstitucional quanto a ofensa a uma norma de direito material (preservação do direito de intimidade-privacidade)[127].

22.1.12.1. Proibição constitucional às provas ilícitas

O art. 5.º, LVI, da CF prevê que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". O dispositivo constitucional não prevê a proibição da produção de prova ilícita, até porque seria uma proibição inócua, limitando-se a proibir que o juiz as utilize como elemento na formação de seu convencimento.

Apesar da expressa vedação constitucional à utilização de prova ilícita pelo juiz na formação de seu convencimento, é possível a identificação de três correntes a respeito do tema: restritiva, liberal e intermediária.

A corrente restritiva é bastante rígida no trato da prova ilícita, não admitindo em nenhuma hipótese sua utilização no processo civil. Fundando-se no art. 5.º, LVI, da CF e no art. 369 do Novo CPC, os defensores dessa corrente afirmam que a ausência de ressalva nos textos legais impede qualquer consideração valorativa no caso concreto para que se permita a utilização das provas ilícitas. Num conflito entre a possível verdade que seria atingida pela utilização da prova e a sua ilicitude, a corrente restritiva prefere

privilegiar a segunda, entendendo legítimo o sacrifício da verdade para se preservar direitos que seriam violados com a produção da prova ilícita.

Advém dessa corrente a teoria dos frutos podres da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), não se admitindo provas sem nenhuma ilicitude que tenham sido produzidas como desdobramento de uma prova obtida de forma ilícita. Os adeptos dessa tese defendem, por exemplo, que eventual testemunho de sujeito que tenha sido mencionado em fita gravada clandestinamente deverá ser desconsiderado, ainda que a prova seja lícita em seu meio e na forma de sua obtenção, já que derivada da prova obtida ilicitamente.

Importante notar que essa teoria, importada do direito norte-americano, encontra certas limitações em seu próprio país de origem. Para que a chamada prova ilícita por derivação não seja admitida, deve-se observar:

(a) *nexo de causalidade*, ou seja, a contaminação só atinge as provas que tenham efetivamente derivadas da prova ilícita (*hipothetical independet source rule* ou *independent source limitation*);

(b) a *descoberta inevitável* (*inevitable discovery*), ou seja, a prova deve ser admitida sempre que se demonstre que seria possível obtê-la por meios lícitos[128];

(c) *limitação da descontaminação* (*purged taint limitation*), quando o vício pode ser convalidado mediante acontecimento posterior, como ocorre na confissão espontânea da parte[129].

O Supremo Tribunal Federal, em decisão que aplica a teoria da ilicitude por derivação, aponta para a admissão de prova na hipótese de a prova não ter nenhuma relação de dependência nem decorrer

da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal (*an independent source*)[130].

Em sentido diametralmente oposto da corrente restritiva (obstativa) encontra-se a corrente liberal (permissiva), amparada no irrestrito direito de o juiz conhecer a verdade a respeito dos fatos. Para essa corrente, o direito constitucional à prova é superior a qualquer outro que se busque resguardar com a vedação de sua utilização no convencimento do juiz. A parte que produz uma prova ilícita deve responder pela ilicitude de seu ato, mas tal circunstância não pode sacrificar a boa qualidade da prestação jurisdicional. Essa corrente, que atualmente não encontra defensores de relevo no Brasil, além de contrariar o texto constitucional expresso, considera a prova um fim em si mesmo, o que é de todo desaconselhável.

Entre as duas correntes surge uma intermediária, em meu sentir a mais adequada dentre as três no trato da matéria. Negando ser o princípio constitucional da prova ilícita absoluto – como no mais nenhum princípio jamais será –, essa corrente doutrinária defende que, dependendo das circunstâncias, em aplicação do *princípio da proporcionalidade*, é possível a utilização da prova ilícita, o que não impedirá a geração de efeitos civis, penais e administrativos em razão da ilicitude do ato[131]. Trata-se de corrente majoritária na doutrina brasileira[132].

Para a majoritária corrente doutrinária que permite o afastamento do óbice da vedação constitucional pela aplicação do princípio da proporcionalidade, algumas condições são exigidas para a utilização da prova ilícita na formação do convencimento do

juiz[133]:

(a) gravidade do caso;

(b) espécie da relação jurídica controvertida;

(c) dificuldade de demonstrar a veracidade de forma lícita;

(d) prevalência do direito protegido com a utilização da prova ilícita comparado com o direito violado;

(e) imprescindibilidade da prova na formação do convencimento judicial.

Há interessante decisão do Supremo Tribunal Federal, na qual se admitiu interceptação telefônica determinada por juízo cível com o fundamento de que, apesar de expedida em processo de natureza civil, a medida seria importante para a verificação de possível crime. Apesar da engenhosidade da fundamentação, fica claro que a decisão adota a teoria proporcionalista ao afirmar que os interesses do menor envolvido poderiam superar o direito ao sigilo[134].

A teoria proporcionalista, amplamente majoritária, teve seu entendimento consagrado pelo art. 257, parágrafo único, do Projeto originário do Novo CPC, ao prever que a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e direitos fundamentais envolvidos. Fiquei curioso em saber como o Supremo Tribunal Federal entenderia tal dispositivo legal infraconstitucional quando o texto constitucional é claro ao prever uma inadmissibilidade absoluta na área cível. Minha curiosidade, entretanto, não será saneada, porque no texto final do Novo Código de Processo Civil a regra foi suprimida.

Nos termos do Enunciado 301 do Fórum Permanente de

Processualistas Civis (FPPC), “aplicam-se ao processo civil, por analogia, as exceções previstas nos §§ 1.º e 2.º do art. 157 do Código de Processo Penal, afastando a ilicitude da prova”. Dessa forma, seriam admissíveis as provas derivadas das ilícitas quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

22.1.13. PROVAS ATÍPICAS

Vigora no direito brasileiro a regra de que não existe em lei rol restritivo dos meios de prova, sendo essa conclusão fundamentada no expresso texto do art. 369 do Novo CPC. Os meios de prova previstos no diploma processual são meramente exemplificativos, admitindo-se que outros meios não previstos também sejam considerados, desde que não contrariem a norma legal. Trata-se da chamada “prova atípica”, sendo indicados como exemplos:

(a) prova emprestada;

(b) constatações realizadas pelo oficial de justiça;

(c) inquirição de testemunhas técnicas (*expert witness*);

(d) declaração escrita de terceiro.

Entende-se que não se deve admitir a prova atípica quando ofensiva ao contraditório, bastando para o respeito ao princípio constitucional a viabilidade de reação à prova já produzida, não sendo exigida a participação das partes em sua formação. Também não se devem aceitar como prova atípica as provas típicas consideradas nulas ou inadmissíveis por não respeitarem as regras que disciplinam sua formação ou expressamente excluídas por

normas de direito material ou processual[135].

O art. 369 do Novo CPC repete a regra prevista no art. 332 do CPC/1973 quanto à admissibilidade das chamadas provas atípicas, que não estão especificadas no Código, desde que produzidas por meios moralmente legítimos. O legislador poderia ter aproveitado a oportunidade para regulamentar de maneira mais adequada a admissibilidade da prova atípica, até porque o termo legal "moralmente legítima" mistura indevidamente a moral com o Direito.

22.1.14. AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA

22.1.14.1. Introdução

A ação cautelar de produção antecipada de provas, a exemplo de todas as demais cautelares nominadas, não está prevista no Novo Código de Processo Civil. Entretanto, a produção antecipada de provas está garantida pelos arts. 381 a 383 do Novo CPC, sendo possível a qualquer interessado o ingresso de uma ação com o objetivo exclusivo de produção de qualquer meio de prova[136].

A produção antecipada de provas perdeu sua natureza de cautelar, tornando-se tão somente uma ação probatória autônoma, pela qual se produz uma prova antes do processo principal sem a necessidade de ser comprovado o *periculum in mora*. Trata-se de inovação extremamente positiva, cuja premissa é o objeto central de minha tese de doutorado na Universidade de São Paulo: a antecipação na produção da prova mesmo sem o risco do tempo como inimigo. E o legislador também fez a justificação e a exibição de documento perderem a natureza cautelar, que agora, somadas à

produção antecipada de provas, deu origem à ação probatória autônoma.

22.1.14.2. Cabimento

Ainda que tenha efetivamente perdido a natureza cautelar, o art. 381 do Novo CPC mantém em seu primeiro inciso o *periculum in mora* típico das cautelares probatórias, ao prever ser cabível a antecipação da prova quando houver fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação. O legislador se valeu do requisito consagrado no art. 849 do CPC/1973 para a produção antecipada de prova pericial.

No inciso II tem-se a admissão da produção antecipada de provas sempre que a prova a ser produzida for suscetível de viabilizar tentativa de conciliação ou de outro meio adequado de solução do conflito. Assim já havia me manifestado em uma das conclusões de minha tese de doutorado a respeito do tema: "*A ação meramente probatória teria importante papel na otimização das conciliações, considerando-se que, diante de uma definição da situação fática, os sujeitos envolvidos no conflito teriam maiores condições de chegar a uma autocomposição. A indefinição fática muitas vezes impede a realização de uma conciliação porque leva uma das partes a crer que tenha direitos que na realidade não tem*".

Entendo que a hipótese prevista no inciso II libere praticamente de forma integral a produção antecipada de provas, bastando para a parte alegar que precisa esclarecer melhor os fatos para que tenham melhor condição de tentar resolver seu conflito pelos meios alternativos de solução[137]. Da forma como foi redigido

o dispositivo legal, a amplitude no cabimento do pedido de antecipação na produção da prova é praticamente absoluta.

Conforme ensina a melhor doutrina, a solução consensual do conflito pode ser buscada, inclusive, pelo próprio juiz do processo em que se produz a prova, o que se justifica nos termos do art. 3º, § 2º do Novo CPC[138]. Em especial quando tratar-se de produção complexa de prova, é possível que as partes já possam ter substrato fático mais seguro para a autocomposição mesmo que a produção da prova ainda não tenha se encerrado.

A possibilidade de prévio conhecimento de fatos que possam justificar ou evitar o ajuizamento de ação é a última hipótese de cabimento da produção antecipada de prova, consagrada no inciso III do dispositivo ora analisado. Essa hipótese diz respeito à necessidade de produção da prova como forma de preparar a pretensão principal, possibilitando assim a elaboração de uma petição inicial séria e responsável. Mesmo com a produção antecipada de prova sendo tratada como cautelar pelo CPC/1973, doutrinadores já defendiam seu cabimento como maneira de preparar a ação principal, e decisões do Superior Tribunal de Justiça também a admitem para tal fim, independentemente do risco de lesão em razão do tempo, embora ainda exista certa resistência na esfera penal quanto à oitiva antecipada de testemunha sem o *periculum in mora*[139].

O § 1º do art. 381 do Novo CPC prevê uma quarta hipótese de cabimento da ação probatória autônoma: o arrolamento de bens com finalidade exclusivamente probatória, por meio do qual se

busca a prova sobre os bens que compõe uma universalidade, sendo medida extremamente útil como preparatória de uma ação em que se discuta a partilha dessa universalidade, como, por exemplo, nas ações de inventário e partilha ou mesmo sua titularidade, como, por exemplo, na discussão sobre a propriedade de livros que compõem o acervo de uma biblioteca ou os animais que compõem um rebanho.

22.1.14.3. Competência

Há três dispositivos que tratam da competência para a ação autônoma de produção antecipada de provas.

O § 2.º do art. 381 do Novo CPC prevê um foro concorrente de competência para a ação: foro do domicílio do réu ou local em que a prova deva ser produzida. Trata-se de foros concorrentes[140], à escolha do autor, o que se mostra uma infeliz opção do legislador porque o único foro competente deveria ser o do local de produção da prova[141]. Ainda que entenda ser infeliz a opção do legislador, e que a opção pelo domicílio do réu poderá ensejar um processo que substancialmente tramitará por meio de carta precatória, discordo da doutrina que defende ser tal foro excepcional, admitindo-o somente quando a prova a ser produzida for o depoimento pessoal do réu[142], o que, na realidade, revogaria parcialmente o dispositivo legal na prática.

Por entender que essa ação probatória não é acessória de outra ação, até porque nem sempre existirá essa outra ação no caso concreto, defendo a inaplicabilidade do art. 61 do Novo CPC. E, mesmo que se parta da premissa de que a ação probatória tem

natureza acessória, a regra específica prefere à regra geral. Registre-se que, mesmo sob a égide do CPC/1973, já havia decisões do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser o local da produção da prova o foro competente para a cautelar probatória[143].

O § 3.º do art. 381 do Novo CPC consagra entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de a produção antecipada de provas não prevenir a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta. Apesar de seguir o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, entendo que a solução dada pelo legislador não foi a mais adequada.

Entendo que a incidência ou não do fenômeno da prevenção dependa, fundamentalmente, do foro que for considerado competente para conhecer o processo probatório e o foro competente para o processo que eventualmente venha a seguir. Se houver identidade de foros, é até possível – e aconselhável – falar em prevenção do juízo da ação probatória para conhecer a ação principal, ou seja, se ambas as demandas, pelas regras de competência, forem propostas perante a mesma Comarca ou Seção Judiciária, será possível defender que a vara que produziu a prova antecipadamente esteja preventa para conhecer e julgar o processo principal. Essa visão permite, se não houver mudança do juiz, respeitar o princípio da imediatidade, não havendo justificativa plausível na distribuição livre, dentro da mesma competência territorial, do processo principal. Por outro lado, se os processos forem de competência territorial diversa, não se poderá falar em prevenção. Há, inclusive, algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não existe prevenção nas cautelares de

produção antecipada de provas, mas que, em situações excepcionais, levadas em conta as particularidades do caso concreto, seria possível exigir que o juízo do processo principal fosse o mesmo que já produziu a prova de forma antecipada[144].

No art. 381, § 4.º, do Novo CPC, há interessante inovação quanto à competência por delegação prevista pelo art. 109, §§ 3.º e 4.º, da CF. Nos termos do dispositivo, o juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, da entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal. Na realidade, o dispositivo determina para a ação cautelar probatória regra já existente para a justificação destinada a produzir prova perante a administração federal (art. 15, II, da Lei 5.010/1966).

22.1.14.4. Procedimento

Segundo o art. 382, *caput*, do Novo CPC, cabe ao autor do pedido, na petição inicial, a apresentação das razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e a menção com precisão dos fatos sobre os quais a prova há de recair, com o que torna seu pedido determinado. A sumariedade procedimental, a par do silêncio da lei, recomenda que o autor do pedido já especifique as provas na própria petição inicial, ou seja, sendo testemunhal, já arrole as testemunhas e, sendo pericial, já indique os quesitos e seu assistente técnico[145].

Pelas hipóteses de cabimento previstas nos incisos do art. 381 do Novo CPC e já devidamente analisadas, fica claro que a produção antecipada de prova pode ou não ter natureza cautelar,

mas em qualquer hipótese manterá sua autonomia, sendo, portanto, exigido um processo autônomo para a produção da prova de forma antecipada. Portanto, a petição inicial, além de cumprir os requisitos do art. 382 do Novo CPC, deverá atender aos requisitos de qualquer petição inicial.

Os requisitos indicados pelo dispositivo ora comentado parecem ser exigidos para que o juiz possa analisar o interesse de agir do autor, tanto pelo aspecto da necessidade quanto da adequação. A precisão sobre os fatos que serão objeto de prova, entretanto, deve ser analisada no caso concreto, devendo o juiz ser cuidadoso em sua análise. Afinal, nem sempre o autor poderá indicar os fatos com a precisão exigida pelo dispositivo, até porque a ação autônoma probatória tem entre suas serventias os esclarecimentos fáticos indispensáveis à realização de uma transação (art. 381, II, do Novo CPC) ou à propositura de uma ação (art. 381, III, do Novo CPC)[146]. E nesses casos nem sempre haverá precisão a respeito dos fatos que deverão ser objeto das provas produzidas antecipadamente. Nesse caso, a meu ver, bastará a indicação da situação fática que se busca esclarecer com a produção probatória.

Segundo o § 1.º do art. 382 do Novo CPC, o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso.

Entendo que, se se trata de ação autônoma, cabe ao autor a indicação de quem deve compor o polo passivo. E a legitimidade

passiva nessa ação não difere da legitimidade presente na antiga ação cautelar de produção antecipada de provas: deve figurar um sujeito que participe de alguma relação jurídica com o requerente e que terá contra ele oposta, no processo principal, a prova produzida antecipadamente. Como garantia do princípio do contraditório, seria, em tese, inadmissível a utilização de uma prova contra um sujeito que não tenha participado de sua formação[147].

Quando o dispositivo ora comentado admite a citação de interessados, mesmo de ofício, certamente imagina os sujeitos contra os quais a prova possa ser oposta, em processo judicial ou fora dele. A admissibilidade da prova condiciona a participação desses sujeitos na ação autônoma cautelar, e deve ser nesse sentido interpretada a expressão "interessados na produção da prova ou no fato a ser provado".

Há, entretanto, uma pergunta a ser respondida. A previsão de que "os interessados" serão citados, e não intimados, deixa claro que esses interessados serão integrados coercitivamente à relação jurídica processual. E citação é ato de integração do réu ao processo, de forma que a interpretação mais racional é no sentido de que os chamados interessados pelo dispositivo legal na realidade serão integrados como réus no processo.

No entanto, se for adotada a premissa conforme sugerido, haverá um problema no dispositivo legal, considerando que os chamados interessados poderão ser citados de ofício pelo juiz. Significa que o juiz poderá incluir réus no processo independentemente da vontade do autor. Não vejo como o princípio

dispositivo possa ser superado na determinação dos sujeitos parciais da relação jurídica processual, nem mesmo pela sugestão de parcela da doutrina de intervenção *iussu iudicis*[148], fenômeno processual ausente de nosso sistema processual desde a revogação do CPC/1939. E tampouco podem ser considerados assistentes litisconsorciais[149] porque sua intervenção será coercitiva e não facultativa.

Parece que esse poder do juiz será no máximo de intimação de terceiro que, mesmo sem ser réu no processo, ao ser informado da produção antecipada da prova, estará sujeita a ela. Ou intimar o autor para emendar a petição inicial e incluir o terceiro como réu sob pena de indeferimento da petição inicial e extinção do processo sob o fundamento de que sem a presença daquele sujeito a prova a ser produzida não terá eficácia vinculante ou a terá de forma muito restrita.

Na hipótese de pedido sem caráter contencioso, o art. 382, § 1.º, do Novo CPC dispensa a citação dos interessados, partindo da premissa de que eles não existem. O dispositivo sugere algo raro no sistema, ainda que admissível: um processo sem réu. Essa possibilidade já havia sido aventada por parcela doutrinária na justificação do CPC/1973, quando a prova a ser produzida importasse exclusivamente ao autor do pedido[150]. Não concordo com essa conclusão porque, mesmo que não haja indicação de utilização da prova em processo judicial ou administrativo futuro, o que retirará da produção da prova a natureza contenciosa, nunca será apta somente a resolver dúvida exclusiva do requerente, sempre interessando ou afetando alguém. O que pode ocorrer é a

impossibilidade de identificação dos interessados, hipótese de réu incerto, quando ocorrerá a citação dos interessados por edital.

O § 2.º do art. 382 do Novo CPC prevê que o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas. O dispositivo amplia a previsão do art. 866, parágrafo único, do CPC/1973. No tocante à cautelar de produção antecipada de provas, o entendimento uníssono da doutrina é pela vedação de manifestação sobre a prova produzida ou sobre sua valoração. A ação probatória autônoma, afinal, não é uma ação meramente declaratória – de fato nem de direito –, limitando-se à produção da prova.

Não foi feliz o legislador no § 3.º do dispositivo ora comentado, ao permitir a cumulação de diferentes meios de prova num mesmo processo, salvo se a produção conjunta acarretar excessiva demora. A experiência probatória demonstra que os diferentes meios de prova podem ser produzidos concomitantemente, de forma que o atraso de um meio de prova não afetará necessariamente outro. Teria sido mais racional o legislador ter previsto a possibilidade de homologações parciais de cada meio de prova imediatamente após sua produção.

A maior infelicidade do legislador foi ter repetido, ainda que parcialmente, o art. 865 do CPC/1973 no § 4.º do art. 382 do Novo CPC. Nos termos do dispositivo legal, na ação autônoma probatória não se admite defesa, e a única decisão recorrível é a que indefere totalmente o pedido de produção antecipada de prova. O dispositivo pode ser considerado um dos piores do Novo Código de Processo Civil.

Ao repetir um dispositivo que regulamenta a justificação no CPC/1973, o legislador não considerou que a maioria das ações probatórias não se desenvolvia pela justificação, mas pela produção antecipada de provas. E nada leva a crer que essa realidade seja modificada com o novo Código de Processo Civil. Significa que a maioria das ações probatórias autônomas será de natureza contenciosa, sendo flagrantemente contrário ao princípio do contraditório impedir o exercício de defesa e a interposição de recursos.

Naturalmente, a defesa terá suas limitações, porque a impugnação do réu se limitará a questões processuais e ao cabimento do pedido à luz das hipóteses previstas no art. 381 do Novo CPC[151], não cabendo qualquer discussão a respeito do direito material[152]. Ainda que limitada, a exclusão desse direito do réu não se justifica nem mesmo quando a natureza da ação for voluntária, quiçá quando for contenciosa[153].

O mesmo se diga do cabimento de recurso, sendo inadmissível tornar o juiz um pequeno soberano na produção da prova sem que exageros e/ou ilegalidades possam ser revistas pelo tribunal de segundo grau. O juiz determina a oitiva de testemunha incapaz e a parte não pode recorrer? O juiz admite a produção de prova ilícita e não há como se impugnar a decisão? O juiz fixa os honorários periciais num valor estratosférico e ninguém poderá recorrer? Fica realmente difícil explicar a opção do legislador sem ofender frontalmente o princípio do contraditório.

Note-se que a previsão do art. 382, § 4º do Novo CPC prevê a

irrecorribilidade de decisões proferidas na ação autônoma probatória, somente admitindo a apelação contra a sentença que inadmitir totalmente a produção da prova e com isso extinguir o processo. Nem mesmo o indeferimento parcial é recorrível, porque embora seja realizado por meio de uma decisão interlocutória de mérito se afasta a aplicação do art. 1.015, II do Novo CPC pela expressa previsão de irrecorribilidade[154]. Como se nota, não se trata de irrecorribilidade por agravo, mas de irrecorribilidade por qualquer espécie recursal.

O legislador desconsiderou, por outro lado, que o deferimento da prova pode violar direitos constitucionalmente garantidos, como sigilo, intimidade e privacidade[155]. E ao tratar de forma distinta o indeferimento e o deferimento da prova o art. 382, § 4º do Novo CPC violou o princípio da isonomia, dando indevido e injustificável tratamento distinto ao autor e ao réu do processo, o que vem levando parcela da doutrina a admitir, mesmo *contra legem*, o cabimento de recurso nesse caso[156].

Como o dispositivo legal prevê que não cabe defesa, entendo que outras espécies de resposta do réu que não são propriamente defesa – contestação – estão liberadas. A alegação de incompetência, por exemplo, pode ser realizada normalmente. E também a reconvenção, podendo o réu pedir produção de prova sobre o fato indicado pelo autor na petição inicial. Entendo que esse pedido do réu pode ser feito no mesmo meio de prova indicado pelo autor – arrolamento de testemunhas não indicadas – ou mesmo outro meio de prova – autor pede prova testemunhal e o réu, prova pericial.

Ainda que extremamente criticável, o art. 382, § 4.º, do Novo CPC, traz uma previsão que pode corroborar o cabimento do pedido reconvencional, conforme defendido. Segundo o dispositivo legal, a única decisão recorrível é a que indefere a produção da prova pleiteada pelo requerente originário. A expressão "originário" leva a crer que outros sujeitos, além do autor, podem fazer pedido para a produção da prova, numa espécie de reconvenção probatória. E naturalmente nesse caso será violação insuportável ao princípio do contraditório e ao da isonomia inadmitir recurso do réu na hipótese de indeferimento de seu pedido.

Mais uma vez o legislador repete regra da justificação (art. 866 do CPC/1973) para regulamentar a ação autônoma probatória. Segundo o art. 383, *caput*, do Novo CPC, os autos permanecerão em cartório durante um mês para extração de cópias e certidão pelos interessados, e após esse prazo o parágrafo único prevê a entrega dos autos ao promovente da medida. Ainda que se oportunize pelo prazo de um mês a retirada de cópias, a entrega dos autos ao autor é de duvidosa legalidade, até porque a prova produzida pode lhe ter sido prejudicial, com o que o autor não só retirará os autos, como os destruirá o quanto antes. De qualquer forma, o cartório se livra dos autos, liberando espaço, e o beneficiado pela prova tem prazo para documentá-la. A discussão perde qualquer sentido no processo eletrônico.

22.2. PROVAS EM ESPÉCIE

22.2.1. ATA NOTARIAL

22.2.1.1. Introdução

A ata notarial vem se popularizando como meio de prova, em especial em processos em que se faz necessária a comprovação de atos praticados pela internet e que podem sumir com a mesma velocidade em que aparecem. Também em assembleias de sociedades empresariais e associações civis é comum que todas as discussões, que serão apenas resumidas na ata, constem de ata notarial, bem como para a comprovação de abusos cometidos por pais e para demonstrar atos de alienação parental[157]. Outra serventia indiscutível é corroborar pedido de tutela provisória *inaudita altera parte* quando o autor não tiver em seu poder prova documental.

O legislador, atento a esse fato, passou a prever no Novo Código de Processo Civil a ata notarial entre os meios de prova, o que afastou sua atipicidade. O ordenamento jurídico processual passa a ter uma nova prova típica entre aquelas previstas no CPC/1973 e mantidas no novo diploma processual.

Ainda que tenha passado a ser considerada uma prova típica pelo Novo Código de Processo Civil, a ata notarial é híbrida, a exemplo do que ocorre com a prova emprestada. Tem uma forma documental, que será uma ata lavrada pelo tabelião, mas seu conteúdo é de prova testemunhal, já que o teor da ata será justamente as impressões do tabelião a respeito dos fatos que presenciou.

Sua força probatória decorre da fé pública do tabelião, pela qual o juiz poderá presumir o fato lá descrito como verdadeiro[158]. Naturalmente se trata de presunção relativa, de forma que sendo

produzida prova em juízo em sentido contrário ao atestado na ata notarial sua força probatória será afastada. Nesse caso, inclusive, havendo culpa ou dolo do tabelião em atestar fato dito como falso pelo juiz, será cabível a responsabilização civil do Cartório por perdas e danos.

22.2.1.2. Cabimento

Há somente um artigo no Novo Código de Processo Civil que regulamenta a ata notarial. O art. 384, *caput*, do Novo CPC prevê que a ata notarial se presta a provar a existência e o modo de existir de algum fato. Como se pode notar da econômica redação legal, a ata notarial é cabível sempre que for possível a uma pessoa humana, no caso o tabelião, atestar a existência ou modo de ser, independentemente da natureza ou espécie de natureza jurídica de direito material derivada de tais fatos.

Essa capacidade de atestar a existência ou modo de ser do fato deve considerar todos os sentidos humanos e não somente a visão. Dessa forma, a descrição pode se referir a eventual barulho ou som (audição), a odores e cheiros (olfato), a gosto (paladar) e a textura ou formato (tato). É prova cabível, portanto, para atestar música alta, cheiro forte, comida ruim, superfície lisa, etc.

A amplitude do cabimento da ata notarial é bem-vinda, ainda que seja possível verificar sua relevância em situações específicas já descritas, como na hipótese de atestar fatos praticados na internet e as discussões havidas entre sócios ou associados em assembleias e reuniões. São hipóteses nas quais dificilmente outros meios de prova poderiam ser produzidos com sucesso.

Outra hipótese em que vislumbro grande valia para a ata notarial é a circunstância de o autor precisar de uma tutela de urgência liminarmente mas não ter prova documental que corrobore suas alegações. Sendo as declarações do tabelião constantes de ata notarial dotadas de fé pública, há uma presunção de veracidade suficiente para convencer o juiz, em grau de cognição sumária, da veracidade das alegações de fato feitas pelo autor em sua petição inicial.

22.2.1.3. Procedimento

Com apenas um dispositivo a regulamentar a ata notarial, não surpreende que o procedimento para sua produção tenha sido previsto de forma econômica pelo Novo Código de Processo Civil.

O art. 384, *caput*, do Novo CPC, prevê que cabe ao interessado pedir ao tabelião a lavratura da ata notarial. O termo *interessado* é adequado porque a espécie de prova ora analisada invariavelmente é formada antes da propositura da ação judicial, de forma que nesse momento não seria adequado tratar o solicitante como parte. Não há na opção do legislador, entretanto, qualquer obstáculo para que a parte, durante o processo judicial, requeira ao tabelião a elaboração de uma ata notarial. Afinal, o sujeito não deixa de ser interessado na produção da prova pelo simples fato de já ser parte no processo em que ela será utilizada.

Trata-se de espécie de prova pré-constituída, ou seja, criada fora do juízo, o que pode facilmente ser comprovado pela sua forma documental. Como seu conteúdo é de prova oral, trata-se de prova documentada e não de prova documental.

O parágrafo único do dispositivo ora analisado prevê ser possível que imagens e sons gravados em arquivos eletrônicos possam constar da ata notarial, em medida saudável considerando que imagens e sons podem corroborar a alegação do tabelião, já dotada de fé pública. Quem sabe se o dispositivo já existisse, teria eu conseguido fazer uma ata notarial que diversos Cartórios de Notas de São Paulo se recusaram a produzir tempos atrás.

Eu, como morador do bairro de Perdizes, domiciliado em prédio próximo à PUC/SP, não tenho sossego em razão de festas absurdas que varam a madrugada quando a faculdade está supostamente fechada[159]. Para dar ingresso em pedido para instauração de inquérito civil, tentei fazer uma ata notarial para atestar as festas e o barulho infernal. Não sei bem se por medo, por vagabundagem ou por ignorância, em todos os Cartórios que liguei me foi recusado o serviço. Bastaria ao tabelião – na realidade a um funcionário do cartório – comparecer às cercanias da PUC/SP, olhar as pessoas em festa, atestar o barulho e gravar tudo em som e/ou imagem, exatamente como prevê o dispositivo legal ora comentado. Contudo, sem a norma legal não foi possível conseguir a ata notarial...

22.2.2. DEPOIMENTO PESSOAL

22.2.2.1. Conceito

O depoimento pessoal é espécie de prova oral, sendo conceituado como o testemunho das partes em juízo sempre que requerido expressamente pela parte contrária ou pelo juiz. É importante colocar as partes diretamente diante do juiz, sem o filtro criado pelos advogados quando elaboram suas razões. Muitas

vezes, inclusive, o depoimento pessoal pode mostrar que as coisas não se deram exatamente como narrado pelo advogado na petição inicial ou contestação.

Apesar de constituir-se em testemunho da parte, o depoimento pessoal não se confunde com a prova testemunhal, em razão dos sujeitos que prestam as declarações em juízo. Somente poderão prestar depoimento pessoal os sujeitos que figurem na relação jurídica processual como partes na demanda. Dessa forma, tanto o autor quanto o réu poderão prestar depoimento pessoal, assim como os terceiros intervenientes que assumem a posição de parte na demanda. O *assistente simples*, por não ser parte na demanda, mas mera parte no processo, não presta depoimento pessoal, sendo ouvido como testemunha[160].

Também não se confunde o depoimento pessoal com a prova pericial, ainda que as partes tenham amplo conhecimento técnico sobre a matéria fática debatida no processo. Enquanto a prova pericial deve ser conduzida por um terceiro desinteressado na solução do processo (até mesmo porque se for interessado deverá ser afastado do encargo), o depoimento pessoal será sempre prestado por sujeito diretamente interessado no resultado do processo. Aponte-se, ainda, para a possibilidade de o perito ser chamado para prestar esclarecimentos em audiência, o que poderá fazer oralmente. Ainda assim, em razão do sujeito que produz a prova, não se confundirá com o depoimento pessoal prestado por uma das partes.

Tradicionalmente, o depoimento pessoal era visto pela

doutrina como meio de prova que tinha como único e exclusivo objetivo a confissão. Tal ponto de vista se justifica na circunstância de que os sujeitos que produziam essa espécie de prova eram sempre os maiores interessados na solução da demanda, não havendo assim a imparcialidade e o compromisso com a verdade que dão credibilidade à prova oral. Dessa forma, o depoimento pessoal não poderia servir para favorecer a parte que o prestava; pelo contrário, quando a parte afirmasse fatos que lhe favorecessem, deveria o depoimento ser encarado com reservas, diante do nítido interesse da parte envolvida no litígio.

Ocorre, entretanto, que o contato pessoal do juiz com as partes pode, em razão da aplicação do livre convencimento motivado do juiz, esclarecer alguns fatos que não tenham chegado ao seu conhecimento somente após o filtro do patrono que subscreve as peças processuais. Não seria absurdo, portanto, imaginar uma situação em que o depoimento pessoal favoreça a parte que o prestou, devendo o juiz, entretanto, sempre levar em consideração o interesse direto da parte em se sagrar vitoriosa na demanda.

22.2.2.2. Os sujeitos envolvidos no depoimento pessoal

Sempre critiquei o CPC/1973 por não distinguir com exatidão dois meios de provas diferentes: o depoimento pessoal, pedido pela parte contrária, e o interrogatório, determinado de ofício pelo juiz. No novo diploma processual, com a previsão do art. 385, *caput*, que expressamente consagra a possibilidade de o juiz determinar de ofício o depoimento pessoal, não existe mais o interrogatório, que deixou de ser meio de prova, transformando-se em forma de produção do depoimento pessoal. Acredito que a medida tenha sido

salutar, considerando ser prática quase inexistente a realização de interrogatório no processo civil.

O dispositivo ora comentado prevê ainda como legitimado ao pedido de produção de depoimento pessoal a parte contrária, ou seja, o autor tem legitimidade para pedir o depoimento do réu e vice-versa. Mas também os terceiros intervenientes podem requerer o depoimento pessoal dos sujeitos processuais que se encontrem em posição processual contrária àquela que assumem no processo.

O *Ministério Público* tem atuação no processo civil como parte ou como fiscal da ordem jurídica. Nas situações em que funciona como parte, não surgem maiores questionamentos, seguindo-se a regra geral que permite o requerimento para o depoimento pessoal da parte contrária. Quando atua como fiscal da lei, não é possível falar em parte contrária, mas ainda assim o Ministério Público pode requerer o depoimento pessoal de ambas as partes, ainda que omissa a lei nesse sentido.

No tocante ao sujeito responsável pelo depoimento pessoal, será sempre pessoa física, inclusive no caso de ser parte no processo pessoa jurídica, quando o depoimento pessoal será tomado de seu representante legal ou de preposto devidamente constituído com poderes para confessar. No depoimento pessoal vigora o princípio da pessoalidade e indelegabilidade, tratando-se de ato personalíssimo[161]. Registre-se a existência de parcela doutrinária que, mesmo sendo a parte uma pessoa física, entende ser possível o depoimento pessoal por meio de procurador com poderes específicos para confessar[162].

A possibilidade de procuradores deporem pessoalmente em juízo no lugar da parte abriria a possibilidade de sujeitos imbuídos de má-fé indicarem para seu lugar pessoas com maior poder de persuasão, não para dizer necessariamente a verdade, mas sim na tentativa de ludibriar o juiz a respeito da matéria fática da demanda. Apesar de o juiz ser considerado um "detector de mentiras humano", em razão das sucessivas audiências de que participa, essa é uma situação que não pode ser descartada, sendo o melhor entendimento aquele que aponta para a pessoalidade (ato personalíssimo) do depoimento pessoal. Tal regra, entretanto, não se aplica às situações em que a pessoa física for incapaz, sendo nesse caso o depoimento pessoal colhido por meio de seu *representante legal*[163].

Conforme já afirmado, tratando-se de pessoa jurídica, o depoimento pessoal deveria em tese ser realizado por meio de seu representante legal[164]. Ciente da enorme dificuldade que tal exigência ocasionaria a grandes empresas, frequentemente clientes do Poder Judiciário, no sentido de que se tivessem que enviar seus representantes legais para todas as audiências em que fosse requerido seu depoimento pessoal, jamais teria número suficiente de representantes para todos os processos, abre-se a possibilidade da representação por meio de preposto com poderes especiais para confessar e com conhecimento da matéria fática do processo[165]. O preposto não precisa manter vínculo empregatício com a pessoa jurídica, conforme expressamente previsto no art. 9.º, § 4.º, da Lei 9.099/1995 (Lei 12.137/2009).

22.2.2.3. Consequências do depoimento pessoal

O depoimento pessoal pode gerar diferentes efeitos, dependendo da presença da parte na audiência de instrução – momento propício para a produção desse meio de prova –, de sua postura em tal audiência e de seus conhecimentos efetivos acerca dos fatos discutidos na demanda judicial.

Sempre que for requerido o depoimento pessoal da parte, deverá ela ser intimada pessoalmente do ato processual a ser praticado, não bastando a mera intimação de seu patrono que, afinal, não será o responsável pelo depoimento pessoal. Além da intimação pessoal, deverá constar do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados no caso de não comparecimento ou de recusa injustificável em depor (art. 385, § 1.º, do Novo CPC), devendo a intimação ser realizada com antecedência mínima a não surpreender a parte depoente.

Triste notar que o art. 385, § 1.º, do Novo CPC, a exemplo do que fazia o art. 343, § 2.º, do CPC/1973, mantém a confissão tácita gerada pela postura de ausência ou silêncio do depoente à ideia de pena, como se um meio de prova pudesse ter natureza de sanção processual. Mais uma ótima oportunidade perdida de melhorar a redação do Código de Processo Civil.

A presença da parte em audiência não é um dever processual, sendo inadmissível a aplicação de qualquer espécie de sanção pelo seu não comparecimento. O depoimento pessoal é um ônus da parte, que, não se desincumbindo dele, se colocará numa situação processual de desvantagem. Assim, diferentemente da testemunha devidamente intimada, não deverá ser conduzida coercitivamente à presença do juiz, sendo também inconcebível a tipificação de crime

de desobediência. Há, entretanto, importante efeito processual derivado da ausência da parte devidamente intimada para depor pessoalmente em juízo: a *confissão tácita*, dando-se por verdadeiros os fatos alegados pela outra parte e contrários ao interesse da parte ausente.

Não basta, entretanto, que a parte simplesmente compareça em juízo, devendo responder as perguntas que lhe são feitas pelo juiz e pelo advogado da parte contrária. O silêncio da parte, negando-se a responder as perguntas, ou o fazendo evasivamente, gera a mesma consequência de sua ausência na audiência, dando o juiz os fatos alegados pela parte contrária como confessados. O silêncio não gerará tal consequência nos casos previstos pelo art. 388 do Novo CPC, situações em que o depoente poderá silenciar sem que os fatos perguntados sejam tidos por confessados.

Em repetição do art. 347 do CPC/1973, o artigo 388 do Novo CPC prevê que a parte estará dispensada de depor nos casos de fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados e fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. O dispositivo prevê ainda mais duas hipóteses de admissão do silêncio do depoente: fatos a que o depoente não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível, e fatos que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso anterior. O que parece uma novidade, entretanto, é apenas a inclusão adaptada dos incisos II e III do art. 229 do CC, que, inclusive, foi revogado expressamente pelo art. 1.072, II, do Novo CPC.

A inclusão é adaptada porque inclui o companheiro ao lado do

cônjuge e, mais importante, afasta das causas excludentes do dever de responder as perguntas o perigo de dano patrimonial imediato ao cônjuge, companheiro e parente em grau sucessível. Essa causa estava prevista no inciso III do art. 229 do CC, que foi revogado, não tendo sido repetida no inciso IV do art. 388 do Novo CPC.

Por fim, o parágrafo único do art. 388 do Novo CPC se adéqua generalizando as hipóteses do parágrafo único do art. 347 do CPC/1973 em que a recusa a depor não será admitida. Saem em boa hora as "ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento" e entram em seu lugar as "ações de estado e de família". Teoricamente, o silêncio gerado pela ignorância quanto ao fato alegado em juízo não deveria ser considerado como recusa em responder. Não tendo a parte conhecimento do fato alegado pela parte contrária, não haverá, em tese, confissão, já que nesse caso o silêncio não é fruto de má-fé, mas sim de desconhecimento sobre a matéria fática, sendo impossível forçar alguém a responder sobre o que não sabe. Essa regra, entretanto, só deve ser aplicada para os casos em que o desconhecimento seja justificável, o que deve ser apurado no caso concreto. No caso de prepostos indicados pela pessoa jurídica, parcela da doutrina e até mesmo algumas decisões judiciais apontam para a confissão de preposto que, embora regularmente esteja representando a pessoa jurídica, desconhece por completo os fatos alegados[166].

Tal entendimento, entretanto, deve ser visto com todo o cuidado necessário para evitar injustiças com a pessoa jurídica, em especial nos casos envolvendo fatos passados muito remotos. Tome-se como exemplo uma ocorrência em uma determinada

agência bancária, envolvendo problemas de ingresso do cliente pela porta giratória. No caso de o evento ter ocorrido há poucos meses e a instituição financeira indicar como preposto gerente de outra agência, que nada sabe do ocorrido, é justificável a confissão. Outra situação bem diferente se dá quando o fato ocorreu há muitos anos e todos os funcionários da agência à época já não compõem mais o quadro de funcionários da instituição financeira. Decretar a confissão nesse segundo caso não é o mais adequado porque a pessoa jurídica tomou todas as diligências possíveis para levar à audiência um patrono que tivesse conhecimento dos fatos. Cobra-se do juiz, portanto, a análise do caso concreto, verificando se seria possível à pessoa jurídica enviar preposto qualificado a responder as perguntas.

A *confissão expressa* também poderá ocorrer em audiência, bastando que a parte, em seu depoimento pessoal, responda afirmativamente a perguntas que tenham como objeto fatos contrários a seu interesse.

22.2.2.4. Procedimento

Como todo meio de prova, o depoimento pessoal se desenvolve em quatro fases procedimentais: propositura; admissibilidade, produção e valoração.

O momento adequado para a propositura é a petição inicial para o autor e a contestação para o réu[167]. Admitida na praxe forense a mera indicação genérica dos meios de prova previstos em lei nesse momento de primeira manifestação postulatória das partes, a propositura específica do depoimento pessoal se dá

invariavelmente ao final da fase postulatória, quando o juiz determina às partes a especificação dos meios de prova que pretendem produzir.

A admissibilidade da prova será matéria do saneamento do processo que, segundo o disposto no art. 357, § 3º, do NCPC, em regra se dará por meio de decisão saneadora escrita, ocorrendo excepcionalmente em audiência se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito. Seja como for, trata-se de decisão interlocutória, mas em razão de sua ausência no rol do art. 1.015 do Novo CPC, não é recorrível por agravo de instrumento.

A produção da prova divide-se em duas fases: preparação e realização. A *preparação* da prova antecede a audiência de instrução, constituindo-se na intimação da parte para que compareça em juízo sob pena de confesso. Tal intimação, obrigatoriamente pessoal, pode se realizar tanto por correio como por oficial de justiça, preferindo-se, sempre que possível, a primeira forma, por ser mais rápida, simples e barata. A *realização* se dá na audiência de instrução e julgamento, seguindo basicamente a forma prescrita para a oitiva das testemunhas, com a diferença de que no depoimento pessoal o patrono da parte que depõe não pode lhe fazer perguntas[168]. Primeiro as perguntas do juiz, depois as perguntas do advogado da parte contrária e, por fim, as perguntas do Ministério Público, quando funcionar no processo como fiscal da lei.

Quando ambas as partes forem intimadas para depor pessoalmente e comparecerem à audiência, o autor será ouvido

antes, devendo o réu se ausentar da sala de audiência para não ter conhecimento desse depoimento quando for depor. Após o depoimento do autor, será realizado o depoimento do réu, não havendo necessidade de o autor se retirar da sala de audiências[169]. Caso somente uma das partes seja submetida ao depoimento pessoal, a outra não será retirada da sala de audiências. A tomada de depoimento pessoal das partes é a primeira atividade instrutória da audiência, com exceção dos casos em que o perito é chamado para prestar esclarecimentos, quando será o primeiro a ser ouvido. Essa ordem será invertida quando o réu advogar em causa própria, caso em que será ouvido antes do autor. Se ambas as partes estiverem advogando em causa própria, o juiz indicará um advogado dativo para o réu com a única tarefa de acompanhar o depoimento pessoal do autor.

Como ocorre na prova testemunhal, a parte não poderá trazer por escrito suas explicações, devendo responder sem o auxílio de escritos às perguntas que lhe forem feitas. Poderá, entretanto, consultar breves notas com a finalidade de completar os esclarecimentos, bem como manusear os autos caso necessite de alguma informação mais precisa lá constante, como um endereço exato ou ainda um nome completo.

Apesar de o momento adequado para a produção do meio de prova ora analisado ser a *audiência de instrução e julgamento*, admite-se excepcionalmente que o depoimento pessoal seja prestado em outro momento processual. No caso de a parte residir em outra comarca, será realizada a prova por meio de carta precatória, e a exemplo da prova testemunhal, caso não possa

comparecer à sede do juízo, por enfermidade, idade avançada, ou qualquer outro obstáculo material intransponível, a prova será produzida fora da audiência. O mesmo se diga da parte considerada autoridade de elevado nível (art. 454 do Novo CPC), que será ouvida em lugar e horário por ela escolhidos.

Há no § 3.º do art. 385 do Novo CPC uma interessante novidade, passando o ordenamento a admitir que o depoimento pessoal seja realizado por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens quando o depoente residir em foro diverso daquele em que tramita o processo. Realmente não compreendo por que o legislador não utiliza o gênero foro, preferindo exaurir as espécies – comarca, seção e subseção judiciária –, mas confesso que na prática em nada importa a exótica opção. Pelo menos o legislador deixou de associar como sinônimos “foro” e “comarca”, lembrando que o Código de Processo Civil também regulamenta o processo na Justiça Federal.

Quanto à valoração, como todo meio de prova, o depoimento pessoal será valorado no momento em que o juiz proferir sua sentença, quando deverá na fundamentação de sua decisão exteriorizar as cargas de convencimento dadas no caso concreto para cada meio de prova produzido.

22.2.3. DA CONFISSÃO

22.2.3.1. Conceito

Segundo o art. 389 do Novo CPC, há confissão quando a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. Como se nota do conceito legal, a confissão envolve três elementos:

(a) reconhecimento de um fato alegado pela parte contrária;

(b) voluntariedade da parte que reconhece o fato;

(c) prejuízo ao confitente decorrente de seu ato.

Apesar de o Novo Código de Processo Civil prever que a confissão é um meio de prova, em opção adotada por parcela da doutrina[170], entendo mais adequado o entendimento de que a confissão é na realidade o resultado de outros meios de prova, tais como o depoimento pessoal e a prova documental[171]. Dessa forma, não se constituindo em técnica para extrair de fontes de prova a veracidade das alegações de fato, a confissão, como declaração de conhecimento de fatos desfavoráveis, é quando muito *objeto* de um meio de prova, mas nunca meio de prova em si[172].

A doutrina corretamente aponta a distinção entre a confissão e atos de disposição de direito material, tais como a renúncia e o reconhecimento jurídico do pedido, fenômenos processuais que levam o juiz à homologação por sentença de mérito do ato de disposição de vontade praticado unilateralmente pela parte. A confissão limita-se aos fatos, de maneira que, mesmo havendo confissão, o prejuízo a ser suportado pelo confitente fica limitado

ao plano fático, de modo que o confitente pode perfeitamente se sagrar vitorioso na demanda, desde que o direito legitime seu interesse[173].

Para que a confissão seja considerada eficaz devem ser preenchidos três requisitos:

(a) o confitente deve ter capacidade plena (art. 213, *caput*, do CC), não podendo confessar os incapazes (art. 392, § 1º, do Novo CPC) ou seus representantes legais[174]. Nos termos do § 2º do art. 392 do Novo CPC, a confissão feita por um representante somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado;

(b) inexigibilidade de forma especial para a validade do ato jurídico[175] como, por exemplo, ocorre no casamento ou falecimento, que exigem para sua demonstração as respectivas certidões;

(c) disponibilidade do direito relacionado ao fato confessado, não se admitindo a confissão de fatos que fundamentam direitos indisponíveis (art. 392, *caput*, do Novo CPC).

No tocante à *incapacidade da parte*, cumpre observar que o art. 213 do CC aponta corretamente o vício da confissão realizada por quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados: ineficácia. Dessa forma, a declaração de admissibilidade de um fato não gera o efeito de confissão se a parte não pode dispor dos direitos que foram o objeto da confissão. Ainda que não se trate de confissão, a declaração da parte continua a ser valorada pelo juiz, como *prova atípica*. Será ineficaz como confissão, mas não inválida como prova, sendo por esse motivo permitido ao juiz levar em conta o ato praticado pela parte na formação de seu convencimento.

22.2.3.2. Espécies de confissão

Aduz o art. 389 do Novo CPC que a confissão pode ser judicial ou extrajudicial. A confissão judicial é feita nos autos, mediante atos do processo, tais como a contestação, a réplica e o depoimento pessoal.

A *confissão judicial* pode ser espontânea ou provocada, realizada pela própria parte ou por representante com poderes específicos para confessar. Como ensina a melhor doutrina, a confissão promovida por representante sem poderes é ineficaz como ato jurídico, podendo, entretanto, ser ratificada posteriormente pelo titular do direito, em consonância com a combinação dos arts. 172 e 185 do CC[176], e ser considerada como *prova atípica* pelo juiz.

A *confissão provocada* resulta do depoimento pessoal, podendo ser real, quando a parte efetivamente responde as perguntas que lhe são dirigidas confessando determinados fatos, e ficta, quando a parte deixa de comparecer à audiência de instrução ou se nega injustificadamente a responder objetivamente as perguntas que lhe são feitas.

A *confissão espontânea* é realizada fora do depoimento pessoal, podendo ser tanto oral, hipótese em que o juiz documentará a confissão nos autos mediante a elaboração de termo (art. 390, § 2º do Novo CPC), como escrita (mais frequente na praxe forense).

A *confissão extrajudicial* é realizada fora do processo, de forma escrita ou oral, mas nesse caso só terá eficácia se a lei não exigir a forma escrita (art. 394, do Novo CPC). O dispositivo,

apesar de prever norma correta, novamente peca pelo excesso, sendo mais um artigo inútil do novo diploma processual. Afinal, não é só a confissão extrajudicial feita oralmente que não terá eficácia nos casos em que a lei exigir prova literal (documental), mas qualquer espécie de prova oral. O testemunho em juízo, tendo como objeto os fatos da demanda ou a confissão de uma das partes, quando a lei exigir prova documental, já está vetado pelo art. 443, II, do Novo CPC.

O art. 353, *caput*, do CPC/1973 criava uma distinção entre a confissão extrajudicial feita por escrito e oralmente, prevendo que a primeira teria a mesma carga de convencimento da confissão judicial e a segunda seria livremente apreciada pelo juiz. Conforme já tive oportunidade de afirmar, o dispositivo desprezava "o princípio do livre convencimento motivado do juiz, porque, independentemente de como a confissão extrajudicial é realizada, caberá ao juiz no caso concreto a valoração de sua carga de convencimento"[177].

Por essa razão é elogiável a nova redação por acabar com a indevida distinção, mas ainda assim fica uma pergunta: se o disposto prevê que a livre apreciação do juiz será realizada somente na confissão extrajudicial, como será apreciada a confissão judicial? É óbvio que também a confissão judicial será apreciada livremente, e nesse caso o dispositivo teria sido parcialmente omisso. A verdade, entretanto, é um pouco pior: o dispositivo é inútil porque no sistema de livre valoração motivada das provas em vigência no processo civil brasileiro todas as provas são livremente apreciadas pelo juiz, salvo raríssimas exceções pelas quais o juiz está

vinculado por imposição legal derivadas do sistema das provas tarifadas.

Independentemente da espécie de confissão, e ainda que se admita que algumas delas tenham em regra uma força probatória maior do que outras (é natural que na confissão extrajudicial a escrita tenha em tese maior força que a oral; que a confissão real tenha, em tese, maior força que a confissão ficta[178]), é importante ressaltar que, qualquer que seja a espécie de confissão, nenhuma delas é prova plena, sendo meramente histórico o tratamento da confissão como a "rainha das provas". Apesar de sua inegável importância, dentro do sistema da persuasão racional, o juiz não está adstrito à confissão na formação de seu convencimento, podendo se valer de outros meios de prova para afastar a carga de convencimento da confissão[179].

22.2.3.3. Indivisibilidade da confissão

Prevê o art. 395 do Novo CPC o princípio da indivisibilidade da confissão, por meio do qual não pode a parte, se quiser invocar a confissão como prova, aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável. Partindo-se do pressuposto de que a confissão só existe relativamente a fatos prejudiciais à parte confitente, o dispositivo legal parece incompreensível, o que inclusive levou parcela da doutrina a entender que a indivisibilidade não é da confissão, mas do depoimento ou declaração da parte que a contenha[180].

Na compreensão do dispositivo legal é importante distinguir *confissão simples* da *confissão complexa*. Enquanto na primeira

hipótese o confitente se limita a tratar de fatos contrários ao seu interesse, na segunda, além de fatos contrários ao seu interesse, também haverá a alegação de fatos novos favoráveis ao confitente. Para parcela da doutrina, a aplicabilidade do princípio da indivisibilidade se limita à confissão complexa[181], mas em meu entendimento mesmo nessa forma de confissão o princípio continua a ser incompreensível, porque continuo a entender que fatos favoráveis à parte nunca serão objeto de confissão. A não ser na extravagante hipótese de uma declaração de fato ser ao mesmo tempo favorável e desfavorável à parte, a indivisibilidade realmente não é da confissão, mas da declaração que contém como um de seus elementos a confissão.

Ocorre, entretanto, que o próprio art. 395 do Novo CPC abre uma exceção ao princípio da indivisibilidade da declaração de fatos (e não da confissão), sempre que o confitente, além dos fatos desfavoráveis a seu interesse, aduzir fatos novos, suscetíveis de constituírem fundamento de defesa de direito material (*defesa de mérito indireta*) e de reconvenção. Como se nota do próprio dispositivo legal, ainda que o réu concorde com os fatos constitutivos do direito do autor (confissão), alegando outros fatos constitutivos, impeditivos ou extintivos desse direito, o fato constitutivo será objeto de confissão, mas o ônus da prova dos fatos novos pelo réu continua a existir[182].

22.2.3.4. Invalidação da confissão

O art. 352 do CPC/1973 mencionava a possibilidade de revogação da confissão, no que desde sempre foi criticado pela melhor doutrina que enfrentava o tema, que sempre apontou para a

irrevogabilidade da confissão, afirmando que eventuais vícios da confissão levam à sua invalidação, e nunca à sua revogação[183].

Em razão dessa crítica doutrinária elogiou-se o advento do art. 214 do CC, ao corretamente indicar que o *erro* e a *coação* são vícios que permitem a invalidação da confissão, e não sua revogação. Aliás, nesse tocante mais uma modificação correta; a exclusão do dolo como vício capaz de invalidar a confissão. A melhor doutrina há muito tempo já afirmava a impropriedade do diploma processual ao apontar essa espécie de vício como apto a ensejar a invalidação da confissão. O dolo, resultado da astúcia de alguém – geralmente da parte contrária – para um sujeito confessar, somente passa a ter relevância para fins de invalidação do ato se tiver gerado um erro na confissão, mas nesse caso a repetição dos vícios se mostrava desnecessária.

O dolo, no máximo, poderá dizer respeito aos motivos pelos quais a parte confessou, não atingindo, entretanto, o objeto da confissão. Dessa forma, ainda que a confissão tenha ocorrido em virtude de indução e malícia da parte contrária, o ato jurídico da confissão, em seu conteúdo, não conterá vício nenhum, de modo a ser impossível defender a possibilidade de invalidação do ato jurídico[184]. A exceção, como já afirmado, fica por conta da hipótese de o dolo induzir a parte em erro, mas nesse caso a invalidação decorre justamente do erro, e não do dolo. Em boa hora, o art. 214 do CC excluiu o dolo como vício apto a gerar a invalidação da confissão.

Por fim, registre-se que o dispositivo legal ora comentado

indica expressamente que somente o *erro de fato* é passível de gerar invalidação da confissão, excluído o *erro de direito*[185].

O art. 393 do Novo CPC se adequou completamente ao art. 214 do CC, seja ao prever que a confissão é anulável, seja na previsão de que os vícios que habilitam a anulação são somente o erro de fato e a coação.

A anulação não pode ser realizada incidentalmente no processo no qual foi utilizada a confissão, sendo, portanto, exigível a propositura de uma ação anulatória. No sistema anterior, havia previsão no art. 352 do CPC/1973 de que após o trânsito em julgado da decisão proferida no processo em que foi utilizada a confissão como seu único fundamento seria cabível a ação rescisória.

No Novo Código de Processo Civil não há qualquer remissão ao cabimento de ação rescisória após o trânsito em julgado da sentença, havendo previsão somente de ação anulatória. E o art. 966 do Novo CPC deixa de prever como vício de rescindibilidade a invalidade da confissão. A aparente exclusão da ação rescisória nesse caso gera problemas práticos sérios que são devidamente desenvolvidos no Capítulo 62, item 62.4.

22.2.4. DA EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA

22.2.4.1. Conceito

Trata-se de meio de prova utilizado para a parte provar alegação de fato por meio de coisa ou documento que não esteja em seu poder. O conceito de parte é amplo – *partes no processo*, conforme analisado no Capítulo 2, item 2.3.2 –, abrangendo

autor(es), réu(s), terceiros intervenientes, inclusive o assistente, e o Ministério Público quando atua como fiscal da lei. *Exibir* significa colocar a coisa ou documento em contato visual com o juiz, que, uma vez ciente do teor da coisa ou do documento, determinará a sua devolução à parte possuidora. Sempre que a parte alega um fato que só pode ser demonstrado por documento ou coisa que não esteja em seu poder, será possível o conhecimento de seu teor pelo juiz de duas formas: a requisição e a exibição de coisa ou documento.

O art. 438 do Novo CPC regula a requisição, por meio da qual o juiz requisita às repartições públicas:

(i) as certidões necessárias à prova das alegações das partes;

(ii) os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, Estado, Município ou as respectivas entidades da administração indireta.

Nesse segundo caso, ao receber os autos, o juiz mandará extrair, num prazo máximo e improrrogável de um mês, certidões ou reproduções fotográficas das peças que indicar e das que forem indicadas pelas partes, e, em seguida, devolverá os autos à repartição de origem. Havendo transmissão de documentos por meio eletrônico (art. 438, § 2.º do Novo CPC), o procedimento legal será dispensado, já que não haverá devolução de autos à repartição de origem.

A exibição de documento ou coisa vem regulada pelos arts. 396 a 404 do Novo CPC, havendo procedimentos diferentes para a exibição requerida contra a outra parte no processo e contra terceiro, alheio à relação jurídica processual. A exibição de coisa ou documento também pode se desenvolver por meio de uma ação

probatória autônoma antecedente, quando presente no caso concreto um dos requisitos previstos no art. 381 do Novo CPC. Não havendo razão legal para a produção antecedente desse meio de prova, a exibição de coisa ou documento será produzida normalmente durante a fase probatória, não se descartando a possibilidade de uma antecipação temporal da exibição dentro do próprio processo quando assim previsto pela lei ou determinado pelo juiz de forma justificada.

O juiz de ofício pode determinar a terceiros a exibição de documento ou coisa[186]. Quando dirigida à parte do processo, o poder do juiz se fundamenta nos chamados "poderes instrutórios", consagrado no art. 370, *caput*, do Novo CPC. Quando dirigida a terceiro, além dos "poderes instrutórios", aplica-se o dever do terceiro de colaborar com a atividade judicial na busca da verdade, conforme previsto nos arts. 378 e 380, II, do Novo CPC[187]. Não há ofensa ao princípio da inércia da jurisdição, porque o juiz não instaurará um processo incidental, apenas determinará incidentalmente a exibição de coisa ou documento[188].

22.2.4.2. Aspectos procedimentais comuns

Apesar das diferenças procedimentais no pedido de exibição realizado contra terceiro e contra parte, existem alguns aspectos procedimentais comuns, como os requisitos do pedido, as justificativas legais da recusa e algumas situações de inadmissão da recusa pelo juiz.

O pedido formulado pela parte contém três requisitos previstos pelo art. 397 do Novo CPC, não se deferindo a prova no caso de o

pedido não preencher as exigências legais.

A individuação, tão completa quanto possível do documento ou da coisa, decorre de dois fatores principais: permitir ao réu do incidente saber de que coisa ou documento está tratando o autor e, no caso de busca e apreensão, para indicar o objeto de tal medida ao oficial de justiça. O Superior Tribunal de Justiça entende que a individuação exigida pela lei é aquela suficiente para não deixar dúvida a respeito do que se pretende ver exibido, não se exigindo uma perfeita individuação[189].

A finalidade da prova, com a indicação dos fatos que se relacionam com o documento ou a coisa, se presta ao juiz analisar a pertinência da exibição à luz do objeto da demanda[190]. Além disso, na exibição contra a parte contrária, a não exibição acarreta a *presunção de veracidade* dos fatos que, por meio do documento ou coisa, a parte pretendia provar, conforme previsão do art. 397 do Novo CPC.

Por fim, exige-se a narrativa das circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária ou de terceiro. Nem sempre é fácil ao requerente demonstrar liminarmente que a coisa ou documento está em poder da parte contrária, devendo o juiz atuar com a devida razoabilidade na análise do preenchimento desse requisito, levando em consideração as dificuldades porventura existentes no caso concreto.

A escusa pela parte ou pelo terceiro em exibir a coisa ou documento em juízo pode se fundamentar em seis hipóteses (art.

404 do Novo CPC):

> (I) se concernente a negócios da própria vida da família;
>
> (II) se a sua apresentação puder violar dever de honra;
>
> (III) se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau; ou lhes representar perigo de ação penal;
>
> (IV) se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;
>
> (V) se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição;
>
> (VI) houver disposição legal que justifique a recusa da exibição.

Ainda que o contraditório garanta ao requerido a apresentação de defesa por meio da qual se recuse a exibir em juízo a coisa ou documento pretendida pelo requerente, o art. 399 do Novo CPC limita seu exercício de defesa prevendo três hipóteses em que não será admitida tal recusa.

A primeira hipótese é a existência de previsão legal de direito material que preveja uma obrigação à exibição, o que cria um direito a quem pede a exibição que não pode ser obstado pelo requerido, que tem o dever de exibi-los. Assim, exemplificativamente, o dever da sociedade de exibir os livros para os sócios ou o dever do tutor ou curador de exibir para o tutelado ou curatelado os documentos seu interesse.

A segunda hipótese é fundada no princípio da aquisição da prova, prevendo que a partir do momento em que a parte alude no processo a documento ou coisa com o intuito de constituir prova, passa a ter o dever processual de exibi-los em juízo. Trata-se de

medida que prestigia a boa-fé processual na medida em que obriga a parte que porventura tenha aludido a uma coisa ou documento à sua juntada aos autos para que o juiz possa confirmar a sua força probante.

Por fim, sempre que o documento, por seu conteúdo, for comum às partes, não se admitirá a recusa em exibi-lo. O dispositivo, ao indicar que é o conteúdo que torna o documento comum às partes, exclui de sua abrangência os documentos que sejam objeto de propriedade ou posse de várias pessoas em comunhão. Nesse caso o dever de exibir é contemplado pelo inciso I do dispositivo ora comentado. O inciso III contempla duas situações: (a) sujeito que participou da confecção do documento, ainda que não o tenha assinado; (b) sujeito que tem sua esfera jurídica afetada, direta ou reflexamente, pelo conteúdo do documento.

22.2.4.3. Procedimento contra a parte contrária

Quando a pretensão de exibição é dirigida à parte contrária, não existem maiores formalidades no pedido de exibição, além do preenchimento dos requisitos previstos no art. 397 do Novo CPC, até porque esse pedido cria tão somente um *incidente processual*[191]. Corretamente a doutrina permite, inclusive, que o pedido seja feito oralmente em audiência, ainda que na praxe forense o mais comum seja formulá-lo por petição escrita.

O requerido será intimado – considerando-se que já faz parte da relação jurídica processual – para que no prazo de cinco dias ofereça resposta. A doutrina majoritária entende que a intimação

deve se realizar na pessoa do advogado da parte[192], enquanto a doutrina minoritária entende que a intimação deve ocorrer tanto na pessoa da parte – titular do dever de exibir – como na pessoa do advogado – único que tem capacidade de praticar atos postulatórios[193]. Prefiro o primeiro entendimento, por dois motivos:

(a) a intimação pessoal é excepcional, demandando expressa previsão legal;

(b) intimação pessoal pode ser um tormento, prejudicando indevidamente o andamento do processo.

Após a intimação o requerido pode se submeter à pretensão do requerente e exibir a coisa ou documento em juízo, com o que a prova terá sido produzida e o processo retomará seu procedimento regular.

O requerido, entretanto, poderá, no prazo de cinco dias, apresentar defesa, afirmando que não possui o documento ou a coisa, prevendo o parágrafo único do art. 398 do Novo CPC, que se o requerido afirmar que não possui o documento ou a coisa, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade. Esse dispositivo sugere que o ônus da prova é do requerente, aparentemente partindo da premissa de que o requerido alega um fato negativo em sua defesa e por isso teria maior dificuldade de prová-lo. Ainda assim, poderá o juiz no caso concreto, em aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, consagrada no art. 373, § 1º, do Novo CPC, determinar de quem é o ônus probatório, adotando como critério a maior facilidade na produção da prova.

Por outro lado, a parte ainda pode alegar que não tem

obrigação legal de exibir. Nesse caso, havendo a necessidade de provar fatos que fundamentem a matéria de defesa, o ônus é da parte que faz a alegação, mas também aqui é possível a inversão do ônus probatório nos termos do art. 373, § 1º, do Novo CPC.

Criado o incidente e exercido o contraditório, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio da exibição, a parte pretendia provar, em duas hipóteses (art. 400 do Novo CPC):

(I) se o requerido não exibir o documento ou coisa no prazo de 5 dias e tampouco oferecer qualquer espécie de resposta;

(II) quando a sua recusa for havida por ilegítima.

O Superior Tribunal de Justiça entende tratar-se de *presunção relativa de veracidade*, podendo ser afastada com a apresentação de documento que aponte em sentido contrário[194] ou com base em qualquer outro elemento de prova constante dos autos[195].

Como se pode notar, existe sobre a parte contrária uma pressão psicológica significativa, considerando-se que a não exibição de documento ou coisa em juízo acarretará a ela manifesta situação de desvantagem processual.

Ainda que parcela da doutrina defenda a aplicação de multas sancionatórias e/ou a determinação de busca e apreensão na hipótese de não exibição injustificada, não concordo com nenhuma dessas medidas. A consequência prevista no art. 400, *caput*, do Novo CPC já é prejudicial o suficiente para a parte que optou pela não exibição da coisa ou documento em juízo, sendo forma muito mais eficaz de atender à pretensão do requerente do que a

realização de ato de pressão psicológica por meio das *astreintes* ou de constrição judicial por meio de busca à apreensão. Além do mais, não existe um dever da parte em exibir o documento, mas um ônus processual, não se podendo por isso aceitar a aplicação de medidas de coerção ou sanção processual[196].

Diante desse posicionamento, que sempre me pareceu o mais correto, recebi inicialmente com relativa tristeza a previsão contida no parágrafo único do art. 400 do Novo CPC, que passa a permitir ao juiz, sempre que necessário, a adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exigido. Numa primeira leitura a novidade mostra-se absolutamente incompreensível, porque, se a não exibição do documento ou coisa permite a conclusão de veracidade dos fatos que se pretendia provar com a exibição, qual exatamente a utilidade da adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias?

O legislador, entretanto, pode ter criado na própria redação legal que deu ao dispositivo a possibilidade de torná-la minimamente lógica e sustentável. Ao prever que as medidas executivas serão adotadas somente quando necessário, permite a interpretação de que sua adoção somente se justifica naqueles casos em que a presunção de veracidade não pode ser gerada[197].

A realidade é que o sistema como está não consegue tutelar de forma satisfatória a exibição de coisa ou documento, tornando-se contraditório. Sendo exigência do pedido o apontamento dos fatos que se pretende provar com a exibição (art. 397, II, do Novo CPC)

e tendo como consequência da não exibição a presunção de veracidade desses fatos (art. 400, *caput*, Novo CPC), naturalmente não há qualquer necessidade de atos executivos (art. 400, parágrafo único, do Novo CPC).

Apesar da aparente inutilidade da regra ora comentada, diante da omissão da parte contrária em exibir o documento, é preciso atentar que a narração fática da parte que pede a exibição nem sempre tem a exatidão necessária para a geração do efeito da presunção de veracidade prevista em lei. Basta imaginar hipótese comum em muitas ações que envolvem planos econômicos por meio das quais a parte pede a exibição de extratos bancários para demonstrar a existência de conta-corrente à época do plano e do valor depositado.

Naturalmente, a parte não saberá precisar qual é esse valor, e a inércia da instituição financeira em apresentar os extratos em juízo poderá, quando muito, permitir a presunção de que o autor mantinha conta à época do plano, mas quanto ao valor existente não há o que se presumir, até porque o próprio autor deixa claro no pedido que somente com os extratos terá acesso a essa informação.

Em hipóteses como essa não tenho dúvida da pertinência da regra consagrada no art. 400, parágrafo único, do Novo CPC, mas nem por isso entendo elogiável sua redação, que poderia ter sido mais explícita em suas intenções. Conclusivamente, não parece que seja a conveniência do juiz que determine a adoção de medidas executivas para substituir a vontade do requerido ou para pressioná-lo a exibir a coisa ou documento em juízo, mas a impossibilidade material de se presumirem verdadeiras as alegações de fato em

razão da imprecisão de sua narrativa quando a omissão for da parte contrária.

22.2.4.4. Procedimento contra terceiro

Sendo o detentor da coisa ou documento um terceiro, estranho à relação jurídica processual, a parte interessada na exibição deverá ingressar com uma petição inicial, que será autuada em apenso aos autos principais, porque nesse caso será necessária a instauração de uma ação incidental[198].

A doutrina sempre entendeu que o pedido de exibição contra terceiro exige da parte uma petição inicial, que será autuada em apenso aos autos principais, porque nesse caso será necessária a instauração de uma ação incidental. O entendimento deve continuar a prevalecer, até porque a lei não tem condições de transformar a natureza jurídica dos fenômenos processuais, e, justiça seja feita, tal postura não foi adotada pelo legislador nesse caso.

O terceiro em relação ao processo principal se torna réu na ação incidental de exibição, sendo citado para responder ao pedido no prazo de 15 dias. Negando a obrigação de exibir (pelos mesmos motivos já expostos anteriormente – art. 404 do Novo CPC), afirmando que não está em poder da coisa ou documento ou expondo qualquer outro meio de defesa, será designada audiência especial, tomando-lhe o depoimento, bem como o das partes e, se necessário, das testemunhas. Apesar da omissão legal, além da prova testemunhal a ser produzida nessa audiência, serão admitidos outros meios de prova.

No CPC/1973 havia, em seu art. 361, a previsão de que a

decisão que resolvia o pedido de exibição contra terceiro era uma sentença. Sempre defendi a correção do dispositivo, já que não havia – como ainda não há – como se julgar uma ação incidental por outra forma de decisão, inclusive recorrível por apelação[199].

O Novo Código de Processo Civil é omisso quanto à espécie de decisão que julga o pedido ora analisado, mas a omissão não me parece suficiente para transformar a natureza jurídica da decisão judicial, ainda que tenha sido esse o objetivo do legislador. Não vejo o novo diploma processual como apto a afastar do sistema as ações incidentais e nesse caso tenho ainda menos dúvida de estarmos diante de uma. O recurso continua a ser a apelação.

Não me sensibiliza o inciso VI do art. 1.015 do Novo CPC ao prever o cabimento de agravo de instrumento contra decisão que versar sobre exibição ou posse de documento ou coisa. Como todo inciso deve ser interpretado em conjunto com o *caput* do dispositivo, e nesse caso não é diferente, o cabimento de agravo de instrumento está condicionado à existência de uma decisão interlocutória, o que não parece ser o caso.

Dessa forma, entendo que a aplicabilidade desse dispositivo está condicionada à prolação de decisão no pedido de exibição de coisa ou documento contra a parte contrária; quando, contudo, inexistente uma ação incidental, a decisão terá indiscutivelmente de natureza interlocutória.

Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a exibir a coisa ou o documento, o juiz lhe ordenará o depósito em cartório ou noutro lugar designado no prazo de 5 dias, impondo ao requerente que o

embolse das despesas que tiver.

Nos termos do art. 403, parágrafo único, do Novo CPC, transcorrido o prazo e não cumprida a obrigação pelo terceiro, o juiz poderá se valer de todas as medidas executivas possíveis: medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, inclusive a busca e apreensão com eventual força policial, se necessário, conforme previsto no próprio dispositivo. Além das medidas executivas, será cabível responsabilizar o terceiro penalmente pela prática do crime de desobediência.

Entendo que diante da previsão lega torna-se impossível aplicar ao caso concreto o entendimento consagrado na Súmula 372/STJ, que veda a aplicação de multa monitória na ação de exibição.

Note-se que todas as medidas executivas à disposição do juiz estão voltadas à efetiva exibição da coisa ou do documento, não sendo cabível na exibição contra terceiro a presunção de veracidade dos fatos que se pretendia provar com a coisa ou documento não exibidos. A razão é óbvia: a parte do processo que não pretende a exibição (parte contrária) não pode ser prejudicada por um ato praticado por terceiro (réu na ação incidental de exibição).

Além das consequências previstas pelo art. 403, parágrafo único, do Novo CPC, tratando-se de tutela mandamental (o dispositivo legal fala em “ordenará”), é aplicável o art. 77, § 2º, do Novo CPC, com a aplicação de multa de até 20% do valor da causa em razão da prática de ato atentatório à dignidade da jurisdição[200].

22.2.5. DA PROVA DOCUMENTAL

22.2.5.1. Conceito

O conceito amplo de documento o define como qualquer coisa capaz de representar um fato, não havendo nenhuma necessidade de a coisa ser materializada em papel e/ou conter informações escritas. Algum escrito em outra superfície que não seja papel, tal como o plástico, metal, madeira etc., desde que represente um fato, é considerado um documento dentro desse conceito amplo. Da mesma forma, uma fotografia, uma tabela, um gráfico, gravação sonora ou filme cinematográfico também será considerado um documento. Num conceito mais restrito, documento é o papel escrito[201].

Apesar de o conceito restrito representar a ampla maioria das espécies de documentos na praxe forense, o direito brasileiro adotou o conceito amplo, sendo significativa a quantidade de diferentes espécies de coisas que são consideradas como documentos para fins probatórios no processo judicial. Até mesmo as representações obtidas por meio eletrônico são considerados documentos, tais como os dados inseridos na memória do computador ou transmitidos por via eletrônica[202].

Documento não se confunde com *instrumento*, sendo o segundo espécie do primeiro. O instrumento é produzido com o objetivo de servir de prova, como ocorre na celebração de um contrato ou de uma escritura. Caso o documento seja produzido, já tendo o objetivo de provar determinado ato, será considerado um instrumento, mas, não tendo tal finalidade específica, embora em

momento posterior até possa vir a ser considerado como prova num processo judicial, ter-se-á somente um documento, e não um instrumento, como ocorre numa carta ou *e-mail* tendo como conteúdo algum fato ou ato[203].

22.2.5.2. Documento público e sua força probante

Segundo o art. 405 do Novo CPC, o documento público faz prova da sua formação e também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença. Como se nota desse dispositivo legal, em razão da fé pública que reveste os atos estatais, sempre que o documento for produzido por funcionário público *lato sensu*, haverá uma presunção de veracidade quanto à sua formação e quanto aos fatos que tenham ocorrido na presença do oficial público. Essa presunção é relativa, podendo ser afastada por meio de outras provas produzidas no processo.

É preciso esclarecer que a presunção mencionada atinge somente os fatos que tenham ocorrido na presença do oficial público, e não os fatos trazidos ao seu conhecimento pelas partes. Significa dizer que, afirmando o oficial público que determinado sujeito lhe informou ser absolutamente capaz, a única presunção possível é de que no momento da elaboração do documento público, um determinado sujeito informou ao oficial público que era absolutamente capaz, e o fato de ser ou não capaz não se presume verdadeiro, devendo ser provado durante o processo judicial[204].

Na hipótese de a lei exigir, como da substância do ato, um

determinado instrumento público, nenhuma outra prova poderá suprir a ausência desse documento (art. 406 do Novo CPC). Não se trata de questão probatória, mas de requisito necessário para a validade do ato no plano do direito material, de modo que, sem o instrumento público no processo, o juiz não poderá considerar o ato provado porque antes disso deve considerá-lo como inválido[205]. O casamento se prova pela certidão de casamento, a propriedade de bem imóvel pela matrícula, o óbito pela certidão de óbito etc.

Aduz o art. 407 do Novo CPC que o documento elaborado por oficial público incompetente ou em desrespeito às formalidades legais, desde que seja subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do *documento particular*. Lembra a melhor doutrina que, apesar da exigência legal quanto à assinatura das partes, a eficácia probatória de documento particular pode existir mesmo sem elas, desde que no plano material seja dispensável esse elemento para a validade do documento[206].

22.2.5.3. Documento particular e sua força probante

O documento é particular sempre que for elaborado sem a intervenção de um oficial público, podendo ser[207]:

(a) escrito e assinado pelas partes;

(b) escrito por terceiro e assinado pelo declarante;

(c) escrito pela parte e não assinado;

(d) nem escrito nem assinado pela parte.

Segundo o art. 408 do Novo CPC, as declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado

presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Apesar de se tratar de presunção relativa, a prova contrária é de difícil produção na praxe forense, o que pode ser contornado pela aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova consagrada no § 1º do art. 373 do Novo CPC. O art. 408, parágrafo único, do Novo CPC prevê que, contendo o documento uma declaração de ciência de um fato, a prova recai somente na declaração e nunca no objeto do fato declarado, competindo ao interessado prová-lo em juízo. Se alguém declara que viu o marido agredir a mulher e registra essa declaração num documento, a eficácia probatória se limita ao fato de o sujeito ter feito a declaração, e não ao fato de ter ocorrido a agressão.

O art. 411 do Novo CPC prevê três hipóteses em que o documento será considerado autêntico. O primeiro deles é o reconhecimento da firma do signatário pelo tabelião. A autenticação de que a assinatura aposta no documento confere com a original registrada no Cartório de Notas torna o documento autêntico, mas não verdadeiro quanto ao seu conteúdo[208]. Apesar da confiabilidade nos trabalhos cartoriais, entende-se corretamente que existe uma presunção relativa de autenticidade, que pode ser afastada com a produção de prova em sentido contrário. Também se considera autêntico o documento quando a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação que não o reconhecimento de firma. Em consonância com as conquistas tecnológicas, o dispositivo permite que esse meio de certificação seja eletrônico, como ocorre na certificação eletrônica. Por fim, se não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento esse será considerado autêntico. O dispositivo demonstra que a ausência

de controvérsia a respeito do documento seria o suficiente para ser considerado autêntico, mas sendo uma realidade os poderes instrutórios do juiz, mesmo que não haja impugnação pela parte, o juiz poderá determinar a realização de prova de ofício caso entenda necessário para formar seu convencimento a respeito da autenticidade da prova.

A autoria do documento particular é regulamentada pelo art. 410 do Novo CPC, sendo considerado o autor do documento:

> (a) aquele que o fez e o assinou;
>
> (b) aquele que por conta de quem ele foi feito, estando assinado;
>
> (c) aquele que, mandado compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros empresariais e assentos domésticos.

Se o marido deixou um bilhete afirmando ter levado ao trabalho o celular do casal, não se pode esperar que assine tal bilhete para que tal documento tenha eficácia probatória.

Qualquer reprodução mecânica (fotográfica, cinematográfica, fonográfica etc.) tem aptidão de fazer prova das imagens que reproduzem se a parte contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade; havendo impugnação, deverá ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica e, não sendo possível, ser realizada perícia.

O art. 422, § 1.º, do Novo CPC regulamenta as fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores como provas documentais, prevendo que, se forem impugnadas, a parte deverá apresentar a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo

possível, será realizada perícia. O § 2.º trata de fotografia publicada em jornal ou revista, quando então será exigido um exemplar original do periódico, mas somente se a veracidade for impugnada, diferente da exigência constante no art. 385, § 2.º, do CPC/1973.

Segundo o art. 424 do Novo CPC, a cópia do documento particular tem o mesmo valor probante que o original, sendo exigida apenas a conferência da cópia com o original na hipótese de a parte contrária impugnar a cópia ou o juiz tiver dúvida a respeito da idoneidade do documento. Havendo em ponto substancial do documento entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento, sem nenhuma ressalva, o juiz apreciará livremente a fé que mereça o documento (art. 426 do Novo CPC). A fé do documento particular cessa quando declarada judicialmente a sua falsidade (art. 427 do Novo CPC), quando for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade ou quando assinado em branco, for abusivamente preenchido (art. 428 do Novo CPC).

O Novo Código de Processo Civil destina uma seção para regulamentar os documentos eletrônicos (arts. 439-441).

Nos termos do art. 12, *caput*, da MP 2.200/2001, são considerados para fins legais como documentos particulares ou públicos os documentos eletrônicos tratados em referida medida provisória. A melhor doutrina entende que o documento eletrônico é toda forma de representação de um fato por decodificação por meios utilizados na informática, telecomunicações e outras formas de produção cibernética.

No processo que tramita em autos eletrônicos, o documento

eletrônico será, como todas as demais peças do processo, juntado no ambiente virtual. No processo que segue em autos físicos, entretanto, o documento eletrônico deve ser materializado de alguma forma para que possa ser juntado. O art. 439 do Novo CPC trata do tema ao prever que nesse caso (processo convencional significa processo que tramita em autos físicos), a conversão do processo eletrônico à forma impressa deve ser realizada na forma da lei, único meio pelo qual se poderá verificar sua autenticidade.

Diferente do documento físico, cuja autenticidade é reconhecida por meio da assinatura de seu autor, o documento eletrônico deve ser subscrito com o uso de certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (art. 3º da Lei 12.682/2012).

No art. 440 do Novo CPC considera-se a impossibilidade de conversão do documento eletrônico, deixando o dispositivo claro que nesse caso o documento ainda assim poderá ser valorado pelo juiz, o que vai ao encontro do princípio do livre convencimento motivado.

Não sendo possível a conversão, o acesso ao documento eletrônico poderá ser dificultado, mas o dispositivo ora comentado preserva o princípio do contraditório ao prever que deve ser assegurado às partes o acesso a seu teor, cabendo ao juiz operacionalizar tal acesso no caso concreto.

A produção e conversão dos documentos eletrônicos são condições para sua admissão no processo, mas não é o Novo Código de Processo que as regulamenta, e sim legislação especifica.

Atualmente, o tema é tratado pela Lei 11.419/2006 (processo eletrônico) e Lei 12.682/2012 (documento eletrônico). O Superior Tribunal de Justiça entende pela impossibilidade de questionamento da autenticidade de documentos enviados eletronicamente ou digitalizados, ambos em obediência à forma prevista na Lei 11.419/2006[209].

22.2.5.4. Arguição de falsidade documental

22.2.5.4.1. Natureza jurídica e objeto

O parágrafo único do art. 430 do Novo CPC prevê que, uma vez arguida, a falsidade documental será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art. 19 do mesmo diploma legal.

Ainda que o art. 503, § 1º, do Novo CPC tenha dispensado as partes da propositura de ação declaratória incidental para gerar a coisa julgada da solução da questão prejudicial, a norma não se aplica à falsidade ou autenticidade documental porque a questão prejudicial lá prevista é exclusivamente de direito. Em razão de tal exclusão, o legislador aparentemente manteve a ação declaratória incidental em nosso sistema jurídico com o objetivo de permitir a coisa julgada da declaração incidental da falsidade ou autenticidade documental[210].

Concordo com a corrente doutrinária que critica o legislador, que poderia ter feito uma expressa menção no art. 503, § 1º do Novo CPC à falsidade ou autenticidade documental declarada incidentalmente[211], mas o fato é que, infelizmente, assim não

procedeu. O art. 433 do Novo CPC, ao prever que a declaração sobre a falsidade do documento, quando suscitada como questão principal, constará da parte dispositiva da sentença e sobre ela incidirá também autoridade da coisa julgada, deixa claro que a ação declaratória incidental não foi suprimida.

Tratando-se de questão prejudicial fática, a falsidade documental será enfrentada de qualquer forma pelo juiz quando arguida por qualquer das partes, dependendo apenas do pedido expresso para que seja decidida como questão principal e passando a incidir sobre ela a autoridade da coisa julgada.

O dispositivo não menciona a possibilidade de a falsidade documental ser reconhecida de ofício, sem a arguição das partes. Não resta dúvida, entretanto, de tal possibilidade, até porque tal iniciativa tem fundamento nos "poderes" instrutórios do juiz. O que o juiz não pode fazer de ofício é dar início à ação declaratória incidental em respeito ao princípio da demanda. Quando suspeitar da falsidade documental mesmo diante da omissão das partes, em respeito à exigência de contraditório real prevista no art. 10 do Novo CPC, o juiz terá que intimar as partes para que se manifestem sobre a eventual falsidade do documento, oportunidade em que qualquer delas poderá pedir expressamente para que a questão seja decidida de forma principal e que se passe sobre ela a incidir a força da coisa julgada material.

O objeto da ação declaratória incidental de falsidade documental pode ser tanto um *documento particular* como um *público*. A polêmica existente quanto a espécie de falsidade documental que poderia ser objeto do incidente de falsidade

documental desaparece. Assim, a decisão pode gerar coisa julgada quando tiver como objeto uma *falsidade ideológica* – voltada ao conteúdo do documento, dizendo respeito aos vícios do consentimento ou sociais do ato jurídico –, ou seja, representativa da falsidade do que foi declarado no documento – ou uma *falsidade material* – vício do documento em si, referente à sua formação, com deteriorações que alterem seu conteúdo, a compreensão desse conteúdo ou que contenha afirmações que não foram feitas pelas partes ou não foram presenciadas pelo oficial público.

22.2.5.4.2. Procedimento

Segundo o art. 430, *caput*, do Novo CPC, a falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 dias, contado a partir da intimação da juntada aos autos do documento. É natural que a suposta preclusão não atinja o poder do juiz de, a qualquer tempo, intimar as partes a respeito de eventual falsidade documental e posteriormente decidir sobre a matéria.

Na realidade os prazos previstos pelo dispositivo legal não dizem respeito à alegação de falsidade documental, mas sim à propositura da ação declaratória incidental. A mera alegação pode ser feita a qualquer tempo, porque se o juiz pode reconhecer a falsidade de ofício, não pode haver para a parte preclusão temporal para a alegação da matéria.

A alegação de falsidade documental elaborada pela parte por meio de ação declaratória incidental deve estar fundamentada e já devem ser indicadas nesse momento as provas que a parte pretende produzir. O art. 431 do Novo CPC traz previsão dispensável porque toda peça postulatória, como é o caso, deve ser fundamentada. Já

com relação à indicação dos meios de prova, a necessidade de a parte já as especificar no momento em que arguiu a falsidade documental é importante para sumarizar o procedimento incidental que inevitavelmente surgirá.

Arguida a falsidade a parte contrária será intimada e terá prazo de 15 dias para se manifestar. Nos termos do *caput* do art. 432 do Novo CPC, após o transcurso desse prazo será realizada prova pericial, que só será dispensada se a parte que apresentou o documento em juízo concordar em retirá-lo. Para fins do processo seria como uma espécie de "arrependimento eficaz", porque com a retirada da prova dos autos ela não servirá à construção da fundamentação judicial, não gerando, portanto, os efeitos pretendidos pela parte que a produziu. Em termos penais, entretanto, não vejo qualquer consequência nessa aparente anuência da parte com a arguição de falsidade documental, de forma que a parte deverá responder penalmente pelos seus atos caso configurado ato ilício penal de sua autoria.

O ônus da prova é de quem alega a falsidade (art. 429, I, do Novo CPC), mesmo tratando-se de falsidade de assinatura, aplicando-se o art. 429, II, do Novo CPC, somente quando existente presunção de veracidade da assinatura porque presenciada por tabelião (411, I, do Novo CPC). É possível a redistribuição do ônus da prova, nos termos do art. 373 do Novo CPC[212].

Apesar de o dispositivo fazer menção exclusivamente à prova pericial, entendo que não se deve *a priori* dispensar a produção de outros meios de prova sempre que o juiz os entender pertinentes e

capazes de contribuir na formação de seu convencimento. Uma abstrata limitação probatória violaria os princípios da ampla defesa e do contraditório e por isso não deve ser admitida.

Diferente da previsão contida no art. 394 do CPC/1973, no sentido de a arguição de falsidade documental por meio de ação incidental suspender o processo principal, o Novo Código de Processo Civil não traz qualquer previsão nesse sentido. Dessa forma a eventual produção de prova para se decidir a arguição de falsidade poderá ser produzida em conjunto com as provas destinadas a comprovar ou desmentir os fatos alegados na demanda e referentes ao objeto do processo.

No CPC/1973 havia considerável polêmica a respeito da natureza jurídica da decisão que resolvia a ação incidental de falsidade documental quando proferida antes da sentença. A polêmica refletia no recurso cabível, sendo inclusive clássica hipótese de exemplo de aplicação do princípio da fungibilidade recursal entre o agravo de instrumento e a apelação.

Entendo que a discussão perdeu qualquer sentido no Novo Código de Processo Civil em razão da expressa previsão do art. 433 desse diploma legal, segundo o qual a declaração sobre a falsidade do documento, quando suscitada como questão principal, constará da parte dispositiva da sentença.

O dispositivo deixa claro que sendo ajuizada ação declaratória incidental por qualquer das partes a sua decisão deve ocorrer no momento de sentenciamento do processo. Uma mesma sentença com dispositivo objetivamente complexo: decisão da questão

prejudicial fática e decisão do pedido do autor. Sendo obrigatória essa decisão conjunta por meio de uma mesma sentença, não há dúvida a respeito do cabimento de apelação.

Por outro lado, sendo alegada a falsidade documental sem o ingresso de ação declaratória incidental, o juiz poderá decidir por meio de decisão interlocutória a ser proferida antes da prolação da sentença. Nesse caso a decisão não será recorrível por agravo de instrumento por não estar prevista no rol do art. 1.015 do Novo CPC, devendo ser impugnada quando a parte apelar ou contrarrazoar a apelação, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC. Nada impede, entretanto, de o juiz decidir a questão apenas na fundamentação da sentença, hipótese em que será cabível a apelação.

22.2.5.5. Produção da prova documental

O art. 434, *caput*, do Novo CPC mantém a regra do art. 396 do CPC/1973 de que a prova documental deve ser produzida pelo autor na instrução da petição inicial e pelo réu na instrução da contestação. O parágrafo único é novidade, prevendo que, no caso de provas que consistam em reprodução cinematográfica ou fonográfica, a parte deverá juntar a prova no momento indicado no *caput*, mas sua exposição só será realizada em audiência. A previsão de intimação das partes para tal audiência é desnecessária, considerando que para toda audiência as partes devem ser intimadas.

O dispositivo legal tem nitidamente uma *natureza preclusiva*, prevendo que, após os momentos iniciais de manifestação das partes no processo, não mais seria cabível a produção de prova

documental. O art. 435 do Novo CPC, entretanto, expressamente prevê exceções à rigidez da regra consagrada no dispositivo anterior.

O art. 435, *caput*, do Novo CPC mantém as duas hipóteses já previstas no art. 397 do CPC/1973: (i) para provar fatos supervenientes e (ii) para contrapor prova documental produzida nos autos. O parágrafo único do dispositivo inclui no sistema novas hipóteses de produção de prova documental em momento posterior à petição inicial e contestação.

Será admitida a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente. Nesse sentido já era o entendimento da melhor doutrina mesmo diante da ausência de norma escrita no CPC/1973[213]. E o dispositivo consagra entendimento jurisprudencial e doutrinário consolidado no sentido de permitir a juntada extemporânea do documento desde que a parte justifique por que não produziu a prova na petição inicial ou contestação, de modo a demonstrar que não existem a má-fé e a deslealdade em tal prática[214]. Consagra, assim, a inviabilidade de a juntada extemporânea dos documentos decorrer de "guarda de trunfo" pela parte[215].

Apesar da omissão legal, acredito que, além dos requisitos do *contraditório* e da ausência de *má-fé*, o estágio procedimental deve ser apto a receber a prova documental, sendo inviável a produção

probatória, por exemplo, em processo que esteja em sede de recurso especial ou extraordinário. Nesses recursos, como analisado no Capítulo 77, item 77.3.1., não há revisão dos fatos, sendo inútil a produção de prova de qualquer espécie, inclusive a documental.

Uma vez produzida a prova documental, a parte contrária será sempre intimada para se manifestar no prazo de 15 dias, cabendo ao réu falar sobre os documentos juntados com a petição inicial em sua contestação e ao autor falar sobre os documentos juntados com a contestação em sua réplica. Nos termos do § 2º do art. 437 do Novo CPC, o juiz poderá, a requerimento da parte, dilatar o prazo para manifestação levando em conta a quantidade e a complexidade da documentação.

O Superior Tribunal de Justiça aplica à ausência de intimação o princípio de que sem prejuízo não há nulidade, de forma a ser nula a decisão proferida sem a oitiva da parte contrária somente quando o documento for essencial para sua fundamentação; não tendo influência no julgamento, não haverá nulidade apesar do descumprimento da regra prevista no art. 437, § 1º, do Novo CPC[216].

O art. 436 do Novo CPC prevê as possíveis reações positivas da parte à juntada de documentos pela parte contrária. Poderá impugnar a admissibilidade da prova documental, levantando tanto questões como o momento de juntada e a pertinência da prova com o objeto da demanda. Outra reação prevista é a impugnação da autenticidade do documento, apontando vício formal do documento. Nesses dois casos o parágrafo único do dispositivo ora analisado

exige da parte argumentação específica, não se admitindo alegação genérica de falsidade. Poderá suscitar a falsidade dos documentos, com ou sem a deflagração do incidente de arguição de falsidade. E, naturalmente, poderá impugnar o conteúdo do documento.

22.2.6. DA PROVA TESTEMUNHAL

22.2.6.1. Conceito

Prova testemunhal é meio de prova consubstanciado na declaração em juízo de um terceiro que de alguma forma tenha presenciado os fatos discutidos na demanda. Tradicionalmente, a testemunha é aquele sujeito que viu o fato, mas não se devem desprezar outros sentidos humanos, como o olfato, a audição, o tato ou o paladar[217]. Um forte odor que faria presumir um vazamento de gás pode ser comprovado em juízo por alguém que nada tenha visto, bem como o testemunho de um sujeito que afirma ter ouvido um disparo pode ser determinante para a formação do convencimento do juiz.

As testemunhas que presenciaram o fato são chamadas de *testemunhas presenciais*. Também existe a figura da *testemunha de referência*, que não presenciou o fato, mas tomou conhecimento dele por informações de alguém que supostamente o fez, valendo o testemunho nesse caso como mero indício[218]. Por fim existe a *testemunha referida*, da qual se tem conhecimento por meio do depoimento de outra testemunha[219].

O terceiro dará a sua versão ao juiz de como percebeu o fato, o que naturalmente pode desvirtuar o conteúdo das declarações testemunhais, seja em virtude da natural perda de memória, pela

falsa percepção de como os fatos se deram, pela incapacidade de reproduzir o fato, ou resultado de má-fé de testemunha preparada[220]. Essas circunstâncias levaram a prova testemunhal em remoto tempo a ser desacreditada, ainda que reconhecidamente trate-se do mais antigo meio de prova[221]. Na realidade, o preconceito com a prova testemunhal perdura até os dias atuais, mas, como em muitos processos a testemunha é a única fonte de prova disponível, ninguém duvida da importância desse meio de prova na praxe forense.

22.2.6.2. Cabimento

Segundo o art. 442 do Novo CPC, a prova testemunhal é em regra admissível, desde que não exista previsão legal dispondo de modo diverso. Apesar da adoção do sistema da *persuasão racional* na valoração das provas, existem dispositivos legais que expressamente vedam a produção da prova testemunhal, dando-a como imprestável à formação do convencimento do juiz.

Os arts. 401 do CPC/1973 e art. 227 do CC exigiam para a prova de negócios jurídicos de valor superior a dez salários mínimos, outro meio de prova que não o exclusivamente testemunhal. A regra tinha atenuações na própria lei, como se podia notar das previsões dos arts. 402 e 404 do CPC/1973.

Além disso, havia correto entendimento doutrinário[222] e jurisprudencial[223] que considerava que a vedação à prova exclusivamente testemunhal era limitada à prova da existência do contrato, não atingindo questões referentes ao seu cumprimento, inexecução, efeitos etc.

Apesar de todas as atenuações legais, doutrinárias e jurisprudenciais, as normas ora comentadas eram criticáveis porque ao proibir abstratamente um meio de prova trazia para os dias atuais o superado sistema das provas tarifadas, pelo qual o valor probante dos meios de prova era determinado pelo legislador em abstrato e não pelo juiz no caso concreto.

A regra do art. 401 do CPC/1973 foi abolida e o art. 227, *caput*, do CC expressamente revogado pelo art. 1.072, II, do Novo CPC. Essa postura do legislador é, no mínimo, intrigante, em razão da manutenção do parágrafo único do art. 227 do CC.

Nos termos do parágrafo único do art. 227 do CC, qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito. Ora, se não existe mais a exclusão da prova testemunhal como apta a provar a existência de relação jurídica de qualquer valor, que sentido há em manter no ordenamento jurídico uma regra que a coloca como subsidiária ou complementar à prova escrita? E o princípio do livre convencimento motivado do juiz?

Há, entretanto, outras limitações ao cabimento da prova testemunhal. Nesse sentido os incisos do art. 443 do Novo CPC, que reproduzem os incisos do art. 400 do CPC/1973:

(a) fatos já provados por documentos ou confissão da parte. Cabendo ao juiz a valoração das provas, se entender que o fato já está devidamente provado por documentos ou confissão, indeferirá a prova testemunhal, que será nessa hipótese inútil;

(b) fatos que só podem ser provados por documentos – como aqueles que exigem instrumento público (casamento, óbito etc.) – e que demandem prova pericial,

porque nesse caso é exigido um conhecimento técnico específico que não pode ser suprimido por testemunha.

Os arts. 444 e 445 do Novo CPC tratam da possibilidade de utilização de prova testemunhal quando a lei exigir prova escrita da obrigação. O primeiro prevê ser admissível a prova testemunhal quando houver começo de prova por escrito, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova. O segundo prevê que também se admite a prova testemunhal quando o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, de depósito necessário ou de hospedagem em hotel ou em razão das práticas comerciais do local onde contraída a obrigação.

A sugerida amplitude dos dispositivos, ao admitir prova testemunhal quando a lei exigir prova escrita da obrigação, não alcança os atos jurídicos que só podem ser provados por determinado instrumento público. Não se pode, afinal, admitir que se prove um casamento sem a certidão de casamento só porque há início de prova escrita (um pacto antenupcial, por exemplo).

22.2.6.3. Sujeitos que podem testemunhar

Em regra, qualquer terceiro pode testemunhar, mas o art. 447 do Novo CPC prevê hipóteses de incapacidade (§ 1.º), impedimento (§ 2.º) e suspeição (§ 3.º) que vedam determinados sujeitos em determinadas circunstâncias de prestarem depoimento como testemunhas. O tema também é tratado pelo art. 228 do CC, sem diferenças substanciais, sendo até mais amplo o dispositivo processual.

Segundo o Código de Processo Civil, são incapazes de prestar depoimento:

(a) o interdito por enfermidade ou deficiência intelectual;

(b) o acometido de enfermidade ou debilidade mental que o impossibilite de ter o discernimento necessário e/ou a devida percepção sobre os fatos;

(c) o menor de 16 anos;

(d) o cego e surdo, quando a ciência dos fatos depender dos sentidos que lhes faltam.

Segundo o art. 228, parágrafo único, do CC, os sujeitos incapazes poderão ser ouvidos como informantes. Para parcela da doutrina na hipótese do demente e do cego e surdo a norma é materialmente inaplicável, porque é impossível a um cego testemunhar sobre o que viu ou a um surdo sobre o que ouviu; se salvaria na norma legal a possibilidade de oitiva como informante do menor de 16 anos[224]. É preciso cuidado com essa afirmação, porque a limitação física pode comprometer um dos sentidos humanos, o que não inviabilizaria uma prova testemunhal fundada em outro sentido humano, tal como o cego que ouviu ou o surdo-mudo que presenciou os fatos.

São impedidos de depor como testemunhas o cônjuge, ascendente e descendente em qualquer grau, ou colateral até o terceiro grau de qualquer das partes, por consanguinidade ou afinidade. Entendo que o impedimento atinge somente o cônjuge e parentes de partes na demanda, de forma que não estão impedidos de depor o cônjuge e ascendentes do assistente. O impedimento cessa quando exigir o interesse público ou nas ações de estado da pessoa, quando a prova for decisiva e não puder ser produzida de

outra forma.

Também são impedidos de depor as partes na causa e o sujeito 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 as partes.

É natural que o juiz não possa ser testemunha do processo que preside, sendo inviável a reunião em uma mesma pessoa humana das condições de julgador e de fonte de prova. Afinal, a prova testemunhal é prestada por um terceiro e o juiz faz parte da relação jurídica processual. Mas essa vedação não impede que o juiz efetivamente tenha presenciado os fatos que estejam sendo discutidos no processo, o que o torna, como qualquer outro sujeito, abstratamente apto a prestar testemunho sobre eles.

Nos termos do art. 452, I, do Novo CPC, sendo o juiz da causa arrolado como testemunha, poderá se declarar impedido de continuar a conduzir o processo sempre que tiver conhecimento de fatos que possam influir na decisão, hipótese em que o processo será remetido ao substituto legal e o juiz será ouvido como testemunha. Nesse caso há vedação expressa à exclusão do juiz do rol de testemunhas, o que significa que se o juiz se afastou para servir no processo como testemunha será obrigatoriamente ouvido, mesmo contra a vontade da parte que originariamente o arrolou. A vedação objetiva afastar manobra da parte que queira se livrar do juiz, primeiro como julgador e depois como testemunha.

Justamente para se livrar do juiz no papel de julgador, a parte poderá arrolá-lo como testemunha mesmo que o juiz não tenha

qualquer conhecimento sobre os fatos que estão sendo discutidos no processo. Nesse caso deve ser preservado o princípio do juízo natural, devendo ser o pedido indeferido e mantido o juiz na condução do processo. Essa decisão do juiz, de natureza interlocutória, não é recorrível por agravo de instrumento por não constar do rol do art. 1.015 do Novo CPC, cabendo à parte inconformada impugná-la em apelação ou nas contrarrazões desse recurso (art. 1009, § 1º do Novo CPC).

São suspeitos para depor como testemunhas:

(a) o inimigo ou amigo íntimo da parte, e não do juiz ou do advogado;

(b) o que tiver interesse no litígio, entendendo-se que o interesse deve ser jurídico[225].

Sendo estritamente necessário, o que significa dizer que a prova não tem outra forma de ser produzida, o art. 447, § 4.º, do Novo CPC permite ao juiz a oitiva de testemunhas menores, impedidas ou suspeitas, hipótese na qual estarão dispensados de prestar compromisso e seus depoimentos serão apreciados com o valor que possam merecer.

22.2.6.4. Direitos e deveres da testemunha

Todos têm o dever de colaborar com o Poder Judiciário na obtenção da verdade, inclusive os terceiros (art. 378 do Novo CPC), e o primeiro dever da testemunha é comparecer em juízo para prestar depoimento. Ocorre, entretanto, que, tendo sido pedida a dispensa de sua intimação pela parte que a arrolou, sua ausência injustificada na audiência gera a preclusão da prova. Tendo sido devidamente intimada, será conduzida coercitivamente à sede do juízo.

De nada adiantaria obrigar a testemunha a comparecer à audiência se fosse admissível o seu silêncio diante das perguntas que lhe são dirigidas. Dessa forma, o segundo dever da testemunha é depor, respondendo às perguntas que lhe sejam dirigidas, salvo quando os fatos acarretarem grave dano à própria testemunha, seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em terceiro grau (art. 448, I, Novo CPC). Nesse caso, haverá a possibilidade de recusa da testemunha, mas sendo de sua vontade não existe nenhum impedimento em prestar o depoimento.

Também não há dever de depor a respeito de fatos a cujo respeito, por estado (p. ex., líder religioso) ou profissão (p. ex., advogado e médico), deva guardar sigilo. Nesse caso, há dever de não revelar os fatos e quem descumprir esse dever sem justa causa será responsabilizado criminalmente, além de eventuais consequências cíveis e sanções administrativas.

Além de comparecer e depor, a testemunha tem o dever de

dizer a verdade, porque de nada valeria um depoimento fundado em mentiras. Em razão desse dever, a testemunha será advertida pelo juiz antes do início da audiência de que mentir constitui crime de falso testemunho, prestando compromisso de dizer a verdade (art. 458 do Novo CPC), ainda que a ausência de advertência não seja o suficiente para afastar a prática do crime. Os informantes também têm o dever de dizer a verdade, mas a sua mentira não constitui crime.

A testemunha colabora com a obtenção da verdade gratuitamente, mas tem o direito de requerer ao juiz o pagamento da despesa que efetuou para comparecimento à audiência. Apesar de sua extrema raridade na praxe forense, havendo tal pedido a parte que arrolou a testemunha pagará logo que arbitrado o valor ou o depositará em cartório no prazo de três dias (art. 462 do Novo CPC). O valor pago integra o custo do processo e ao final será de responsabilidade da parte sucumbente[226].

Ao exercer a função pública de auxiliar eventual da justiça na importante função de descobrir a verdade, não pode a testemunha suportar qualquer prejuízo em razão de ausência em seu trabalho. Segundo o art. 463, parágrafo único, do Novo CPC, sendo a testemunha sujeita à legislação trabalhista, tem o direito a não sofrer perda de salário nem desconto no tempo de serviço, sendo tal norma, em regra, também aplicável aos funcionários públicos, apesar da omissão da lei[227].

Prevendo o óbvio, o art. 459, § 2.º, do Novo CPC assegura o direito das testemunhas serem tratadas com urbanidade e respeito,

evitando-se as perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias. Naturalmente, o controle da conduta dos advogados e serventuários será realizado pelo juiz, mas quando este portar-se com desrespeito ao dispositivo legal ora mencionado deve ser duramente repreendido – com educação, evidentemente – pelos advogados ou mesmo pela própria testemunha.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser direito da testemunha ser ouvida no foro de sua residência, o que exigirá a expedição de carta precatória sempre que a testemunha residir em foro (comarca/seção judiciária) diverso daquele no qual tramita o processo[228].

Como permitido para o depoimento pessoal no art. 385, § 3.º, do Novo CPC, o art. 453, § 1.º, do Novo CPC, possibilita que a oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo seja realizada por meio de videoconferência ou de outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento. A regra é copiada do art. 222, § 3.º, do CPP. E para viabilizar materialmente o ato o § 2.º do dispositivo exige dos juízos a manutenção de equipamento para a transmissão e recepção de sons e imagens.

As autoridades descritas pelo art. 454 do Novo CPC têm o direito de ser ouvidas em dia, hora e local (residência ou onde exerçam suas funções) que preferirem, cabendo ao juiz solicitar à autoridade que faça tal designação, remetendo à autoridade cópia da

petição inicial ou da defesa oferecida pela parte, que a arrolou como testemunha. A autoridade, entretanto, não está obrigada a seguir o procedimento diferenciado previsto em lei, podendo se dispor a comparecer à audiência, o que deve ser objeto de informação expressa.

Sendo deferida a prova testemunhal de autoridade que tenha a prerrogativa ora analisada, cabe ao juiz enviar a ela cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte que a arrolou como testemunha, solicitando que a autoridade designe um dia, hora e local para ser inquirida.

Geralmente a autoridade indica seu local de trabalho para que seja realizada sua oitiva, em dia e horário de sua preferência que não prejudique seu serviço. Os advogados das partes têm direito a participar do ato processual, de forma que o local indicado deve ter espaço suficiente para o juiz, ao menos um auxiliar, que documentará o testemunho, e para os advogados das partes.

As autoridades têm o prazo de um mês para indicar ao juiz o local, data e horário para que seu testemunho seja colhido, sendo que sua omissão lhe retira a prerrogativa legal, cabendo ao juiz indicar o local (de preferência a sede do juízo), dia e horário da oitiva. Se o juiz entender que a presença da autoridade é capaz de causar algum tipo de tumulto pode até designar audiência específica para sua oitiva, mas em regra deverá incluí-la entre as demais testemunhas a serem ouvidas. O § 2° do art. 454 do Novo CPC deixa aberta até mesmo a possibilidade de o juiz designar outro local que não a sede do juízo, o que deve ser reservado para situações excepcionalíssimas.

Também será causa de perda da prerrogativa a ausência injustificada da autoridade ao local, dia e horário por ela mesma indicados para a colheita de seu testemunho. A autoridade deve compreender que sua prerrogativa não pode ser utilizada como forma de desrespeito ao Estado-juiz, de forma a ser plenamente justificável a perda da prerrogativa ora analisada em razão da conduta prevista no § 3º do art. 454 do Novo CPC. Nesse caso, caberá ao juiz analisar eventual justificativa apresentada pela autoridade para sua ausência, e, sendo a mesma admitida, permitir que a autoridade indique outro dia, horário e local para sua oitiva.

A perda da prerrogativa ora analisada em razão da inércia ou ausência injustificada da autoridade é medida saudável porque o processo não pode ficar paralisado indefinidamente à espera de atitude positiva da autoridade.

22.2.6.5. Produção da prova testemunhal

O art. 449 do Novo CPC está em local inadequado, considerando tratar de matéria referente à produção da prova testemunhal, e não à sua admissibilidade ou valor. Mantém a norma do art. 336, *caput*, do CPC/1973 ao prever em seu *caput* que em regra as provas serão produzidas em audiência. E o mesmo ocorre no parágrafo único ao prever que, quando a parte ou a testemunha, por enfermidade ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la.

A regra de que a prova testemunhal será produzida em audiência é excepcionada em duas hipóteses previstas no art. 453

do Novo CPC: testemunhas que prestam depoimento antecipadamente e as que são inquiridas por carta (precatória, rogatória ou de ordem). Ainda que não conste expressamente do dispositivo legal, também as autoridades previstas no art. 454 do Novo CPC podem ser ouvidas fora da audiência de instrução e julgamento, bem como a testemunha que, por enfermidade ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer.

Há uma fase preparatória na produção da prova testemunhal, cabendo às partes interessadas na produção desse meio de prova arrolar as testemunhas atentando-se para os requisitos formais exigidos pelo art. 450 do Novo CPC. Segundo o dispositivo legal o rol de testemunhas conterá, sempre que possível, o nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número do cadastro de pessoa física e do registro de identidade e o endereço completo da residência e do local de trabalho. O dispositivo inclui a expressão "sempre que possível" antes de descrever os requisitos, o que deve ser saudado em razão da dificuldade do autor em ter conhecimento, em todos os processos, de todos os dados das testemunhas exigidos pela lei. Tanto assim que a omissão de determinados dados sob a égide do CPC/1973 vinha sendo tratada à luz do princípio da instrumentalidade das formas[229].

Nos termos do § 6º do art. 357 do Novo CPC, cada parte pode oferecer no máximo 10 testemunhas, e, quando oferecidas mais de três para provar o mesmo fato, poderá o juiz dispensar o testemunho. Há corrente doutrinária, influenciada pelo direito português, que entende que a limitação só atinge os depoimentos positivos, sendo excluídas da limitação legal as testemunhas que

nada sabem dos fatos da causa[230]. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o juiz poderá ouvir um número maior que o previsto em lei como testemunhas do juízo[231].

Segundo o § 7.º do art. 357 do Novo CPC, o juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados. Não há como elogiar o dispositivo legal porque dá ao juiz uma liberdade que pode mal esconder um cerceamento de defesa. E de nada adianta a alegação de que o juiz pode diminuir o número de testemunhas quando já estiver convencido dos fatos porque a prova quase certamente não será apreciada somente por ele, considerando-se a devolução da matéria fática pela apelação. Só resta esperar discernimento dos juízes na aplicação da norma legal.

Também não concordo com o Enunciado 300 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) no sentido de que o poder do juiz previsto pelo dispositivo legal também permite a ampliação do número de testemunhas. Entendo que o número de testemunhas a serem arroladas não pode extrapolar a previsão legal, sendo o caso de o juiz ouvir o terceiro como testemunha do juízo se assim entender imprescindível ao esclarecimento dos fatos[232].

A necessidade de arrolamento prévio do rol de testemunhas tem como principal função preservar o princípio do *contraditório*, permitindo que a parte contrária tenha conhecimento prévio de quais as testemunhas serão ouvidas na audiência. Apesar de parcela doutrinária afirmar que o arrolamento prévio tem dupla finalidade[233] – permitir a intimação e preservar o contraditório –, o

essencial é a preservação do contraditório, porque, mesmo quando a parte dispensa a intimação, continua a ser obrigatório o arrolamento prévio[234].

O rol de testemunhas deve ser apresentado em prazo não superior a 15 dias do saneamento e organização do processo, nos termos do art. 357, § 4.º, do Novo CPC. Excepcionalmente, quando a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, caberá ao juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes (§ 3.º), quando então deverão apresentar o rol de testemunhas.

Após a apresentação do rol, que deve ser realizado de uma vez só em razão da *preclusão consumativa*, que veda a sua complementação[235], a parte só poderá substituir uma testemunha quando ela:

(a) falecer;

(b) não estiver em condições de depor em razão de enfermidade;

(c) tendo mudado de residência ou de local de trabalho, não foi localizada pelo oficial de justiça ou correio.

É prática fundada em má-fé e deslealdade processual a invenção de testemunha a ser arrolada no prazo legal para que depois, evidentemente não se localizando a pessoa inventada, seja concedida ao advogado uma nova oportunidade de arrolar outra testemunha. Caso o juiz flagre o ato malicioso do advogado, além de proibir a substituição, deverá lhe aplicar a multa de litigância de má-fé e determinar à Ordem dos Advogados a instauração de processo administrativo.

O rol é restritivo, porque protocolada a petição arrolando as testemunhas, essa prova passa a ser do processo, saindo da disponibilidade das partes[236]. O princípio da comunhão das provas atinge a prova desde o início de seu procedimento, de forma que, uma vez arrolada a testemunha, a sua substituição fora das hipóteses legais depende de anuência da parte contrária. Entendo que, respeitado o contraditório, e não havendo resistência da parte contrária, o rol legal possa ser estendido.

A forma de intimação da testemunha para a audiência sofreu significativa alteração pelo art. 455 do Novo CPC. Segundo o *caput* do dispositivo, cabe ao advogado da parte que arrola a testemunha realizar sua intimação, que será, nos termos do § 1.º, realizada por meio de carta com aviso de recebimento, cabendo ao advogado juntar cópia da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento com antecedência mínima de três dias da data da audiência. Caberá à parte, portanto, calcular a demora razoável dos correios na entrega da carta com aviso de recebimento para cumprir o prazo legal. Naturalmente, não poderá arcar com eventual demora excessiva por parte dos correios, cabendo ao juiz analisar a razoabilidade da antecedência no envio da correspondência pela parte. Eventual inércia em realizar a intimação será considerada como desistência da oitiva da testemunha arrolada, nos termos do art. 455, § 3.º, do Novo CPC.

Essa nova forma de intimação, de responsabilidade da parte, não afasta por completo a intimação por via judicial, que continua a ocorrer nas hipóteses previstas pelo art. 455, § 4.º, do Novo CPC: (I) for frustrada a intimação prevista no § 1.º deste artigo; (II) sua

necessidade for devidamente demonstrada pela parte ao juiz; (III) figurar no rol de testemunhas servidor público ou militar, hipótese em que o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir; (IV) a testemunha houver sido arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública; (V) a testemunha for uma daquelas autoridades previstas no art. 454.

Devidamente intimada nos termos do art. 455 do Novo CPC, ou tendo sido requisitado ao chefe de repartição ou ao comando do corpo em que servir, quando a testemunha for funcionário público ou militar (art. 455, § 4º, III, do Novo CPC), o terceiro deve comparecer à audiência de instrução e julgamento. Mesmo a testemunha não intimada, mas devidamente arrolada, poderá comparecer e prestar depoimento, nos termos do art. 455, § 2.º, do Novo CPC, o mesmo ocorrendo na hipótese de a intimação não ter se concretizado, mas a testemunha tiver ciência da audiência.

Caso a testemunha devidamente intimada – pela parte ou pelo juízo – deixe de comparecer à audiência sem motivo justificado, será, nos termos do art. 455, § 5.º, do Novo CPC, conduzida coercitivamente, respondendo pelas despesas do adiamento, regra já existente no art. 412 do CPC/1973.

Antes de depor, o art. 457, *caput*, do Novo CPC determina que a testemunha seja qualificada, declarando ou confirmando seus dados e informando se tem relações de parentesco com a parte ou, ainda, se tem interesse no objeto do processo. Nesse momento, o patrono da parte contrária poderá contraditar a testemunha quando entender que ela é incapaz, suspeita ou impedida de prestar depoimento como testemunha, nos termos do art. 405 do Novo

CPC.

Segundo o art. 457, § 1.º, do Novo CPC, se a testemunha negar os fatos imputados a ela, a parte que a contraditou poderá – na realidade *deverá*, já que o ônus probatório é seu – provar a contradita por meio de documentos ou testemunhas, no máximo de três. Sendo necessária a produção da prova testemunhal, a audiência de instrução muito provavelmente será adiada. O juiz tem três possíveis decisões[237]:

(a) a que indefere e colhe o depoimento da testemunha;

(b) a que defere e não ouve a testemunha;

(c) a que acolhe, desqualifica a qualidade de testemunha do terceiro e colhe o seu depoimento como mero informante do juízo, nos termos do art. 457, § 2.º, do Novo CPC.

Apesar de a previsão legal indicar o momento anterior ao início do depoimento para a contradita, não parece correto o entendimento que entende ser tal prazo preclusivo, impedindo-se o direito de contraditar a testemunha durante seu depoimento[238]. É possível que durante o depoimento a testemunha traga ao conhecimento da parte contrária informação que poderá fundamentar um pedido de contradita, não sendo legítimo imaginar que nesse caso teria perdido o prazo para tanto[239].

As testemunhas arroladas pelo autor são ouvidas antes das arroladas pelo réu (art. 456 do Novo CPC), havendo corrente doutrinária que entende ser invertida essa ordem sempre que houver inversão do ônus da prova[240]. Não entendo correta essa inversão

porque nada no sistema corrobora tal entendimento, devendo-se lembrar que o ônus da prova é regra de julgamento e que, em razão do princípio da *comunhão das provas*, não será utilizado na hipótese de produção da prova, independentemente do responsável por sua produção. As perguntas serão feitas primeiro pelo juiz, depois pela parte que arrolou a testemunha e finalmente pela parte contrária (art. 456, *caput*, do CPC).

A inversão nessa ordem era admitida em situações excepcionais sob a égide do CPC/1973, quando não gerasse prejuízo para as partes, aplicando-se o princípio da instrumentalidade das formas. O parágrafo único do art. 456 do Novo CPC, entretanto, prevê que a ordem só pode ser alterada se as partes concordarem. Entendo que a concordância das partes vincula o juiz, que será obrigado a intervir na ordem legal, mas continua a ser possível, em situações excepcionais, a inversão por imposição do juiz se perceber o abuso no exercício do direito da parte.

Interessante novidade é encontrada no art. 459, *caput*, do Novo CPC, que determina que as perguntas sejam feitas diretamente pelo advogado das partes, e não mais pelo juiz, após ouvi-las dos advogados, como atualmente ocorre, pelo menos do ponto de vista legal. Caberá ao juiz apenas indeferir as perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida. Na realidade, atualmente, muitos juízes já procedem dessa maneira, apenas controlando a conduta dos patronos para evitar que as perguntas possam induzir as respostas. Por outro lado, compatibiliza-se o processo civil com o processo penal (art. 212,

caput, do CPP).

Aduz o art. 461, II, do Novo CPC que, havendo divergência nos depoimentos de duas ou mais testemunhas sobre um mesmo fato, o juiz de ofício poderá determinar a acareação dessas testemunhas. Também cabe a acareação quando a divergência se estabelece entre depoimento de testemunha e depoimento pessoal da parte. Os acareados serão reperguntados para que expliquem os pontos de divergência, reduzindo-se a termo o ato de acareação, que poderá pode ser realizado por videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. A tentativa de constranger a parte que supostamente mentiu não vem se mostrando eficaz na maioria dos casos, o que faz com que a acareação ocorra cada vez mais raramente.

Nos termos do art. 460, *caput*, do Novo CPC, o depoimento pode ser documentado por meio de gravação. Quando for digitado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores. Nos termos do § 1º, se houver recurso em processo em autos não eletrônicos, o depoimento somente será digitado quando for impossível o envio de sua documentação eletrônica. Já o § 2º prevê que no caso de autos eletrônicos deve ser observado a legislação especifica sobre a prática eletrônica de atos processuais. Para o Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de depoimentos colhidos por meio de carta precatória, cabe ao juízo deprecado a degravação dos depoimentos, sem o que não se pode considerar integral o cumprimento da carta[241].

22.2.7. DA PROVA PERICIAL

22.2.7.1. Conceito e espécies

A prova pericial é meio de prova que tem como objetivo esclarecer fatos que exijam um conhecimento técnico específico para a sua exata compreensão. Como não se pode exigir conhecimento pleno do juiz a respeito de todas as ciências humanas e exatas, sempre que o esclarecimento dos fatos exigir tal espécie de conhecimento, o juízo se valerá de um auxiliar especialista, chamado de perito.

Segundo previsão do art. 464 do Novo CPC, a perícia consiste em exame, vistoria ou avaliação. *Exame* é a perícia que tem como objeto bens móveis, pessoas, coisas e semoventes, como uma obra de arte, documentos, livros, exame de DNA etc. *Vistoria* é a perícia que tem por objeto bens imóveis. *Avaliação* é a perícia que tem por objeto a aferição de valor de determinado bem, direito ou obrigação. Apesar da omissão legal, a doutrina aponta uma quarta espécie de perícia: o *arbitramento*, que consiste numa estimativa do valor de um serviço ou indenização[242]. Também há corrente doutrinária que defenda serem sinônimos os termos *avaliação* e *arbitramento*[243]. A discussão é meramente acadêmica, sem nenhuma consequência prática.

22.2.7.2. Cabimento

É indiscutível que a prova pericial é o meio de prova mais complexo, demorado e caro de todo o sistema probatório, de forma que o seu deferimento deve ser reservado somente para as hipóteses em que se faça indispensável contar com o auxílio de um *expert*. Existem limitações legais e lógicas à produção da prova pericial.

Aduz o art. 464, § 1º, I, do Novo CPC que a prova pericial não será produzida quando a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico[244]. O objetivo da norma é determinar a dispensa da prova pericial sempre que o esclarecimento e compreensão dos fatos exijam tão somente um conhecimento comum à pessoa de cultura média. Deve o juiz se valer das regras de experiência técnica (art. 375 do CPC), composta por noções básicas de outras ciências[245], deixando de produzir a prova sempre que o conhecimento técnico exigido não seja complexo, como ocorre em simples cálculos aritméticos.

O dispositivo legal deve ser interpretado com extremo cuidado, porque, na verdade, mesmo quando a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico, a prova pericial poderá ser produzida. Mesmo que o juiz tenha o conhecimento técnico especializado a lhe permitir compreender a questão fática da demanda, ainda assim será exigida a presença do perito, considerando-se que as partes têm o direito ao procedimento da prova pericial em contraditório, o que não seria possível se o juiz atuasse como perito[246]. Como lembra a melhor doutrina, se não existe juiz-testemunha, também não pode existir juiz-perito[247].

Também será dispensada a prova pericial sempre que esse meio se mostrar desnecessário em vista de outras provas produzidas (art. 464, § 1º, II, do Novo CPC), como ocorre com a prova documental, que pode se mostrar no caso concreto suficiente para formar o convencimento do juiz[248]. Entendo que a dispensa nesse caso tem uma interessante particularidade; sendo a prova pericial

necessária quando o conhecimento técnico específico é exigido, como poderiam outros meios de prova suprir tal exigência? De duas uma, ou a prova não demanda conhecimento técnico, podendo ser provada por outros meios de prova que não a perícia, ou existindo a necessidade de conhecimentos técnicos específicos o único meio de prova admissível será justamente a perícia. A única forma de compatibilizar o art. 464, § 1º, II, do CPC com tais premissas é limitar a sua aplicação à hipótese de fato confessado ou incontroverso ou à hipótese prevista no art. 472 do Novo CPC[249].

O art. 472 do Novo CPC dispensa a prova pericial sempre que as partes, na inicial e na contestação, apresentarem pareceres técnicos ou documentos que o juiz considere elucidativos a respeito das questões de fato. Ainda que o espírito da lei seja evitar a produção de prova demorada, complexa e cara, como é a prova pericial, o direito à prova, garantido constitucionalmente, torna o dispositivo legal de pouca aplicação prática.

É natural que os pareceres técnicos sejam conflitantes, o que exigirá um trabalho isento de interesses, que só pode ser realizado pelo perito. Diante dessa óbvia constatação, a melhor doutrina limita a dispensa da prova pericial à luz do art. 472 do Novo CPC a situações raras, nas quais não exista impugnação séria e fundamentada a respeito da autenticidade do parecer, da idoneidade do profissional que o elaborou, da metodologia empregada e dos fatos nele declarados[250]. A preocupação com o direito à prova leva parcela da doutrina a ser ainda mais restritiva, exigindo para a dispensa da perícia que ambas as partes estejam de acordo com os pareceres apresentados[251].

Outra hipótese de dispensa da produção da prova pericial prevista pelo art. 464, § 1º, III, do Novo CPC é a verificação impraticável do fato, hipótese na qual a produção de prova pericial mostra-se inútil. A verificação impraticável pode decorrer da impossibilidade de a ciência em seu atual estágio produzir a prova técnica ou ainda quando a fonte probatória não mais existir[252].

Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, o indeferimento da prova pericial não constitui por si só cerceamento de defesa, já que o juiz pode dispensar aquelas provas que se mostrarem desnecessárias ou protelatórias[253].

22.2.7.3. Procedimento

22.2.7.3.1. Indicação do perito

Era tradição do ordenamento processual brasileiro a escolha do perito ser feita pelo próprio juiz, não tendo as partes nessa escolha nenhuma influência[254], que quando muito poderiam sugerir nomes ao juiz, que sempre emitia decisão final e irrecorrível a respeito de quem funcionaria como perito da demanda judicial. Nem mesmo se as partes em comum acordo indicassem um perito o juiz estaria obrigado a aceitá-lo, ainda que nesse caso o bom senso indicasse que o mais adequado seria seguir a vontade das partes.

Significativa, portanto, a possibilidade de as partes escolherem o perito, consagrada no art. 471 do Novo CPC, desde que estas sejam plenamente capazes e a causa possa ser resolvida por autocomposição. Nos termos do art. 471, § 1.º, no momento de escolha do perito pelas partes, estas já devem indicar os respectivos assistentes técnicos, bem como a data e local em que será realizada

– ou iniciada – a perícia. As partes podem escolher o perito, que será imposto ao juiz independentemente de sua vontade, mas o prazo continuará a ser fixado pelo juiz, nos termos do § 2.º. E o § 3.º, para equiparar a atuação do perito indicado pelas partes ao do indicado pelo juiz, prevê que a perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.

A escolha do perito pelas partes, como já admitido em outros países, por exemplo, a Inglaterra, quebra a regra milenar presente no processo civil brasileiro de que o perito deve ser alguém de confiança do juiz. Num primeiro plano deve ser de confiança das partes, e, somente se essas não chegarem a um acordo, prevalecerá a escolha de alguém de confiança do juiz. A mudança não deve gerar grandes consequências práticas em razão do espírito beligerante das partes, que dificilmente chegarão a um acordo, algo mais factível de acontecer numa arbitragem do que num processo judicial.

Ainda assim, a mudança deve ser efusivamente saudada, porque afasta a lenda de que o processo, por ser de natureza pública, deve ser conduzido pelo juiz independentemente da vontade das partes. Ainda que a qualidade da prova pericial seja essencial à qualidade da prestação jurisdicional, e essa seja realmente um valor de ordem pública, proibir que as partes acordem a respeito do perito só porque o juiz tem alguém de sua confiança é realidade insuportável à luz do princípio dispositivo.

Só não concordei com o art. 471, § 3.º, do Novo CPC, que dá indevidamente a entender que a “perícia consensual” seria equiparada em todos os efeitos com a “perícia judicial”. Na

realidade, não existe essa diferença sugerida pelo dispositivo legal, considerando-se que a perícia é sempre judicial, sendo consensual ou judicial apenas a escolha do perito. Diante dessa realidade, nada a ser equiparado ou substituído como prevê o criticável dispositivo legal.

Tratando-se de *perícia complexa* (art. 475 do Novo CPC), a indicação de todos os peritos que atuam na demanda deve ser realizada pelo juiz. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que não cabe ao perito indicado pelo juiz, percebendo a necessidade de outro conhecimento técnico específico, indicar outro perito para complementar o trabalho pericial[255]. Deve nesse caso informar o juízo acerca da impossibilidade de completar na totalidade o trabalho pericial, ficando a cargo do juiz a indicação de mais um perito para trabalhar conjuntamente com aquele originariamente indicado.

Com relação ao perito, há uma importante modificação no tocante à escolha pelo juiz. Enquanto o art. 145, § 2.º, do CPC/1973 previa que os peritos seriam escolhidos livremente pelo juiz, bastando o preenchimento de certos requisitos formais (nível universitário e registro em órgão de classe competente), o art. 156, § 1.º, do Novo CPC prevê que os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.

E mais, a escolha aparentemente deixa de ser do juiz porque o art. 157, § 2.º, do Novo CPC prevê que será organizada lista de

peritos na vara ou na secretaria, com disponibilização dos documentos exigidos para habilitação à consulta de interessados, para que a nomeação seja distribuída de modo equitativo, observadas a capacidade técnica e a área de conhecimento.

Por outro lado, deve ser lembrado o art. 471 do Novo CPC, que permite que as partes escolham o perito desde que sejam plenamente capazes e a causa possa ser resolvida por autocomposição. Nesse caso, a lista disponibilizada pelo tribunal é irrelevante, podendo ser escolhido perito estranho a ela, sendo tal hipótese mais uma demonstração clara da perda de poder do juiz na nomeação do perito judicial.

Com o objetivo de democratizar e qualificar as pessoas humanas e órgãos habilitados à realização de perícias judiciais, cabe aos tribunais a realização de consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou órgãos técnicos interessados.

Já se adiantando à possibilidade de os tribunais não criarem e muito menos abastecerem o cadastro com pessoas habilitadas à realização de perícias, o § 5.º do art. 156 do Novo CPC prevê que na localidade onde não houver inscritos no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha pelo juiz e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia, na prática retornando-se, assim, ao sistema

anterior.

O § 3.º do dispositivo comentado é uma norma com excelente intenção, mas que tem tudo para cair no esquecimento pelo desuso. Nos termos do dispositivo legal os tribunais, responsáveis pela criação dos cadastros de peritos, deverão realizar avaliações e reavaliações periódicas para sua manutenção no cadastro, considerando a formação profissional, a atualização do conhecimento e a experiência dos peritos interessados.

O objetivo – nobre, reconheço – é manter um cadastro com pessoas qualificadas ao exercício de suas funções entre os peritos cadastrados, inclusive no tocante à atualização do conhecimento, de forma que os peritos ultrapassados, que não se adequarem às novas exigências de conhecimento, sejam excluídos do cadastro.

A medida é facilmente tomada contra um serventuário eventual da justiça, como é o caso do perito. Com os serventuários permanentes haveria dificuldades legais para o desligamento, mas realmente seria algo interessante pensar em avaliações periódicas para aferir se tais serventuários continuam aptos a exercer suas funções. Inclusive os juízes, promotores, defensores públicos. E também os advogados, públicos e privados. Desconfio seriamente que o resultado seria alarmante.

Nos termos do art. 148, II, do Novo CPC, as causas de impedimento e suspeição previstas para o juiz são aplicáveis aos demais auxiliares da justiça, inclusive o perito. Por outro lado, o art. 468 do Novo CPC consagra a possibilidade de o perito ser substituído quando faltar-lhe conhecimento técnico ou científico ou

quando atrasar sem motivo legítimo a entrega do laudo pericial.

Para a aplicação de tais dispositivos legais, é preciso saber exatamente quem é a pessoa responsável pela perícia, porque, ainda que o juiz indique um órgão técnico ou científico como responsável pela perícia, a prova pericial será sempre produzida por uma ou mais pessoas, vinculadas a esse órgão.

Diante de tal realidade, o § 4.º do art. 156 do Novo CPC prevê que, sendo indicado para a perícia um órgão técnico ou científico, cabe ao indicado informar ao juiz os nomes e dados de qualificação dos profissionais que participarão da atividade.

O art. 478 do Novo CPC prevê que na perícia referente à autenticidade ou falsidade documental, ou ainda de natureza médico-legal, o juiz de preferência indique técnico de estabelecimento oficial especializado. Na realidade, o juiz pode apenas indicar o estabelecimento sem indicar especificamente qual será entre os seus técnicos o responsável pela realização da perícia[256]. Como o dispositivo legal prevê ser a escolha apenas preferencial, continua o juiz com o poder de nomear qualquer perito de sua confiança[257].

22.2.7.3.2. Escusa do perito

O encargo de perito representa a prestação de um serviço público eventual, e, segundo o art. 378 do CPC, ninguém está eximido de auxiliar o juízo na busca da verdade. Significa dizer que o perito tem um dever de prestar o serviço técnico, sendo naturalmente remunerado por isso. Existe, entretanto, uma possibilidade de o perito se livrar de seu dever, deixando de

trabalhar no processo.

Segundo o art. 467 do Novo CPC, o perito pode escusar-se da tarefa por motivo legítimo (art. 157, *caput*, do Novo CPC). A escusa deve ser apresentada dentro de 15 dias da intimação ou do impedimento superveniente, prevendo o art. 157, § 1º, do Novo CPC que decorrido esse prazo reputar-se-á ter havido renúncia ao direito de alegar a escusa. Na realidade, o prazo de 15 dias é preclusivo, de forma que decorrido o prazo sem a manifestação do perito não mais poderá este requerer sua dispensa em razão do fenômeno da *preclusão temporal*.

22.2.7.3.3. Prova pericial complexa

O art. 475 do Novo CPC, apenas confirma legislativamente prática tradicional na praxe forense mesmo antes da modificação legislativa[258]. A complexidade crescente das relações humanas é inegável, transportando ao processo matérias novas e cada vez mais complexas. E o que é ainda mais problemático, uma vez que algumas questões fáticas que compõem os processos na atualidade demandam mais de uma área de conhecimento, o que torna o trabalho de um só perito uma missão impossível de ser cumprida.

Com essas situações em mente, o art. 475 do Novo CPC permite ao juiz a nomeação de mais de um perito para a produção do trabalho pericial. Também prevê a norma em que casos tal possibilidade é concedida ao juiz, qual seja quando tratar-se de perícia complexa, que para o legislador é aquela que abranja mais de uma área de conhecimento especializado. A exigência de multiplicidade de peritos conforme a multiplicidade de

conhecimentos técnicos exigidos é decorrência natural da própria razão de ser da prova pericial.

Entendo que o dispositivo legal ora comentado não se refere à situação representada pela exigência de diversas perícias sobre o mesmo objeto, matéria essa já devidamente disciplinada pelo art. 480 do Novo CPC[259]. E nem mesmo a possibilidade de o juiz determinar mais de um perito com os mesmos conhecimentos técnicos para a realização da mesma perícia, que embora seja medida que não se encontra vedada *a priori* pela lei[260], deve ser reservada a casos excepcionais em razão de seu custo.

Cumpre registrar que, apesar da qualidade indiscutível do art. 475 do Novo CPC e da utilidade do que prevê, a multiplicidade de peritos deve ser excepcional, cabendo ao juiz reservá-la somente a situações em que realmente seja impossível concentrar em um só perito todo o trabalho pericial. Esse cuidado do juiz atende aos princípios da celeridade e da economia processual, sendo manifestamente mais simples, rápida e barata a perícia concentrada em apenas um perito[261].

22.2.7.3.4. Substituição do perito

A substituição do perito é tema tratado pelo art. 468 do Novo CPC, que a prevê em duas hipóteses:

(a) perito que não tem o conhecimento técnico ou científico necessário, a ponto de impedir que o trabalho pericial seja realizado a contento. Trata-se de hipótese de rara ocorrência em razão de ser o próprio juiz o responsável pela indicação do perito, presumindo-se ter ciência prévia de sua capacidade[262];

(b) o descumprimento do prazo para a entrega do laudo pericial sem motivo legítimo,

devendo-se a todo custo evitar essa hipótese de substituição considerando-se todo o tempo, energia e dinheiro já gastos.

Na situação extrema de o juiz determinar a substituição do perito por descumprimento do prazo para a entrega do laudo, comunicará a ocorrência à corporação profissional da qual o perito faça parte para as devidas sanções administrativas. Poderá, também, impor uma multa, tomando por base de cálculo o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso (art. 468, § 1º do Novo CPC).

Além das hipóteses previstas no art. 468 do Novo CPC, o perito também será substituído se alegar ser suspeito ou impedido (art. 148, II, do Novo CPC). Da mesma forma ocorrerá se a exceção de suspeição e impedimento oferecida por qualquer das partes for acolhida.

Segundo o art. 148, § 1.º, do Novo CPC, caberá à parte no primeiro momento em que falar nos autos após a indicação do perito arguir a sua parcialidade em petição fundamentada e devidamente instruída. O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que não cabe a alegação de suspeição do perito somente após a apresentação do laudo[263]. O juiz determinará que o incidente se processe em separado e sem suspensão do procedimento principal, ouvindo o perito em 15 dias, produzindo prova, quando necessário, e decidindo por meio de decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento[264]. Note-se que o próprio juiz da demanda é competente para o julgamento da exceção, porque, embora tenha sido o responsável pela indicação do perito, as suspeitas de parcialidade não recaem sobre o juiz, mas sobre o sujeito por ele

indicado.

Em criticável decisão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a alegação de suspeição do perito não pode ser realizada depois de apresentado o laudo porque tal possibilidade poderia levar a parte a "plantar uma nulidade" no caso de laudo desfavorável aos seus interesses. Segundo o equivocado julgado, a exceção deve ser arguida no primeiro momento em que a parte falar nos autos após a nomeação do perito[265].

O entendimento é inaceitável porque parte da premissa de que o perito "nasce" suspeito, não podendo se tornar suspeito durante a produção da prova pericial. Ignora o fato de que a causa de suspeição pode não existir no momento de nomeação do perito, vindo a se manifestar somente em momento posterior, inclusive após a entrega do laudo pericial. Seguindo-se o entendimento expresso na decisão ora criticada, durante a produção da prova, por exemplo, o perito poderia ganhar presentes valiosíssimos de uma das partes e nem por isso a parte contrária poderia alegar sua suspeição.

22.2.7.3.5. Atos preparatórios

O art. 465, *caput* do Novo CPC, repetindo o art. 421, *caput*, do CPC/1973, prevê que o juiz nomeará o perito e fixará de imediato o prazo para entrega do laudo. Contados 15 dias da intimação dessa decisão, que misteriosamente o § 1º do art. 465 do Novo CPC chama de despacho, as partes deverão arguir o impedimento ou suspeição do perito, se for o caso, indicar assistente técnico e apresentar quesitos. Trata-se de *ônus processual imperfeito*,

considerando-se que a ausência de tais indicações não irá necessariamente criar uma situação de desvantagem à parte. O Superior Tribunal de Justiça vem sistematicamente flexibilizando esse prazo, admitindo que as partes indiquem quesitos e/ou assistentes técnicos após o decurso do prazo legal, desde que ainda não iniciada a perícia[266].

Segundo o § 2º do artigo ora analisado, ciente da nomeação, o perito terá um prazo de cinco dias para apresentar sua proposta de honorários, indicar seu currículo, a fim de comprovar sua especialização, e indicar seus contatos profissionais, em especial o endereço eletrônico que servirá para as intimações.

A tormentosa questão dos honorários periciais é tratada pelos §§ 3.º a 5.º do art. 465. Nos termos do § 3.º, as partes serão intimadas a respeito da proposta de honorários do perito e terão cinco dias para se manifestar, decidindo o juiz logo após, seguindo o adiantamento a regra do art. 95 do Novo CPC. Segundo o § 4.º do dispositivo ora analisado, o juiz poderá autorizar o pagamento de até cinquenta por cento dos honorários arbitrados pelo juiz, sendo o restante pago somente quando o laudo for entregue e todos os esclarecimentos prestados. E o § 5.º prevê que, quando a perícia for inconclusiva ou deficiente, o juiz poderá reduzir a remuneração inicialmente arbitrada para o trabalho.

A possibilidade de as partes apresentarem quesitos suplementares, já consagrada no art. 425 do CPC/1973, é mantida no art. 469 do Novo CPC, independentemente de a parte ter indicado quesitos iniciais[267], hipótese na qual a parte contrária será

intimada em respeito ao princípio do *contraditório*. Apesar da admissão dos quesitos suplementares até o encerramento do trabalho pericial, cumpre ao juiz evitar que a permissão legal seja indevidamente utilizada para procrastinar o andamento procedimental[268]. Entendo que não seja necessário à parte demonstrar por que não formulou o quesito quando intimada do protocolo do laudo pericial[269], sendo sempre interessante em termos de qualidade do trabalho pericial a existência de quesitos pertinentes e assistentes técnicos colaborativos.

Os quesitos podem ser respondidos pelo perito durante a própria perícia ou na audiência de instrumento e julgamento. Diante do silêncio legal, parece que a escolha entre os momentos consagrados no dispositivo é do perito, que deverá levar em conta o estágio de sua perícia e a complexidade envolvida nos quesitos suplementares apresentados pelas partes.

Segundo o art. 470, I, do Novo CPC, caberá ao juiz indeferir quesitos impertinentes e formular os que entender necessários para o esclarecimento dos fatos. Compreende-se que a atividade do juiz seja subsidiária, primeiro abrindo-se oportunidade às partes para a indicação de quesitos, o que muitas vezes se fará de forma completa, dispensando o juiz da determinação de quesitos do juízo.

Quando a prova pericial tiver que ser realizada em outro foro, caberá a expedição de carta precatória e em outro país, de carta rogatória. Nesse caso, não teria nenhum sentido o juízo deprecante nomear o perito, sendo tal tarefa transferida ao juízo deprecado, que, uma vez tenha indicado o perito, intimará as partes para o

oferecimento de quesitos e/ou assistentes técnicos. Ao juízo deprecante cabe somente o deferimento da prova pericial e ao final sua valoração, sendo toda a fase de produção da prova desenvolvida perante o juízo deprecado[270]. Admite-se, entretanto, que o juízo deprecante elabore quesitos a serem respondidos pelo perito indicado pelo juízo deprecado.

22.2.7.3.6. Intimação prévia das partes

Em respeito ao princípio do *contraditório*, o art. 474 do Novo CPC prevê a intimação das partes – na pessoa de seus advogados – da data e local designados para o início dos trabalhos periciais, devendo também constar da intimação a hora em que os trabalhos se iniciaram. O dispositivo legal consagra o entendimento de que somente impugnar o laudo pericial não é o suficiente para atender ao princípio do *contraditório*, devendo-se facultar às partes uma ampla participação, inclusive com objetivos fiscalizadores, durante toda a fase de produção da prova pericial.

Limitar o contraditório na prova pericial à impugnação depois de laudo pronto e acabado seria o mesmo que impedir a presença das partes e seus patronos na audiência de instrução e julgamento, limitando-se sua participação na prova testemunhal a impugnar o depoimento das testemunhas. Apesar da evidente importância da intimação ora analisada, só haverá nulidade se a sua ausência gerar prejuízo às partes ou ao processo.

22.2.7.3.7. Apresentação do laudo

Uma novidade significativa vem trazida pelo art. 473 do Novo CPC, ainda que em algumas passagens o dispositivo se limite a

consagrar entendimentos doutrinários consolidados. De qualquer modo, é a primeira vez que o legislador se preocupa em regulamentar a forma e o conteúdo do laudo pericial. Nos quatro incisos são previstos os elementos do laudo pericial: (I) exposição do objeto da perícia; (II) análise técnica ou científica realizada pelo perito; (III) indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou; (IV) resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.

Exigir a exposição do objeto da perícia chega até mesmo a ser intuitivo, cumprindo uma função parecida com a desempenhada pelo relatório na sentença. Ao expor o objeto da perícia cabe ao perito indicar com precisão e forma especificada os fatos controvertidos que exigem seu conhecimento técnico para serem esclarecidos.

A análise técnica ou científica é a própria essência da perícia, sendo justamente em razão de tal análise que tal meio de prova é produzido. Fazendo-se um paralelo, ainda que imperfeito, com a sentença, seria a fundamentação do laudo pericial.

Em meu entendimento o requisito mais interessante e importante previsto pelo art. 473 do Novo CPC está previsto em seu inciso III. Trata-se da exigência de indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou. Significa dizer que não basta que o perito adote um método de análise qualquer, ainda que ele pessoalmente entenda ser aquele método o

mais adequado para a realização da perícia. O perito deve se valer do método predominante na área de conhecimento relacionada ao trabalho pericial, porque com isso chegará a conclusão predominantemente aceita.

Conforme a melhor doutrina, influenciada pela experiência norte-americana, são quatro os requisitos que devem ser exigidos para se atender à exigência legal: (a) controlabilidade, ou seja, a indicação de que o método vem sendo testado e utilizado; (b) determinação de percentual de erro em testes anteriormente realizados; (c) avalização do método por outros *experts*; (d) aceitação geral na comunidade científica[271].

Não pode o perito se valer de métodos de análise incomuns ou amplamente minoritários, ainda que acredite ser esse método o cabível para o caso concreto, porque com isso as conclusões se tornam uma opinião pessoal do perito que contraria o que comumente se esperaria das conclusões periciais. O perito, portanto, deve fazer a perícia se valendo do método que a maioria dos especialistas da área fariam, sendo irrelevante seu entendimento pessoal a respeito do método mais adequado.

Por fim, cabe ao perito responder de forma conclusiva os quesitos formulados pelas partes, pelo juiz e pelo Ministério Público, quando participar do processo como fiscal da ordem jurídica justa. Trata-se de mais um requisito intuitivo, já que de nada adiantaria a análise técnica sem as respostas aos quesitos formulados. Admite-se, entretanto, que o perito se valha do tradicional termo “prejudicado” quando um quesito já tiver sido

respondido na resposta a outro ou, ainda, quando tiver perdido o sentido em razão de resposta dada a outro quesito.

Seguindo a tendência de simplificação na linguagem utilizada no processo, o art. 473, § 1.º, do Novo CPC exige do perito a utilização de linguagem simples e com coerência lógica, com a devida justificativa de suas conclusões. Afinal, o perito formula o laudo pericial para esclarecer fatos sob uma perspectiva técnica, devendo conseguir se expressar de forma que os leigos a quem interessa a prova – sujeitos processuais – compreendam seu trabalho. Só é preciso lembrar que, por se tratar de matéria que exige conhecimento técnico específico, a linguagem técnica é inevitável, não devendo o intérprete ignorar essa realidade.

Na tentativa de limitar o perito em seu laudo pericial a apenas uma conclusão descritiva dos fatos, o § 2.º do dispositivo analisado prevê ser vedado ao perito ultrapassar os limites da sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia.

Note-se que o dispositivo não proíbe em absoluto a emissão de opiniões pessoais do perito, até porque na maioria das perícias é justamente isso o que se busca. O que não cabe ao perito fazer – e, infelizmente, muitos o fazem – é emitir opiniões pessoais que excedem o exame técnico ou científico a que foi chamado realizar. E ainda pior quando o perito imagina ser o juiz da causa e passa a emitir opiniões jurídicas sobre os fatos analisados, extrapolando sua função no processo[272]. Nunca é demais lembrar que o perito é um *expert* em determinada área de conhecimento que auxilia o juiz no

esclarecimento dos fatos, ou seja, na parte jurídica não cabe a interferência do perito. Afinal, o ato de julgar é exclusivo de quem está investido na jurisdição, não sendo esse, naturalmente, o caso do perito.

Nos termos do art. 473, § 3º do Novo CPC, o laudo pericial deverá ser instruído com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia. O objetivo da norma claramente é permitir uma melhor compreensão do trabalho pericial.

É possível que o trabalho pericial dependa de o perito ter acesso a fontes de prova diversas, como a testemunhas e documentos. Nesse sentido o art. 473, § 3º, do Novo CPC prevê que para desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas. Havendo resistência caberá ao perito pedir o auxílio do juiz do processo[273], já que lhe falta o poder de polícia para vencer tais resistências.

O dispositivo amplia os poderes concedidos ao perito também aos assistentes técnicos, o que parece ser uma equiparação indevida. Basta imaginar a situação de o assistente técnico chamar uma testemunha para lhe colher o depoimento. Entendo como forma mais adequada a interpretação de que os assistentes técnicos têm o poder de requerer ao perito o exercício dos poderes previstos no art. 473, § 3º, do Novo CPC, franqueando-se a eles a ampla

participação durante a prática do ato processual.

O perito deve protocolar em cartório o laudo pericial no prazo fixado pelo juiz, admitindo-se que em situações excepcionais, provando o perito um motivo justificado, o prazo seja prorrogado por no máximo uma vez pela metade do prazo originariamente fixado (art. 476 do Novo CPC). Caberá ao juiz atentar à exigência contida no art. 477, *caput*, do Novo CPC, que exige um prazo mínimo de 20 dias entre a data do protocolo do laudo pericial e a data da audiência de instrução. O prazo se impõe para possibilitar às partes a apresentação de pareceres técnicos e a realização do pedido de comparecimento do perito em audiência para esclarecimentos (art. 477, § 3º do Novo CPC).

Segundo o art. 477, § 1.º, do Novo CPC, após o protocolo do laudo pericial em cartório as partes serão intimadas para se manifestarem no prazo comum de 15 dias sobre o laudo, mesmo tempo que os assistentes disporão para apresentar seus pareceres técnicos (no art. 433, parágrafo único, do CPC/1973 o prazo era de 10 dias). Quando a parte tem assistente técnico, é apresentado um parecer técnico; porém, mesmo a parte que não o tenha poderá se manifestar a respeito do laudo pericial por meio de mera petição.

Entendo nada razoável o dispositivo, considerando que o assistente técnico é o técnico da parte, não se justificando haver prazo para a parte e para ele, ainda que com termo inicial único. O prazo é da parte, que poderá se manifestar sozinha, com ou pelo parecer do assistente técnico. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, trata-se de prazo próprio, de forma a não admitir parecer

técnico juntado extemporaneamente[274].

Havendo a manifestação das partes, o art. 477, § 2.º, do Novo CPC prevê que cabe ao perito, no prazo de 15 dias, esclarecer ponto: (I) sobre o qual exista divergência ou dúvida de qualquer das partes, do juiz ou do órgão do Ministério Público; (II) divergente apresentado no parecer do assistente técnico da parte.

E somente após a explicação por escrito do perito, e se ainda assim restarem dúvidas a respeito de seu trabalho, as partes, nos termos do § 3.º do art. 477 do Novo CPC, poderão pedir a intimação do perito e do assistente técnico para comparecimento em audiência.

22.2.7.4. Prova pericial e audiência de instrução e julgamento

A prova pericial em regra é produzida antes da audiência de instrução e julgamento, e até mesmo em processos nos quais não há tal audiência, em razão da desnecessidade de produção de prova oral. Excepcionalmente, entretanto, o perito poderá exercer alguma espécie de atividade durante a audiência de instrução de julgamento.

O art. 464, § 2.º, do CPC prevê a chamada *perícia simples*, que passa a ser chamada pela lei de prova técnica simplificada, a ser realizada na audiência de instrução e julgamento quando o ponto controvertido for de menor complexidade.. Nessa perícia simples, o juiz inquire o perito e os assistentes técnicos em audiência a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado, podendo o especialista se valer de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de

esclarecer os pontos controvertidos na causa. Trata-se da única forma de perícia admitida nos Juizados Especiais Estaduais (art. 35, *caput*, da Lei 9.099/1995). Apesar da boa intenção da norma em simplificar o procedimento da prova pericial, é de extrema raridade a realização da perícia simples. Quando realizada o Superior Tribunal de Justiça entende que o acompanhamento do ato em audiência pelo advogado da parte e por seu assistente técnico afasta qualquer espécie de cerceamento de defesa[275].

Além de impugnar por escrito o laudo pericial nos termos do art. 477, § 1º, do Novo CPC, de acordo com o § 3º do mesmo dispositivo, as partes podem requerer a intimação do perito e dos assistentes técnicos – naturalmente da parte contrária – para comparecer à audiência e prestar esclarecimentos. Caberá à parte interessada requerer a intimação do perito e/ou assistente técnico já formulando desde já suas perguntas, na forma de quesitos. Apesar de o art. 477, § 3º, do Novo CPC não exigir uma fundamentação nesse pedido, a parte diligente deve indicar contradições e/ou inconsistências do laudo pericial, evitando assim que o juiz indefira o pedido entendendo que os esclarecimentos são impertinentes, o que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, não configura cerceamento de defesa[276]. A oitiva também não será realizada se o juiz entender que os esclarecimentos escritos já são suficientes para formar seu convencimento[277].

O prazo previsto para o protocolo da petição que requer a presença do perito ou do assistente técnico em audiência de instrução e julgamento é de 10 dias antes da audiência de instrução e julgamento, conforme o art. 477, § 4°, do Novo CPC, devendo o

perito ou assistente técnico ser intimado por meio eletrônico. Como o perito e o assistente técnico a serem intimados já sabem quais as perguntas que deverão responder em audiência, admite-se que levem as respostas por escrito, o que não evitará terem de responder oralmente a outros questionamentos, caso as respostas escritas não se mostrem efetivamente esclarecedoras.

22.2.7.5. Segunda perícia

Não parecendo ao juiz que os fatos que foram objeto da perícia estejam devidamente esclarecidos, é admissível a designação de uma nova perícia, sem que a primeira seja inteiramente desconsiderada, ou seja, o juiz poderá em sua fundamentação valer-se de ambas as perícias na formação de seu convencimento (art. 480, § 3º, do Novo CPC)[278]. Essa segunda perícia tem como objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira, sendo realizada justamente porque a primeira perícia mostrou-se defeituosa ou incompleta (art. 480, § 1º, do Novo CPC).

O juiz poderá determinar a segunda perícia de ofício ou a requerimento das partes, sempre por meio de decisão interlocutória não recorrível por *agravo de instrumento*, mas em apelação ou contrarrazões, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC, não se mostrando correto o entendimento de que deferida a segunda perícia o pronunciamento do juiz é irrecorrível[279]. O perito responsável pela segunda perícia é mais uma vez escolhido pelo juiz, podendo inclusive ser o mesmo que realizou o primeiro laudo[280], embora não seja recomendável tal repetição, em especial na hipótese de laudo defeituoso. Determinada a segunda perícia, as partes têm o direito de formular novos quesitos[281].

22.2.7.6. Princípio da persuasão racional e a prova pericial

Como já analisado no Capítulo 22, item 22.1.10. o sistema de valoração das provas adotado pelo sistema processual brasileiro é o da *persuasão racional*, também chamado de livre convencimento motivado. Significa dizer que não existem cargas de convencimento preestabelecidas dos meios de prova, sendo incorreto afirmar abstratamente que determinado meio de prova é mais eficaz no convencimento do juiz do que outro. Com inspiração nesse sistema de valoração das provas, o art. 479 do Novo CPC prevê que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo se convencer com outros elementos ou fatos provados no processo.

Apesar da relativa liberdade do juiz na valoração da prova, é inegável que, produzido um laudo pericial – o que em tese só deve ocorrer quando for necessário um conhecimento técnico específico –, a fundamentação do juiz que não considera suas conclusões se afasta do que se costuma esperar da conduta do juiz. Justamente em razão da relevância da prova pericial, cabe ao juiz na aplicação do art. 479 do CPC expressamente indicar na fundamentação os motivos pelos quais não adotou as conclusões periciais, com a indicação das outras provas que entendeu suficientes à formação de seu convencimento[282].

22.2.8. DA INSPEÇÃO JUDICIAL

22.2.8.1. Conceito

A inspeção judicial consiste em prova produzida diretamente pelo juiz, quando inspeciona pessoas, coisas ou lugares, sem qualquer intermediário entre a fonte de prova e o juiz. Podem ser

objeto de inspeção judicial bens móveis, imóveis e semoventes, além das partes e de terceiros, que se submetem ao exame realizado pelo juiz em decorrência de seu dever em colaborar com o Poder Judiciário para a obtenção da verdade[283].

Costuma-se afirmar que a inspeção judicial é ao mesmo tempo o melhor e mais raro meio de prova. Melhor porque elimina intermediário que poderia influenciar negativamente na formação do convencimento judicial, constituindo a inspeção judicial o mais seguro e esclarecedor meio de prova. Mais raro porque seria meio de prova subsidiário, somente se procedendo à inspeção judicial na hipótese de o juiz considerar que os outros meios de prova não foram ou não serão suficientes para formar seu convencimento[284]. Concordo que seja o melhor meio de prova, e provavelmente o mais raro, mas essa raridade não decorre do caráter subsidiário da inspeção judicial, mas de uma mera opção dos juízes no caso concreto. A inspeção judicial, portanto, pode ser realizada independentemente do esgotamento dos outros meios de prova[285].

O exame direto realizado pelo juiz na inspeção judicial lembra a prova pericial, que também é realizada por meio de um exame. A diferença, entretanto, além do sujeito que realiza o exame – juiz no primeiro caso e perito no segundo –, é a natureza do conhecimento exigido, porque na inspeção judicial não há necessidade de o juiz ser dotado de conhecimentos técnicos ou científicos[286]. Ainda que parcela da doutrina chame de *inspeção indireta* o exame realizado por perito sem as formalidades do procedimento pericial[287], acredito que só existe inspeção judicial quando realizada

diretamente pelo juiz[288]. Por essa razão, não é inspeção judicial, mas *prova atípica*, a inspeção em pessoas ou coisas realizadas por terceiro de confiança do juiz nos Juizados Especiais (art. 35, parágrafo único, da Lei 9.099/1995).

22.2.8.2. Procedimento

Como todo meio de prova, também a inspeção judicial pode ser determinada de ofício ou a requerimento das partes, sempre se levando em conta a imprescindível necessidade de sua realização.

O art. 483, parágrafo único, do Novo CPC prevê que as partes têm o direito de assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações pertinentes. Apesar de não existir na lei uma regra que discipline a intimação das partes para participarem da inspeção judicial, é inegável que o respeito ao princípio do *contraditório* exige que tal intimação seja realizada. Até porque, se há previsão expressa para assistirem à inspeção, naturalmente deverão ser previamente informadas sobre a sua realização. Inspeção realizada solitariamente pelo juiz, portanto, não é inspeção judicial, não devendo ser admitida como prova no processo, até mesmo porque as impressões colhidas desse ato constituem ciência privada do juiz[289].

O juiz poderá se valer do auxílio de um ou mais peritos (art. 482 do Novo CPC), mas essa intervenção pericial somente se justifica quando um conhecimento técnico específico seja exigido para a compreensão dos fatos que são objeto da prova. Ao final da inspeção, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado com todas as informações úteis ao julgamento, podendo instruir o auto com

desenhos, gráficos ou fotografias (art. 484 do Novo CPC). No auto circunstanciado não devem constar conclusões a respeito dos fatos, limitando-se o juiz a um texto narrativo de tudo o que possa importar para a formação do convencimento judicial. Deve-se lembrar que a inspeção judicial é um meio de prova, que como qualquer outro primeiro deve ser produzido, e somente após esse momento procedimental, devidamente valorado[290].

Em regra, a inspeção judicial ocorre na sede do juízo e na audiência de instrução e julgamento. Ainda que na sede do juízo, é plenamente admitida a inspeção judicial em audiência com esse fim específico. Excepcionalmente, a inspeção judicial ocorrerá fora da sede do juízo, prevendo o art. 483 do Novo CPC as hipóteses nas quais o juiz deverá ir ao local onde se encontrem a pessoa ou a coisa.

A inspeção judicial fora da sede do juízo ocorre sempre que o juiz entender necessária tal medida para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar. Caberá ao juiz no caso concreto fazer tal análise, ponderando que o deslocamento não só dele, mas de todo o seu *staff*, é prática que deve ser reservada apenas àquelas situações nas quais a realização da inspeção judicial em audiência na sede do juízo não tenha aptidão de formar seu convencimento. Também será realizada a inspeção judicial no local da coisa sempre que seu transporte à sede do juízo mostrar-se dispendioso ou extremamente difícil, como na hipótese de coisas de grande porte ou de alto valor (que demandariam grande aparato de segurança para sua locomoção). Apesar de o dispositivo se referir somente à coisa, é também aplicável a pessoas que tenham

dificuldade em acessar a sede do juízo, como no caso de pessoas enfermas[291]. Por fim, e por razões óbvias, também será realizada a inspeção judicial fora da sede do juízo na reconstituição dos fatos, quando o juiz deverá se locomover até o local em que os fatos ocorreram.

23. SENTENÇA

Sumário: 23.1. Conceito legal de sentença – 23.2. Classificação das sentenças: 23.2.1. Conteúdo da sentença; 23.2.2. Resolução de mérito – 23.3. Elementos da sentença: 23.3.1. Relatório; 23.3.2. Fundamentação; 23.3.3. Dispositivo; 23.3.4. Comentários gerais a respeito dos elementos da sentença – 23.4. Sentença líquida – 23.5. Princípio da congruência; 23.5.1. Conceito; 23.5.2. Exceções ao princípio da congruência – 23.6. Sentença *extra petita*: 23.6.1. Conceito; 23.6.2. Recorribilidade da sentença extra petita – 23.7. Sentença ultra petita: 23.7.1. Conceito; 23.7.2. Recorribilidade da sentença ultra petita – 23.8. Sentença *citra petita* (*infra petita*): 23.8.1. Conceito; 23.8.2. Recorribilidade da sentença *citra petita* – 23.9. Situação fática no momento da prolação da sentença – 23.10. Modificação da sentença pelo juízo sentenciante – 23.11. Ações que tenham como objeto obrigação de fazer e não fazer – 23.12. Capítulos de sentença.

23.1. CONCEITO LEGAL DE SENTENÇA

A sentença foi conceituada pelo legislador de 1973 como o ato que punha fim ao processo, incluindo-se nessa conceituação tanto as sentenças que resolvem o mérito da demanda (*definitivas*) como aquelas que apenas encerram o processo, sem manifestação sobre o mérito (*terminativas*). Ainda que mantida a opção de conceituação, tomando-se por base o efeito do pronunciamento judicial, melhor teria andado o legislador se tivesse conceituado a sentença como ato que encerra o procedimento em primeiro grau de jurisdição, porque havendo a interposição de apelação o processo não se

encerrava com a sentença[292]. Seja como for, a opção do legislador era clara: o critério adotado era o efeito da decisão relativo ao procedimento, sendo absolutamente irrelevante o seu conteúdo para a configuração da decisão como sentença[293].

O advento generalizado das ações sincréticas, independentemente da natureza da obrigação objeto da condenação, levou o legislador a repensar o conceito de sentença, substituindo o critério utilizado anteriormente. Em vez do efeito do pronunciamento, um novo conceito de sentença surgiu em 2005, que passou a ter como critério conceitual o seu conteúdo, fazendo expressa remissão aos arts. 267 e 269 do CPC/1973, dispositivos que indicavam as causas que geram a resolução ou não do mérito (sentença definitiva e terminativa, respectivamente)[294].

Diante dessa novidade, o conceito de sentença passou a resultar de uma análise conjunta dos arts. 162, § 1.º, 267 e 269, todos do CPC/1973. Da conjugação desses dispositivos legais conclui-se que as sentenças terminativas passaram a ser conceituadas tomando-se por base dois critérios distintos: (i) conteúdo: uma das matérias previstas nos incisos do art. 267 do CPC; e (ii) efeito: a extinção do procedimento em primeiro grau de jurisdição[295].

A hibridez de critérios na conceituação da sentença terminativa – conteúdo e efeito – não se repetia na sentença definitiva, considerando-se que o art. 269, *caput*, do CPC/1973 não fazia nenhuma menção à necessidade de extinção do processo para que o ato decisório seja considerado uma sentença. Dessa forma, a

questão de colocar ou não fim ao procedimento em primeiro grau passava a ser irrelevante na conceituação da sentença de mérito, bastando para que um pronunciamento fosse considerado uma sentença definitiva que tivesse como conteúdo uma das matérias dos incisos do art. 269 do CPC/1973.

Essa realidade, entretanto, não foi bem recebida por parcela considerável da doutrina, em especial pelo receio de que o conceito de sentença de mérito nesses termos levaria a existência de sentenças parciais de mérito, com a interposição de apelações em diferentes momentos procedimentais.

Diante da "ameaça" de caos que tal interpretação levaria à praxe forense, a doutrina majoritária continuava a associar a sentença definitiva ao efeito de extinção do processo ou de alguma fase procedimental, em especial do processo de conhecimento. Corrente doutrinária afirmava que o ato judicial só seria sentença de mérito quando colocasse fim ao processo ou quando resolvesse por inteiro o objeto da demanda na fase cognitiva[296]. Outra parcela da doutrina defendia a conceituação de sentença com a adoção dos critérios do efeito e conteúdo do ato, afirmando que o art. 162, § 1.º, do CPC/1973 deveria ser interpretado de forma sistêmica com os §§ 2.° e 3.° desse mesmo dispositivo legal[297]. Havia ainda corrente doutrinária que defendia o entendimento de que a decisão somente poderia ser considerada como sentença se colocasse fim a uma das fases procedimentais dentro da nova realidade do sincretismo processual[298].

O entendimento que mantinha o efeito como critério de

conceituação da sentença de mérito, além de grande aceitação doutrinária, passou a ser admitido em nossa jurisprudência[299]. Era o prenúncio de que nosso sistema preferia conviver com *decisões interlocutórias de mérito* do que com *sentenças parciais de mérito*.

É bem provável que esse entendimento tenha influenciado o legislador de 2015, que no art. 203 do Novo CPC modifica tanto o conceito de sentença quanto o de decisão interlocutória.

No § 1.º do dispositivo legal a sentença é conceituada, salvo as previsões expressas nos procedimentos especiais, como o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, do Novo CPC, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Fica clara a opção do legislador em criar um conceito híbrido, que considera tanto o conteúdo como o efeito da decisão para qualificá-la como sentença.

No § 2.º do art. 203 do Novo CPC opta-se por um conceito residual da decisão interlocutória, como qualquer pronunciamento decisório que não seja sentença. Nesse caso, a decisão interlocutória poderá ter como conteúdo questões incidentais ou mérito, como ocorre, por exemplo, no julgamento antecipado parcial de mérito.

Ao fazer menção expressa ao encerramento da fase cognitiva do procedimento comum, esqueceu-se da crítica ao antigo conceito de sentença da redação originária do CPC/1973 de que, sendo interposto recurso contra essa decisão, a fase processual não se encerra, somente continuando em grau jurisdicional superior ou ainda no mesmo grau, como ocorre com a interposição dos embargos de declaração. Esse equívoco, entretanto, é praticamente

irrisório se comparado com a total despreocupação do legislador com a decisão de mérito ilíquida.

A sentença ilíquida, apesar de excepcional, é admitida no sistema processual pátrio. Como se sabe, proferida sentença civil genérica, o processo continuará numa nova fase procedimental, agora de liquidação, notoriamente uma fase cognitiva. Pergunta-se: a decisão que decide o *an debeatur*, relegando para momento posterior a fixação do *quantum debeatur*, não será mais sentença? Não coloca fim à fase de cognição, que prosseguirá na liquidação de sentença, logo deve ser considerada decisão interlocutória à luz do sugerido art. 203, § 2.º, do Novo CPC, sendo recorrível por agravo de instrumento. E, nesse caso, a decisão que fixar o *quantum debeatur*, finalmente encerrando a fase cognitiva, será sentença, recorrível por apelação? Diante dos conceitos de sentença e de decisão interlocutória sugeridos pelo dispositivo ora analisado, não há como responder negativamente a essa questão.

Minha percepção nesse sentido é reforçada com a adoção pelo novo diploma legal do julgamento antecipado parcial do mérito, por meio de decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento. Sendo o objeto da demanda formado pelo *an debeatur* e o *quantum debeatur*, o julgamento do primeiro nada mais é do que um julgamento antecipado parcial do mérito. Afinal, as hipóteses de cabimento de sentença ilíquida previstas no art. 491 do Novo CPC se adequam perfeitamente ao art. 356, II, do Novo CPC.

Acredito, entretanto, que será mais um caso de descumprimento de norma legal que não levantará maiores questionamentos. A decisão proferida na fase de conhecimento

resolvendo apenas o *an debeatur*, continuará a ser entendida como sentença ilíquida recorrível por apelação, enquanto a decisão que, posteriormente, fixar o *quantum debeatur*, continuará a ser entendida como decisão interlocutória de mérito recorrível por agravo de instrumento[300]. Mesmo que contra a expressa previsão legal.

Por outro lado, ainda que justificável, a exclusão dos procedimentos especiais do âmbito de aplicação do art. 203, § 1º, do Novo CPC cria uma singular situação de aparente limbo jurídico.

A opção é justificada porque em alguns procedimentos especiais há previsão expressa de que determinada decisão judicial é sentença, ainda que não se amolde ao conceito legal previsto no dispositivo legal ora analisado. São exemplos a ação de divisão de terras particulares (art. 572 do Novo CPC); ação de demarcação de terras particulares (arts. 581, 582 e 587 do Novo CPC); ação de inventário (arts. 654 e 655 do Novo CPC); ação de habilitação (art. 692); embargos da ação monitória (art. 702, § 9º, do Novo CPC); ação de homologação de penhor legal (art. 706, § 2º, do Novo CPC); ação de regulação de avaria grossa (art. 710, § 1º).

O problema, entretanto, é que nem todo procedimento especial apresenta essa previsão, e é com relação a esses que se verifica o aparente limbo jurídico. Não existindo previsão expressa de que a decisão é uma sentença e sendo excluído o conceito legal de sentença por expressa previsão do art. 203, § 1º, do Novo CPC, simplesmente não haverá como se concluir qual decisão nele

proferido é sentença.

É presumível que nesses casos continue a se considerar sentença a decisão que sempre foi considerada sentença, mas para se chegar a tal conclusão não haverá qualquer justificativa legal. Acredito que nesses casos possa ser aplicado o art. 203, § 1º, do Novo CPC, ainda que o próprio dispositivo exclua sua aplicabilidade aos procedimentos especiais.

23.2. CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS

A classificação de qualquer instituto jurídico depende dos critérios a serem adotados, sendo possíveis tantas classificações quantos forem os critérios. No tocante à sentença, entendo que os dois principais critérios são:

(a) o conteúdo do ato sentencial;

(b) a resolução ou não do mérito.

23.2.1. CONTEÚDO DA SENTENÇA

23.2.1.1. Teoria ternária e teoria quinária

Clássica lição doutrinária entende que pelo conteúdo do ato judicial existem três espécies de sentença:

(a) meramente declaratória;

(b) constitutiva;

(c) condenatória.

Trata-se da teoria ternária (trinária) da sentença, defendida por substanciosa corrente doutrinária que segue as lições de Liebman.

Contrapõe-se a essa tradicional corrente doutrinária a teoria quinária (quíntupla) da sentença, defendida por doutrinadores que seguem as lições de Pontes de Miranda, fundada no entendimento de que, além das três espécies de sentença descritas pela teoria ternária, existem ainda as sentenças executivas *lato sensu* e as sentenças mandamentais, o que resultaria num total de cinco espécies de sentença.

Entendo mais adequada a teoria ternária porque concordo com a doutrina que não distingue diferenças no conteúdo de sentenças condenatórias, executivas *lato sensu* e mandamentais. Em todas elas há a imputação de cumprimento de uma prestação ao réu, havendo diferença entre elas somente na forma de satisfação dessa prestação, o que naturalmente não faz parte do *conteúdo* do ato decisório, mas sim de seus *efeitos*. Partindo-se da premissa de que o critério adotado para a classificação das sentenças é o seu conteúdo, as reconhecidas diferenças nas formas de efetivação das três espécies de sentença são irrelevantes para fins de classificação[301].

Registre-se que os defensores da teoria ternária da sentença não ignoram as novas realidades referentes às formas de satisfação da sentença, de maneira que reconhecem a existência das chamadas sentenças executivas *lato sensu* e mandamentais, inclusive concordando com as diferenças em termos de formas de efetivação existentes entre essas sentenças e a sentença condenatória classicamente definida por Liebman. Só não concordam que sejam novas espécies de sentença em razão da identidade de conteúdo com a sentença condenatória clássica, concluindo-se que são apenas subespécies de sentença condenatória.

Ainda que entenda superior a teoria ternária da sentença, parece realmente que a discussão, meramente acadêmica, começa a cansar parcela da doutrina, que percebeu tratar-se de debate inócuo[302]. Todos reconhecem as diferenças entre as sentenças executivas *lato sensu*, mandamentais e condenatórias classicamente consideradas; para os defensores da teoria ternária, todas são espécies de sentença condenatória, enquanto para os defensores da teoria quinária, são espécies diferentes de sentença. Como se nota, a discussão limita-se a uma questão de classificação, com poucos resultados práticos dignos de destaque. Mais adequada e certamente útil é a exata definição dos elementos que compõem cada uma dessas espécies – ou subespécies – de sentença.

23.2.1.2. Sentença meramente declaratória

O conteúdo da sentença meramente declaratória é a declaração da existência, inexistência ou o modo de ser[303] (não há dúvida de que a relação jurídica existe, mas há incerteza quanto à sua natureza: compra e venda a prazo ou arrendamento mercantil? Empréstimo ou doação?) de uma relação jurídica de direito material. Não se confundindo com o conteúdo da sentença, seu efeito é a certeza jurídica gerada pela declaração contida na sentença. Note-se que *conteúdo* e *efeito* não se confundem, porque o conteúdo é o que está dentro, enquanto o efeito é aquilo que se projeta para fora do ato judicial; declaração e certeza jurídica, evidentemente, são fenômenos diferentes.

Por uma opção legislativa a sentença meramente declaratória só pode ter como objeto uma relação jurídica, excepcionalmente admitindo-se que tenha como objeto meros fatos na hipótese de

declaração de autenticidade ou falsidade de documento (art. 19, II, do Novo CPC). Nesse caso, o objeto da sentença será o mero fato de o documento ser falso ou autêntico, podendo ser proferida em ação autônoma ou em ação declaratória incidental (incidente de falsidade documental). Registre-se que se tem admitido a sentença meramente declaratória de deveres, direitos, pretensões e obrigações referentes à relação jurídica[304]. No processo objetivo, a sentença meramente declaratória também não tem por objeto uma relação jurídica, limitando-se a interpretar o direito[305].

Para que exista interesse processual na obtenção de uma sentença meramente declaratória é necessária a existência de uma crise de incerteza que, se não resolvida, poderá acarretar algum dano ao autor. É necessário que a dúvida seja objetiva e real, não se limitando a um isolado estado de incerteza subjetiva do autor. Fala-se em dúvida social, que atinja terceiros e crie uma instabilidade na esfera de interesse do autor, sendo a dúvida do autor possível, mas não necessária tampouco suficiente para isoladamente justificar uma sentença meramente declaratória[306].

> Felipe recebe a visita de uma desconhecida que afirma ter acabado de ter um filho seu. Felipe nunca esteve com aquela mulher, de forma que tem certeza de que o filho não é dele, mas como ela insiste perante terceiros que pertencem ao círculo social em que vive Felipe, passa a existir uma dúvida social a respeito da paternidade da criança que traz danos a ele. Mesmo com a certeza pessoal de que não é pai, para afastar a dúvida social surgida, poderá ingressar com demanda judicial e pleitear a declaração de inexistência da relação jurídica de paternidade por meio de sentença meramente declaratória.

Toda sentença tem um elemento declaratório, considerando-se que, ao condenar o réu ao cumprimento de uma prestação, ou ao criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica, caberá ao juiz a declaração de que o direito material do autor à condenação ou a constituição efetivamente existe no caso concreto[307]. Por outro lado, a *sentença de improcedência* do pedido do autor será sempre uma sentença declaratória, já que terá como conteúdo a declaração de inexistência do direito material alegado pelo autor[308].

Ainda que haja condições para a propositura de demanda constitutiva ou condenatória, haverá interesse no ingresso de demanda objetivando uma sentença meramente declaratória. Considerando-se que tanto a sentença constitutiva quanto a condenatória contêm um elemento declaratório, pode-se aplicar o brocardo popular "quem pode mais pode menos", sendo a certeza jurídica um bem isoladamente protegido pelo ordenamento processual. A certeza jurídica é bem da vida tutelável. A questão de saber se a sentença meramente declaratória pode entregar ao autor algo a mais do que a certeza jurídica, derivada de uma suposta autorização de sua execução para a satisfação da obrigação inadimplida, é objeto de análise no Capítulo 44, item 44.3.1.

Os efeitos da sentença declaratória são *ex tunc*, considerando-se que a declaração somente confirma jurisdicionalmente o que já existia; nada criando de novo a não ser a certeza jurídica a respeito da relação jurídica que foi objeto da demanda[309]. Não é a sentença de procedência na ação de investigação de paternidade que torna o réu pai, mas sim as relações sexuais que manteve com a mãe de seu filho, como também não é a sentença de procedência da ação de

usucapião que torna o autor proprietário, e sim o preenchimento dos requisitos legais. A exceção fica por conta do art. 27 da Lei 9.868/1999, que permite ao Supremo Tribunal Federal modificar o efeito natural da decisão de procedência na ação declaratória de inconstitucionalidade (instituto denominado de *modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade*), tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Nos termos do dispositivo legal, além da tradicional eficácia *ex tunc*, a declaração de inconstitucionalidade poderá ser modulada de três diferentes maneiras: (a) ex *tunc* restritiva, com uma limitação temporal da retroatividade dos efeitos da declaração; (b) ex *nunc*, a partir do trânsito em julgado (efeito prospectivo); e (c) eficácia projetada para o futuro, condicionando-se a geração dos efeitos a um limite temporal escolhido pelo tribunal ou mesmo a um ato a ser praticado supervenientemente (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade).

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade se justifica em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, dependendo da manifestação de maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. A excepcionalidade de decisão judicial de inconstitucionalidade de efeitos limitados ou restritos se presta a preservar relevantes princípios constitucionais, revestidos de superlativa importância sistêmica.

Diante da omissão da decisão quanto à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, há presunção de que a

eficácia segue a regra, ou seja, *ex tunc*. Mas a presunção é apenas relativa (torna-se absoluta somente com o trânsito em julgado), de forma que o tribunal poderá ser provocado por meio dos embargos de declaração para que se manifeste expressamente a respeito da eficácia da declaração de inconstitucionalidade.

Registre-se, por fim, que a tese da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade já foi aplicada em controle incidental de constitucionalidade no julgamento de recurso extraordinário[310].

23.2.1.3. Sentença constitutiva

O conteúdo da sentença constitutiva é a criação (positiva), extinção (negativa) ou modificação (modificativa) de uma relação jurídica, enquanto o efeito dessa sentença é a alteração da situação jurídica, necessariamente com a criação de uma situação jurídica diferente da existente antes de sua prolação, com todas as consequências advindas dessa alteração[311]. Fala-se em sentença *constitutiva positiva* e *negativa* ou *constitutiva* e *desconstitutiva*. Uma sentença de procedência na demanda de divórcio tem como conteúdo a extinção do laço conjugal e o efeito de modificar o estado civil das partes, que de casadas passarão a divorciadas. A possibilidade de se casarem com outras pessoas certamente não é um reflexo do conteúdo da sentença, mas sim de seus efeitos.

As sentenças constitutivas podem ser divididas em dois grupos: *necessárias* e *facultativas*. É natural que todas as sentenças constitutivas – como a meramente declaratória e a condenatória – sejam no caso concreto necessárias, porque sem o interesse de agir

não se chegará ao julgamento de mérito. A distinção proposta, entretanto, não leva em conta o caso concreto, mas a possibilidade abstrata de alterar a situação jurídica sem a necessária intervenção do Poder Judiciário.

Será necessária a sentença constitutiva sempre que a única forma de obter a alteração da situação jurídica pretendida pelas partes for por meio da intervenção jurisdicional (ações constitutivas necessárias; por exemplo, anulação de casamento), situação inclusive que dispensa o conflito de interesse entre as partes. A sentença facultativa só existirá se houver a lide clássica no caso concreto, porque sem ela não seria necessária a intervenção jurisdicional. Como há um conflito de interesse entre as partes e a autotutela é reservada a situações excepcionais, faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário no caso concreto, mas abstratamente seria possível a alteração da situação jurídica das partes mediante um acordo de vontade entre elas (por exemplo, rescisão contratual)[312].

A sentença constitutiva tem efeitos *ex nunc*, considerando-se que é a partir dela que a situação jurídica será efetivamente alterada. As partes só são consideradas divorciadas após a sentença de procedência que extingue a relação conjugal, como também só se considera rescindido um contrato após a sentença que extingue a relação jurídica contratual. A lei, entretanto, poderá pontualmente modificar essa regra, apontando expressamente para a existência de efeitos *ex tunc*, como ocorre nas demandas que tenham como objeto a anulação de atos jurídicos[313].

23.2.1.4. Sentença condenatória

Com considerável amparo na doutrina italiana, parte significativa da doutrina nacional entende que a sentença condenatória é formada por dois momentos lógicos:

> (a) declaração da existência do direito do autor;
>
> (b) criação de condições para que sejam praticados atos materiais de execução, o que se justificaria em razão da aplicação de uma *sanção executiva*[314]**.**

Essa definição, entretanto, parece confundir o conteúdo com o efeito da sentença condenatória, devendo ser analisada com muita atenção.

O conteúdo da sentença condenatória, além da indispensável declaração de existência do direito material, é a imputação ao réu do cumprimento de uma prestação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia certa, com o objetivo de resolver a crise jurídica de inadimplemento[315]. O efeito é a criação de um título executivo, o que permitirá a prática de atos executivos voltados ao efetivo cumprimento dessa prestação, com a consequente satisfação do autor.

Como foi adotada a teoria ternária, pouco importa quais sejam esses atos executivos – execução direta ou indireta – e como se desenvolvem – processo de execução, fase procedimental ou cumprimento de ordem judicial – porque os efeitos da sentença não importam em uma classificação que adota como critério o conteúdo da sentença.

23.2.1.5. Sentença executiva lato sensu

Não é pacífico na doutrina pátria o conceito de sentença

executiva *lato sensu*, existindo inclusive crítica quanto à tradicional nomenclatura, preferindo parcela da doutrina chamar tais sentenças de sentenças executivas, considerando-se a inexistência de sentenças executivas *stricto sensu*[316]. Creditada ao jurista Pontes de Miranda, parcela considerável da doutrina entende que essa sentença é assim denominada porque dispensa o processo de execução subsequente para ser satisfeita, tratando-a como uma *sentença autoexecutável*.

Adotando-se esse conceito, a diferença entre a sentença condenatória e a executiva *lato sensu* é a exigência ou dispensa de processo autônomo de execução[317]. É natural que, visto por esse prisma, a distinção seja inútil levando-se em conta o critério da classificação proposta, considerando-se que a forma de satisfazer a sentença diz respeito aos seus efeitos e não ao seu conteúdo. Daí a enorme dificuldade – aparentemente intransponível – da doutrina que defende a teoria ternária em entender a sentença executiva *lato sensu* como espécie autônoma da sentença, sendo considerada simplesmente uma espécie de sentença condenatória.

Lições contemporâneas, entretanto, buscam outra distinção entre a sentença condenatória e a executiva *lato sensu*, entendendo que a dispensa do processo autônomo de execução para a satisfação do direito não torna automaticamente uma sentença condenatória em executiva *lato sensu*, até mesmo porque, fosse esse o fator de distinção, o Novo Código de Processo Civil teria definitivamente igualado ambas as espécies ao prever expressamente que a execução de pagar contra a Fazenda Pública e de alimentos fundadas em título executivo se processam por cumprimento de

sentença. Para essa corrente doutrinária, a existência de uma fase de execução com procedimento previsto em lei, inclusive com a previsão de uma defesa incidental do executado – *impugnação* –, não é capaz de transformar a sentença condenatória em sentença executiva *lato sensu*.

Nesse entendimento doutrinário são substancialmente dois os fatores que distinguem a sentença condenatória da executiva *lato sensu*[318]:

(a) o direito material, uma vez que na sentença condenatória o direito é de crédito, buscando-se o cumprimento de uma obrigação pecuniária, enquanto na sentença executiva o direito é real, buscando-se a retomada de coisa que está injustamente no patrimônio do executado. Nessa visão, a sentença condenatória retira algo do patrimônio do executado que até a sentença lá estava legitimamente, enquanto na sentença executiva se retoma bem que pertence ao exequente, estando injustamente com o executado;

(b) a complexidade da fase de satisfação do direito, que na sentença executiva inexiste, inclusive não estando prevista defesa ao executado, que deve exaurir a apresentação de suas matérias defensivas na fase de conhecimento, enquanto na sentença condenatória isso não ocorre. Diante da ausência de previsão legal de fase procedimental de satisfação, a sentença executiva *lato sensu* se realiza pelos meios executivos que o juiz entender adequados no caso concreto, tomando em conta as particularidades do caso concreto.

23.2.1.6. Sentença mandamental

A sentença mandamental se caracteriza pela existência de uma ordem do juiz dirigida à pessoa ou órgão para que faça ou deixe de fazer algo, não se limitando, portanto, à condenação do réu[319]. O juiz na sentença mandamental ordena que o réu pratique determinado ato que somente a ele caberia praticar, não existindo nessa atividade o caráter substitutivo característico da execução. A

satisfação da sentença mandamental é feita pelo *cumprimento da ordem*, não existindo processo ou fase de execução subsequente a ela visando tal satisfação.[320] O juiz ordena e aguarda o cumprimento da ordem, não havendo previsão de procedimento para que isso se verifique concretamente.

Poderá o juiz se valer de atos de pressão psicológica – execução indireta[321] – como também de sanção civil (ato atentatório à dignidade da justiça, previsto no art. 77, IV, do Novo CPC) e penal (crime de desobediência), mas ainda assim não haverá uma fase executiva, com a prática de atos materiais de execução. É diferente da sentença executiva *lato sensu* porque esta, além de ser satisfeita pela prática de atos materiais, o que caracteriza um procedimento, ainda que não expressamente previsto em lei, atinge o patrimônio do executado, enquanto a sentença mandamental atinge a vontade do executado.

23.2.2. RESOLUÇÃO DE MÉRITO

Adotando-se a resolução de mérito como critério, as sentenças são divididas em *sentenças terminativas*, que não resolvem o mérito (art. 485 do Novo CPC), e *sentenças definitivas*, que resolvem o mérito (art. 487 do Novo CPC). Observe-se que foi mantida no Novo Código de Processo Civil a mudança efetuada pela Lei 11.232/2005, que substituiu o termo “julgamento” por “resolução” no *caput* dos arts. 267 e 269 do CPC/1973, modificação que não gerou repercussões práticas, dividindo a doutrina a respeito da melhora ou piora no texto legal[322]. Para os que elogiam a alteração o legislador finalmente reconheceu a diferença entre as sentenças que efetivamente julgam o mérito da demanda, por meio da

imposição da decisão do juiz, e aquelas que simplesmente homologam um ato de autocomposição praticado pelas partes. Para os críticos, resolução lembra instituto jurídico de direito administrativo, de todo estranho ao direito processual civil. Como já afirmado, trata-se de discussão meramente acadêmica, sem consequências práticas.

23.2.2.1. Sentenças terminativas (art. 485 do Novo CPC)

23.2.2.1.1. Indeferimento da petição inicial

O art. 485, I, do Novo CPC prevê que o indeferimento da petição inicial se dará por meio de sentença terminativa. Atualmente, a norma é correta porque no Novo Código de Processo Civil a única hipótese de indeferimento da petição inicial que se dava por meio de sentença de mérito no CPC/1973 – prescrição e decadência – passou a ser causa de julgamento liminar de improcedência. Dessa forma, todas as causas de indeferimento da petição inicial estão previstas no art. 330 do Novo CPC.

23.2.2.1.2. Processo parado durante mais de um ano por negligência das partes

Não é incomum que o processo fique parado por mais de um ano aguardando a prática de um ato processual já determinado pelo órgão jurisdicional, por exemplo, a realização de uma audiência. Também ocorre de a paralisação por mais de um ano decorrer de um longo período de conclusão dos autos ao juiz, com significativo vencimento dos prazos estabelecidos pelo art. 226 do Novo CPC. Não são essas as situações tratadas pelo art. 485, II, do Novo CPC, que exige que a paralisação superior a um ano seja resultado da negligência das partes.

O dispositivo é curioso, porque em razão da regra do impulso oficial sempre que for possível caberá ao juiz de ofício dar andamento procedimental ao processo, mesmo diante da negligência das partes. O impulso oficial, entretanto, encontra limitações materiais intransponíveis quando a continuidade do processo depender de ato a ser praticado por uma das partes. Caso o ato deva ser praticado pelo autor, o dispositivo é inaplicável, porque este tem o prazo de 30 dias para promover os atos e diligências necessárias ao prosseguimento da demanda, conforme expressa previsão do art. 485, III, do Novo CPC. Resta a raríssima hipótese de caber ao réu dar andamento ao procedimento, o que torna o dispositivo legal no mínimo enigmático, tendo pouca aplicação prática[323]. Outro entendimento possível é de que o dispositivo se aplique a situações em que não há necessidade de impulso por ato a ser praticado por nenhuma das partes[324].

De qualquer forma, é irrelevante saber as razões pelas quais o processo ficou indevidamente paralisado por mais de um ano, tampouco poderá o autor evitar a extinção ao afirmar que a paralisação indevida se deu por culpa do juízo ou da parte contrária. O mero transcurso do prazo legal é razão suficiente para a extinção do processo[325].

Segundo a previsão do art. 485, § 1.º, do Novo CPC, a parte negligente, responsável pela indevida paralisação do processo por prazo superior a um ano (entendo que só pode ser o réu), deve ser intimada pessoalmente para dar andamento ao processo no prazo de 5 dias, condição indispensável para a extinção do processo. Naturalmente essa decisão do juiz não dependerá de provocação do

réu, justamente o responsável pela omissão que proporcionou a indevida paralisação procedimental[326].

Muitas vezes na praxe forense ocorre a intimação por publicação no Diário Oficial, na pessoa do advogado, porque muitas vezes essa forma de comunicação basta para despertar o advogado a retomar o andamento procedimental. Não havendo resposta, entretanto, a intimação pessoal é indispensável[327]. O prazo de 5 dias não é peremptório, de forma que, sendo pedido o andamento do processo depois de vencido o prazo, mas antes de o juiz ter extinguido o processo sem resolução de mérito, a provocação será admitida e o processo prosseguirá.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nessa hipótese de extinção do processo, de responsabilidade de ambas as partes, não caberá condenação em honorários advocatícios, diferentemente da extinção por abandono do autor, quando este deverá ser condenado a pagar honorários advocatícios ao réu[328].

23.2.2.1.3. Abandono do processo

O art. 485, III, do Novo CPC trata da causa de extinção do processo sem a resolução do mérito conhecida como “abandono do processo”, descrevendo a desídia do demandante que deixa de praticar atos ou cumprir diligências indispensáveis ao andamento do processo por prazo superior a 30 dias. A doutrina majoritária entende que, diferente do que ocorre com a extinção prevista pelo art. 485, II, do Novo CPC, a extinção do processo ora tratada não é objetiva, devendo o juiz considerar no caso concreto o real intuito do autor em abandonar o processo, de forma que se aceita a prática

de ato após o transcurso do prazo de 30 dias[329].

O autor será intimado nos termos do art. 485, § 1.º, do Novo CPC, sendo aplicáveis a essa forma de extinção as considerações já feitas quanto à sentença prevista no art. 485, II, do Novo CPC, e no caso de efetiva extinção do processo será condenado ao pagamento das despesas e honorários advocatícios (art. 485, § 2.º, do Novo CPC). Mesmo quando a parte advoga em causa própria a intimação deverá ser pessoal, não bastando a mera publicação no *Diário Oficial*[330].

O § 6.º do dispositivo ora comentado consagra o entendimento consolidado no Enunciado da Súmula 240/STJ ao prever que, após o oferecimento da contestação, a extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu. Antes da citação ou mesmo depois dela – no transcurso do prazo antes da interposição e no caso de revelia –, a extinção poderá ser realizada de ofício[331]. A regra legal é afastada pelo Superior Tribunal de Justiça na hipótese de abandono da Fazenda Pública na execução fiscal não embargada, de forma que, se não for dado andamento ao processo no prazo de 30 dias, o processo será extinto por abandono de ofício; portanto, sem necessidade de requerimento do executado[332].

Registre-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não ser aplicável a intimação pessoal do autor nas hipóteses de emenda da petição inicial, hipótese em que bastará a intimação do autor na pessoa de seu advogado[333].

Em algumas situações o abandono do processo pelo autor não gerará a extinção do processo sem a resolução do mérito, como ocorre na demanda de inventário, que será remetida ao arquivo. Também ao cumprimento da sentença não se aplicará o art. 485, III, do Novo CPC, tendo o Novo Código de Processo Civil consagrado expressamente a prescrição intercorrente na execução no § 4º do art. 921, de forma que o abandono do exequente, tanto no processo de execução como no cumprimento de sentença, deva dar início à contagem do prazo prescricional e não à extinção terminativa do processo.

Essa espécie de sentença e aquela mais rara, prevista pelo inciso anterior, têm importância prática para o surgimento do raro fenômeno processual da *perempção* (art. 486, § 3º do Novo CPC), porque a extinção por três vezes da mesma demanda apresentada em três processos diferentes deverá ser sempre pelo abandono do autor. Trata-se de medida para evitar o abuso do direito de ação.

23.2.2.1.4. Ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo

O tema dos pressupostos processuais já foi analisado no Capítulo 3, item 3.3.3, sendo interessante relembrar que nem sempre a ausência de pressupostos processuais será responsável pela extinção do processo. Existem também os pressupostos processuais negativos, cuja ausência é o que se deseja, considerando-se que a presença de um deles é o que gera o vício que levará o processo à sua extinção sem a resolução de mérito. Ocorre, entretanto, que o legislador preferiu tratar dessa espécie de pressuposto processual em outro inciso do art. 485, qual seja o

inciso V, limitando-se o art. 485, IV, do Novo CPC ao tratamento dos pressupostos processuais positivos. Nesse sentido, é correta a redação do texto legal ao indicar que a ausência de pressupostos processuais leva à extinção do processo sem a resolução do mérito.

Não se deve declarar a nulidade se o juiz tiver condições de julgar o mérito em favor da parte, a qual aproveitaria a declaração da nulidade (art. 282, § 2.º, do Novo CPC). Essa lição é plenamente aplicável aos pressupostos processuais que são criados para tutelar o interesse das partes, de forma que, sendo a parte vitoriosa no mérito mesmo sem ter contado com essa proteção, não tem nenhum sentido a sentença terminativa quando for possível julgar em seu favor. A *capacidade de estar em juízo* dos incapazes por meio de representante processual é voltada para a proteção da parte, não sendo legítima a extinção do processo sem a resolução do mérito se o juiz perceber que a parte, mesmo sem a representação processual no caso concreto, será vitoriosa se o mérito for julgado.

Esse entendimento contraria uma antiga e sedimentada lição da doutrina nacional: a análise dos pressupostos processuais antecede a análise de mérito. Percebido o vício na primeira análise, é impossível chegar à segunda. A proposta de parcela da doutrina é admitir a inversão nessa ordem de análise, desde que o processo esteja pronto para o julgamento do mérito. É óbvio que o juiz não deve prosseguir com processos nos quais perceba em seu nascedouro a ausência de um pressuposto processual, hipótese em que deve intimar a parte para saneamento do vício e de extinção do processo sem resolução do mérito na hipótese de omissão da parte. Nessa situação, é óbvio que a análise dos pressupostos processuais

precede a análise de mérito; mas, transcorrendo todo o processo e percebendo-se no momento do julgamento a ausência de um pressuposto processual, parece legítima a conclusão de que pode ser desprezado pelo juiz o vício se o pressuposto processual violado for voltado à proteção da parte que no julgamento do mérito se sagrará vitoriosa.

23.2.2.1.5. Perempção, coisa julgada e litispendência

O art. 485, V, do Novo CPC prevê a extinção do processo sem resolução do mérito quando o juiz reconhecer a existência de perempção, litispendência ou coisa julgada. A redação do artigo legal não é feliz, porque as matérias tratadas pelo dispositivo legal são de *ordem pública*, devendo ser reconhecidas de ofício pelo juiz[334]. O que se afirma é que, não só quando o juiz reconhecer a existência de perempção, litispendência ou coisa julgada haverá a sentença do inciso V do art. 485 do Novo CPC, mas também quando o juiz reconhecer tais matérias de ofício, ainda que essa situação seja rara, sendo difícil ao juiz reconhecer esses fenômenos processuais no caso concreto sem a alegação das partes.

A perempção é fenômeno que evita o abuso no exercício do direito de demandar, exigindo a extinção do processo quando a mesma ação for proposta pela quarta vez, tendo sido os três processos anteriores extintos sem a resolução do mérito por abandono bilateral (art. 485, II, do Novo CPC) ou unilateral do autor (art. 485, III, do Novo CPC).

Um dos significados do termo “litispendência” – e que interessa à presente análise – é a existência de dois ou mais

processos em trâmite com a mesma ação (teoria da tríplice identidade – mesmos elementos da ação). Interessante registrar hipótese na qual o Superior Tribunal de Justiça entende haver litispendência ainda que não sejam exatamente os mesmos elementos da ação. Tal excepcionalidade se verifica na litispendência entre ação ordinária e mandado de segurança, considerados a mesma ação, ainda que no mandado de segurança figure no polo passivo a autoridade coatora e na ação ordinária a pessoa jurídica de direito público ao qual essa autoridade pertence[335].

Ocorre coisa julgada quando for repetida ação que já foi julgada no mérito por decisão transitada em julgado em processo anteriormente proposto, sendo fenômeno processual analisado no Capítulo 25.

23.2.2.1.6. Carência da ação

No Capítulo 2, item 2.2.1. defendi a manutenção das condições da ação como categoria processual autônoma no sistema processual pelo Novo CPC, de forma que não vejo sentido em deixar de me valer da expressão "carência de ação", ainda que não mais expressa no Novo CPC. As condições da ação – interesse de agir e legitimidade de parte – devem ser analisadas no momento do julgamento da demanda, e não no da sua propositura. Significa dizer que, presentes as condições da ação no momento de propositura, se por fato superveniente desaparecer uma delas, será caso de extinção por carência superveniente de ação. Por outro lado, a ausência no momento da propositura não leva o processo à extinção pela carência no caso de estarem presentes as condições da ação no momento em que o juiz analisá-las[336].

23.2.2.1.7. Convenção de arbitragem

Como determina a Lei 9.307/1996, a convenção de arbitragem é um gênero, do qual a *cláusula compromissória* (antes da formação da lide) e o *compromisso arbitral* (depois de instaurada a lide) são espécies. A existência de qualquer uma das espécies de convenção de arbitragem gera a extinção do processo sem a resolução do mérito porque, havendo a opção pela arbitragem, a intervenção jurisdicional é indevida. Sendo o direito de ação disponível, também é disponível o direito de exercê-lo perante a jurisdição, não havendo na escolha da arbitragem pelas partes qualquer ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV, da CF).

Assim como as partes escolheram excluir a jurisdição, preferindo a arbitragem como forma de solucionar o conflito de interesses em que estão envolvidos, é natural que também possam abrir mão da arbitragem já acordada. Significa dizer que, ainda que exista uma convenção de arbitragem, nem sempre o processo será extinto pela sentença terminativa prevista no art. 485, VII, do Novo CPC, porque, se ambas as partes resolverem pela intervenção jurisdicional, naturalmente a convenção de arbitragem torna-se ineficaz. A extinção pela sentença terminativa analisada, portanto, depende de o autor ignorar a convenção de arbitragem ao propor a demanda judicial e ao réu não concordar com essa postura, indicando a existência da escolha prévia pela arbitragem.

O art. 485, VII, do Novo CPC prevê serem causas de extinção terminativa do processo tanto a alegação de existência de convenção de arbitragem como o reconhecimento pelo juízo arbitral de sua competência. Significa dizer que, havendo decisão arbitral reconhecendo sua competência, vinculado estará o juízo onde porventura estiver tramitando o processo com o mesmo objeto.

23.2.2.1.8. Desistência da ação

Desistir da ação é diferente de renunciar ao direito material alegado; enquanto a desistência diz respeito somente ao processo em que ocorre, o que permite ao autor voltar ao Poder Judiciário com idêntica demanda, a renúncia concerne ao direito material alegado, de forma que não se admitirá ao autor retornar ao Poder Judiciário com demanda fundada em direito material que já foi objeto de renúncia. Não por outra razão a sentença fundada em desistência é terminativa, pois não resolve o mérito (art. 485, VIII,

do Novo CPC), enquanto a sentença que homologa a renúncia é definitiva, resolvendo o mérito da demanda e fazendo coisa julgada material (art. 487, III, "c", do Novo CPC).

Corrigindo erro do art. 267, § 4.º, do CPC/1973, o mesmo parágrafo do art. 485 do Novo CPC prevê que a anuência do réu como condição para a homologação da desistência só passa a ser exigida após o oferecimento da contestação. O dispositivo legal consagra consolidado entendimento jurisprudencial[337]. Sem contestação do réu não é necessária sua anuência quanto ao pedido de desistência do autor[338], sendo entendido que seu silêncio quanto ao pedido representa aceitação tácita da desistência[339].

Nos termos do art. 1.040, § 3.º, do Novo CPC, o consentimento do réu diante do pedido de desistência do autor será excepcionado quando ocorrer antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. Nesse caso o § 2º do mesmo dispositivo prevê que o autor ficará isento do pagamento de custas e de honorários de sucumbência se desistir do processo antes de oferecida a contestação.

Reconhecendo que a sentença de improcedência é mais favorável ao réu do que a sentença terminativa, o Superior Tribunal de Justiça confirma o entendimento de que, após a apresentação de contestação, a desistência depende de anuência do réu, mas exige que a recusa do réu deva ser fundamentada e justificada, não bastando apenas a simples alegação de discordância, sem a indicação de qualquer motivo relevante[340]. Entendo que bastará ao

réu expressamente consignar o óbvio, inclusive reconhecido pelo tribunal: a sentença de improcedência é mais favorável que a sentença terminativa.

Registre-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que dispensa a anuência do réu na homologação de pedido de desistência do mandado de segurança[341]. Outro interessante entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o que proíbe a desistência da ação após a prolação da sentença, admitindo-se tão somente que as partes transacionem a respeito do decidido[342]. Esse entendimento é consagrado de forma genérica para todas as ações pelo § 5º do art. 485 do Novo CPC que prevê expressamente ser admissível o pedido de desistência apenas até a prolação da sentença.

23.2.2.1.9. Direitos intransmissíveis

O inciso IX do art. 485 do Novo CPC prevê como causa de extinção terminativa a morte da parte em ação considerada intransmissível por disposição legal. Tal espécie de extinção, portanto, não decorre somente da natureza do direito material discutido, mas também de um fato superveniente que exija para a continuação da demanda a *sucessão processual*, o que não se admitirá no caso concreto em razão de ser o direito intransmissível. Hipótese frequente em demandas de família, como o divórcio, no qual o falecimento de um dos cônjuges durante a demanda exigirá a extinção do processo sem resolução do mérito, sendo inviável que o polo em que figurava o *de cujus* seja assumido por seus herdeiros ou sucessores.

Interessante questão surge nas demandas indenizatórias em razão de dano moral. Será aplicável o art. 485, IX, do Novo CPC? Para a doutrina majoritária o direito de indenização a dano moral é patrimonial, de forma que os sucessores do ofendido têm o direito de sucedê-lo na demanda judicial. Esse também é o entendimento prevalente no Superior Tribunal de Justiça[343]. Para outra parcela doutrinária, o direito, apesar de patrimonial, é personalíssimo, porque somente o *de cujus* suportou o abalo moral pelo qual pede reparação, não tendo sentido recompensar terceiros – ainda que herdeiros e sucessores – que não tiveram qualquer abalo moral[344]. Nesse caso, haveria extinção do processo sem resolução do mérito fundada na hipótese ora analisada.

Concordo com o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça, porque se o sofrimento típico do dano moral realmente é intransmissível, o mesmo não se pode dizer do direito de ressarcimento em razão do ato ilícito, de natureza patrimonial e, portanto, suscetível de transmissão.

23.2.2.1.10. Repropositura da ação

O Novo Código de Processo Civil inova no tratamento da repropositura da ação diante do trânsito em julgado de sentença terminativa. O *caput* do art. 486 mantém tradicional regra de que diante da extinção do processo por sentença terminativa transitada em julgado a parte poderá propor novamente a ação. O § 1º, entretanto, prevê cinco espécies de sentença terminativa diante das quais a parte só poderá repropor a ação se o vício que levou a tal decisão tiver sido corrigido (sanado): extinção por litispendência, indeferimento da petição inicial, ausência de pressuposto

processual, carência de ação e convenção de arbitragem. Essa tendência de se exigir a correção do vício para a repropositura da ação, mesmo sem previsão legal expressa no CPC/1973, já vinha sendo reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça[345].

Pode-se questionar a razão da seletividade do art. 486, § 1º, do Novo CPC, que não contempla todas as hipóteses de sentença terminativa. Para se concluir pelo acerto ou erro da opção legislativa vale uma breve menção às hipóteses não incluídas no dispositivo legal.

No caso de abandono unilateral ou bilateral (art. 485, II e III, do Novo CPC), não existe qualquer vício a ser corrigido, tendo o processo sido extinto não porque viciado, mas por inércia do autor ou de ambas as partes. Na hipótese de extinção por desistência do processo (art. 485, VIII, do Novo CPC) se dá o mesmo fenômeno, porque nesse caso a extinção não decorreu de vício do processo, mas de vontade expressa do autor. No caso de morte da parte em ação considerada intransmissível (art. 485, IX, do Novo CPC), a repropositura será impossível porque o falecido não tem capacidade de ser parte e os sucessores não tem legitimidade ativa.

A sentença terminativa prevista no art. 485, V, do Novo CPC é a que chama mais atenção, já que somente a litispendência está prevista no art. 486, § 1º, do Novo CPC. A litispendência que gerou a extinção terminativa do processo pode desaparecer em decorrência da extinção superveniente da ação que gerou tal extinção. No caso de extinção por perempção e coisa julgada, o vício que levou a extinção do processo não tem como ser corrigido,

não tendo mesmo sentido tais hipóteses de sentença terminativa constarem do dispositivo legal ora analisado[346]. Mas não se pode descartar totalmente a repropositura no caso de extinção por coisa julgada, considerando-se a possibilidade de sua desconstituição superveniente[347], por exemplo, por ação rescisória. Nesse caso, embora ausente do rol do § 1º do art. 486 do Novo CPC, será admissível a repropositura da ação.

A opção do legislador de limitar a aplicabilidade do art. 486, § 1º, do Novo CPC a determinadas espécies de sentença terminativa foi, portanto, acertada. O dispositivo se limita a extinções terminativas fundadas em vícios sanáveis, que inadmitem o julgamento do mérito[348]. Nesses casos, o saneamento do vício passa a ser condição para a repropositura da ação.

Essa nova realidade gera uma interessante situação quanto à sentença que extingue o processo sem resolução do mérito por ilegitimidade de parte quando o caso concreto versar sobre legitimidade ordinária. Nesse caso, o vício que gerou a sentença terminativa só pode ser sanado com a substituição do sujeito apontado como parte ilegítima por aquele que é legitimado a participar do processo. Ocorre que, uma vez substituído um dos sujeitos que compunha a relação jurídica processual da primeira demanda, a segunda demanda já não será mais idêntica à primeira. A modificação de parte, um dos elementos da demanda, afasta a existência da tríplice identidade. Significa dizer que a mera repetição nesse caso não será admitida[349], o que leva parcela da doutrina a concluir que a sentença se torna tão imutável quanto uma sentença de mérito transitada em julgado, o que possibilitaria o

ingresso de ação rescisória contra tal sentença.

Para hipóteses como essa, embora a sentença terminativa não faça coisa julgada material, será cabível ação rescisória por expressa previsão do art. 966, § 2º, I, do Novo CPC. A previsão é indispensável, sob pena de se criar sentenças terminativas mais imutáveis e indiscutíveis que a própria sentença de mérito transitada em julgado. A justificativa para não se admitir a ação rescisória contra a sentença terminativa é justamente a ausência de interesse de agir diante da possibilidade da repropositura da ação. Não havendo tal possibilidade, passa a existir o interesse de agir em regra ausente e o cabimento de ação rescisória torna-se essencial para a preservação da lógica do sistema.

Registre-se que o mesmo não ocorre na legitimação extraordinária, quando o vício poderá ser sanado sem a mudança da parte, como ocorre numa ação civil pública extinta por ilegitimidade ativa porque a associação ainda não completou um ano de existência, sendo que decorrido esse prazo a mesma associação poderá ingressar com demanda idêntica à primeira. Sana-se o vício sem a necessidade de alteração dos elementos da ação, ou seja, admite-se a nova propositura da ação.

O art. 486, § 2.º, do Novo CPC mantém a regra de que, admitida a repropositura, a petição inicial só será despachada com a prova do pagamento ou do depósito das custas e honorários advocatícios referentes ao processo extinto por sentença terminativa.

23.2.2.2. Sentenças definitivas (art. 487 do Novo CPC)

O legislador prevê cinco espécies de sentenças de mérito no art. 487 do Novo CPC, sendo que o elemento que as reúne é a decisão definitiva do conflito, em razão da *coisa julgada material*. Nesse aspecto não existe nenhuma diferença entre as diferentes espécies de sentença de mérito. Ocorre, entretanto, que somente em uma delas o direito material alegado pelo autor é efetivamente analisado, sendo nesse caso o pedido rejeitado ou acolhido dependendo da existência ou não do direito material. Essa particularidade faz com que parcela da doutrina chame a sentença prevista pelo art. 487, I, do Novo CPC, de *sentença genuína de mérito* ou de *verdadeira sentença de mérito*.

Existem também as *sentenças homologatórias de mérito*, nas quais o juiz não chega a apreciar o direito material alegado pela parte, limitando-se a homologar uma declaração de vontade somente de uma das partes, como ocorre no reconhecimento jurídico do pedido, que é um ato dispositivo do réu (art. 487, III, "a", do Novo CPC) e a renúncia, que é um ato dispositivo do autor (art. 487, III, "c", do Novo CPC), ou ao homologar um acordo de vontades das partes (art. 487, III, "b", do Novo do CPC), sendo entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o juiz não está obrigado a homologar o negócio jurídico[350].

Por fim, a sentença que reconhece a prescrição ou decadência (art. 487, II, do Novo CPC), na qual também não ocorre a análise de existência do direito material do autor, limitando-se o juiz a reconhecer o transcurso do prazo para a propositura da demanda, o que impedirá a resolução de mérito.

Tanto as sentenças homologatórias como as que reconhecem a prescrição ou decadência põem fim ao conflito de forma definitiva, o que as torna sentenças de mérito, mas, como o juiz não enfrenta o direito material alegado pelo autor, são consideradas falsas sentenças de mérito, ou ainda sentenças de mérito impuras. Existe doutrina que entende ser a sentença que reconhece a *prescrição* e *decadência* genuinamente de mérito, tratando-se de espécie de sentença de rejeição do pedido do autor, mas por um fundamento específico, o transcurso temporal[351]. Desde que se leve em conta que nesse caso não existe análise da efetiva existência do direito material, suficiente para distingui-la da sentença de rejeição do pedido propriamente dita, não vejo maiores problemas na solução apontada por essa parcela doutrinária.

O art. 488 do Novo CPC prevê que, "desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485". É a consagração de que as imperfeições formais são menos importantes que a solução de mérito quando não geram prejuízo para a parte, que, mesmo sendo prejudicada por tais imperfeições, tem condições de se sagrar vitoriosa no mérito. Acredito que nenhum vencedor de demanda reclamará se tiver uma legítima defesa preliminar rejeitada, mesmo que reconhecidamente fundada, desde que obtenha a vitória definitiva. O dispositivo, entretanto, não permite ao juiz desconsiderar as alegações preliminares ou os vícios evidentes que devem ser considerados de ofício, aguardando o final do processo para verificar quem será o vencedor da demanda e somente nesse momento decidir se as acolhe ou não, sob pena de violação clara ao princípio da economia processual. Serve apenas

para situações em que a percepção de acolhimento da preliminar ou da existência do vício ocorre em momento no qual o processo já esteja pronto para a imediata resolução de mérito.

23.2.2.2.1. Acolhimento ou rejeição do pedido

Conforme já afirmado, a sentença proferida com amparo no art. 487, I, do Novo CPC, é a única entre todas as espécies de sentença de mérito que se fundamenta na existência ou não do direito material alegado pelo autor. Na praxe forense é comum a utilização do termo procedência ou improcedência, o que não causa qualquer problema desde que se tenha a exata medida do que efetivamente está sendo julgado procedente. Não parece ser correto falar em procedência da ação, porque com grande esforço esse termo será compreendido como a declaração de que o autor tem o direito de ação, nada afirmando a respeito de sua pretensão material. O adequado, nesse caso, é procedência ou improcedência do pedido, e não da ação[352].

Cumpre uma consideração voltada ao fenômeno da confusão, forma de extinção da obrigação prevista pelo Código Civil nos arts. 381 a 384. É representada pela unificação em uma só pessoa das qualidades de credor e devedor, e, como não tem sentido uma pessoa ser credora e devedora de si mesma, a obrigação será extinta. Havendo ação judicial na qual o pai cobra dívida do filho, falecendo o primeiro e sendo o segundo o único herdeiro, haverá a confusão prevista no direito material. O mesmo fenômeno ocorre quando sociedades que litigam por direito patrimonial se unem ou quando uma adquire a outra.

Essa comunhão do patrimônio de autor e réu era no CPC/1973 causa de extinção terminativa, em opção legislativa que encontrava resistência em parte da doutrina que defendia, por se tratar a confusão de instituto de direito material com reflexos processuais, uma extinção com julgamento do mérito, inclusive com geração de coisa julgada material, considerando-se a extinção do litígio[353]. A tese de que a confusão gera uma sentença de mérito parece ter prevalecido no Novo Código de Processo Civil, já que a matéria foi excluída do rol de matérias que levam à extinção do processo sem resolução de mérito.

23.2.2.2.2. Reconhecimento jurídico do pedido

A submissão é forma de solução alternativa de solução de conflitos, tratando-se de uma das espécies de autocomposição, conforme analisado no Capítulo 1, item 1.2.2. No reconhecimento jurídico do pedido verifica-se a submissão processual, caracterizada sempre que o réu expressamente concorda com a pretensão do autor. Essa concordância é ampla, atingindo tanto a causa de pedir quanto o pedido, de forma que no reconhecimento jurídico do pedido o réu concorda com os fatos e fundamentos jurídicos alegados pelo autor e também com o pedido por ele formulado.

Como se nota com facilidade, o reconhecimento jurídico do pedido é bem mais abrangente que a confissão, que atinge tão somente a matéria fática da demanda. No reconhecimento jurídico do pedido o juiz simplesmente homologa a vontade do réu de que o autor se sagre vitorioso na demanda, nos termos de seu pedido.

23.2.2.2.3. Transação

Na transação verifica-se um acordo de vontade das partes com sacrifícios recíprocos. Como já afirmado no Capítulo 1, item 1.2.2, a transação vem sendo fortemente encorajada em razão da maior possibilidade de geração da justiça coexistencial quando o conflito é resolvido por acordo entre as partes e não por uma decisão impositiva do juiz. Mais uma vez não é o juiz que decide o conflito – como ocorre em todas as formas de autocomposição – limitando-se a homologar por sentença o acordo de vontade entre as partes.

A sentença homologatória de transação não guarda relação com o objeto do processo, de forma que é admissível que o objeto da transação seja mais amplo que o da demanda, trazendo para a homologação do juiz matérias que não faziam parte do processo. O mesmo fenômeno se aplica aos limites subjetivos da demanda, com a transação envolvendo terceiro (art. 515, § 2º, do Novo CPC). Trata-se de elogiável medida de economia processual e de oferecimento de solução da lide completa.

23.2.2.2.4. Prescrição e decadência

São de direito material os fenômenos jurídicos tratados no art. 487, II, do Novo CPC, sendo tanto a prescrição quanto a decadência previstas no Código Civil. Referem-se a limitações temporais para a arguição perante o Poder Judiciário de tutela de um direito material, com o objetivo de resguardar a segurança de situações jurídicas já estabelecidas. Considerações mais aprofundadas dos institutos jurídicos ora tratados ensejam necessariamente análises de direito material, o que não se encaixa nos limites do presente livro.

23.2.2.2.5. Renúncia

A renúncia é um ato unilateral de vontade do autor consubstanciado na disposição de um direito material que alega ter, sendo irrelevante no caso concreto a efetiva existência de tal direito. Dessa forma, ocorrendo renúncia do direito afirmado pelo autor, não há preocupação do juízo em descobrir se o direito objeto da disposição efetivamente existe, bastando para a solução definitiva da lide a homologação judicial do ato de vontade do autor. A atividade homologatória somente não ocorrerá no caso concreto nas hipóteses de direitos que não admitem renúncia.

Como é simples perceber, recaindo a renúncia sobre o direito material, já que o autor abre mão do direito material que alega ter, a renúncia decide de forma definitiva o conflito porque não haverá mais direito material que possa ser alegado para ensejar eventual conflito de interesses. Nesse aspecto é nítida a diferença entre *renúncia do direito material* e *desistência do processo*, a primeira gerando efeitos materiais e a segunda limitando-se a efeitos processuais.

23.3. ELEMENTOS DA SENTENÇA

Ao indicar as partes que devem compor uma sentença genuína de mérito, o *caput* do art. 489 do Novo CPC deve ser elogiado por consagrar entendimento doutrinário de que o relatório, a fundamentação e o dispositivo da sentença são os seus elementos e não seus requisitos, conforme incorretamente previa o art. 458, *caput*, do CPC/1973.

Frise-se que esses elementos da sentença somente são exigidos na genuína sentença de mérito, não havendo o formalismo previsto

pelo dispositivo legal ora analisado nas falsas sentenças de mérito e nas sentenças terminativas. Essa realidade era parcialmente reconhecida pelo art. 459 do CPC/1973 ao prever que a sentença terminativa poderia ter fundamentação concisa. O Novo Código de Processo Civil não repete a disposição legal, mas isso não altera a possibilidade de uma sentença menos formal em seus aspectos intrínsecos nas hipóteses mencionadas. A permissão de fundamentação sucinta naturalmente não contraria o art. 93, IX, da CF, de forma que, mesmo o juiz estando dispensado de elaborar uma sentença com relatório, fundamentação e dispositivo, é indispensável que exteriorize suas razões de decidir.

A maior ou menor extensão da fundamentação nas sentenças terminativas e nas falsas sentenças de mérito dependerá do caso concreto. Nas falsas sentenças de mérito, uma sentença que homologa ato de composição tem como fundamento a mera remissão a uma das alíneas do inciso III do art. 487 do Novo CPC. Já a sentença que extingue o processo por prescrição e decadência depende de uma fundamentação mais robusta, sendo indispensável que o juiz especifique as razões que o levaram a tal solução. Nas sentenças terminativas, a técnica de mera remissão a dispositivo legal também é aplicável, como ocorre, por exemplo, na hipótese de homologação de desistência. E também nessas sentenças é possível exigir-se uma fundamentação mais extensa, como, por exemplo, na extinção por carência da ação.

23.3.1. RELATÓRIO

O relatório é um resumo da demanda, no qual o juiz indicará

(a) as partes;

(b) uma breve suma do pedido;

(c) uma breve suma da defesa; e

(d) a descrição dos principais atos praticados no processo.

Costuma-se dizer que a razão de ser do relatório é demonstrar que o juiz tem pleno conhecimento da demanda que está julgando. Ocorre, entretanto, que é perfeitamente possível que o juiz, mesmo que não faça o relatório – seja porque ele não existe, seja porque o serventuário o elaborou –, tenha o pleno conhecimento da demanda exigido para um julgamento de qualidade. Tanto assim que nos Juizados Especiais o relatório é dispensado (art. 38 da Lei 9.099/1995), não se conhecendo entendimento que afirme que nesses processos o juiz possa sentenciar sem ter o pleno conhecimento da demanda.

Admite-se a elaboração de relatório *per relationem*, quando o juiz se reporta a um relatório realizado em outra demanda, o que é possível em termos de sentença em julgamento de demandas conexas quando julgadas em momentos diferentes ou de ações incidentais. É mais comum ocorrer em acórdãos, com a utilização do relatório da sentença impugnada, além dos principais atos praticados depois da sentença[354].

A ausência de relatório gera a nulidade da sentença, presumindo-se que o juiz ao deixar de realizar o relatório não tem o conhecimento pleno da demanda que está julgando. A doutrina majoritária entende tratar-se de nulidade absoluta[355], com o que não concordo, porque só tem sentido anular a sentença se restar

demonstrado concretamente o prejuízo, ou seja, que o juiz realmente não tinha o conhecimento pleno da demanda. Trata-se, portanto, de nulidade relativa[356]. Prova maior é a dispensa de relatório nos Juizados Especiais (art. 38, *caput*, da Lei 9.099/95), o que demonstra que a decisão pode ser válida mesmo sem esse elemento. Frise-se que, nesse caso, provavelmente o desconhecimento do juiz se mostrará por meio de fundamentação inadequada ou insuficiente.

23.3.2. FUNDAMENTAÇÃO

A fundamentação da decisão é essencial, sendo inclusive um dos princípios constitucionais já analisados no Capítulo 3, item 3.4.4. Sendo a sentença um ato decisório de extrema importância no processo, é evidente que a fundamentação não pode ser dispensada. Na fundamentação o juiz deve enfrentar todas as questões de fato e de direito que sejam relevantes para a solução da demanda, justificando a conclusão a que chegará no dispositivo. São os *porquês* do ato decisório[357], tanto que só é possível afirmar justa ou injusta uma sentença analisando-se no caso concreto sua fundamentação.

A ausência de fundamentação é vício grave, mas não gera a inexistência jurídica do ato, devendo ser tratado no plano da validade do ato judicial decisório, de forma que a sentença sem fundamentação é nula (nulidade absoluta)[358]. As duas funções da motivação das decisões judiciais – inclusive e essencialmente a sentença – são tratadas no Capítulo 3, item 3.4.4.

O recurso adequado é a apelação com a alegação de *error in*

procedendo intrínseco, ainda que excepcionalmente possam se admitir os embargos de declaração com efeitos infringentes, tema tratado no Capítulo 73, item 73.7.2. Sob a égide do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça entendia que, sendo anulada pelo tribunal a sentença não fundamentada, o processo deveria retornar ao primeiro grau para a prolação de uma nova sentença[359]. Parcela da doutrina entendia ser aplicável por analogia o art. 515, § 3.º, do CPC/1973, de forma que o tribunal de segundo grau anulasse a sentença e passasse imediatamente à prolação de uma nova decisão de mérito da demanda, agora devidamente fundamentada[360]. A divergência foi resolvida pelo art. 1.013, § 3º, IV, do Novo CPC, que prevê expressamente a aplicação da teoria da causa madura na hipótese de nulidade de sentença por falta de fundamentação.

23.3.3. DISPOSITIVO

O dispositivo é a conclusão decisória da sentença, representando o comando da decisão. É a parte da sentença responsável pela geração de efeitos da decisão, ou seja, é do dispositivo que são gerados os efeitos práticos da sentença, transformando o mundo dos fatos. O dispositivo é a conclusão do juiz que decorre da fundamentação, parte da sentença na qual o julgador descreve suas razões de decidir, indicando os fundamentos que justificam a opção tomada no dispositivo.

Ao juiz é permitida a elaboração de dispositivo direto e indireto, ainda que a primeira espécie seja a forma mais segura de elaborar essa parte da sentença, evitando-se eventuais obscuridades da decisão. No *dispositivo direto*, o juiz indica expressamente o bem da vida obtido pelo autor, enquanto no *dispositivo indireto* o

juiz acolhe o pedido do autor sem a indicação do bem da vida obtido, limitando-se a julgar procedente o pedido e a fazer uma remissão à pretensão do autor[361].

> Cibele ingressa com ação judicial em virtude de dano material suportado por ato ilícito praticado por Alarico, requerendo sua condenação ao pagamento de R$ 10.000,00. Em caso de acolhimento do pedido de Cibele, o juiz sentenciante poderá optar pelas duas técnicas de elaboração do dispositivo da sentença: valendo-se do dispositivo direto, acolhe o pedido e condena expressamente Alarico ao pagamento de R$ 10.000,00; valendo-se do dispositivo indireto, acolhe o pedido nos termos da petição inicial.

A ausência de dispositivo gera vício gravíssimo, até mesmo porque uma decisão sem dispositivo não é propriamente uma decisão, porque nada decide. Trata-se de inexistência jurídica do ato judicial[362], podendo tal vício ser alegado em sede de embargos de declaração em razão de omissão do órgão julgador ou por meio de apelação. Tratando-se de inexistência jurídica é admissível a alegação do vício até mesmo após o trânsito em julgado da decisão, por meio de ação meramente declaratória.

23.3.4. COMENTÁRIOS GERAIS A RESPEITO DOS ELEMENTOS DA SENTENÇA

Ainda que o art. 489 do Novo CPC estabeleça uma ordem entre os diferentes elementos da sentença, não existe nenhuma irregularidade na sentença proferida com a inversão dessa ordem[363]. Por uma questão lógica, entretanto, a ordem legal deve ser seguida, considerando-se que o relatório descreve o processo, a fundamentação demonstra as justificativas da decisão e o

dispositivo é a conclusão decisória do raciocínio desenvolvido na fundamentação.

Além da desnecessidade de seguir a ordem legal, o juiz na prolação da sentença não é obrigado a separar a decisão, com clara identificação dos seus diferentes elementos. Alguns juízes indicam de forma bastante clara o início e o fim dos diferentes elementos, mas, sendo possível identificá-los no caso concreto, a ausência de divisão não torna a decisão viciada. A melhor técnica, entretanto, é a elaboração da sentença com a nítida separação entre os elementos descritos no art. 489 do Novo CPC.

23.4. SENTENÇA LÍQUIDA

Segundo o art. 491, *caput*, do Novo CPC, na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso. Trata-se de norma mais completa, mas com praticamente o mesmo conteúdo daquela prevista no art. 459, parágrafo único, do CPC/1973. A regra também é aplicável ao acórdão que alterar a sentença, nos termos do § 2.º do art. 491 do Novo CPC.

Os incisos do dispositivo legal trazem as exceções a essa regra, permitindo a sentença ilíquida quando não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido ou a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença. Nesses casos, o § 1.º do art. 491 do Novo CPC prevê que o processo

seguirá após a prolação da sentença para apuração do valor devido por liquidação.

23.5. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

23.5.1. CONCEITO

Segundo o art. 492, *caput* do Novo CPC, o juiz não pode conceder diferente ou a mais do que for pedido pelo autor. Trata-se do *princípio da congruência*, também conhecido como princípio da *correlação* ou da *adstrição*. O dispositivo legal, entretanto, é incompleto, porque os limites da sentença devem respeitar não só o pedido, mas também a causa de pedir e os sujeitos[364] que participam do processo. É nula a sentença que concede a mais ou diferente do que foi pedido, como também há nulidade na sentença fundada em causa de pedir não narrada pelo autor, na sentença que atinge terceiros que não participaram do processo ou que não julga a demanda relativamente a certos demandantes.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, mesmo sem previsão expressa nesse sentido, já reconheceu a existência de sentenças *ultra* e *extra causa petendi*.[365]O julgamento, entretanto, merece um reparo. É materialmente impossível a existência de uma sentença *ultra causa petendi*, porque não há como se quantificar a causa de pedir. A causa de pedir que fundamenta a sentença pode ser diferente daquela narrada pelo autor, mas nunca poderá ir além dela. E a correlação exigida nesse caso limita-se aos fatos jurídicos, porque na aplicação do fundamento jurídico devem ser adotados os brocardos *iura novit curia* (o juiz sabe o direito) e *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te dou o Direito)[366].

Para significativa parcela doutrinária, o princípio da congruência é decorrência do princípio dispositivo[367]. Sem afastar tal entendimento, em análise mais minuciosa nota-se que o princípio ora estudado é fundamentado em dois outros princípios: *inércia da jurisdição* (princípio da jurisdição) e *contraditório* (princípio do processo)[368]. A inércia da jurisdição determina que o juízo só se movimenta quando provocado pelo interessado, sendo que essa movimentação ocorre nos estritos limites do pedido e causa de pedir elaborados pelo autor, bem como se limita aos sujeitos processuais. Por outro lado, o réu limita sua defesa tomando por base a pretensão do autor, não havendo sentido defender-se de pedido não elaborado, causa de pedir não narrada na petição inicial, ou contra sujeito que não participa do processo. Uma decisão proferida fora desses limites surpreenderá o réu, o que não se pode admitir em respeito ao princípio do contraditório.

Registre-se que uma ofensa ao princípio da congruência nem sempre representará ofensa ao princípio do contraditório, bastando que o pedido ou a causa de pedir levada em conta pelo juiz sem que tenha sido provocado a tanto, tenha sido objeto de prévia discussão entre as partes. Ainda que seja improvável tal ocorrência, é possível imaginar um desvio das partes e do próprio juiz durante o processo no tocante aos limites impostos pelo autor, de forma que não haverá nesse caso uma surpresa ao réu. O princípio da inércia, entretanto, será sempre desrespeitado diante de sentença que não respeite os limites traçados pelo princípio da congruência.

Marina ingressa com ação judicial objetivando a rescisão de contrato que mantém com Olga. Na exposição de fatos na

petição inicial, narra que o descumprimento contratual de Olga ocasionou-lhe uma série de contratempos, inclusive a fazendo sofrer demasiadamente. Imagine-se que Olga, em sua contestação, passe a impugnar tal sofrimento, ainda que nitidamente essa parte da narrativa fática da petição inicial não faça parte da causa de pedir e em nada se relacione com o pedido de rescisão contratual. Por alguma razão Marina entra na discussão com Olga, e ambas produzem provas a respeito do alegado sofrimento da primeira, tudo sendo permitido pelo juiz. Note-se que, caso o juiz condene Olga ao pagamento de danos morais, certamente a sentença será *extra petita*, porque o pedido de Marina limitava-se à rescisão contratual; mas, nesse caso, não terá ocorrido violação ao princípio do contraditório, considerando-se que a matéria – danos morais – foi amplamente discutida por ambas as partes. Apesar de não verificar-se a violação ao princípio do contraditório, naturalmente houve ofensa ao princípio da inércia da jurisdição, e por essa razão a sentença é nula.

23.5.2. EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

Nem toda decisão proferida sem a observação do princípio da congruência é nula, admitindo-se a extrapolação no tocante ao pedido em situações expressamente previstas em lei.

No que concerne à limitação da sentença ao pedido do autor, existem três exceções:

(a) nos chamados *pedidos implícitos* é admitido ao juiz conceder o que não tenha sido expressamente pedido pelo autor[369];

(b) a *fungibilidade* permite ao juiz que conceda tutela diferente da que foi pedida pelo autor, verificando-se nas ações possessórias (permite-se concessão de tutela possessória diferente da pedida pelo autor) e nas ações cautelares (permite-se a concessão de tutela cautelar diferente da pedida pelo autor);

(c) nas demandas que tenham como objeto uma obrigação de fazer e/ou não fazer o juiz pode conceder tutela diversa da pedida pelo autor, desde que com isso gere um

resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação (art. 497 do Novo CPC e art. 84, *caput*, do CDC)[370].

A regra da adstrição do juízo ao pedido elaborado pelo autor encontra interessante exceção no processo objetivo com a chamada inconstitucionalidade reflexa, ou por ricochete, também conhecida na doutrina como inconstitucionalidade por consequência, arrastamento ou por atração[371]. O Supremo Tribunal Federal admite que ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma possa também declarar outras normas não impugnadas na ação judicial em razão de sua interdependência com aquela declarada inconstitucional[372]. A adoção do entendimento de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento afasta o princípio da adstrição, admitindo-se que a concessão de tutela pelo órgão jurisdicional seja mais ampla do que aquela expressamente pedida pelo autor.

O Superior Tribunal de Justiça também flexibiliza o princípio no direito previdenciário, admitindo que o juiz conceda ao autor benefício previdenciário diverso do requerido na inicial, desde que preenchidos os requisitos legais atinentes ao benefício concedido[373], levando-se em consideração os fins sociais das normas previdenciárias, bem como a hipossuficiência do segurado[374]. E já teve a oportunidade de decidir não se tratar de sentença *extra* ou *ultra petita* aquela que concede em ação civil pública ambiental proteção de área mais extensa que a constante na petição inicial[375], bem como aquela que determina medidas não pedidas pelo autor, desde que essenciais para a efetivação daquilo

que foi pedido[376].

23.6. SENTENÇA *EXTRA PETITA*

23.6.1. CONCEITO

A sentença *extra petita* é tradicionalmente considerada como a sentença que concede algo diferente do que foi pedido pelo autor. O art. 322, *caput*, do Novo CPC exige do autor que o pedido formulado seja certo, regra aplicável ao pedido imediato e mediato, sendo que a sentença que não respeita a certeza do pedido gera vício que a torna nula, sendo *extra petita* sempre que conceder ao autor algo estranho à certeza do pedido. Sentença *extra petita* é, portanto, sentença que concede tutela jurisdicional diferente da pleiteada pelo autor, como também a que concede bem da vida de diferente gênero daquele pedido pelo autor.

O Superior Tribunal de Justiça, com base no direito do autor ao restabelecimento do *status quo*, vem concedendo pedidos não formulados expressamente pelo autor, tais como a condenação do réu a pagar parcelas do preço pagas pelo promitente comprador, mesmo sem pedido, quando decretada a resolução do contrato de promessa de compra e venda[377], e a condenação ao ressarcimento dos vencimentos que seriam pagos no período em que o servidor público foi indevidamente desligado quando pede apenas a anulação do ato de exoneração e sua consequente reintegração do curso[378].

Havendo a limitação da sentença à causa de pedir, não pode o juiz conceder o pedido elaborado na petição inicial com fundamento em causa de pedir que não pertença à pretensão do

autor[379]. Nesse caso a ofensa ao princípio da congruência depende da corrente doutrinária que se adotar no tocante aos limites gerados pela causa de pedir; entendida como abrangente dos fatos jurídicos e fundamentos jurídicos do pedido, a limitação será mais ampla, enquanto, aplicando-se o entendimento de que a vinculação se limita aos fatos jurídicos, a limitação será menos ampla. Embora seja considerada na praxe forense como sentença *extra petita*, o nome mais adequado é sentença *extra causa petendi*, porque o juiz concede exatamente aquilo que o autor pediu, restando o vício limitado à utilização de uma causa de pedir não narrada pelo autor.

> Peter adquire um carro de forma financiada, sendo que o veículo apresenta constantes defeitos, sendo obrigado a fazer "visitas" semanais à concessionária. Atingido o limite de sua paciência, simplesmente larga o carro na concessionária e deixa de pagar o financiamento, o que motiva a remessa de seu nome ao Serasa e o ingresso de ação de busca e apreensão. Inconformado com a situação, ingressa com demanda na qual elabora uma série de pedidos, interessando ao presente exemplo o pedido de dano moral, fundamentado na indevida remessa de seu nome aos órgãos de proteção ao crédito, o que teria lhe causado um abalo de crédito. Na sentença, o juiz fundamenta sua decisão no entendimento de que o contrato de compra e venda não se confunde com o contrato de financiamento, de forma que os vícios do veículo não justificam o inadimplemento do segundo contrato. Concede, entretanto, o dano moral pleiteado, fundamentando sua decisão no entendimento de que o sujeito que suporta o que Peter sofreu com um carro 0 km, tem direito a compensação em razão do abalo psíquico suportado. Nesse caso, não houve ofensa aos limites do pedido, mas a causa de pedir narrada por Peter (fato: remessa do nome aos órgãos de proteção ao crédito; fundamento jurídico: abalo de crédito) não foi o fundamento da decisão, mas sim causa de pedir estranha ao objeto da demanda (fato: defeitos do carro; fundamento jurídico: abalo psíquico).

Conforme já analisado, tanto a doutrina[380] como a jurisprudência[381], no tocante à causa de pedir, limitam a correlação do juiz ao prolatar sua sentença aos fatos jurídicos narrados pelo autor, de forma que o juiz está liberado a aplicar fundamento jurídico diverso daquele narrado pelo autor em sua petição inicial em aplicação dos brocardos *da mihi factum, dabo tibi jus* e *iura novit curia*. No controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tradicionalmente chama tal fenômeno de *causa de pedir aberta***,** o que significa liberdade àquele tribunal na análise de qualquer causa de pedir no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade/constitucionalidade, ainda que não alegada pelo autor[382].

A sentença que vincula pessoa estranha ao processo, que dele não tenha participado como sujeito processual, deixando de decidir relativamente aos sujeitos que participaram do processo como sujeitos processuais, também é considerada como espécie de sentença *extra petita*. Sempre que a sentença atingir somente sujeitos que não participaram da demanda judicial será considerada *extra petita*[383].

23.6.2. RECORRIBILIDADE DA SENTENÇA *EXTRA PETITA*

Proferida sentença *extra petita*, o recurso cabível é a *apelação*[384], com pedido de anulação da sentença fundada no *error in procedendo* intrínseco. O ingresso de embargos de declaração não deve ser *a priori* e genericamente descartado, ficando reservado, entretanto, para as excepcionais hipóteses em que se admite que esse recurso tenha efeitos infringentes.

Sob a égide do CPC/1973, o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que, provida a apelação, com a consequente anulação da sentença, o processo retornaria ao primeiro grau de jurisdição para a prolação de uma nova sentença[385], existindo doutrina que defendia a aplicação por analogia da teoria da causa madura (art. 515, § 3.º, do CPC/1973), o que permitiria ao tribunal julgar imediatamente o mérito da demanda após anular a sentença recorrida[386]. A divergência foi superada pelo art. 1.013, § 3º, II, do Novo CPC ao prever expressamente a possibilidade de julgamento imediato do mérito da ação pelo tribunal que anula sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir.

Mesmo após o trânsito em julgado se admitirá a alegação do vício, por meio da ação rescisória, com fundamento no art. 966, V, do Novo CPC, considerando-se que a sentença terá frontalmente violado o art. 492 do Novo CPC[387]. Após o transcurso do prazo de dois anos da ação rescisória, não será mais possível a alegação do vício em razão do advento da coisa julgada material soberana.

23.7. SENTENÇA *ULTRA PETITA*

23.7.1. CONCEITO

O art. 324, *caput*, do Novo CPC exige do autor a determinação de seu pedido, e, uma vez sendo o pedido determinado, o juiz está condicionado a ele para a prolação de sua sentença, ou seja, indicada a quantidade de bem da vida que se pretende obter no caso concreto, o juiz não poderá ir além dessa quantificação, concedendo ao autor a mais do que foi pedido. Na sentença *ultra petita*, o juiz

concede ao autor a tutela jurisdicional pedida, o gênero do bem da vida pretendido, mas extrapola a quantidade indicada pelo autor. No pedido genérico, em que não há determinação do pedido, não se pode falar em sentença *ultra petita*.

Reitero que não existe sentença *ultra petita* no tocante à causa de pedir, considerando-se que nunca uma causa de pedir será mais do que a outra, sendo no máximo diferente. A prolação de sentença fundada em causa de pedir diversa da narrada pelo autor é sentença *extra causa petendi*, sendo impossível falar em sentença *ultra causa petendi*. Quanto ao aspecto subjetivo da demanda, será *ultra petita* a sentença que vincular à decisão sujeito que não participa do processo, além dos sujeitos processuais[388]. Ou ainda a sentença que, diante de litisconsórcio ativo, conceder pedido formulado por apenas um dos autores a todos eles[389]. A sentença nesse caso vai além dos limites subjetivos da demanda porque, apesar de figurarem nela os sujeitos que deveriam realmente figurar – sujeitos processuais –, haverá a indevida inclusão de quem não deveria estar na decisão.

23.7.2. RECORRIBILIDADE DA SENTENÇA *ULTRA PETITA*

Da mesma forma que ocorre na sentença *extra petita*, o recurso cabível contra sentença *ultra petita* é a apelação. O ingresso de embargos de declaração não deve ser genericamente descartado, ficando reservado, entretanto, para as excepcionais hipóteses em que se admite que esse recurso tenha efeitos infringentes. No pedido da apelação, nada justifica uma anulação integral da sentença, devendo se aplicar ao caso concreto a teoria dos capítulos da sentença, para que somente a parte excedente da decisão seja

anulada, mantendo-se a sentença até os limites da determinação do pedido[390].

Após o trânsito em julgado, caberá ação rescisória com fundamento na ofensa a dispositivo literal de lei (art. 966, V, do Novo CPC), no caso o art. 492 do Novo CPC, mas nesse caso, diferente da ação rescisória contra sentença *extra petita*, o pedido não será de anulação integral, mas tão somente da parte excedente da decisão. O objetivo da ação rescisória, portanto, se limita a desconstituir a parte viciada da decisão transitada em julgada, mantendo-se a decisão na parte que respeitou os limites quantitativos do pedido. Após o transcurso do prazo de dois anos da ação rescisória, não será mais possível a alegação do vício em razão do advento da coisa julgada material soberana.

23.8. SENTENÇA *CITRA PETITA* (*INFRA PETITA*)

23.8.1. CONCEITO

No aspecto objetivo a sentença é *citra petita*, também chamada de *infra petita*, quando fica aquém do pedido do autor ou deixa de enfrentar e decidir causa de pedir ou alegação de defesa apresentada pelo réu. No aspecto subjetivo é *citra petita* a decisão que não resolve a demanda para todos os sujeitos processuais.

O juiz não é obrigado a conceder todos os pedidos formulados pelo autor, mas em regra deverá analisar e decidir todos eles, ainda que seja para negá-los em sua totalidade[391]. É difícil imaginar uma sentença *citra petita* quando somente um pedido é formulado,

porque, se o juiz não decide esse único pedido, o que decidiria na sentença? Campo mais propício para o surgimento dessa espécie de vício surge na cumulação de pedidos, devendo-se considerar a espécie de cumulação para se aferir no caso concreto a obrigatoriedade de o juiz decidir todos os pedidos. Na cumulação simples o juiz deve enfrentar e decidir todos os pedidos, que são autônomos entre si. Na cumulação sucessiva, existindo prejudicialidade entre os pedidos, a improcedência do pedido anterior dispensa o juiz de decidir o posterior, que restará prejudicado. Na cumulação subsidiária o acolhimento do pedido anterior impede o julgamento do pedido posterior, que restará prejudicado. Na cumulação alternativa a concessão de qualquer um dos pedidos torna os demais prejudicados, o que dispensa decisão a seu respeito.

> Edison ingressa com ação rescisória pleiteando a desconstituição de sentença transitada em julgado em razão de prevaricação do juiz sentenciante e um novo julgamento. Na hipótese do tribunal rejeitar a alegação de prevaricação, mantendo a sentença atacada, o pedido de novo julgamento perderá o objeto (restará prejudicado), não sendo *citra petita* o acórdão que deixa de enfrentá-lo. João pleiteia a rescisão contratual e, na eventualidade de não ser tal pedido atendido, a revisão de determinadas cláusulas contratuais. Na hipótese do pedido de rescisão contratual ser acolhido, o pedido de revisão das cláusulas contratuais perderá o objeto (prejudicado), não sendo *citra petita* o acórdão que deixa de enfrentá-lo.

No tocante à causa de pedir e aos fundamentos de defesa, o juiz estará dispensado de fundamentar sua decisão valendo-se de todas as alegações da parte sempre que a omissão diga respeito à alegação feita pela parte vitoriosa. Apresentada mais de uma causa

de pedir, caso o juiz acolha uma delas e julgue procedente o pedido, não há nenhuma necessidade de decidir as demais, da mesma forma que ocorre no acolhimento de uma das matérias de defesa que leva à improcedência do pedido ou ao reconhecimento de prescrição ou decadência, quando o juiz estará liberado de decidir a respeito das demais matérias defensivas. A sentença será *citra petita* se o juiz deixa de considerar uma causa de pedir ou o fundamento de defesa alegada pela parte derrotada na demanda.

> Numa ação de rescisão contratual, Marilena alega erro e coação na celebração do contrato. Caso o juiz acolha a alegação de erro, isso já será suficiente para o acolhimento do pedido, estando dispensado de enfrentar a alegação de coação. Apesar de não enfrentar todas as causas de pedir, como Marilena, autora da ação, teve seu pedido acolhido, a decisão não é *citra petita*. Em ação de cobrança, Carlos alega prescrição e compensação, sendo a primeira alegação acolhida e o processo extinto com a resolução do mérito (art. 267, IV, do CPC). Ainda que uma das matérias de defesa de Carlos não tenha sido apreciada, como ele se sagrou vitorioso na demanda, a sentença não será *citra petita*.

Subjetivamente, haverá decisão *citra petita* se o juiz deixar de decidir a demanda relativamente a um dos sujeitos processuais[392], o que só se torna crível na hipótese da formação de litisconsórcio. Devendo decidir a demanda a respeito de todos os sujeitos processuais, haverá vício se a sentença não tratar de algum deles, devendo-se tomar como base para aferição de quais são esses sujeitos processuais o momento de prolação de sentença, porque, tendo sido algum sujeito excluído da relação jurídica processual, naturalmente não haverá necessidade de a sentença decidir a demanda no tocante a ele.

23.8.2. RECORRIBILIDADE DA SENTENÇA *CITRA PETITA*

Não restam maiores dúvidas de que, havendo sentença *citra petita*, o juiz terá de alguma forma se omitido em sua sentença. Deixar de enfrentar pedido que não tenha se tornado prejudicado, causa de pedir ou fundamento de defesa da parte derrotada ou, ainda, deixar de decidir relativamente a algum sujeito processual, demonstra falha na prestação jurisdicional consubstanciada no vício da omissão. Como analisado no Capítulo 73, item 73.2.2, o vício de omissão é impugnável por meio dos embargos de declaração[393], mas, como tal recurso não tem efeito preclusivo, é possível a alegação da omissão na sentença também em sede de apelação.

O ingresso de apelação nesse caso acarreta interessante questão. O vício não está contido propriamente na sentença, mas naquilo que faltou a ela, o que gera o questionamento: o tribunal deve integrar a decisão, resolvendo o pedido não enfrentado ou deve anular a decisão por aquilo que a ela faltou, determinando a remessa do processo ao primeiro grau para a prolação de uma nova sentença?

Na hipótese de sentença *citra petita* pelo não enfrentamento pelo juízo de pedido elaborado pela parte, sempre entendi que caberia ao tribunal a integração da decisão, considerando-se que nada há a anular no caso concreto. A sentença impugnada, afinal, não tem vício algum, o vício diz respeito justamente àquilo que não está contido na sentença.

Mesmo sem qualquer previsão legal expressa nesse sentido no CPC/1973, considerável parcela doutrina já defendia, por aplicação

analógica do art. 515, § 3º, do diploma legal revogado, o imediato julgamento pelo tribunal do pedido não analisado[394]. Registre-se, entretanto, que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça não era nesse sentido, havendo inúmeras decisões que entendiam que o vício gerado por decisão *citra petita* levava à anulação da decisão para que outra fosse proferida em seu lugar, inclusive apontando para a natureza de nulidade absoluta do vício, com a consequente possibilidade de reconhecimento de ofício pelo órgão julgador[395].

O entendimento doutrinário que sempre me pareceu mais adequado, que permite ao tribunal enfrentar pedido não apreciado pelo órgão *ad quem*, vem consagrado no art. 1.013, § 3.º, III, do Novo CPC, como hipótese de aplicação da teoria da causa madura. Nos termos do dispositivo legal, se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando constatar a omissão no exame de um dos pedidos.

Registre-se a correção da regra que não impõe uma obrigatoriedade ao tribunal, prevendo apenas que o pedido não enfrentado poderá ser decidido, pois, para que o julgamento efetivamente ocorra, é imprescindível que o pedido esteja maduro para julgamento, ou seja, que não seja necessária a produção de prova a seu respeito, situação que obrigará o tribunal a devolver os autos ao órgão *a quo* para a produção probatória e prolação de nova sentença.

E nesse caso uma pergunta se impõe: sendo necessária a produção da prova e do julgamento em grau inferior, o que acontece

com os pedidos devidamente decididos? O tribunal anula a sentença totalmente, ainda que o vício esteja naquilo que o órgão *a quo* deixou de decidir e não naquilo que efetivamente decidiu[396]? Acredito que, aplicando-se a teoria dos capítulos da decisão, seja possível reformar, manter ou anular a decisão e cindir-se o julgamento, de forma que o pedido não enfrentado volta ao órgão inferior e os pedidos decididos ficam sujeitos a recurso para o órgão superior ou transitam em julgado se não houver a interposição de recurso[397].

Como o art. 1.013, § 3.º, III, do Novo CPC prevê expressamente que o pedido não decidido por órgão inferior poderá ser decidido originariamente pelo tribunal no julgamento do recurso, o mesmo raciocínio de não se anular a parte da decisão que efetivamente resolveu pedidos deve ser estendido por analogia após o trânsito em julgado de decisão omissa quanto a decisão de um ou alguns dos pedidos. Dessa forma, não será mais cabível a ação rescisória, mas sim a propositura de uma nova ação veiculando o pedido que nunca foi objeto de decisão. Nesse sentido o Enunciado 07 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "O pedido, quando omitido em decisão judicial transitada em julgado, pode ser objeto de ação autônoma".

No tocante à omissão quanto ao enfrentamento de causa de pedir ou de fundamento de defesa, a anulação da decisão somente se justifica se essas alegações não chegaram a ser suscitadas e discutidas em primeiro grau[398]. Dessa forma, estando o processo pronto para imediato julgamento, as causas de pedir e/ou os fundamentos de defesa não analisados serão apreciados pelo

tribunal em razão da profundidade do efeito devolutivo.

Na hipótese de trânsito em julgado da decisão *citra petita*, parece que a solução a ser dada no tocante ao cabimento da ação rescisória depende da espécie de omissão no caso concreto. Na ausência de decisão sobre pedido expressamente formulado pelo autor, cria-se uma ficção jurídica de que o autor nunca fez tal pedido, de forma que será lícita a propositura de nova demanda vinculando o pedido não analisado. Como somente o dispositivo faz coisa julgada material e o pedido não resolvido naturalmente não estará no dispositivo, nada obsta a propositura da nova demanda[399]. O mesmo raciocínio pode ser aplicado à causa de pedir, afirmando-se, por ficção jurídica, que a causa de pedir não enfrentada e decidida é como causa de pedir não elaborada, permitindo-se ao autor a propositura de nova demanda vinculando a causa de pedir que foi objeto de omissão judicial.

Nessas duas hipóteses de decisão *citra petita* não cabe ação rescisória porque falta ao autor o interesse de agir. Podendo propor uma nova demanda veiculando a causa de pedir e/ou o pedido que não foi enfrentado em demanda judicial anterior, não há necessidade de desconstituir a decisão proferida em tal demanda; basta ao autor propor a nova demanda para obter o que pretende. Não é esse, entretanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que entende cabível a ação rescisória[400].

No tocante à omissão quanto aos fundamentos de defesa, parece que a solução é diferente, considerando-se que o réu não tem o direito de ação, não podendo propor demanda judicial para

veicular a matéria de defesa não analisada. Nesse caso, entendo ser cabível a ação rescisória.

23.9. SITUAÇÃO FÁTICA NO MOMENTO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA

Segundo o art. 493 do Novo CPC, cabe ao juiz no momento da prolação da decisão considerar fatos constitutivos, modificativos, ou extintivos do direito, ocorridos após o momento da propositura da ação. O dispositivo legal, inclusive, admite que o juiz possa conhecer de tais fatos de ofício, havendo nesse caso, nos termos do parágrafo único do dispositivo legal, a necessidade de o juízo intimar as partes dando-lhes oportunidade de manifestação antes da prolação da decisão. Trata-se de norma que especifica a regra geral consagrada no art. 10 do Novo CPC.

Trata-se claramente de dispositivo voltado à justiça da decisão, criando regra que afasta o juiz de decisão fundada em circunstância fática já ultrapassada, que não representa a atual situação dos fatos. O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que decisão proferida em outro processo pode ser considerada como fato superveniente a ser levado em conta pelo juízo na prolação de sua decisão[401].

No tocante aos fatos modificativos ou extintivos, matéria de defesa do réu, a interpretação do dispositivo não proporciona maiores debates. De fato, não seria justo, por exemplo, que, sendo a dívida paga na constância do processo, o juiz desconsiderasse esse fato no momento de julgar o pedido condenatório a pagar elaborado pelo autor.

Por outro lado, no tocante aos fatos constitutivos do direito do autor, a aplicação gera controvérsias em razão da regra da estabilização objetiva da demanda, consagrada no art. 329, I e II, do Novo CPC. A pergunta central é: o art. 493 do Novo CPC é exceção ao art. 329, I e II, do mesmo diploma legal ou ambos devem ser aplicados conjuntamente? Preferindo-se a primeira solução, os fatos constitutivos poderão até mesmo alterar a causa de pedir narrada pelo autor na petição inicial, enquanto adotando-se a segunda o juiz somente poderá se valer de novos fatos simples, sem a alteração da causa de pedir.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido da segunda solução apresentada, admitindo que o juiz leve em consideração fatos favoráveis à pretensão do autor supervenientes à propositura da ação, desde que inalterada a causa de pedir[402].

O art. 493, *caput*, do Novo CPC amplia a extensão de aplicação da regra prevista no art. 462 do CPC/1973. Enquanto o antigo dispositivo previa a consideração de fato superveniente à propositura da ação na prolação da sentença, o novo artigo prevê que cabe ao órgão jurisdicional levar em conta qualquer fato superveniente constitutivo, modificativo ou extintivo do direito capaz de influir no julgamento do mérito.

Como se pode notar, não há mais vinculação apenas ao órgão de primeiro grau, de forma que os tribunais, mesmo atuando com competência recursal, poderão levar tais fatos em consideração para julgar o recurso. Sendo necessária a produção de prova documental,

ela será produzida pela juntada aos autos no próprio tribunal; sendo necessária prova oral ou pericial, o tribunal converterá o julgamento em diligência, expedindo carta de ordem para o primeiro grau produzir a prova. Obviamente, tal realidade se limita aos recursos ordinários porque nos recursos especial e extraordinário o efeito devolutivo é limitado às questões de direito.

23.10. MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA PELO JUÍZO SENTENCIANTE

Segundo o art. 494 do Novo CPC, publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la em três situações: (a) para corrigir inexatidões materiais; (b) para retificar erros de cálculo; (c) no julgamento dos embargos de declaração. Nas duas primeiras hipóteses o juiz pode atuar de ofício ou provocado pelas partes, a qualquer momento, até mesmo depois do trânsito em julgado da decisão[403], enquanto na terceira somente mediante provocação da parte no prazo preclusivo de cinco dias.

Acredito que o legislador tenha se esquecido de importante hipótese na qual se permite ao juízo prolator da sentença, mesmo após sua publicação, modificá-la de forma substancial. E a omissão torna-se ainda mais grave no Novo CPC ao serem ampliadas significativamente as hipóteses em que será cabível o juízo de retratação na apelação. Se no CPC/1973 apenas nas apelações interpostas contra sentença liminar era possível o juízo de retratação (arts. 285-A, § 1º, e 296), regra mantida pelo Novo CPC (arts. 331, *caput*, e 332, § 3º), o novo diploma legal passa a admitir em seu art. 485, § 7º, o juízo de retratação na apelação interposta contra

qualquer sentença terminativa. Em todos esses casos o prazo – impróprio – para a retratação é de cinco dias.

Nesse sentido, o art. 494 do Novo CPC deveria ter mais um inciso contemplando essas outras hipóteses de exercício de juízo de retratação na apelação.

23.11. AÇÕES QUE TENHAM COMO OBJETO OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER

Na sentença – e por consequência em todos os pronunciamentos decisórios proferidos em ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer –, o art. 497, *caput*, do Novo CPC substancialmente repete o art. 461, *caput*, do CPC/1973 ao prever que o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

A modificação redacional continua levando a crer que a tutela específica e o resultado equivalente são espécies diferentes de tutela jurisdicional, quando, na realidade, a liberdade concedida ao juiz para a obtenção do resultado prático equivalente é voltada justamente para a obtenção da tutela específica dos direitos materiais[404].

As novidades ficam por conta do parágrafo único do art. 497 do Novo CPC, que prevê que a tutela específica serve para inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua

remoção. A aplicação de tutela específica para o ressarcimento de um dano, prevista no projeto de lei aprovado na Câmara, foi retirada pelo Senado no texto final do Novo CPC. A justificativa vem apresentada na Emenda constante do Tópico 2.3.2.144 do Parecer Final 956 do Senado: “Convém suprimir a alusão do ressarcimento de um dano como suscetível da tutela específica, dada a confusão hermenêutica que essa referência pode causar. Obrigação de pagar quantia certa, que abrange os casos de perdas e danos, já possui tratamento próprio”.

O parágrafo único do dispositivo ora analisado determina ainda que, para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Em especial, o parágrafo único deve ser elogiado porque a tutela inibitória, sempre voltada para o futuro, buscando evitar a prática do ato ilícito, preocupa-se exclusivamente com o ato contrário ao direito, sendo-lhe irrelevante a culpa ou o dolo e o dano[405].

E nesse ponto o Novo Código de Processo Civil explicita a incorreção da previsão contida no art. 186 do CC, que, ao conceituar o ato ilícito, indica a necessidade da presença de três elementos: a contrariedade ao direito, a culpa ou dolo e o dano. A imprecisão do dispositivo é evidente, considerando-se que o ato ilícito é tão somente o ato contrário ao direito, sendo alheios ao seu conceito os elementos da culpa ou dolo e do dano. O art. 186 do CC

não conceitua o ato ilícito, descreve apenas os elementos necessários para a obtenção da tutela reparatória.

23.12. CAPÍTULOS DE SENTENÇA

Segundo autorizada doutrina, os capítulos de sentença são conceituados como as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma decisão judicial, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta[406]. Essa cisão ideológica da decisão judicial pode ser feita de diversas formas. Para Cândido Rangel Dinamarco, o processualista que melhor cuidou do tema entre nós, a divisão pode ser realizada da seguinte forma[407]:

(a) capítulo referente aos pressupostos processuais de admissibilidade do julgamento de mérito;

(b) diferentes capítulos decidindo no mérito diferentes pedidos;

(c) nos pedidos decomponíveis a existência de dois capítulos quando do julgamento de parcial procedência;

(d) capítulo referente ao custo financeiro do processo.

Nem sempre existirá o capítulo referente aos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito – condições da ação e pressupostos processuais – porque é possível que numa demanda a ausência de qualquer vício procedimental dispense a formação de tal capítulo. Por outro lado, também é possível que a decisão tenha somente esse capítulo e aquele referente ao custo financeiro do processo, quando ocorre extinção do processo sem a resolução do mérito com a condenação do autor ao pagamento das verbas de sucumbência (*sentença homogênea*). Sendo superadas as matérias processuais – ainda que exista mais de uma haverá somente um capítulo – se passa ao julgamento do mérito, que constitui outro capítulo da decisão (*sentença heterogênea*).

Havendo cumulação de pedidos, para cada um deles haverá um capítulo na decisão, o mesmo ocorrendo com o julgamento em conjunto da ação principal com ações incidentais, tais como a reconvenção e ação declaratória incidental. Nesses casos, fala-se em *sentença complexa*. Havendo somente um pedido, mas sendo esse decomponível, ou seja, se versar sobre coisas suscetíveis de quantificação (contagem, medição, pesagem), sempre que o pedido for parcialmente acolhido, haverá dois capítulos de mérito, referentes à parcela do pedido acolhido e a parcela rejeitada[408].

A teoria dos capítulos da sentença mostra-se de extrema importância[409]:

(a) na teoria das nulidades, em especial ao confinamento da nulidade a determinados capítulos da decisão;

(b) na teoria dos recursos, em especial no tocante ao âmbito de devolução recursal;

(c) na fixação dos encargos de sucumbência;

(d) na executividade parcial das decisões, ainda que recorridas com recursos recebidos no efeito suspensivo.

24. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

Sumário: 24.1. Natureza jurídica da liquidação – 24.2. Conceito de liquidez e obrigações liquidáveis – 24.3. Títulos que podem ser objeto de liquidação – 24.4. Vedação à sentença ilíquida – 24.5. Liquidação na pendência de recurso recebido no efeito suspensivo – 24.6. Decisão que julga a liquidação: decisão interlocutória ou sentença? – 24.7. Natureza da decisão pela qual a liquidação é julgada – 24.8. Liquidação como forma de frustração da execução – 24.9. Natureza jurídica da liquidação – 24.10. Legitimidade ativa – 24.11. Competência – 24.12. Regra da fidelidade ao título executivo (art. 509, § 4º, do novo CPC) – 24.13. Espécies de liquidação: 24.13.1. Introdução; 24.13.2. Liquidação por arbitramento; 24.13.3. Liquidação pelo procedimento comum.

24.1. NATUREZA JURÍDICA DA LIQUIDAÇÃO

Não resta dúvida de que a atividade desenvolvida na liquidação da sentença tem natureza cognitiva, já que nela não são praticados atos de execução. Na realidade, excepcionalmente a atividade cognitiva é dividida em duas fases: na primeira há a fixação do *an debeatur* e na segunda do *quantum debeatur*. A divisão dessa atividade em duas fases não é, naturalmente, capaz de afastar a sua natureza jurídica cognitiva.

A lição, tradicional e que não encontra resistência, é importante para justificar a opção do Novo Código de Processo

Civil em não prever a liquidação da sentença no Livro II, destinado à execução. A liquidação de sentença vem prevista no Capítulo XIV do Título I (Do procedimento comum), da Parte Especial do Livro I (Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença).

Compreende-se a opção do legislador porque, além da natureza não executiva da liquidação de sentença, por vezes a atividade cognitiva nela desenvolvida gera justamente a frustração da execução.

24.2. CONCEITO DE LIQUIDEZ E OBRIGAÇÕES LIQUIDÁVEIS

Liquidar uma sentença significa determinar o objeto da condenação, permitindo-se assim que a demanda executiva tenha início com o executado sabendo exatamente o que o exequente pretende obter para a satisfação de seu direito. Apesar de ser pacífico na doutrina esse entendimento, há uma séria divergência a respeito de quais as obrigações que podem efetivamente ser liquidadas.

Segundo a corrente ampliativa, a liquidação poderá ter como objeto qualquer espécie de obrigação, sendo possível liquidar a obrigação de fazer, não fazer, entrega de coisa e pagar quantia certa[410]. Outra corrente doutrinária entende serem excluídas do âmbito da liquidação algumas espécies de obrigação que materialmente não podem ser liquidadas, porque, sendo a certeza da obrigação precedente à liquidez, o que faltará a essas obrigações é a certeza, e não a liquidez. Tal circunstância se verifica nas

obrigações de fazer e não fazer, porque a certeza de uma obrigação dessa espécie é justamente indicar o que deve ser feito ou o que deve deixar de ser feito[411].

Tratando-se de obrigação alternativa ou de entregar coisa incerta, ao título executivo não faltará propriamente liquidez, tanto que a demanda executiva poderá ser imediatamente proposta. A individualização do bem, disciplinada pelos arts. 811 a 813 do Novo CPC, desenvolver-se-á por meio de um procedimento incidental na própria demanda executiva, sem que se confunda com a liquidação de sentença. Fenômeno similar ocorre na obrigação alternativa de entrega de coisa certa, na qual não se fará necessária a liquidação de sentença, mas a especificação do bem a ser entregue ao exequente (art. 800 do Novo CPC). Por outro lado, na hipótese contemplada pelo art. 324, § 1º, I, do Novo CPC (demanda que tenha como objeto uma universalidade de bens), parece correto concluir pela necessidade de liquidação, ainda que se trate de obrigação de entrega de coisa.

Para a corrente doutrinária restritiva, a liquidação de sentença é instituto processual privativo das obrigações de pagar quantia certa, inclusive como prevê a redação do art. 783 do Novo CPC, que expressamente se refere a “cobrança de crédito”, quando exige da obrigação a certeza, liquidez e a exigibilidade[412].

Por outro lado, o art. 509 do Novo CPC é claro ao prever o cabimento da liquidação quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, limitando sem qualquer margem à dúvida a liquidação ao valor da obrigação, o que naturalmente afasta desse

instituto jurídico o incidente de escolha de bens ou de concentração de obrigações[413]. A previsão legal impede que se confunda liquidação com outros fenômenos processuais, como o incidente de concentração de obrigação ou a escolha da coisa na obrigação de coisa incerta, mas excepcionalmente é possível a liquidação de obrigação de entrega de coisa, que não deve ser *a priori* excluída do âmbito da liquidação pela interpretação literal do art. 509 do Novo CPC. Tal circunstância se verifica na condenação ilíquida de pedido que tenha como objeto a entrega de uma *universalidade de bens* (art. 324, § 1º, I, do Novo CPC)[414].

24.3. TÍTULOS QUE PODEM SER OBJETO DE LIQUIDAÇÃO

Conforme o próprio nome do instituto jurídico ora analisado sugere, a liquidação está limitada às sentenças, ou, mais genericamente, aos títulos executivos judiciais. Ainda que o Novo Código de Processo Civil, seguindo tendência inaugurada pela Lei 11.232/2005, tenha alocado a liquidação de sentença logo depois da coisa julgada, não é viável limitar a aplicação do instituto jurídico tão somente à sentença condenatória civil ou, como prefere o legislador, à sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de uma obrigação. Todos os títulos executivos judiciais poderão ser objeto de liquidação[415], inclusive a homologação de sentença estrangeira, que nem sentença é, e a sentença arbitral, produzida fora do Poder Judiciário[416]. Importante a lembrança, embora consagrado a expressão “liquidação de sentença”, de que não se liquidam sentenças, mas sim as obrigações ilíquidas contidas

em sentenças genéricas[417].

Por outro lado, o título executivo extrajudicial tem necessariamente que conter uma obrigação líquida, porque caso contrário a ele faltará um elemento indispensável para ser título[418]. É cabível, e extremamente comum, que nessa situação o valor da obrigação exequenda seja atualizado por meio de meros cálculos aritméticos do credor, mas nesse caso não existe liquidação, como, inclusive, reconhecido pelo Novo Código de Processo Civil.

24.4. VEDAÇÃO À SENTENÇA ILÍQUIDA

A sentença ilíquida é a exceção no direito brasileiro por óbvia razão: é sempre desejável a criação de um título executivo judicial que contenha obrigação ilíquida que permita a imediata instauração do cumprimento de sentença. A desnecessidade da fase de liquidação da sentença diminui o tempo necessário à satisfação do direito, prestigiando os princípios da celeridade, economia processual e da duração razoável do processo.

Entre o ideal e o possível, entretanto, temos por vezes distância considerável e que não deve ser desconsiderada. Mesmo com previsão expressa no revogado art. 459, parágrafo único, do CPC/1973 no sentido de que diante de um pedido determinado o juiz estaria obrigado a proferir sentença líquida, o Superior Tribunal de Justiça entendia que, em respeito ao princípio do livre convencimento motivado, mesmo sendo o pedido certo e determinado, o juiz poderia proferir sentença ilíquida se não estivesse convencido da procedência da extensão do pedido

formulado pelo autor[419].

Com essa realidade em mente o Novo Código de Processo Civil não cria mais uma correlação necessária entre pedido determinado e sentença líquida, pelo contrário, admitindo nos incisos do art. 491 que mesmo havendo pedido com indicação expressa do valor pretendido pelo autor possa o juiz proferir sentença ilíquida.

Nos termos do *caput* do art. 491 do Novo CPC, ainda que formulado pedido genérico de pagar quantia, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros. Fica clara a opção do legislador pela sentença líquida, que deve ser tentada mesmo quando o pedido do autor é genérico.

Independentemente de ser determinado ou genérico o pedido do autor, há hipóteses em que simplesmente não é possível a fixação do valor da obrigação no momento de se decidir o pedido do autor. Vai nesse sentido o art. 491, I, do Novo CPC ao prever a possibilidade de prolação de sentença ilíquida se não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido.

Por outro lado, e isso também independe de o pedido formulado pelo autor ser genérico ou determinado, pode valer a pena a prolação da sentença ilíquida quando o processo já estiver pronto para a decisão sobre o *an debeatur*, mas ainda depender de atos processuais complexos e demorados a fixação do *quantum debeatur*. Nesse caso, não há sentido em se postergar a decisão

sobre ambos os aspectos da obrigação, sendo nesse sentido o inciso II do art. 491 do Novo CPC ao prever a possibilidade de prolação de sentença ilíquida quando a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.

24.5. LIQUIDAÇÃO NA PENDÊNCIA DE RECURSO RECEBIDO NO EFEITO SUSPENSIVO

O art. 512 do Novo CPC permite a liquidação da sentença ainda que no processo exista pendente de julgamento um recurso que tenha sido recebido no efeito suspensivo. Parece que nesse ponto o legislador incluiu ao lado de outros fenômenos processuais – a hipoteca judiciária é o mais tradicional deles[420] – a liquidação como um dos efeitos secundários da sentença, ou seja, aquele efeito que é gerado automaticamente com a prolação da sentença, independentemente de pedido expresso do demandante ou da pendência de recurso com efeito suspensivo.

Segundo o art. 512 do Novo CPC, a liquidação será autuada em autos em apenso, decorrência lógica da existência de um recurso pendente de julgamento, o que fará com que os autos principais estejam no respectivo tribunal aguardando julgamento. Mesmo desenvolvendo-se em autos próprios, a liquidação de sentença continuará a ser uma mera fase procedimental, ainda que excepcionalmente, nesse caso, ela se desenvolva concomitantemente com a fase cognitiva em sede recursal.

A liquidação de sentença, a exemplo do que ocorre no cumprimento de sentença, só ocorrerá mediante provocação da parte interessada, ainda mais na hipótese de liquidação provisória[421], na qual o demandante assume todos os riscos de começar a liquidar uma sentença que poderá ser modificada pelo recurso pendente de julgamento. Ainda que seja aplicável na liquidação provisória a teoria do risco-proveito, sendo a atividade desenvolvida de natureza cognitiva, sem atos de constrição de bens ou de restrição de direitos, o risco que o autor corre é infinitamente menor do que aquele a qual se submete na execução provisória. O menor risco, nesse caso, se justifica porque o proveito também é menor: ao invés da satisfação de seu direito o autor obtém apenas a fixação do *quantum debeatur*.

O requerimento inicial – aqui também se dispensa a petição inicial –, sem maiores formalidades, deverá ser instruído com "cópias das peças processuais pertinentes", cuja pertinência deverá ser analisada pelo demandante no caso concreto, sendo possível, mas não obrigatória, a aplicação por analogia do art. 522, parágrafo único, do Novo CPC. No que concerne à instrução, duas observações são interessantes:

(i) as peças não precisam ser autênticas, sendo dispensável inclusive a declaração de autenticidade pelo próprio advogado, como sugere o art. 425, IV, do Novo CPC[422];

(ii) eventual falha na instrução não gera o indeferimento de plano da liquidação, devendo-se conceder ao demandante a oportunidade de juntar as peças que o juiz entender indispensáveis no caso concreto[423].

Cumpre, por fim, fazer mais um registro. Já foi afirmado que o demandante assume todos os riscos de ingressar com a liquidação

enquanto a decisão ainda não for definitiva. Na realidade, isso não é uma exclusividade da liquidação como efeito secundário da sentença, também havendo a aplicação da teoria do risco-proveito na liquidação realizada enquanto pendente de julgamento o recurso sem efeito suspensivo.

24.6. DECISÃO QUE JULGA A LIQUIDAÇÃO: DECISÃO INTERLOCUTÓRIA OU SENTENÇA?

O art. 475-H do CPC/1973 previa que contra a decisão de liquidação caberia o recurso de agravo de instrumento. Como se notava de uma simples leitura do dispositivo legal, em nenhum momento mencionava-se a natureza da decisão que julgava a liquidação, prevendo-se exclusivamente qual era o recurso cabível. A previsão legal aparentemente se coadunava com a nova realidade quanto à natureza jurídica da liquidação, que deixou de ser processo autônomo para ser uma mera fase procedimental, dentro do ideal de sincretismo processual.

Para parcela da doutrina, a expressa previsão legal de cabimento de agravo de instrumento era suficiente para concluir que a decisão que julgava a liquidação era uma decisão interlocutória, espécie de pronunciamento judicial recorrível por essa espécie de recurso[424]. Criticava essa corrente doutrinária por considerá-la em descompasso com o conceito de sentença, consagrado no art. 162, § 1º, do CPC/1973, entendendo que a decisão que declara o valor devido no julgamento da liquidação de

sentença tinha natureza jurídica de sentença, excepcionalmente recorrível por agravo de instrumento[425].

O Novo Código de Processo Civil, além de modificar os conceitos de sentença e de decisão interlocutória, conforme devidamente analisado no Capítulo 10, itens 10.4.1.1. e 10.4.1.2., não tem mais previsão expressa a respeito do recurso cabível contra a decisão que julga a liquidação de sentença. Se a sentença é, nos termos do art. 203, § 1º, do Novo CPC, o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução, sendo a decisão interlocutória, nos termos do art. 203, § 2º, do Novo CPC todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não for sentença (considerando-se somente as decisões judiciais proferidas em primeiro grau), a decisão que julga a liquidação de sentença pondo fim ao processo é indubitavelmente uma sentença e a decisão que declara o valor devido também.

Afirma-se que no processo de conhecimento – em lição totalmente aplicável a uma fase cognitiva, como é a da liquidação – o fim normal é o acolhimento ou rejeição do pedido do autor. Na liquidação, o acolhimento do pedido significa a quantificação da obrigação fixada em sentença; mas a rejeição do pedido seria possível? Há doutrina que defende a improcedência em razão da ausência de provas do valor do dano. Por outro lado, há a liquidação de valor zero, na qual, embora o pedido do autor seja acolhido, não haverá cumprimento de sentença subsequente à prolação da sentença.

Por outro lado, é possível uma decisão terminativa da liquidação de sentença, tanto quando a fase de liquidação de sentença é a primeira fase procedimental do processo (sentença penal condenatória transitada em julgado; sentença arbitral; homologação de sentença estrangeira), como quando sucede a fase de conhecimento.

Proposta a demanda judicial por meio da liquidação de sentença, e sendo esse o primeiro momento de contato do Poder Judiciário com a pretensão do demandante, é plenamente possível que alguma matéria processual gere a extinção do processo sem a resolução do mérito (art. 485 do Novo CPC)[426]. Mesmo na liquidação de sentença como fase procedimental desenvolvida após a fase de conhecimento poderá haver a extinção do procedimento em primeiro grau por meio da decisão que antecipe o conhecimento pelo juiz de matérias que deveria conhecer somente na fase executiva, como o pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença (art. 525, § 1º, VII, do Novo CPC)[427].

Em qualquer dessas hipóteses não parece haver dúvida da existência de uma sentença como decisão que julga a liquidação. Afinal, por meio dela estará se colocando um fim na fase cognitiva e por consequência ao processo (já que não haverá cumprimento de sentença). E o recurso cabível será a apelação, nos termos do art. 1.009 do Novo CPC. Registre-se que sob a égide do CPC/1973, quando ainda estava em vigor regra expressa no sentido de cabimento de agravo de instrumento contra decisão que julgava a liquidação de sentença (art. 475-H), o Superior Tribunal de Justiça

já entendia que não havendo cumprimento de sentença a decisão que julgava a liquidação era recorrível por apelação[428].

A decisão que julga a liquidação fixando o valor devido é mais problemática. Conforme devidamente analisado no Capítulo 23, item 23.1, se os conceitos de sentença e de decisão interlocutória consagrados nos §§ 1º e 2º do art. 203 do Novo CPC forem levados a sério, a decisão ilíquida que decide o *an debeatur* será uma decisão interlocutória (recorrível por agravo de instrumento) e a decisão que declara o *quantum debeatur* uma sentença (recorrível por apelação).

Não acredito que venha a ser essa a solução, até porque ela altera substancialmente a realidade já consagrada em sentido contrário. A doutrina e a jurisprudência tendem a criar alguma espécie de interpretação, ainda que extravagante, para justificar a manutenção do binômio *sentença ilíquida-decisão interlocutória* que declara o valor devido. Ou simplesmente fingir que os §§ 1º e 2º do art. 203 do Novo CPC não dizem exatamente o que dizem...

Como acredito que a decisão que julga a liquidação declarando o valor devido continuará a ser uma decisão interlocutória é importante ressaltar que se trata de decisão de mérito[429], apta a gerar coisa julgada material[430] e a ser rescindida por meio de ação rescisória[431].

24.7. NATUREZA DA DECISÃO PELA QUAL A LIQUIDAÇÃO É JULGADA

A natureza da decisão que julga a liquidação, fixando o *quantum debeatur*, divide a doutrina que enfrenta o tema, ainda que o debate tenha mais relevância no aspecto acadêmico do que prático.

Parcela doutrinária entende que a natureza da decisão da liquidação de sentença é *meramente declaratória*, porque por meio dela somente se declara o valor da obrigação. Nesse entendimento, a quantificação da obrigação já se encontra no título executivo, ainda que a sua plena definição dependa de atos processuais a serem praticados durante a fase procedimental de liquidação. A natureza meramente declaratória fundamenta-se na ideia de que a sentença condenatória já é um título executivo, sendo que existe uma incerteza jurídica a respeito do *quantum debeatur*, incerteza essa afastada pela decisão que julga a liquidação[432].

Outra parcela doutrinária entende pela natureza *constitutiva* da decisão que quantifica a obrigação, afirmando que, além de simplesmente declarar o valor, a decisão gera uma nova situação jurídica, tornando o incerto em certo. Antes de a decisão ter sido proferida, a situação jurídica não permitia o desencadeamento dos atos executivos, e após a sua prolação houve uma modificação nessa situação jurídica, considerando-se que por meio dela passou a ser possível o cumprimento de sentença[433].

Entendo que a primeira corrente doutrinária é a mais acertada, porque o fundamento utilizado pelos defensores da natureza constitutiva da decisão parece não convencer, considerando-se que em toda sentença declaratória a certeza jurídica será apta a

transformar relações jurídicas, sem que com isso a decisão perca a sua natureza meramente declaratória. Dessa forma, a declaração de paternidade permitirá o registro no Cartório de Pessoas Naturais, como a sentença de usucapião permitirá o registro na matrícula do imóvel. Em todos esses casos, a situação jurídica da pessoa ou da coisa era uma antes da sentença e outra depois, mas tal circunstância não desnatura a natureza de decisão meramente declaratória de tais sentenças. O mesmo parece ocorrer com a decisão que fixa o valor devido na liquidação de sentença.

É interessante notar que mesmo a parcela doutrinária que defende a natureza meramente declaratória afirma que a decisão de liquidação tem como função integrar o título até então ilíquido, compondo o segundo elemento necessário a permitir a execução. O título originariamente fixou o *an debeatur*, enquanto a liquidação fixará o *quantum debeatur*, exigência para que o título possa ser efetivamente executado[434].

24.8. LIQUIDAÇÃO COMO FORMA DE FRUSTRAÇÃO DA EXECUÇÃO

O fim normal da liquidação é a declaração do valor devido, sendo atípico qualquer resultado em outro sentido. Por outro lado, o efeito normal da liquidação é a execução, sendo considerado efeito atípico a impossibilidade de prática de atos executivos após a decisão que julga a liquidação.

A liquidação pode, excepcionalmente, frustrar a execução, o que se verifica quando o resultado da liquidação impedir que o

demandante execute o título executivo ilíquido que tem a seu favor. Essa excepcional frustração pode se verificar em quatro hipóteses: decisão terminativa, prescrição, liquidação extinta por ausência de provas e liquidação de valor zero. Nas três primeiras hipóteses tem-se um fim atípico e, por consequência lógica, efeito atípico, já que a decisão da liquidação, ao deixar de declarar o valor devido, inviabiliza a execução. Já na liquidação de valor zero, o resultado é típico, visto que há declaração do valor devido, mas, como esse valor é zero, o efeito será atípico, pois não haverá o que executar.

Não se pode negar a possibilidade de extinção terminativa da liquidação com fundamento no art. 485 do Novo CPC. Acredito que alguns incisos preveem matérias que parecem ser de difícil cabimento numa liquidação de sentença, tais como perempção, litispendência ou coisa julgada (V), convenção de arbitragem (VII), ação considerada intransmissível (IX). Mas outros, tais como o abandono (III), falta de pressuposto processual de validade ou existência (IV), carência de ação (VI), desistência (VIII), são totalmente aplicáveis à liquidação, ainda que de incidência prática rara.

Ainda que rara na praxe forense, essa decisão terminativa, com fundamento no art. 485 do Novo CPC, pode servir para julgar a liquidação frustrando a execução, considerando-se que, nesse caso, haverá a extinção do processo sem possibilidade de execução. Como a decisão é terminativa, ao menos o credor poderá posteriormente ingressar com nova liquidação de sentença, de forma que sua frustração é apenas momentânea.

A liquidação de sentença tem natureza declaratória, conforme

analisado no item 24.7 e por essa razão não está sujeita a prazos prescricionais. Por medida de economia processual, entretanto, o juiz poderá adiantar para a liquidação o reconhecimento da prescrição da pretensão executiva, extinguindo a liquidação com julgamento de mérito da execução. Dessa forma, apesar de não declarar o valor devido (mérito da liquidação), essa decisão fundada na prescrição da pretensão executiva extinguirá o processo e frustrará de forma definitiva o ingresso da execução.

Discute-se, na doutrina, a respeito da possibilidade de se determinar em liquidação que o dano suportado pelo vencedor tenha valor zero, sem que com isso se afronte a coisa julgada decorrente da sentença que, reconhecendo o *an debeatur*, condenou o réu ao pagamento de algo que deveria ser valorado em liquidação da sentença. Ainda que de extrema raridade na praxe forense[435], parece absolutamente viável tal situação, inclusive como já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça[436], devendo-se destacar a distinção entre duas situações juridicamente distintas, ainda que no plano fático se equivalham: não obrigação de pagar e obrigação de pagar zero.

A constatação anômala de que o derrotado tem uma obrigação de pagar zero não desconstitui a sentença condenatória, porque o elemento vinculativo de obrigatoriedade de cumprimento de uma prestação continua a existir, não obstante essa obrigação tenha um valor zero. Há uma diferença jurídica, que deve ser considerada. Quando há uma condenação ao pagamento de alimentos, é possível que em determinado momento, provando-se a falta de capacidade de pagar e/ou a falta de necessidade em receber, o obrigado pare de

realizar o pagamento. Isso, entretanto, não significa que ele estará exonerado da obrigação, até porque, advindo circunstâncias supervenientes, será possível que, sem a necessidade de nova condenação, volte a pagar algum valor. Na realidade, durante o período em que não realizou os pagamentos, o devedor continuava obrigado a pagar, mas a sua obrigação era de pagar zero. É lógico que no plano fático as situações são equivalentes, mas no plano jurídico há evidente diferença.

Deve-se observar que a fixação de valor zero, ainda que atípica para alguns e fruto de uma sentença nula para outros, pode se mostrar uma decorrência natural do caso concreto, não havendo outra conduta possível a ser adotada pelo juiz senão a declaração do valor zero. A alternativa seria "inventar" algum valor apenas para não reconhecer que o dano resulta em um valor zero, o que notadamente se mostra inadequado, porque exigiria do juiz decidir contra os elementos de convencimento presentes no processo[437]. Entre deixar uma sentença sem cumprimento e inventar um valor qualquer somente para impedir essa situação, fica-se com a primeira opção.

Uma vez fixado o valor zero, a doutrina entende ser hipótese de procedência do pedido do autor, por meio de decisão de mérito que colocará fim ao procedimento em primeiro grau – sentença. Apesar de não ser o valor esperado pelo autor, a declaração de valor zero representa o acolhimento do pedido do autor, que é a fixação do valor devido, e por essa razão a decisão será de procedência.

Outra situação inusitada na liquidação se refere à ausência de

provas relativamente ao dano. Como se pode notar, diverge essa situação da anterior, porque na liquidação de valor zero a prova necessária foi devidamente produzida, mas apontou para um valor zero, enquanto na hipótese que será nesse momento tratada o dano muito provavelmente tem um valor, mas por inépcia do demandante não houve a produção de prova necessária para que o juiz pudesse declará-lo.

Parcela da doutrina defende a declaração do *non liquet* nesses casos, deixando o juiz de decidir a respeito do pedido em virtude da ausência das provas, com extinção da liquidação sem resolução de mérito. As explicações divergem, mas em todas elas há um ponto em comum, entendendo-se que a ausência de provas não impede que a parte relapsa peça uma nova liquidação, após a frustração da anterior[438]. O Código de Processo Civil de 1973 não repetiu o art. 915 do CPC de 1939, que previa expressamente, na hipótese de ausência de provas, a possibilidade de nova liquidação, seguindo nesse tocante o novo Código de Processo Civil. O silêncio do atual diploma processual, entretanto, não é suficiente nessa visão doutrinária para afastar a possibilidade de nova propositura da liquidação de sentença, em entendimento já adotado pelo Superior Tribunal de Justiça[439].

Para outra parcela da doutrina, as regras do ônus da prova são plenamente aplicáveis na liquidação de sentença, sendo de improcedência a sentença que declarar não provada a extensão valorativa do dano suportado. A sentença, portanto, será de mérito, pela improcedência do pedido, inclusive produzindo coisa julgada material[440]. Essa corrente doutrinária entende que não há ofensa à

coisa julgada formada pela sentença condenatória genérica, porque o *an debeatur* terá se tornado indiscutível e imutável, mas em virtude da nova sentença de improcedência na liquidação jamais poderá ser executado. A sentença que outrora foi condenatória, sem a possibilidade de execução, torna-se muito semelhante à sentença declaratória, considerando-se que o único bem da vida que será obtido pelo vitorioso será a certeza jurídica da responsabilidade da parte contrária[441].

Em todas as quatro situações descritas o ponto em comum é a frustração da execução, com a decisão, resolvendo ou não o mérito, extinguindo o processo sem a possibilidade de continuidade por meio de execução. Conforme já afirmado entendo que, sempre que tal circunstância se verifica, a decisão judicial é uma sentença recorrível por apelação.

24.9. NATUREZA JURÍDICA DA LIQUIDAÇÃO

Antes das alterações promovidas pela Lei 11.232/2005 no CPC/1973, a melhor doutrina afirmava que a liquidação de sentença poderia ser um processo autônomo ou um mero incidente processual, tudo a depender das circunstâncias concretas. Devendose realizar a liquidação de uma sentença, posteriormente à formação do título ao qual faltava a liquidez, entendia-se necessário o processo autônomo de liquidação, que temporalmente ficava entre o processo de conhecimento e o processo de execução. Seria a liquidação de sentença um mero incidente processual sempre que, durante a execução de uma obrigação de fazer, não fazer ou entrega

de coisa, a obtenção da tutela específica se tornasse impossível ou dela desistisse o demandante; nesse caso, haveria conversão em perdas e danos a ser realizada por meio de um mero incidente processual de liquidação. Também haveria liquidação incidental na apuração dos danos gerados por execução provisória ilegítima.

Não resta dúvida de que a nova roupagem da liquidação de sentença modificou substancialmente essa estrutura, em especial no tocante à extinção do processo autônomo de liquidação. O legislador, atento aos reclamos da melhor doutrina, dentro do ideal de *sincretismo processual* que norteia o processo civil atual, extinguiu de forma definitiva o processo autônomo de liquidação de sentença, que passa a ser sempre uma mera fase procedimental[442]. Importante registrar que para parcela da doutrina, a liquidação de sentença continua a se desenvolver por meio de uma ação, mas agora incidental ao processo em que foi proferida a sentença ilíquida[443].

Deve-se atentar para o previsto no art. 515, § 1º, do Novo CPC, que prevê que, sendo o título executivo uma sentença penal condenatória, sentença arbitral, homologação de sentença estrangeira ou a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do *exequatur* à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça, o demandado será citado para a execução ou para a liquidação. Para alguns doutrinadores, esse dispositivo legal é suficiente para que se reconheça a manutenção, ainda que limitado a esses casos, do processo autônomo de liquidação[444]. Não me parece, entretanto, correto tal entendimento.

É natural que, sendo exigida a citação do demandado, o legislador deixe claro que por meio do pedido de liquidação dar-se-á vida a um novo processo, mas isso não é suficiente para concluir que esse novo processo seja um processo autônomo de liquidação. Explica-se. A liquidação nesse caso é a primeira fase procedimental de um processo que não se extingue com a definição do *quantum debeatur*, porque após essa definição se passará à fase de cumprimento de sentença. O processo, portanto, não é de liquidação, ao menos não é somente de liquidação, é de liquidação e de execução, processo sincrético, portanto. Veja-se que o fato da fase de liquidação ter sido ou não precedida por uma fase de conhecimento é irrelevante, porque não é a primeira fase do processo que determina a sua natureza. Somente na excepcional hipótese de essa fase de liquidação ser extinta por sentença que não permita o seu cumprimento, estar-se-á diante de genuíno processo autônomo de liquidação, mas, como não se pode definir a natureza de um fenômeno levando-se em conta sua frustração, parece mais adequado o entendimento de que o processo autônomo de execução não existe mais.

24.10. LEGITIMIDADE ATIVA

Já foi devidamente visto que a liquidação tem como objetivo fixar o *quantum debeatur*, sendo uma complementação da atividade cognitiva já iniciada com a condenação do réu. Não tem a liquidação qualquer função expropriatória, reservada ao momento de cumprimento da sentença. O interesse em obter o valor exato da condenação não é exclusivo do autor, que naturalmente terá tal interesse para que possa dar início ao cumprimento de sentença.

Também o réu condenado tem interesse na liquidação, considerando-se que, ciente do valor exato de sua dívida, poderá quitá-la ou oferecer uma transação com base mais concreta[445].

Sendo de interesse tanto do vencedor como do vencido a fixação do valor da condenação, não resta nenhuma dúvida de que, ao menos como regra, tanto o credor como o devedor – assim reconhecidos no título executivo – têm legitimidade ativa para dar início à fase procedimental de liquidação de sentença, sendo nesse sentido a expressa previsão do art. 509, *caput*, do Novo CPC. Tendo a liquidação de sentença natureza declaratória, trata-se de ação (ou fase) dúplice, de forma que a posição no processo dos titulares da relação jurídica de direito material dependerá apenas de quem for mais rápido. Se o credor, como é o mais comum, ingressar com a liquidação, o devedor será o réu; se excepcionalmente o réu ingressar com a liquidação, o credor será o réu.

Sendo o credor o autor da liquidação, será cabível o cumprimento de sentença caso não haja a satisfação voluntária da obrigação. Sendo o devedor o autor da liquidação, será cabível a consignação em pagamento na hipótese de o credor não aceitar o pagamento.

24.11. COMPETÊNCIA

Não há nenhuma norma expressa a respeito da competência para a liquidação de sentença, devendo-se analisar o momento procedimental no qual a liquidação ocorre para determinar o órgão jurisdicional competente.

Tratando-se de liquidação incidental em execução – fase de satisfação de sentença ou processo autônomo –, é natural que seja competente para conhecer da liquidação o próprio juízo no qual já tramita a demanda executiva. Tratando-se de liquidação que dá início a processo sincrético que buscará ao final a satisfação do direito do demandante, este deverá fazer um exercício de abstração, determinando qual seria o órgão competente para a execução daquele título caso não fosse necessária a liquidação. Por fim, tratando-se de liquidação entre a fase de conhecimento e a fase de execução, haverá *competência absoluta* – de caráter funcional – do juízo que proferiu a sentença ilíquida, não se aplicando ao caso o permissivo do art. 516, parágrafo único, do Novo CPC[446].

A existência de foros concorrentes para o cumprimento de sentença busca facilitar a satisfação do direito, permitindo ao demandante a escolha entre o juízo que formou o título, o foro do atual domicílio do executado, ou ainda o foro do local em que se encontrem seus bens (art. 516, parágrafo único, do Novo CPC). Essa facilitação da satisfação do direito, entretanto, nada tem a ver com a liquidação da sentença, entendida como atividade cognitiva integrativa da sentença genérica proferida no encerramento da primeira fase de natureza cognitiva. É natural, portanto, que, havendo entendimento corrente no sentido de que a sentença ilíquida que condena e a decisão da liquidação completam um todo – tanto é assim que em regra serão uma só decisão, com a exata determinação do *an debeatur* e do *quantum debeatur* –, o juízo que exerceu a função judicante nessa primeira fase de solução da lide automaticamente se tornará competente para a segunda fase, em nítida ocorrência de competência funcional[447].

Esse entendimento é parcialmente excepcionado na tutela coletiva. Sendo a liquidação coletiva, a regra se aplica conforme o exposto, mas sendo a liquidação da sentença coletiva individual, poderá o liquidante realizá-la no foro de seu domicílio[448].

24.12. REGRA DA FIDELIDADE AO TÍTULO EXECUTIVO (ART. 509, § 4º, DO NOVO CPC)

A liquidação de sentença tem como único e exclusivo objetivo a fixação do *quantum debeatur*, sendo vedada pela própria lógica do instituto processual a discussão de qualquer matéria alheia a esse objetivo. Não se permite que a liquidação se preste a discutir matérias que foram discutidas na fase de conhecimento que gerou a sentença condenatória, ou nela deveriam ter sido discutidas. Significa dizer que qualquer matéria que seja alheia ao valor da prestação reconhecida em sentença condenatória ilíquida é estranha ao objeto da liquidação.

Essa vedação à discussão de matérias alheias à fixação do valor da prestação encontra lógica no próprio sistema, porque, ao permitir a discussão de outras matérias que não o *quantum debeatur* em sede de liquidação, estar-se-ia diante de um vício processual: caso a sentença condenatória já estiver transitada em julgado, haverá ofensa à coisa julgada ou à eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508 do Novo CPC)[449]; havendo recurso contra ela pendente de julgamento, haverá litispendência. Num caso ou noutro, há no caso concreto um pressuposto processual negativo, o

que gera a nulidade da liquidação. Atento a essa circunstância, o legislador prevê expressamente no art. 509, § 4º, do Novo CPC ser vedado na liquidação discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.

É até mesmo possível imaginar uma terceira espécie de vício, quando se discutem na liquidação questões referentes ao *an debeatur* fora dos próprios limites objetivos do pedido condenatório do autor. Nesse caso, não se poderá falar tecnicamente em ofensa à coisa julgada, mas de fixação de valor de uma prestação que não está reconhecida em título executivo judicial. Basta imaginar que numa demanda em que foi pedida a condenação do réu ao pagamento de uma quantia em decorrência de dano moral, a parte busque na liquidação alegar e provar fatos simples para aumentar o valor da condenação. Nesse caso, haveria ofensa à coisa julgada ou litispendência. Caso, entretanto, se pretenda incluir na liquidação também uma discussão sobre eventuais danos materiais suportados, não se poderá falar em coisa julgada nem em litispendência, porque esse pedido não faz parte da demanda[450].

Essa limitação da matéria objeto de cognição na liquidação da sentença, seja para proteger a coisa julgada, seja para evitar a litispendência ou impedir a valoração de dano não reconhecido por título executivo, chamada pela doutrina de regra da "fidelidade ao título executivo", não é absoluta, havendo a excepcional possibilidade de inclusão na liquidação de matéria não posta na fase de conhecimento da qual resultou a condenação genérica. A jurisprudência vem prestigiando uma interpretação lógica da sentença, não se limitando ao aspecto gramatical, para concluir que

deve se admitir contido na sentença não só o que está expressamente afirmado, mas também o que virtualmente se possa presumir como incluído[451].

A Súmula 254 do STF indica a possibilidade de inclusão de juros moratórios na liquidação, ainda que a sentença seja omissa a esse respeito. Ainda que não haja súmula nesse sentido, também a correção monetária (desde que não haja exclusão expressa na decisão) e as custas processuais poderão ser incluídas nas mesmas circunstâncias[452].

24.13. ESPÉCIES DE LIQUIDAÇÃO

24.13.1. INTRODUÇÃO

Com a correta exclusão da "liquidação por mero cálculo aritmético" do Novo Código de Processo Civil, os dois incisos do art. 509 do Novo CPC preveem apenas a liquidação: (I) por arbitramento e (II) pelo procedimento comum. O legislador parece ter acabado com as diferentes espécies de liquidação de sentença, limitando-se a prever dois diferentes procedimentos: liquidação por arbitramento quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação, e liquidação pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo (antiga liquidação por artigos).

Sempre se entendeu que a liquidação prevista pelo CPC/1973 como liquidação por mero cálculo aritmético era uma pseudo-liquidação, já que supostamente estar-se-ia a liquidar o que já era líquido, considerando que a liquidez da obrigação é sua

determinabilidade e não sua determinação. Significa dizer que sendo possível se chegar ao valor exequendo por meio de um mero cálculo aritmético, a obrigação já será líquida e por tal razão seria obviamente dispensada a liquidação de sentença.

O § 2.º do art. 509 do Novo CPC é extremamente feliz ao prever que quando a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético, o credor poderá promover, desde logo, o cumprimento da sentença. Para facilitar a elaboração de tal cálculo o § 3º do mesmo dispositivo prevê que o Conselho Nacional de Justiça desenvolverá e colocará à disposição dos interessados programa de atualização financeira.

Independentemente da espécie de liquidação de sentença cabível no caso concreto, o art. 509, § 1.º, do Novo CPC, consagra a teoria dos capítulos da sentença, permitindo à parte concomitantemente liquidar capítulo ilíquido e executar capítulo líquido.

24.13.2. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO

24.13.2.1. Cabimento

Segundo o art. 509, I, do Novo CPC, a liquidação por arbitramento deve ser realizada em três hipóteses: determinação na sentença; acordo entre as partes; quando o exigir a natureza do objeto da liquidação. O dispositivo legal deve ser criticado porque não foi capaz de expor com clareza quando a liquidação por arbitramento se fará efetivamente necessária. Bastaria para atingir tal objetivo ter previsto que sempre que o cálculo do valor de um bem, serviço ou prejuízo depender de conhecimentos técnicos

específicos, será o caso de liquidar a sentença por arbitramento. Ou, em outras palavras, sempre que se fizer necessária a elaboração de uma perícia para se obter o *quantum debeatur*, o caminho será a liquidação por arbitramento[453].

O juiz somente fixará em sentença essa espécie de liquidação quando entender que o *quantum debeatur* só poderá ser obtido por meio da realização de uma perícia, o que demonstra a inutilidade dessa previsão, tanto assim que o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que a liquidação por espécie distinta da constante da sentença não gera nulidade[454]. Da mesma forma, o consenso entre as partes só gerará efeitos se a perícia for necessária e não houver necessidade de alegação e prova de fatos novos. A vontade das partes não vincula o juiz na determinação da espécie de liquidação, o que demonstra a impropriedade da previsão[455].

Registre-se que ao perito não será permitido o enfrentamento de fatos novos, porque essa circunstância necessariamente exigirá que a liquidação seja feita pelo procedimento comum, ainda que se mostre necessária apenas a prova pericial. A liquidação por arbitramento, portanto, será realizada quando não forem necessárias a alegação e a prova de fato novo, bastando a realização de uma prova pericial a respeito dos fatos já estabelecidos na sentença ilíquida. É possível que o perito tenha no caso concreto necessidade de ouvir testemunhas, exigir novos documentos, conforme lhe faculta o art. 473, § 3º, do Novo CPC para uma melhor elucidação dos fatos já fixados em sentença, providências que não desvirtuam a natureza da liquidação[456].

24.13.2.2. Procedimento

O único dispositivo legal que prevê o procedimento da liquidação por arbitramento é o art. 510 do Novo CPC, sendo totalmente omisso quanto ao início dessa espécie de liquidação. A formalidade desse início dependerá do momento processual: sendo a liquidação uma fase incidental, o início se dará por meio de mero requerimento, enquanto se a liquidação der início ao processo sincrético, deverá haver uma petição inicial, nos termos do art. 319 do Novo CPC.

O dispositivo legal ora comentado é omisso quanto à possibilidade de apresentação de defesa pelo demandado, prevendo apenas a intimação das partes para a apresentação de pareceres ou documentos elucidativos. Entendo que essa intimação só deve ocorrer depois de admitida a liquidação de sentença no caso concreto, de forma que antes dela, em respeito ao princípio do contraditório, o demandado deve ser intimado (quando a liquidação for fase intermediária) ou citado (quando a liquidação for fase inicial), sempre na pessoa de seu advogado, para que ofereça sua defesa no prazo geral de cinco dias (art. 218, § 3º, do Novo CPC)[457].

Decorrido o prazo de cinco dias, caso o demandado tenha apresentado defesa, o juiz deverá, sempre que possível, resolvê-la de plano. Sendo acolhida alguma defesa peremptória (por exemplo, inadequação da forma de liquidação), a liquidação será extinta, e, sendo acolhida alguma defesa dilatória (por exemplo, incompetência do juízo), as medidas cabíveis serão tomadas. Sendo rejeitada a defesa, ou não tendo sido apresentada, o juiz, nos termos

do art. 510 do Novo CPC, intimará as partes para a apresentação de pareceres ou documentos elucidativos, no prazo que fixar, tendo tal medida o objetivo de municiar o juiz de elementos de convicção suficientes para a prolação de decisão, fixando o valor devido sem a necessidade da realização da perícia. Apesar da nobre intenção do legislador, considerando-se o custo e demora da prova pericial, a experiência no tocante ao tema não é animadora, tendo em vista a extrema raridade na praxe forense da dispensa da perícia motivada por documentos apresentados pelas partes.

Registre-se que não há na liquidação de sentença os efeitos da revelia na hipótese de o demandado deixar de se manifestar, até porque não existem fatos que possam se presumir verdadeiros. Ademais, tendo advogado constituído nos autos, o demandado continuará a ser regularmente intimado[458]. Na realidade, a intimação/citação tem como objetivo o convite ao demandado para que participe da prova, respeitando-se assim o princípio do contraditório.

Caso o juiz não consiga decidir de plano, o que fatalmente ocorrerá no caso concreto, o art. 510 do Novo CPC prevê a nomeação do perito, observando-se a partir daí, no que couber, o procedimento da prova pericial.

Com relação ao pagamento dos honorários do perito, há interessante entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que incumbe ao executado a antecipação desses valores, pois, na fase de conhecimento, esse ônus é do autor somente porque não se sabe ainda quem será o vencedor da demanda. O autor

adianta os valores, mas quem paga é quem perde o processo, ou seja, a parte sucumbente. Na liquidação, entretanto, já se parte da premissa de que o vencedor é o liquidante, de forma que não teria sentido aplicar nesse caso a previsão consagrada no art. 95 do Novo CPC, exigindo dele um adiantamento para depois cobrar o valor do réu[459].

24.13.3. LIQUIDAÇÃO PELO PROCEDIMENTO COMUM

A liquidação por procedimento comum é a última alternativa no âmbito das liquidações, porque é a mais complexa e demorada entre todas as suas espécies, de forma que deverá ser reservada somente para as situações em que não se mostre possível a liquidação por mero cálculo aritmético do credor ou por arbitramento.

Essa espécie de liquidação era tradicionalmente chamada de "liquidação por artigos", sendo tal nomenclatura derivada de antiga tradição, presente em nosso ordenamento desde os tempos das Ordenações. Tradicionalmente, significava que o demandante era obrigado a indicar os fatos novos que pretendia ver provados em forma de artigos, sob pena de indeferimento da peça inicial[460]. É óbvio que atualmente uma espécie de formalismo exacerbado como esse é algo totalmente despropositado, bastando que o demandante exponha com clareza – mas na forma que quiser – quais são os fatos que pretende ver provados[461]. A subtração do termo "artigos" para qualificar a liquidação prevista pelo art. 509, II, do Novo CPC provavelmente tem como objetivo consagrar essa maior flexibilidade formal.

A liquidação pelo procedimento comum é cabível quando for necessária para a definição do *quantum debeatur* a alegação e prova de fato novo, sendo essencial para a compreensão do instituto processual a conceituação de “fato novo”.

Deve ser evitada na conceituação de *fato novo* a confusão quanto ao momento em que o fato ocorreu, sendo inadmissível confundir fato novo com fato superveniente. O fato novo pode ter ocorrido antes, durante ou depois da demanda judicial donde se produziu o título executivo ilíquido, não sendo o momento um critério correto para conceituar o fenômeno processual. Por fato novo deve-se entender aquele que não foi objeto de análise e decisão no processo no qual foi formado o título executivo que se busca liquidar. A novidade, portanto, não é temporal, mas diz respeito ao próprio Poder Judiciário, que pela primeira vez enfrentará e decidirá determinados fatos referentes ao *quantum debeatur*[462].

Para a alegação e prova de um fato novo, a liquidação em muito se assemelha a um processo – ou fase procedimental – de conhecimento, tanto assim é que o art. 511 do Novo CPC prevê que após a intimação do requerido e do transcurso de seu prazo de 15 dias para a contestação será observado, no que couber, o disposto no Livro I da Parte Especial do diploma processual.

Em virtude da própria complexidade dessa espécie de liquidação de sentença, após a intimação/citação do demandado, sempre na pessoa de seu advogado ou da sociedade de advogados a que estiver vinculado, a resposta do requerido poderá ser a mais

ampla possível, dentro apenas dos limites do procedimento estabelecido. Apesar de certa divergência quanto à possibilidade de o demandado responder à sua intimação/citação com intervenções de terceiros ou reconvenção[463], o que me parece admissível desde que haja no caso concreto o preenchimento dos requisitos legais (o que certamente se mostrará difícil), não resta muita dúvida de que a contestação poderá ser a mais ampla possível, com *defesas processuais dilatórias* e *peremptórias* e *defesas de mérito direta* e *indireta*.

Diferente da liquidação por arbitramento, na qual não há fatos novos que precisem de prova, de forma que não há nenhuma lógica em falar em presunção de veracidade dos fatos alegados pelo demandante diante da ausência de defesa do demandado, na liquidação pelo procedimento comum a situação é outra. Nessa espécie de liquidação, o demandante indica expressamente em sua peça inaugural – petição inicial ou requerimento – quais são os fatos que pretende provar como verdadeiros para chegar à fixação do *quantum debeatur*, de forma que a ausência de defesa do demandado, configura sua revelia e, ainda mais importante, a geração de presunção de que os fatos que o demandante pretendia provar são verdadeiros.

Deve-se recordar que a liquidação ora analisada, conforme já afirmado, é uma verdadeira fase de conhecimento de cognição limitada, seguindo o procedimento comum, donde se pode concluir que tudo o que se aplica em fase de conhecimento que siga o procedimento comum deva também se aplicar à liquidação pelo procedimento comum. Esse pensamento, naturalmente, se estende à

revelia, em especial quanto à presunção de veracidade dos fatos alegados, até porque, quanto à desnecessidade de intimação, não haverá a geração de tal efeito, pois, uma vez representado nos autos, o demandado será regularmente intimado por meio de seu advogado[464].

25. COISA JULGADA

Sumário: 25.1. Coisa julgada formal e coisa julgada material – 25.2. Coisa julgada total e parcial – 25.3. Conceito e natureza jurídica – 25.4. Função negativa da coisa julgada – 25.5. Função positiva da coisa julgada – 25.6. Limites objetivos da coisa julgada – 25.7. Limites subjetivos da coisa julgada – 25.8. Eficácia preclusiva da coisa julgada – 25.9. Coisa julgada nas relações jurídicas de trato continuado – 25.10. Relativização da coisa julgada: 25.10.1. Introdução; 25.10.2. Coisa julgada inconstitucional; 25.10.3. Coisa julgada injusta inconstitucional – 25.11. Coisa julgada secundum eventum probationis – 25.12. Coisa julgada *secundum eventum litis*.

25.1. COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL

Em todo processo, independentemente de sua natureza, haverá a prolação de uma sentença (ou acórdão nas ações de competência originária dos tribunais), que em determinado momento torna-se imutável e indiscutível dentro do processo em que foi proferida. Para tanto, basta que não seja interposto o recurso cabível ou ainda que todos os recursos cabíveis já tenham sido interpostos e decididos[465]. Na excepcional hipótese de aplicação do art. 496 do Novo CPC, ainda que não seja interposta apelação contra a sentença, haverá a remessa necessária, de forma que o processo só chegará ao seu final após essa análise obrigatória da decisão pelo tribunal de segundo grau[466]. A partir do momento em que não for

mais cabível qualquer recurso ou tendo ocorrido o exaurimento das vias recursais, a sentença transita em julgado.

Esse impedimento de modificação da decisão por qualquer meio processual dentro do processo em que foi proferida é chamado tradicionalmente de coisa julgada formal, ou ainda de *preclusão máxima*, considerando-se tratar de fenômeno processual endoprocessual[467]. Como se pode notar, qualquer que seja a espécie de sentença – terminativa ou definitiva – proferida em qualquer espécie de processo – conhecimento (jurisdição contenciosa e voluntária), execução, cautelar – haverá num determinado momento processual o trânsito em julgado e, como consequência, a coisa julgada formal.

Se todas as sentenças produzem coisa julgada formal, o mesmo não pode ser afirmado a respeito da coisa julgada material. No momento do trânsito em julgado e da consequente geração da coisa julgada formal, determinadas sentenças também produzirão nesse momento procedimental a coisa julgada material, com projeção para fora do processo, tornando a decisão imutável e indiscutível além dos limites do processo em que foi proferida. Pela coisa julgada material, a decisão não mais poderá ser alterada ou desconsiderada em outros processos.

Essa imutabilidade gerada para fora do processo, resultante da coisa julgada material, atinge tão somente as sentenças de mérito proferidas mediante cognição exauriente, de forma que haverá apenas coisa julgada formal nas sentenças terminativas ou mesmo em sentenças de mérito, desde que proferidas mediante cognição

sumária, como ocorre para a maioria doutrinária na sentença cautelar[468]. Como se nota, a coisa julgada material depende da coisa julgada formal, mas o inverso não acontece.

25.2. COISA JULGADA TOTAL E PARCIAL

Havendo na sentença vários capítulos, a parte sucumbente poderá em seu recurso optar por impugnar todos eles (recurso total) ou somente alguns (recurso parcial). Esses diferentes capítulos poderão ser autônomos e independentes ou apenas autônomos, sendo tal distinção de suma importância para inúmeras consequências processuais, interessando nesse momento a formação da coisa julgada.

Sendo os capítulos tão somente autônomos, ainda que a parte impugne somente parcela deles, não há que falar em coisa julgada do capítulo não impugnado, porque em razão do *efeito expansivo objetivo externo* do recurso, dependendo do resultado de seu julgamento o capítulo não impugnado poderá ser reformado. Tome-se como exemplo o capítulo não impugnado que condena a parte ao pagamento das verbas de sucumbência; é natural que, sendo essa parte vitoriosa no recurso em que impugna o capítulo principal (por exemplo, sua condenação a pagar), consequentemente o capítulo referente às verbas de sucumbência, ainda que não impugnado, será reformado.

Para considerável parcela doutrinária, sendo os capítulos autônomos e independentes, a impugnação de somente alguns deles

faz com que os capítulos não impugnados transitem em julgado. Sendo capítulos de mérito, com o trânsito em julgado produzirão coisa julgada material, de forma que essa corrente doutrinária entende perfeitamente possível que a coisa julgada material se forme de maneira fragmentada[469], já tendo a tese sido acolhida pelo Supremo Tribunal Federal[470], inclusive com a indicação de diferentes termos iniciais para o prazo da ação rescisória[471].

Registre-se que, apesar do correto raciocínio desenvolvido pelos renomados doutrinadores que defendem a tese da "coisa julgada parcial", o Superior Tribunal de Justiça rejeita o entendimento, firme no sentido de que o trânsito em julgado (e por consequência a coisa julgada material nas sentenças de mérito proferidas com cognição exauriente) só ocorre após o julgamento do último recurso interposto, independentemente do âmbito de devolução desse recurso ou dos anteriores, para se evitar o inconveniente de vários trânsitos em julgado no mesmo processo[472].

25.3. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A doutrina é unânime em associar a coisa julgada material à imutabilidade da decisão judicial de mérito que não pode ser mais modificada por recursos ou pela remessa necessária, na específica hipótese prevista pelo art. 496 do Novo do CPC. Existe, entretanto, robusta polêmica a respeito do que exatamente se torna imutável em razão do fenômeno da coisa julgada material, sendo possível destacar três correntes doutrinárias.

Majoritariamente, a doutrina pátria adota o entendimento de Liebman, afirmando que a coisa julgada é uma qualidade da sentença que torna seus efeitos imutáveis e indiscutíveis. Para essa parcela doutrinária, após o trânsito em julgado da sentença – ou acórdão – de mérito, os efeitos projetados no plano prático por essa decisão não mais poderão ser discutidos em outra demanda, ou mesmo pelo legislador, o que seria suficiente para concluir que tais efeitos não poderão ser modificados, estando protegidos pelo "manto" da coisa julgada material. A intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, portanto, seria a principal característica da coisa julgada material[473].

Em crítica a essa corrente doutrinária, parcela da doutrina entende que os efeitos da sentença de mérito transitada em julgado não se tornam imutáveis, bastando para chegar a tal conclusão a verificação empírica de que tais efeitos poderão ser modificados por ato ou fato superveniente, mormente pela vontade das partes[474].

O efeito principal da sentença condenatória, que é permitir a prática de atos materiais de execução, só pode ser gerado uma vez, sendo inadmissível a existência de sucessivas execuções fundadas numa mesma sentença. Na sentença declaratória, a certeza jurídica pode ser afastada por ato das partes, como na hipótese de dívida declarada e posteriormente quitada pelo devedor ou na ação de investigação de paternidade julgada improcedente com o posterior registro voluntário realizado pelo réu da paternidade do autor. Por fim, na sentença constitutiva, é possível voltar à mesma situação jurídica existente antes da coisa julgada material, servindo de exemplo o novo casamento entre pessoas divorciadas judicialmente.

Para essa corrente doutrinária, é o conteúdo da decisão, contida em sua parte dispositiva, que se torna imutável e indiscutível em razão da coisa julgada material. Antes da coisa julgada, a sentença era mutável e com o fenômeno jurídico ora analisado passa por uma modificação de sua condição jurídica, tornando-se imutável. A coisa julgada, portanto, não seria uma qualidade da sentença que opera sobre seus efeitos, mas uma situação jurídica, que torna uma sentença imutável e indiscutível[475].

Para uma terceira parcela doutrinária, firme em lições do direito alemão, toda sentença tem um elemento declaratório, consubstanciado na aplicação da norma abstrata da lei ao caso concreto. Esse elemento declaratório tem como efeito a certeza jurídica de que, diante dos fatos alegados e considerados pelo juiz, o direito material conforme declarado pela sentença existe. Nesse sentido, reconhecendo que outros efeitos da sentença poderão ser modificados por ato e fatos supervenientes, mormente pela vontade das partes, essa corrente doutrinária limita aos efeitos da declaração da norma abstrata ao caso concreto a imutabilidade própria da coisa julgada[476].

É interessante perceber que mesmo os defensores da corrente doutrinária apoiada nas lições de Liebman reconhecem que, tratando-se de direitos disponíveis, as partes poderão dispor de seu direito, mesmo após o seu reconhecimento por meio de sentença de mérito transitada em julgado, ou seja, da coisa julgada material. Ainda assim, esses doutrinadores continuam a entender que a coisa julgada material é uma qualidade da sentença que torna imutáveis os seus efeitos, à luz das condições fáticas e jurídicas de sua

prolação, ou seja, quanto a direitos e obrigações existentes ou inexistentes à época da prolação da sentença[477].

Apesar da notória discussão doutrinária, uma análise profunda das três principais correntes doutrinárias expostas é suficiente para se notar que existem mais semelhanças do que diferenças entre os doutrinadores. Todos reconhecem que toda sentença tem um elemento declaratório, consubstanciado na subsunção da norma abstrata ao caso concreto[478], e considerado pelo aspecto de elemento que compõe o conteúdo da decisão ou que gera efeitos práticos para fora do processo, torna-se imutável e indiscutível. Parecem também concordar que eventos futuros, referentes à vontade das partes, poderão modificar outros efeitos gerados pela sentença, como ocorre no efeito condenatório no caso de pagamento da dívida[479] ou do novo casamento no caso de divórcio[480].

O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 502, que conceitua a coisa julgada, substitui uma palavra e uma expressão do art. 467 do CPC/1973. Em vez de prever que a coisa julgada é a eficácia da sentença que a torna imutável e indiscutível, o dispositivo legal sugerido menciona a autoridade da sentença. Acredito que a substituição do termo “eficácia” por “autoridade” busca deixar clara a distinção entre coisa julgada e efeitos da decisão. Substitui também “sentença” (espécie) por “decisão de mérito” (gênero), o que deve ser elogiado, considerando-se que sempre houve outras decisões de mérito aptas a transitar em julgado e produzir coisa julgada material, como as decisões monocráticas finais de relator e acórdãos de tribunal. Por outro lado, o dispositivo

implicitamente reconhece a existência de decisões interlocutórias de mérito, com capacidade de geração de coisa julgada material.

25.4. FUNÇÃO NEGATIVA DA COISA JULGADA

A imutabilidade gerada pela coisa julgada material impede que a mesma causa seja novamente enfrentada judicialmente em novo processo. Por *mesma causa* entende-se a repetição da mesma demanda, ou seja, um novo processo com as mesmas partes (ainda que em polos invertidos), mesma causa de pedir (próxima e remota) e mesmo pedido (imediato e mediato) de um processo anterior já decidido por sentença de mérito transitada em julgado, tendo sido gerada coisa julgada material. O julgamento no mérito desse segundo processo seria um atentado à *economia processual*, bem como fonte de perigo à *harmonização dos julgados*. Na realidade, mesmo que a segunda decisão seja no mesmo sentido da primeira, nada justifica que a demanda prossiga, sendo o efeito negativo da coisa julgada o impedimento de novo julgamento de mérito, independentemente do seu teor.

Importante salientar que nessa análise entre diferentes processos deve-se considerar a parte no sentido material, e não no sentido processual, de forma que, havendo substituição processual em hipótese de legitimação extraordinária concorrente, a propositura de novo processo com a mesma parte contrária, mesma causa de pedir e mesmo pedido, ainda que com outra parte processual defendendo o mesmo direito já defendido anteriormente, não afasta o efeito negativo da coisa julgada[481]. No caso de ações

civis públicas movidas pelo Ministério Público e por uma associação, contra o mesmo réu, com uma mesma causa de pedir e um mesmo pedido, serão consideradas dois processos com a mesma ação.

Havendo a modificação de qualquer um desses elementos da demanda, ainda que parcialmente (p. ex., novos fatos jurídicos com a manutenção da mesma fundamentação jurídica), afasta-se qualquer impedimento ao novo julgamento, considerando-se tratar de nova demanda, ainda que consideravelmente parecida com aquela que já foi julgada e cuja decisão está protegida pela coisa julgada material[482].

Esse impedimento de novo julgamento exige que a causa seja exatamente a mesma, sendo entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência que a função negativa só é gerada quando aplicável ao caso concreto a teoria da tríplice identidade (*tria eadem*)[483]. Tratando-se de matéria de ordem pública, o juiz deve de ofício extinguir o processo posterior sem a resolução do mérito, em respeito à coisa julgada já formada, nos termos do art. 485, V, do Novo CPC. Como nem sempre é possível ao juiz conhecer a existência do primeiro processo e a consequente coisa julgada material, caberá ao réu a alegação em matéria preliminar de contestação, ainda que tal matéria não sofra preclusão, podendo ser alegada a qualquer momento do processo.

A repetição de uma mesma demanda em novo processo só pode ser derivada de extrema má-fé da parte ou de ignorância de seu patrono, que pode desconhecer a existência do primeiro

processo por não ter sido informado por seu cliente da existência de processo anteriormente julgado. Seja como for, o réu terá todo o interesse em informar o juízo sobre a existência da coisa julgada (para evitar uma nova derrota ou para evitar que uma vitória se torne derrota), o que levará o segundo processo à extinção sem resolução do mérito (art. 485, V, do Novo CPC).

Interessante questão se coloca na hipótese de não ser reconhecida a coisa julgada material, tendo trâmite regular o segundo processo, também com sentença de mérito transitada em julgado. Como se pode facilmente notar, haverá nessa hipótese a rara situação de conflito de coisas julgadas materiais, devendo-se determinar qual delas prevalecerá. Para parcela doutrinária, a coisa julgada não pode ser afastada, salvo nas exceções previstas pela ação rescisória (art. 966 do Novo CPC)[484], tratando-se de elemento essencial ao nosso estado democrático de direito. Nesse entendimento, a segunda coisa julgada é juridicamente inexistente, devendo sempre prevalecer a primeira[485].

Outra parcela doutrinária entende que durante o prazo de ação rescisória da segunda prevalece a primeira coisa julgada, mas, decorrido esse prazo e obtida em ambas a chamada "*coisa julgada soberana*", passa a prevalecer a segunda (posterior substitui anterior)[486]. Essa corrente doutrinária – que é a mais acertada – lembra que o art. 966, IV, do Novo CPC prevê a ação rescisória contra a decisão que afronta a coisa julgada material, o que demonstra de forma inequívoca que a segunda coisa julgada existe juridicamente (não se concebe a desconstituição de decisão inexistente), embora seja viciada[487].

25.5. FUNÇÃO POSITIVA DA COISA JULGADA

Conforme já afirmado, somente a má-fé ou ignorância leva a parte a ingressar com processo repetindo ação já protegida pela coisa julgada material, sendo rara essa ocorrência na praxe forense. Mas a imutabilidade da coisa julgada não se exaure em sua função negativa, compreendendo também uma função positiva, que diferentemente da primeira não impede o juiz de julgar o mérito da segunda demanda, apenas o vincula ao que já foi decidido em demanda anterior com decisão protegida pela coisa julgada material[488].

Como se nota com facilidade, a geração da função positiva da coisa julgada não ocorre na repetição de demandas em diferentes processos – campo para a aplicação da função negativa da coisa julgada –, mas em demandas diferentes, nas quais, entretanto, existe uma mesma relação jurídica que já foi decidida no primeiro processo e em razão disso está protegida pela coisa julgada. Em vez da teoria da tríplice identidade, aplica-se a teoria da identidade da relação jurídica.

Na função positiva da coisa julgada, portanto, inexiste obstáculo ao julgamento de mérito do segundo processo, mas nesse julgamento o juiz estará vinculado obrigatoriamente em sua fundamentação ao já resolvido em processo anterior e protegido pela coisa julgada material. Reconhecida como existente uma relação jurídica (por exemplo, paternidade) e sendo tal reconhecimento imutável em razão da coisa julgada, surgindo

discussão incidental a respeito dessa relação jurídica em outra demanda (por exemplo, pedido de alimentos), o juiz estará obrigado a também reconhecê-la como existente, em respeito à coisa julgada[489].

> Aline ingressa com demanda contra Jussara pleiteando a condenação da ré ao cumprimento de contrato entre elas celebrado. Jussara contesta alegando, entre outras matérias de defesa, que o contrato é nulo, requerendo a declaração da nulidade por ação declaratória incidental. No julgamento, o juiz acolhe o pedido de Jussara na ação declaratória incidental, declarando o contrato nulo, e julga improcedente o pedido de Aline. Após a decisão de mérito transitar em julgado, e consequentemente produzir coisa julgada material, Aline ingressa com novo processo contra Jussara, com a mesma causa de pedir do processo anterior, mas agora requerendo sua condenação em perdas e danos em razão do descumprimento do contrato. Como se nota, as duas demandas são diferentes – pedidos diferentes –, o que é suficiente para afastar o efeito negativo da coisa julgada. Ocorre, porém, que, em razão da ação declaratória incidental proposta por Jussara, a declaração de nulidade do contrato fez coisa julgada material, de forma que o efeito positivo da coisa julgada obriga o juiz da segunda demanda a considerar o contrato nulo em sua fundamentação, o que não evitará o julgamento de mérito, mas o condicionará nesse julgamento (naturalmente será improcedente o pedido de Aline em razão da nulidade do contrato).

Quanto à função positiva da coisa julgada é importante relembrar lição já exposta no Capítulo 23, item 23.2.12.: toda sentença tem um *elemento declaratório*, que ficará protegido pela coisa julgada material. Mesmo num pedido constitutivo ou condenatório, o juiz antes de condenar, modificar, extinguir ou criar uma relação jurídica, declara que o autor tem o direito material

àquela condenação ou constituição. Também aqui é importante a função positiva da coisa julgada, a impedir que, em nova demanda, a parte derrotada modifique os elementos da demanda anterior para escapar dos rigores do efeito negativo da coisa julgada, buscando discutir novamente o elemento declaratório da sentença já transitada em julgado[490].

> Felipe ingressa com demanda condenatória de pagar quantia certa contra Carlos, sendo a demanda julgada procedente. Na sentença, haverá a declaração de que Carlos é devedor de Felipe, bem como uma condenação a pagar. Após o trânsito em julgado dessa demanda, Carlos ingressa com ação declaratória de inexigibilidade de débito, tendo como objeto justamente a obrigação que fundamentou sua condenação na primeira demanda. Embora sejam demandas diferentes – com diferentes elementos – o juiz estará obrigado a julgar o pedido de Carlos improcedente, porque já existe um elemento declaratório em sentença anteriormente proferida e protegida pela coisa julgada material.

25.6. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Historicamente se entende que somente o dispositivo da sentença de mérito torna-se imutável e indiscutível, admitindo-se que os fundamentos da decisão possam voltar a ser discutidos em outro processo, inclusive com a adoção pelo juiz de posicionamento contrário ao que restou consignado em demanda anterior[491]. É natural que essa rediscussão dos fundamentos da decisão seja admitida somente se não colocar em perigo o previsto no dispositivo da decisão protegida pela coisa julgada material.

Afirma-se corretamente que a coisa julgada material não se importa com *contradições lógicas* entre duas decisões de mérito, buscando tão somente evitar as *contradições práticas* que seriam geradas no caso de dois dispositivos em sentido contrário. A missão de evitar as contradições lógicas – mesmos fatos e fundamentos jurídicos considerados de maneira diferente em distintas decisões judiciais – é destinado a outros institutos processuais, tais como a prejudicialidade, conexão, continência, litisconsórcio, intervenções de terceiro e tutela coletiva.

> Edison ingressou com demanda para condenar Eliane a cumprir um contrato, que alegou em sua defesa ser este nulo, sem, entretanto, ter sido oferecida ação declaratória incidental por nenhuma das partes. Amparando-se no fundamento da nulidade do contrato, o pedido de Edison foi rejeitado pelo juiz. Após a formação da coisa julgada material, Edison ingressa com nova demanda, pedindo a condenação de Eliane a pagar pelas perdas e danos gerados pelo inadimplemento do mesmo contrato, sendo que em defesa Eliane volta a argumentar que o contrato é nulo. Como a fundamentação da decisão não se torna imutável e indiscutível, é perfeitamente possível e legítimo que o juiz dessa segunda demanda entenda que o contrato é válido, e condene Eliane a pagar a quantia pretendia por Edison a título de perdas e danos.

O art. 504 do Novo CPC, com desnecessárias repetições, confirma que somente o dispositivo torna-se imutável e indiscutível em razão da coisa julgada material, prevendo que não fazem coisa julgada:

(I) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

(II) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

Na realidade, os motivos e a verdade dos fatos fazem parte da fundamentação da sentença, e por isso não produzem coisa julgada material[492]. Não precisaria ser dito tanto para dizer tão pouco; bastaria ao dispositivo apontar sem rodeios que somente o dispositivo da sentença faz coisa julgada material. Ou seja, somente o dispositivo da sentença produz coisa julgada material, nunca a fundamentação, por mais relevante que se apresente no caso concreto[493].

Nos termos do art. 503, *caput*, do Novo CPC, a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. Essa é a regra, excepcionada pelo § 1.º, que permite que a coisa julgada material alcance a resolução da questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo. A expressa menção a decisão expressamente decidida impede a coisa julgada implícita de decisão que resolve a questão prejudicial[494].

Correta a conclusão do Enunciado 165 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), de que a coisa julgada da decisão da questão prejudicial independe de pedido expresso da parte, bastando para que ocorra o preenchimento dos requisitos legais. Também correta a conclusão do Enunciado 313 do FPPC no sentido de que os requisitos legais para a formação da coisa julgada na circunstância ora analisada são cumulativos.

Havendo no processo questão prejudicial, o juiz obrigatoriamente a decidirá antes de resolver o mérito, mas, para que essa decisão gere coisa julgada material, devem ser observados

no caso concreto os requisitos previstos pelos incisos do art. 503, § 1.º, do Novo CPC.

Nos termos do art. 503, § 1º, I, do Novo CPC, a resolução da questão prejudicial só faz coisa julgada se dessa resolução depender o julgamento do mérito. Justamente em razão do próprio conceito de questão prejudicial, é preciso se interpretar o dispositivo legal de forma que se dê a ele alguma utilidade prática.

Sou adepto da distinção entre questão preliminar e prejudicial pela sua natureza, versando a primeira sobre direito processual e a segunda sobre direito material. Ocorre, entretanto, que o tema é controvertido na doutrina e, para aqueles que entendem pela possibilidade de questão prejudicial processual, o art. 503, § 1º, I, do Novo CPC é aplicável para afastar a coisa julgada de sua resolução[495].

Por outro lado, também é possível aplicar-se o dispositivo para afastar a coisa julgada de questão prejudicial resolvida *obiter dictum*[496], ou seja, um fundamento utilizado no julgamento apenas como exercício de retórica, apenas para completar seu raciocínio decisório, sem, portanto, desempenhar papel fundamental da formação da decisão.

No tocante ao requisito ora analisado, é importante se fazer uma distinção entre a necessidade de o julgamento do mérito depender da solução da questão prejudicial e do resultado de tal julgamento depender de tal solução. O dispositivo é claro em não se preocupar com a influência no resultado do julgamento exercida pela solução da questão prejudicial, de forma que mesmo naqueles

casos em que a solução da questão prejudicial não for fundamento do resultado, sendo ela imprescindível para que o julgamento ocorra, haverá coisa julgada material.

Numa ação de investigação de paternidade em que há questão prejudicial a respeito da paternidade, a decisão de que o réu não é pai do autor é o fundamento da improcedência de seu pedido. Por outro lado, considerando o réu pai, também pode ser o julgamento de improcedência, como, por exemplo, em razão da idade do autor. Nesse caso o fundamento da improcedência não será a paternidade, mas ainda assim essa questão resolvida incidentalmente produzirá coisa julgada material. Afinal, ainda que não tenha sido o fundamento da sentença, sua prolação só foi possível com a solução prévia a respeito da paternidade.

No inciso II, § 1º, do art. 503 do Novo CPC, exige-se que a respeito da questão prejudicial tenha havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia[497]. Entendo que tal exigência só cabe na hipótese de revelia, e ainda assim se o réu revel deixar de comparecer ao processo, já que tal comparecimento, mesmo tardio, poderá garantir o respeito ao contraditório. De qualquer forma, o surgimento de questão prejudicial diante de revelia do réu é fenômeno raro porque a controvérsia do ponto se dá em regra na contestação apresentada pelo réu, sendo apenas excepcional a controvérsia surgir de outra espécie de resposta ou por outro sujeito processual.

A exigência contida no inciso III é indispensável para que a coisa julgada material não seja resultante de atividade de juízo

absolutamente incompetente. Nos termos do dispositivo, o juízo deve ter competência em razão da matéria e da pessoa para resolver a questão prejudicial como questão principal. A justificável preocupação do legislador evitará, por exemplo, que uma decisão incidental proferida por juízo trabalhista, que reconhece a união estável dos réus numa ação trabalhista movida por empregada do lar para condená-los solidariamente, faça coisa julgada material.

E embora não faça parte dos incisos do art. 503 do Novo CPC, o § 2.º também prevê requisito para que a decisão de questão prejudicial produza coisa julgada material, ao exigir que não existam no processo restrições probatórias (por exemplo, nos procedimentos sumários documentais, como ocorre no mandado de segurança e nos Juizados Especiais em que existem limitações à prova testemunhal e pericial[498]) ou limitações à cognição (cognição sumária em sua profundidade (sentido vertical), como ocorre na tutela provisória, e/ou limitada em sua extensão (sentido horizontal), como ocorre, por exemplo, na ação de desapropriação, consignatória e no inventário, que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

O que deve ficar claro na interpretação desse dispositivo, entretanto, é que nesses tipos de processo não há uma vedação absoluta para a formação de coisa julgada material da resolução da questão prejudicial. Só não haverá coisa julgada material nesses casos se as limitações cognitivas ou probatórias impedirem a cognição exauriente com base em todos os meios de prova necessários para a solução da questão prejudicial.

Num processo em trâmite perante os Juizados Especiais, por exemplo, apesar da limitação no número de testemunhas e da impossibilidade de produção de prova pericial complexa, é possível que uma questão prejudicial seja resolvida com base em prova exclusivamente documental. Nesse caso, as limitações probatórias não terão afetado a resolução da questão prejudicial, de forma que, desde que preenchidos os requisitos do § 1º do art. 503 do Novo CPC, haverá formação de coisa julgada material.

Outro exemplo pode ser colhido na ação de desapropriação. Ainda que a defesa nesse tipo de processo seja limitada ao preço, admite-se também que o réu alegue em sua contestação a ilegalidade do decreto desapropriatório, ou seja, que alegue que a desapropriação não se adequa a nenhuma das inúmeras hipóteses legais. Nesse caso, a ilegalidade da desapropriação será uma questão prejudicial exclusivamente de direito, de forma que, mesmo diante das limitações cognitivas desse tipo de processo, sendo resolvida pelo juiz deverá produzir coisa julgada material.

E é justamente nesse ponto que me causa curiosidade a efetiva aplicabilidade do § 2º do art. 503 do Novo CPC. Sendo a solução da questão prejudicial indispensável para a solução do mérito, caso as limitações probatórias ou cognitivas do processo impeçam o juiz de decidi-la, será caso de extinção do processo sem resolução do mérito, quando obviamente, não haverá coisa julgada material alguma. Por outro lado, não sendo tais limitações um impeditivo para a prolação da decisão, a solução da questão prejudicial fará coisa julgada material.

Sob essa perspectiva de análise, o art. 503, § 2º, do Novo CPC,

é inútil, porque quando as limitações lá apontadas impedirem o juiz de formar seu convencimento pleno a respeito da questão prejudicial, será hipótese de extinção terminativa. E quando não criarem obstáculo, a coisa julgada deverá ser formada com o preenchimento dos requisitos previstos no § 1º do art. 503 do Novo CPC.

Por fim, acredito que a limitação ora analisada se limite a restrições probatórias impostas pela lei. No caso de o juiz indeferir pedido de prova no caso concreto a respeito de fato relacionado à questão prejudicial, a decisão sobre ela terá aptidão de fazer coisa julgada material[499]. Nesse caso, o juiz terá decidido a questão prejudicial com cognição exauriente, e se indeferiu prova é porque não a entendeu necessária à formação de seu convencimento.

Não me oponho à opção do novo diploma processual de estender a autoridade da coisa julgada à decisão da questão prejudicial, mas desconsiderar que ela faça parte dos motivos da decisão é ficção jurídica com a qual não estou disposto a conviver. Assim, o art. 504, I, do Novo CPC, da mesma forma que o art. 469, I, do CPC/1973, prevê que os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, não fazem coisa julgada material, mas a regra não se aplica à questão prejudicial[500].

Nos termos do art. 1.054 do Novo CPC, o disposto no art. 503, § 1.º, somente se destina aos processos iniciados após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5.º, 325 e 470 do CPC/1973. Significa que, mesmo estando em trâmite

o processo quando do início da vigência do Novo CPC, a decisão das questões prejudiciais só fará coisa julgada material se for proposta por uma das partes a ação declaratória incidental, que terá, portanto, duração além da *vacatio legis* de um ano prevista no art. 1.045 do Novo CPC.

Cumpre lembrar a tese defendida por renomados constitucionalistas de que, no processo objetivo, por meio do qual se faz o controle concentrado de constitucionalidade, os motivos determinantes da decisão também se tornam imutáveis e indiscutíveis, vinculando juízes em outras demandas a essa espécie de fundamentação[501]. Fala-se nesse caso de *transcendência dos motivos determinantes* ou de *efeito transcendente de motivos determinantes*, afirmando-se que no controle concentrado de constitucionalidade das leis o efeito vinculante não se limita ao dispositivo, atingindo também os fundamentos principais da decisão.

O Supremo Tribunal Federal vinha aplicando a tese ora analisada, mas atualmente o entendimento do tribunal se modificou,[502] de forma que a teoria subsiste apenas no ambiente doutrinário, sem encontrar aplicação na praxe forense. Como consequência prática da inadmissão da teoria ora analisada pelo Supremo Tribunal Federal, encontra-se o não cabimento da reclamação constitucional contra decisão que apenas contrariar fundamentos no controle de constitucionalidade sem agredir o dispositivo da decisão.[503]

A única imutabilidade dos fundamentos da decisão regulada

pelo Código de Processo Civil verifica-se no fenômeno previsto pelo art. 123 do Novo CPC, conhecido como “eficácia da intervenção”. Caso o assistente tenha participado ativamente do processo, torna-se para ele imutável a justiça da decisão, ou seja, não poderá em outra demanda voltar a discutir os fundamentos de fato e de direito da sentença. O efeito da intervenção, entretanto, não se confunde com a coisa julgada material, em distinção já estabelecida no Capítulo 8, item 8.2.8.

25.7. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

A doutrina acertadamente ensina que todos os sujeitos – partes, terceiros interessados e terceiros desinteressados – suportam naturalmente os efeitos da decisão, mas a coisa julgada os atinge de forma diferente. As partes, inclusive o Ministério Público quando participa do processo como fiscal da ordem jurídica[504], estão vinculadas à coisa julgada, os terceiros interessados sofrem os efeitos jurídicos da decisão, enquanto os terceiros desinteressados sofrem os efeitos naturais da sentença, sendo que em regra nenhuma espécie de terceiro suporta a coisa julgada material[505].

A segunda parte do art. 472 do CPC/1973 aparentemente excepcionava essa regra, estabelecendo que nas ações relativas ao estado de pessoa a sentença produziria coisa julgada em relação a terceiros. A inadequada redação do dispositivo legal, entretanto, somente consagrava a regra da coisa julgada *inter partes*, porque exigia que todos os interessados fossem citados no processo em litisconsórcio necessário. Dessa forma, somente os terceiros

desinteressados não participariam do processo como parte, e estes não suportariam a coisa julgada material, porque não têm legitimidade para discutir judicialmente a decisão[506]. Parece que o dispositivo legal confundia os efeitos da decisão com a coisa julgada material, considerando-se que todos suportam os efeitos dessa decisão – os divorciados não estão divorciados somente entre eles, mas também perante terceiros –, mas evidentemente os terceiros – nesse caso todos terceiros desinteressados – não suportam a coisa julgada material[507].

O Novo Código de Processo Civil bem notou a impropriedade do dispositivo legal e não o repetiu, o que deve ser saudado pela comunidade jurídica e pelo operador do direito. Afasta-se do sistema processual dispositivo legal que confundia efeitos e imutabilidade, confusão já superada há tempos pela doutrina processual.

O art. 506 do Novo CPC, que regula os limites subjetivos da coisa julgada, acertadamente retira essa segunda parte do art. 472 do CPC/1973. E traz outra novidade que deve suscitar interessante questionamento. Segundo o dispositivo legal, a coisa julgada não prejudica terceiros. Não sei se o objetivo da supressão foi transformar a coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus* para terceiros, mas aparentemente é possível extrair tal conclusão da redação do art. 506 do Novo CPC[508]. Significa que terceiros poderão se aproveitar da coisa julgada material, não podendo apenas prejudicá-los[509],0 tornando regra a exceção atualmente prevista no art. 274 do CC.

Nos processos individuais havia entendimento tradicional na vigência do diploma processual revogado de que a coisa julgada se operava *inter partes*, ou seja, ela vinculava somente as partes, não atingindo os terceiros, que não eram por ela beneficiados ou prejudicados. A par das discussões doutrinárias a respeito do conceito de parte (Capítulo 2, item 2.3.2), entende-se que a coisa julgada vincula o autor, réu e terceiros intervenientes, à exceção do assistente simples, que suporta a eficácia da intervenção prevista pelo art. 123 do Novo CPC.

A eficácia *inter partes* justificava-se em razão dos princípios da *ampla defesa* e do *contraditório*, não sendo plausível que a sentença de mérito se tornasse imutável e indiscutível para sujeito que não participou do processo. Essa justificativa só tinha algum sentido quanto aos terceiros interessados (que têm interesse jurídico na causa), porque no tocante aos terceiros desinteressados (não mantêm nenhuma relação jurídica interdependente com a relação jurídica objeto da demanda), número infinito de pessoas, faltaria interesse processual para discutir a decisão transitada em julgado, de forma que a sua imutabilidade torna-se uma consequência natural da impossibilidade processual de modificar a decisão[510].

Esse entendimento restava consagrado expressamente no art. 472 do CPC/1973, mas não foi totalmente repetido pelo Novo Código de Processo Civil, conforme já adiantado, o que pode levar a uma alteração significativa dos limites subjetivos da coisa julgada nos processos individuais.

Registre-se que essa espécie de coisa julgada material, além de

ser regra no processo coletivo, mesmo no processo individual já existia antes do Novo Código de Processo Civil. Segundo o art. 274 do CC, sendo interposta demanda por um ou alguns dos credores solidários em litisconsórcio, sendo julgado procedente o pedido e condenado o réu ao pagamento, o julgamento aproveita a todos os demais credores solidários, mesmo que não tenham participado do processo. Significa dizer que todos estão legitimados a executar a sentença condenatória e que poderão alegar a exceção de coisa julgada material como matéria de defesa em ação declaratória de inexigibilidade de débito promovida pelo devedor. No caso de julgamento de improcedência, a coisa julgada material só vincula o credor ou credores que tenham ingressado com a demanda, ou seja, os credores solidários que foram parte. Conforme reconhecido pela melhor doutrina, trata-se da técnica da coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, a vinculação à coisa julgada material dos credores solidários que não propuseram a demanda judicial dependerá de seu resultado[511].

A regra de que a coisa julgada não pode prejudicar terceiros tem duas exceções, de forma que os sucessores e os substituídos processuais, ainda que não participem do processo como partes, suportam negativamente os efeitos da coisa julgada. São titulares do direito e dessa forma não haveria sentido que não suportassem os efeitos, ainda que negativos, da coisa julgada material.

Os sucessores assumem os direitos e obrigações do sucedido, transmitindo-se também a esses a imutabilidade decorrente da coisa julgada. Registre-se que, havendo sucessão do direito durante o processo judicial, impõe-se como pressuposto da extensão da coisa

julgada ao sucessor a informação da existência da demanda judicial[512]. A regra se aplica na hipótese de alienação de coisa litigiosa, na qual o adquirente deve ter ciência dessa situação da coisa para suportar a vinculação à decisão em processo do qual não participou.

Os substituídos são representados na demanda por sujeito que a lei ou o sistema considera apto à defesa do direito em juízo, sendo que nessa excepcional hipótese admite-se que a coisa julgada atinja titulares do direito que não participaram como parte no processo[513]. Registre-se moderna posição doutrinária no sentido de excluir a coisa julgada a terceiro que não tenha tido oportunidade de participar da demanda na qual seu direito material foi decidido. Essa corrente doutrinária entende que, não tendo oportunidade de participar do processo, o substituído processual não poderia suportar a coisa julgada material em respeito aos princípios da *ampla defesa* e do *contraditório*[514].

O Projeto de Novo Código de Processo Civil aprovado originariamente no Senado Federal parecia consagrar tal entendimento no art. 18, parágrafo único, ao prever que o substituído processual deveria ser intimado, podendo, inclusive, assumir o polo da demanda em sucessão processual ao substituto. A redação final do dispositivo foi substancialmente modificada, sendo previsto apenas que, havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial. Na verdade, essa intervenção já é admitida atualmente, não sendo necessária uma previsão específica nesse sentido para legitimá-la. A redação final do dispositivo na realidade não modifica a situação atual do

substituído processual, porque, ao dispensar sua intimação, ao menos para ter ciência da existência do processo, dá a entender que esse terceiro estará sujeito à coisa julgada material independentemente de ter tido ciência da existência do processo.

Na tutela coletiva não se repete a regra da coisa julgada *inter partes* presente no Código de Processo Civil. O tema é versado no art. 103 do CDC e varia conforme a espécie de direito coletivo *lato sensu* que compõe o objeto do processo. Nos direitos difusos a coisa julgada se opera *erga omnes* (perante toda a coletividade), em razão da indeterminação e indeterminabilidade dos titulares do direito (inciso I). Nos direitos coletivos a coisa julgada é formada *ultra partes* (vincula pessoas que não participam do processo como partes), atingindo somente os sujeitos que compõem um grupo, classe ou categoria de pessoas (inciso II). Nos direitos individuais homogêneos a coisa julgada é formada *ultra partes*, porque só atinge os titulares do direito individual cujo somatório forma os direitos individuais homogêneos. Apesar disso, o art. 103, III, do CDC prevê que a coisa julgada nesse caso se opera *erga omnes*, o que parece equivocado, mas não gera consequências jurídicas, considerando que os sujeitos que não são titulares do direito individual homogêneo são terceiros desinteressados, que, apesar de não suportarem a coisa julgada, não têm legitimidade para discuti-la e afastá-la em juízo.

Registre-se a existência de normas que limitam a incidência da coisa julgada a determinados sujeitos num determinado território, como é o caso do art. 16 da Lei 7.347/1985, ao prever que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da

competência territorial do órgão prolator (...)", o art. 2.º-A da Lei 9.494/1997, que prevê que "a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator" e o art. 22, *caput*, da Lei 12.016/2009, ao prever que "no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante".

25.8. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

O art. 508 do Novo CPC prevê que com o trânsito em julgado considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia ter levado ao processo para fundamentar tanto o acolhimento como a rejeição do pedido. Trata-se da eficácia preclusiva da coisa julgada.

É simples entender a regra quando aplicada para as possíveis alegações de defesa do réu. Havendo mais de uma matéria defensiva, caberá ao réu apresentá-las em sua totalidade, não lhe sendo possível ingressar com outra demanda arguindo matéria de defesa que deveria ter sido apresentada em processo já extinto com coisa julgada material[515]. O réu que alega somente o pagamento de dívida e vem a ser condenado a pagá-la não poderá ingressar com outro processo alegando a prescrição e requerendo a repetição de indébito, porque a alegação de prescrição deveria ter sido elaborada como matéria de defesa do primeiro processo.

Aplicada ao autor, a regra da eficácia preclusiva da coisa julgada gera maior controvérsia. A parcela majoritária tem o entendimento que parece ser o mais correto: a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge tão somente as alegações referentes à causa de pedir que fez parte da primeira demanda, porquanto alegado outro fato jurídico ou outra fundamentação jurídica, não presentes na primeira demanda, afasta-se do caso concreto a *tríplice identidade*, considerando-se tratar-se de nova causa de pedir[516]. Alegada a falta

de pagamento na ação de despejo e sendo julgado o pedido improcedente, é admissível uma nova ação de despejo fundada em danos causados ao imóvel locado.

Outra parcela doutrinária entende que a eficácia preclusiva da coisa julgada é mais ampla, atingindo alegações alheias à causa de pedir presente na demanda que produziu coisa julgada material. Para essa parcela da doutrina, o art. 508 do Novo CPC atinge todos os fatos jurídicos deduzíveis na ação, o que naturalmente o faz atingir inclusive fatos jurídicos alheios à causa de pedir narrada pelo autor[517].

É possível ainda indicar uma terceira corrente doutrinária, intermediária entre as duas mais comuns, que entende que a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge todos os fatos da mesma natureza conducentes ao mesmo efeito jurídico, mas não fatos de natureza diversa ou fatos de mesma natureza que produzam efeitos jurídicos diversos[518].

Interessante notar que a eficácia preclusiva da coisa julgada não contraria os limites objetivos da coisa julgada. Numa análise apressada e superficial poder-se-ia questionar a regra do art. 508 do Novo CPC, questionando-se que, se nem mesmo as alegações feitas e decididas na fundamentação fazem coisa julgada, como poderiam se tornar imutáveis e indiscutíveis alegações que nem ao menos foram feitas e enfrentadas pelo juiz? A visão é equivocada porque não compreende a função instrumental da eficácia preclusiva da coisa julgada; a impossibilidade de discutir alegações não realizadas em novo processo só se justifica nos limites da proteção

à coisa julgada material[519]. Dessa forma, sempre que o enfrentamento dessas alegações puder levar à decisão que contrarie o dispositivo de decisão protegido pela coisa julgada material, aplica-se a regra da eficácia preclusiva da coisa julgada para impedir a decisão a seu respeito[520].

25.9. COISA JULGADA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE TRATO CONTINUADO

O art. 505, I, do Novo CPC prevê a possibilidade de pedido de revisão do instituído na sentença na hipótese de modificação superveniente no estado de fato ou de direito, sempre que a sentença resolver relação jurídica de trato continuado. Dessa forma, legitima-se a modificação do conteúdo de sentenças tais como as que decidem as demandas de alimentos ou revisionais de aluguel, mesmo que ocorrido seu trânsito em julgado. É indiscutível que essa espécie de sentença, como qualquer outra, transita em julgado, produzindo coisa julgada formal, sendo absolutamente equivocado o art. 15 da Lei 5.478/1968 a prever que a sentença proferida no processo de alimentos não transita em julgado[521]. Esgotadas as vias recursais contra a decisão, é indiscutível a ocorrência do trânsito em julgado.

Sendo indiscutível a existência de coisa julgada formal, e considerando-se ser de mérito tais sentenças, a pergunta que encontra diferentes respostas na doutrina é a respeito da existência de coisa julgada material. O questionamento fundamenta-se na possibilidade de revisão da decisão a qualquer momento, ainda que

sob condição; será tal circunstância compatível com a imutabilidade e indiscutibilidade prometida pela coisa julgada material?

Para parcela minoritária da doutrina, a possibilidade de revisão da decisão, ainda que limitada à ocorrência de modificações supervenientes de fato ou de direito, é incompatível com a segurança jurídica advinda da coisa julgada material, de forma que o art. 505, I, do Novo CPC afasta a coisa julgada material das sentenças que resolvem relação jurídica de trato continuado[522]. Outra parcela doutrinária defende a existência de uma coisa julgada material especial, gerada por uma sentença de mérito que contém implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, a imutabilidade da decisão estaria condicionada à manutenção da situação de fato e de direito[523].

Nenhuma das posições doutrinárias examinadas é correta, sendo preferível uma terceira corrente, atualmente majoritária, que defende a existência de coisa julgada material nas sentenças que resolvem relação jurídica de trato continuado como em qualquer outra sentença de mérito. Essa corrente doutrinária aponta que a decisão é imutável e indiscutível, e a possibilidade de sua revisão, condicionada à modificação do estado de fato ou de direito, é permitida tão somente em razão da modificação da causa de pedir, de forma a afastar a *tríplice identidade*, indispensável para a aplicação da função negativa da coisa julgada material[524]. Assim, a sentença de alimentos ou da ação revisional de aluguel só pode ser modificada quando existir uma nova causa de pedir (novos fatos ou novo direito) que legitime tal modificação.

25.10. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

25.10.1. INTRODUÇÃO

Tema dos mais interessantes a respeito da coisa julgada diz respeito à sua relativização, tese defendida por parcela considerável da doutrina nacional. Ao que parece, atualmente há duas atípicas formas de relativização da coisa julgada:

(a) coisa julgada inconstitucional; e

(b) coisa julgada injusta inconstitucional.

Enquanto na primeira se pretende afastar a coisa julgada de sentenças de mérito transitadas em julgado que tenham como fundamento norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na segunda o pretendido afastamento da imutabilidade própria da coisa julgada se aplicaria às sentenças que produzam extrema injustiça, em afronta clara e inaceitável a valores constitucionais essenciais ao Estado democrático de direito.

Antes propriamente de analisar essas duas espécies de relativização, é interessante fazer duas observações críticas a respeito da nomenclatura – já consagrada – a respeito desses fenômenos. A relativização tratada pelas novas teorias não diz respeito a uma espécie tradicionalmente prevista em lei e tranquilamente aceita de relativização da coisa julgada: a ação rescisória, analisado no Capítulo 62. O presente capítulo, portanto, tem como conteúdo as chamadas formas atípicas de relativização da coisa julgada. Por outro lado, nesses casos não é propriamente a

coisa julgada acusada de inconstitucional, mas a sentença que produz coisa julgada, considerando-se que o vício é desta e não daquela[525].

25.10.2. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

O art. 525, § 12, e o art. 535, § 5º, ambos do Novo CPC, trazem consigo a previsão de matérias que podem ser alegadas em sede de defesa típica do executado no cumprimento de sentença (impugnação) e que afastam a imutabilidade da coisa julgada material. De idêntica redação, os dispositivos legais permitem ao executado a alegação de inexigibilidade do título com o fundamento de que a sentença que se executa (justamente o título executivo judicial) é fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda que a sentença já tenha transitado em julgado, ou seja, durante a sua execução definitiva, o executado ainda conseguirá se livrar da execução, afastando a imutabilidade da sentença, característica típica da coisa julgada. Registre-se que, sendo a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a norma inconstitucional proferida após o trânsito em julgado, a matéria não poderá ser alegada em defesa executiva, mas em ação rescisória, nos termos do art. 525, § 15, e 535, § 8º, ambos do Novo CPC.

A declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal pode ocorrer, segundo os dispositivos legais ora apresentados, por três diferentes maneiras:

(a) redução de texto, quando a lei é declarada inconstitucional para todos os fins e desaparece do ordenamento jurídico;

(b) aplicação da norma à situação considerada inconstitucional, quando ela será válida para certas situações e inválida para outras;

(c) interpretação conforme a Constituição, quando, havendo mais de uma interpretação possível, somente uma delas for considerada constitucional.

Existe doutrina que defende a inconstitucionalidade dos dispositivos ora comentados, com o argumento de que a coisa julgada é uma indispensável garantia fundamental, prestando-se a dotar o sistema da segurança jurídica indispensável à prestação da tutela jurisdicional[526]. A possibilidade de revisão da coisa julgada material em razão de posterior inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal criaria instabilidade insuportável ao sistema, afastando a promessa constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional, considerando-se que tutela jurisdicional não definitiva é o mesmo que sua ausência[527].

O tema não é pacífico, considerando parcela da doutrina que os dispositivos legais são constitucionais, ainda que indesejáveis. Sendo tarefa das normas infraconstitucionais o estabelecimento de quando e como haverá coisa julgada, também serão essas espécies de normas que determinarão as hipóteses excepcionais de seu desaparecimento, indicando as razões e a forma procedimental para que isso ocorra no caso concreto[528]. Em virtude do histórico do surgimento dessa regra em nosso direito processual, dificilmente o Supremo Tribunal Federal a considerará inconstitucional, ainda que exista ação declaratória de inconstitucionalidade contra o art. 741, parágrafo único, do CPC/1973, pendente de julgamento[529]. Essa ação perdeu o objeto com o Novo Código de Processo Civil, mas é provável que os mesmos que entendiam pela inconstitucionalidade

do dispositivo revogado ingressem com nova ação pedindo a inconstitucionalidade dos arts. 525, § 12, e 535, § 5º, do Novo CPC.

No tocante à regra em si, parcela da doutrina entende que a literalidade do dispositivo legal não deixa dúvidas a respeito de ser fenômeno processual que atua no plano da eficácia, de modo que o acolhimento dos embargos ou da impugnação desfaz a eficácia da coisa julgada retroativamente, afastando o efeito executivo da sentença condenatória[530]. Tornando a sentença ineficaz, seu principal efeito, a *sanção executiva* desaparece, não se admitindo a execução do título. Há opiniões em sentido contrário que apontam para o plano da validade, afirmando que o acolhimento da impugnação quando alegada a matéria prevista nos arts. arts. 525, § 12, e 535, § 5º, do Novo CPC gera a desconstituição da sentença[531]. Prefiro o segundo entendimento, considerando-se que a inexigibilidade do título refere-se à obrigação pendente de termo ou condição, o que naturalmente não é o caso. A alegação de inconstitucionalidade da norma em que se fundou a sentença é forma de impugnação do conteúdo da decisão, referindo-se ao seu mérito, e não a aspectos formais do título executivo.

A literalidade do dispositivo legal não permite espaço para o entendimento de que a inconstitucionalidade seja declarada pelo juízo da própria execução, no julgamento dos embargos ou impugnação[532], sendo indispensável uma manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal. Havendo a declaração concentrada da inconstitucionalidade em julgamento de ação declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, não há dúvida na doutrina a respeito aplicação dos dispositivos legais.

No silêncio a respeito do tema nas regras constantes no CPC/1973 a divergência era significativa. Enquanto doutrinadores entendiam que a mera declaração incidental já era o suficiente[533], outros exigiam a declaração concentrada, ou ainda a declaração incidental seguida de resolução do Senado Federal suspendendo a lei ou ato normativo, nos termos do art. 52, X, da CF[534].

Essa divergência foi bem representada pelas comissões de juristas formadas na Câmara e no Senado, tanto assim que a solução adotada pelo texto final do Novo CPC foi diferente daquela adotada no projeto de lei aprovado na Câmara. Enquanto na Câmara o controle de constitucionalidade poderia ser difuso ou concentrado, no Senado, inicialmente, passou-se a limitar a alegação de coisa julgada inconstitucional à declaração concentrada do Supremo Tribunal Federal.

A justificativa da opção do Senado encontra-se na Emenda constante do Tópico 2.3.2.160: “Em prestígio ao controle concentrado de constitucionalidade e à abrangência de seus efeitos, devem-se rejeitar o § 10 do art. 539 do SCD e o § 5.º do art. 549 do SCD, para restabelecer os seus correspondentes no PLS, com um ajuste meramente de redação útil à sua clareza, qual seja a sua subdivisão em incisos. Por essa razão, não se acolhe a sugestão contida no Ofício 101/SGCS/AGU no sentido da manutenção do controle difuso de constitucionalidade como suficiente para configurar como inconstitucional e inexigível um título executivo”.

Mas, após a aprovação do texto base votado no Senado, foi aprovado Destaque apresentado pelo Senador Eduardo Braga no

sentido de manter o texto aprovado na Câmara, de forma a voltar a constar do texto final do Novo CPC o controle difuso, além do concentrado.

Os arts. 525, § 12, e 535, § 5.º, do Novo CPC, portanto, resolvem o impasse na caneta ao expressamente apontar que a declaração deve ser realizada em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Ainda que a determinação por lei seja saudável sob a ótica da segurança jurídica, entendo que o tema merecia um debate mais amplo, até porque envolve a atual discussão sobre eficácia *intra partes* e *erga omnes* das diferentes formas de controle de constitucionalidade.

Já tive oportunidade de defender que somente o controle concentrado poderia ser utilizado na alegação de coisa julgada inconstitucional, justamente em razão dos efeitos da decisão, e, nesse sentido, não fiquei satisfeito com a aprovação do texto final do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado[535]. No entanto, nunca deixei de compreender os argumentos dos que pensam diferente, defensores de uma objetivação do recurso extraordinário. Entendo, entretanto, que, se partirmos efetivamente para a eficácia *ultra partes* do julgamento desse recurso, ao menos algumas condições deveriam ser impostas. Poder-se-ia exigir, por exemplo, que o julgamento tenha se dado sob o rito dos recursos repetitivos, de forma que se tenha uma participação mais ampla e uma maior discussão sobre o tema constitucional.

De qualquer forma, como o tema está sendo enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, o mais prudente teria sido o Novo

Código de Processo Civil silenciar a esse respeito. Não resistindo a resolver o impasse na caneta, o mais prudente teria sido adotar o entendimento mais tradicional a respeito dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade. No último momento do processo legislativo, entretanto, prestigiou-se emprestar ao controle difuso eficácia *erga omnes* – ou ao menos *ultra partes* – como fundamento de alegação da coisa julgada inconstitucional.

Sobre o tema, partindo da premissa de que qualquer espécie de controle de constitucionalidade é o suficiente para haver coisa julgada inconstitucional, o Enunciado 58 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) exige que a decisão seja proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto polêmico sobre o tema resolvido por previsão expressa de lei é o momento a partir do qual a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ter sido proferida. Durante a fase de conhecimento? Após o trânsito em julgado? A qualquer momento? Segundo os §§ 14 e 15 do art. 525 e o § 7.º do art. 535 do Novo CPC, a alegação de coisa julgada inconstitucional dependerá de a decisão do Supremo Tribunal Federal ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

No projeto de lei aprovado na Câmara havia a indicação expressa de que, sendo proferida a decisão do Supremo Tribunal Federal após o trânsito em julgado da decisão exequenda, seria cabível a ação rescisória. Essa regra foi originariamente suprimida pelo Parecer Final 956 do Senado. A supressão deixava interessante questão em aberto: seria cabível ação rescisória mesmo sem a expressa previsão da lei?

A questão é interessante porque tradicionalmente o Supremo Tribunal Federal admite ação rescisória quando há declaração de inconstitucionalidade superveniente da lei, mesmo quando à época da prolação da decisão houvesse divergência jurisprudencial, excepcionando dessa forma o Enunciado na Súmula 343/STF[536]. Diante desse panorama, poder-se-ia concluir pela admissão da ação rescisória com fundamento no art. 966, V, do Novo CPC.

Ocorre, entretanto, que em recente decisão da Corte Constitucional foi decidido, sob o regime dos recursos repetitivos, que, havendo no Supremo Tribunal Federal mudança posterior de entendimento anteriormente consagrado, não cabe ação rescisória para afastar o antigo entendimento e fazer valer o posterior[537], o que deixa a questão em aberto para futura definição pela Corte Constitucional.

Registre-se apenas que, se fosse levada em consideração a justificativa da Emenda constante do Tópico 2.3.2.161 do Projeto Final 956 do Senado, a tendência seria pelo não cabimento da ação rescisória: “Com o objetivo de salvar a constitucionalidade do instituto, impõe-se a exclusão da parte final do § 12 do art. 539 do SCD e do § 7.º do art. 549 do SCD, os quais ampliam de modo indefinido o prazo para o ajuizamento de ação rescisória, o que fragiliza, ainda mais, a coisa julgada”.

No entanto, em razão de destaque apresentado pelo Senador Eduardo Braga e aprovado pelo Senado, voltou a constar do texto final a previsão expressa de cabimento de ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo

Supremo Tribunal Federal (§ 8°, art. 535).

Nos termos do § 13º do art. 525 e § 6º do art. 535, ambos do Novo CPC, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de forma a favorecer a segurança jurídica. Concordo que a única forma de tornar útil o dispositivo legal é interpretá-lo no sentido de que caberá ao juízo da execução tal modulação[538]. Afinal, se a modulação tiver sido realizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal na declaração de inconstitucionalidade, caberá ao juízo da execução simplesmente respeitá-la.

Ocorre, entretanto, que a única forma de dar utilidade à previsão legal a torna flagrantemente inconstitucional. Entendo que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é atividade privativa do Supremo Tribunal Federal, sob pena de o juízo de primeiro grau da execução limitar indevidamente os limites temporais da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Corte Superior.

Basta imaginar um juiz de primeiro grau extremamente preocupado com a segurança jurídica e frontalmente contrário à coisa julgada inconstitucional. Para ele, bastará decidir no caso concreto que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal tem sempre eficácia *ex nunc*, de forma a afastar em todo caso concreto o alcance do fenômeno processual ora analisado.

Registre-se por fim que a forma processual dos embargos e da impugnação para a alegação da matéria ora discutida é

simplesmente uma opção dada à parte para a sua alegação, sendo admissíveis também a ação rescisória e a ação declaratória autônoma com a mesma finalidade. A ação autônoma, inclusive, poderá ser proposta até mesmo após o encerramento da execução com a satisfação do exequente. Nesse caso, além do pedido de declaração de inconstitucionalidade da sentença que serviu de título executivo à execução, o autor poderá requerer a condenação do réu ao recebimento do valor obtido na execução, em típico pedido de repetição do indébito[539].

25.10.3. COISA JULGADA INJUSTA INCONSTITUCIONAL

Essa forma de relativização, diferentemente da anteriormente analisada, não tem uma expressa previsão legal, sendo criação doutrinária e jurisprudencial, ainda que já se tenha sugerido que, ao menos em termos procedimentais, seja possível a aplicação subsidiária dos arts. 525, § 12, e 535, § 5º, ambos do Novo CPC[540]. Também encontra adeptos e críticos ardorosos, existindo espaço até mesmo para uma corrente intermediária, que aceita a proposta de relativização desde que com tratamento legislativo específico, única forma de evitar abusos desmedidos e injustificáveis.

Fundamentalmente, trata-se da possibilidade de sentença de mérito transitada em julgado causar uma extrema injustiça, com ofensa clara e direta a preceitos e valores constitucionais fundamentais. Reconhecendo ser a coisa julgada material instituto processual, responsável pela tutela da *segurança jurídica*, sendo esse também um importante direito fundamental previsto na Constituição Federal, a doutrina que defende a sua relativização entende que a coisa julgada não pode ser um valor absoluto, que *a*

priori e em qualquer situação se mostre mais importante do que outros valores constitucionais. A proposta é que se realize no caso concreto uma ponderação entre a manutenção da segurança jurídica e a manutenção da ofensa a direito fundamental garantido pela Constituição Federal. Nesse *juízo de proporcionalidade* entre valores constitucionais, seria legítimo o afastamento da coisa julgada quando se mostrar no caso concreto mais benéfico à proteção do valor constitucional afrontado pela sentença protegida pela coisa julgada material.

Naturalmente, o mero erro na decisão transitada em julgado não dá ensejo à relativização da coisa julgada, porque nesse caso a segurança jurídica se sobrepõe à justiça da decisão[541].

Como já observado pela melhor doutrina[542], a corrente que defende essa relativização se divide em dois grupos, que apesar de fundamentos diferentes sempre chegam à mesma conclusão:

(a) os que defendem a inexistência da coisa julgada material em determinadas hipóteses de extrema injustiça inconstitucional da sentença, de forma que o afastamento da decisão nem mesmo poderia ser tratado como uma espécie de relativização;

(b) os que concordam que mesmo diante dessa extrema injustiça existe coisa julgada material, mas que o seu afastamento é necessário e justificável em razão da proteção de outros valores constitucionais.

Entre os defensores da inexistência de coisa julgada nessas circunstâncias, é interessante notar que existem doutrinadores que situam o vício gerado pela sentença extremamente injusta no plano da eficácia, da validade e da existência jurídica. A conclusão é sempre a mesma, qual seja a de que não havendo a coisa julgada no

caso concreto não se trata propriamente de relativizá-la, mas somente de declarar sua ineficácia, nulidade ou inexistência, sempre com o objetivo de impedir a execução da decisão[543].

Cândido Rangel Dinamarco situa o vício no plano da eficácia, afirmando que determinadas sentenças padecem de vícios tão extremos que impedem a geração de seus efeitos, em especial o efeito executivo (*sanção executiva*). Vale-se de criação de Pontes de Miranda no tocante às impossibilidades cognoscitiva, lógica e jurídica, interessando ao presente estudo a impossibilidade jurídica de a sentença gerar efeitos.

Seriam assim sentenças juridicamente impossíveis de gerar efeitos aquelas que contrariam valores jurídicos essenciais ao sistema, tais como as que representarem:

(a) afronta à razoabilidade e proporcionalidade;

(b) ofensa à moralidade administrativa (absurda lesão ao Estado);

(c) afronta ao valor justo da indenização por desapropriação[544];

(d) afronta aos direitos fundamentais do homem;

(e) afronta ao meio ambiente equilibrado.

Considerando que a coisa julgada é a qualidade da sentença que torna os efeitos imutáveis e indiscutíveis, entende o processualista paulista que a incapacidade dessas sentenças de produzirem efeitos é suficiente para não existir coisa julgada nesses casos. Não havendo qualquer efeito para ser protegido pela coisa julgada material, o fenômeno processual simplesmente não existiria, visto que não é possível uma qualidade sem objeto, ou um

manto protetor sem nada a ser protegido no caso concreto[545].

Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria situam o vício causado pela extrema injustiça inconstitucional no plano da validade, afirmando que a sentença que padece de tal vício é nula, não se sujeitando a prazos prescricionais ou decadenciais. Aparentemente tratar-se-ia de nulidade absoluta de tamanha gravidade que não poderia se considerar a sentença imutável e indiscutível, o que criaria uma mera aparência de coisa julgada. Seria hipótese semelhante ao vício ou à inexistência de citação, que apesar de gerar uma nulidade absoluta, revestese de tamanha gravidade que não se convalida nem mesmo após o vencimento do prazo da ação rescisória (*vício transrescisório*)[546].

Há decisão do Superior Tribunal de Justiça que adota esse entendimento ao afirmar que, diante de uma nulidade absoluta insanável, causadora de prejuízos ao patrimônio público, há apenas uma aparência de coisa julgada. A demanda tratava de desapropriação e, para demonstrar a absoluta incerteza quanto ao meio de se relativizar a coisa julgada, o Superior Tribunal de Justiça aceitou uma ação civil pública com tal desiderato[547].

Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina situam o vício ora analisado no plano da existência, afirmando que a sentença nesse caso é juridicamente inexistente, e por essa razão não se poderá falar no caso concreto de coisa julgada material. Entendem que as sentenças que Dinamarco chama de "juridicamente impossíveis" na realidade são inexistentes porque proferidas em processos em que falta ao autor a possibilidade

jurídica do pedido. A ausência de condição da ação faz com que o autor não tenha exercido o direito de ação, e sim mero direito de petição, e não existindo direito de ação no caso concreto, não houve efetivamente processo, devendo a sentença ser considerada juridicamente inexistente[548].

Entre as críticas encontradas na doutrina a respeito da tese da relativização da coisa julgada em razão da coisa julgada injusta inconstitucional, coloca-se em primeiro plano a função primordial para o Estado de Direito da coisa julgada.[549] Afirma-se que a *segurança jurídica* advinda da coisa julgada é essencial para a estabilização das relações jurídicas, sem o que não se sobrevive em sociedade democrática. Nessa toada, fala-se também que a segurança jurídica prometida pela coisa julgada é essencial à promessa de *inafastabilidade da jurisdição*, porque a tutela jurisdicional passível de revisão sem prazo nem forma procedimental afasta a própria razão de ser desse princípio constitucional[550].

Não convence a essa parcela da doutrina o argumento de que o afastamento da coisa julgada material reserva-se para situações excepcionais e que a segurança jurídica não seria afetada de forma significativa, podendo ser afastada somente em casos de rara ocorrência prática[551]. Dois pontos são afirmados para fundamentar o receio observado nessa parcela da doutrina.

Primeiro, a constatação de que, aberta uma exceção, será incontrolável a busca pela relativização da coisa julgada, chegando até mesmo a se falar em vírus do relativismo a contaminar todo o

sistema jurídico[552]. A relativização, nesse caso, seria na realidade o fim da coisa julgada material[553]. Outro aspecto lembrado pela doutrina é que a justiça é conceito subjetivo, sendo impossível determinar com precisão para todos e de maneira uníssona o que seja justo ou não. Dessa forma, a relativização da coisa julgada se prestaria a eternizar os conflitos, considerando-se que a alegação de extrema injustiça inconstitucional apta a afastar a primeira coisa julgada também poderia ser apresentada para afastar a coisa julgada da decisão que a afastou, e assim sucessivamente. Em busca de valor utópico e inalcançável – justiça – manter-se-ia aberta a porta do Poder Judiciário para intermináveis discussões a respeito da mesma lide, eternizando os conflitos de interesses levados a julgamento[554].

Por fim, na ausência de previsão legal a relativização da coisa injusta inconstitucional incidentalmente em ação idêntica àquela já decidida com sentença de mérito com trânsito em julgado, ou ainda por meio de mera ação declaratória ou embargos à execução[555], gera grave incompatibilidade lógica. O reconhecimento do vício pelo juiz de primeiro grau poderá no caso concreto afastar decisão que transitou em julgado em grau hierárquico superior, sendo flagrantemente ofensivo às regras de competência e à hierarquia jurisdicional que um juiz de primeiro grau de jurisdição afirme que a decisão proferida por tribunal é extremamente injusta e que por isso deve ser desconstituída. Para realçar o absurdo da situação, basta imaginar uma demanda julgada em seu mérito em última instância pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sua decisão desconstituída por juízo de primeiro grau[556].

Entre os críticos da teoria da relativização da coisa julgada injusta inconstitucional se encontram doutrinadores que percebem o descontrole com que vem sendo aplicada a tese atualmente, passando a defender uma modificação legislativa para que se determine com maior precisão os específicos casos em que seria realizada, bem como a forma procedimental mais adequada[557].

Para as ações de investigação de paternidade decididas antes da existência do exame de DNA, exemplo recorrente dos defensores da relativização, há doutrina que defenda a aplicação, por meio de lei, da coisa julgada *secundum eventum probationis*, já existente na tutela coletiva[558]. Em apertada votação, a 2.ª Seção do Superior Tribunal de Justiça se manifestou no sentido de que a flexibilização da coisa julgada nesse caso depende de a decisão transitada em julgado ser resultado da ausência ou insuficiência de provas, não sendo o suficiente para afastar a coisa julgada material o simples advento de nova técnica pericial, como o exame de DNA[559]. Outra parcela defende a ampliação do significado de *documento novo* para a propositura da ação rescisória, com prazo decadencial de dois anos a ser contado a partir do momento em que a parte obtenha o exame de DNA[560].

Propostas mais genéricas apontam para a modificação do art. 485 do CPC, com a inclusão de mais uma causa de cabimento da ação rescisória, justamente de sentença que ofenda norma ou valores constitucionais[561]. Também se fala em mudança do prazo para a interposição da ação rescisória, ou ao menos do termo inicial de contagem de prazo em determinadas situações. Existe ainda

proposta para que seja revisado o sistema de proteção à coisa julgada pela remodelação da ação rescisória e uma sistematização adequada da *querela nullitatis*[562].

Registre-se que em decisão inédita o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de admitir a relativização da coisa julgada em ação de investigação de paternidade em virtude de exame de DNA não realizado na primeira demanda. O tribunal, por maioria de votos, no cotejo entre a coisa julgada e o princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no direito à informação genética, preferiu prestigiar o segundo valor envolvido[563].

25.11. COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS*

No tocante aos direitos coletivos e difusos, a coisa julgada, na hipótese de julgamento de improcedência do pedido, tem uma especialidade que a diferencia da coisa julgada tradicional, prevista pelo Código de Processo Civil. Enquanto, no instituto tradicional, a imutabilidade e a indiscutibilidade geradas pela coisa julgada não depende do fundamento da decisão, nos direitos difusos e coletivos, caso tenha a sentença como fundamento a ausência ou a insuficiência de provas, não se impedirá a propositura de novo processo com os mesmos elementos da ação – partes, causa de pedir e pedido –, de modo a possibilitar uma nova decisão, o que, naturalmente, afastará, ainda que de forma condicional, os efeitos de imutabilidade e indiscutibilidade da primeira decisão transitada em julgado. Exclui-se da análise os direitos individuais

homogêneos porque, nestes, a coisa julgada opera-se *secundum eventum litis*; assim, qualquer fundamento que leve à improcedência não afetará os interesses dos indivíduos titulares do direito (art. 103, III, do CDC).

A primeira questão a respeito dessa espécie atípica de coisa julgada diz respeito à sua constitucionalidade. Uma corrente minoritária vê uma quebra da isonomia em referido sistema e aponta para uma proteção exacerbada dos autores das ações coletivas *stricto sensu* em desfavor dos réus. Apesar de mais sentida nas ações que tenham como objeto os direitos individuais homogêneos, também nas que tratam de direitos difusos e coletivos, haveria uma disparidade de tratamento absolutamente desigual, o que feriria o princípio constitucional da isonomia[564].

Majoritariamente, entretanto, a doutrina entende pela constitucionalidade da coisa julgada *secundum eventum probationis* – como também da coisa julgada *secundum eventum litis* – afirmando que os sujeitos titulares do direito, ao não participarem efetivamente do processo, não poderão ser prejudicados por uma má condução procedimental do autor da demanda. Não seria justo ou legítimo impingir a toda uma coletividade, em decorrência de uma falha na condução do processo, a perda definitiva de seu direito material. A ausência da efetiva participação dos titulares do direito em um processo em contraditório é fundamento suficiente para defender essa espécie de coisa julgada material[565].

Ademais, a coisa julgada *secundum eventum probationis* serve como medida de segurança dos titulares do direito que não

participam como partes no processo contra qualquer espécie de desvio de conduta do autor. A insuficiência ou a inexistência de provas poderá decorrer, logicamente, de uma inaptidão técnica dos que propuseram a demanda judicial, mas também não se poderá afastar, de antemão, algum ajuste entre as partes para que a prova necessária não seja produzida e com isso a sentença seja de improcedência[566]. É bem verdade que os poderes instrutórios do juiz, aguçados nas ações coletivas em razão da natureza dos direitos envolvidos, poderiam também funcionar como forma de controle para que isso não ocorra, mas é inegável que a maneira mais eficaz de afastar, definitivamente, qualquer ajuste fraudulento nesse sentido é a adoção da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Outra questão que parece ter sido pacificada pela doutrina e pela jurisprudência diz respeito aos legitimados à propositura de um novo processo com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido do primeiro; estaria legitimado o mesmo sujeito que propôs a primeira demanda que foi resolvida de forma negativa por ausência ou insuficiência de provas? A ausência de qualquer indicativo proibitivo para a repetição do polo ativo nas duas demandas parece afastar de forma definitiva a proibição. Todos os legitimados poderão, com base na prova nova, propor a "segunda" demanda, mesmo aquele que já havia participado no polo ativo da "primeira"[567].

A próxima questão refere-se à formação ou não de coisa julgada nas ações coletivas – direitos difusos e coletivos – julgadas improcedentes por ausência ou insuficiência de provas. Fala-se em coisa julgada *secundum eventum probationis*, mas há divergência a

respeito de ser essa uma espécie atípica de coisa julgada ou se, nesse caso, a coisa julgada material estaria afastada, de modo a operar-se, no caso concreto, tão somente a coisa julgada formal.

Há parcela significativa da doutrina que entende não se operar, nesse caso, a coisa julgada material, por afirmar que, sendo possível a propositura de um novo processo com os mesmos elementos da ação – partes, causa de pedir e pedido –, a imutabilidade e indiscutibilidade próprias da coisa julgada material não se fariam presentes. A possibilidade de existência de um segundo processo, que, naturalmente, proporcionará uma segunda decisão, afetaria de forma irremediável a segurança jurídica advinda da coisa julgada material tradicional, de forma a estar afastado esse fenômeno processual quando os fundamentos que levaram à improcedência do pedido forem a insuficiência ou a inexistência de prova[568].

Esse entendimento, entretanto, não é o mais correto, parecendo configurar-se a mesma confusão a respeito da formação ou não da coisa julgada nos processos que tenham como objeto as relações de trato continuado, reguladas pelo art. 505, I, do Novo CPC. Em razão da possibilidade de que a sentença determinativa seja alterada em virtude de circunstâncias supervenientes de fato e de direito, parcela da doutrina apressou-se a afirmar que essa "instabilidade" da sentença seria incompatível com o fenômeno da coisa julgada material, que exige a imutabilidade e a indiscutibilidade do julgado.

Aos partidários do entendimento de que não existe coisa julgada nas ações que tratam de direito difuso ou coletivo quando a improcedência decorrer da insuficiência ou ausência de provas,

surge uma questão de difícil resposta: como deverá o juiz proceder ao receber uma petição inicial de um processo idêntico a um processo anterior decidido nessas condições, em que o autor não indica qualquer nova prova para fundamentar sua pretensão, alegando tão somente não ser possível suportar a extrema injustiça da primeira decisão. Sem ao menos indícios de que existe uma prova nova, ainda que o fundamento da primeira decisão tenha sido a insuficiência ou ausência de provas, poderá o juiz dar continuidade ao processo?

É evidente nesse caso que o juiz deverá indeferir a petição inicial; não há maiores dúvidas a esse respeito. Mas sob qual fundamento? O fundamento de sua decisão será o art. 485, V, do Novo CPC, o qual aponta que, nesse caso, não se poderá afastar a segurança obtida pela coisa julgada material gerada pela primeira decisão. Essa é a prova maior de que existe coisa julgada material, independente do fundamento da decisão de mérito da primeira demanda que efetivamente ocorreu, embora sua imutabilidade e sua indiscutibilidade estejam, no caso da ausência ou insuficiência de provas, condicionadas à inexistência de prova nova que possa fundamentar a nova demanda.

Apesar da defesa veemente da existência de coisa julgada material na hipótese ora analisada e da extinção do processo quando não houver prova nova em razão justamente do fenômeno da coisa julgada material, ainda que seja admitida a inexistência de coisa julgada material quando a mesma se verifica *secundum eventum probationis*, como prefere a doutrina que tratou do tema, a conclusão a que todos chegam já é o suficiente para os fins

buscados no presente trabalho: se não houver prova nova, o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito. Seja por falta de interesse de agir, como prefere a doutrina[569], seja por força da coisa julgada, o essencial é a conclusão pacífica de que o segundo processo não deve ser admitido.

Há um outro interessante questionamento a respeito do tema que vem suscitando dúvidas na doutrina nacional. Os dispositivos legais que tratam da coisa julgada *secundum eventum probationis* são omissos a respeito da exigência de que, expressa ou implicitamente, conste da sentença ter sido a improcedência gerada pela ausência ou insuficiência de provas ou se tal circunstância poderá ser estranha à decisão, de modo a ser demonstrada somente na segunda demanda. A tomada de uma ou de outra posição terá peso fundamental no próprio conceito de prova nova, que será fixado a seguir.

A tese restritiva exige que haja na motivação ou no dispositivo da decisão, expressa ou implicitamente, a circunstância da ausência ou insuficiência de provas. Afirma-se que, por ser uma exceção à regra da coisa julgada material prevista em nosso ordenamento processual, deverá o juiz indicar, ou ao menos ser possível deduzir de sua fundamentação, que sua decisão de improcedência decorreu de uma insuficiência ou inexistência de material probatório. A ausência dessa circunstância proporcionaria, obrigatoriamente, a geração de coisa julgada material tradicional[570].

Com entendimento contrário, existe corrente doutrinária que não vê qualquer necessidade de constar, expressa ou implicitamente

na sentença, que a improcedência do pedido decorreu de ausência ou insuficiência de provas. A doutrina que defende uma tese mais ampla, afirma que não se deveria adotar um critério meramente formal do instituto, propondo-se um critério mais liberal, nomeado de critério substancial. Segundo essa visão, sempre que um legitimado propuser, com o mesmo fundamento, uma segunda demanda coletiva na qual fundamente sua pretensão em uma nova prova, estar-se-á diante da possibilidade de obter-se uma segunda decisão[571].

A segunda corrente defende o entendimento mais acertado, considerando que a adoção da tese restritiva limitaria indevidamente o conceito de prova nova. Ao exigir-se do juiz uma fundamentação referente à ausência ou à insuficiência de provas, será impossível o juiz se manifestar sobre o que não existia à época da decisão, o que retiraria a possibilidade de propositura de uma nova demanda fundada em meio de prova que não existia à época da prolação da decisão. Nesses casos, haveria um indevido e indesejável estreitamento do conceito de nova prova, que também, por não ser tranquilo na doutrina, passa-se a analisar.

Todos os regramentos legais que tratam da coisa julgada *secundum eventum probationis* são omissos quanto ao conceito de "nova prova", missão legada à doutrina. Parcela majoritária da doutrina entende que não se deve confundir nova prova com prova superveniente, surgida após o término da ação coletiva. Por esse entendimento, seria nova a prova, mesmo que preexistente ou contemporânea à ação coletiva, desde que não tenha sido nesta considerada. Assim, o que interessa não é se a prova existia ou não

à época da demanda coletiva, mas se foi ou não apresentada durante seu trâmite procedimental; será nova porque, no tocante à pretensão do autor, é uma novidade, mesmo que, em termos temporais, não seja algo recente[572].

Esse entendimento muito se assemelha ao conceito dado, pela melhor doutrina, ao "fato novo" como fundamento da liquidação de sentença por artigos. Também nesse caso, o adjetivo "novo" não é utilizado para designar um fato ocorrido após o término do processo em que se formou o título executivo, mas sim como novidade ao Poder Judiciário, por não ter sido objeto de apreciação em tal processo. O fato, portanto, assim como a "nova prova" nas ações coletivas, poderá ser anterior, concomitante ou posterior à demanda judicial; para ser adjetivado de novo, basta que não tenha sido objeto de apresentação pelas partes e de apreciação pelo juiz.

Registre-se o pensamento, a respeito do tema, exposto por Ada Pellegrini Grinover, que, nos trabalhos para a elaboração do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, entendeu, junto com Kazuo Watanabe, que as provas que já poderiam ter sido produzidas, mas não foram, ficam acobertadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Fato novo, portanto, seria o fato superveniente. A regra constava do art. 12, § 1º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

A ideia restritiva de conceito de "nova prova" sugerida pela processualista não parece ser a mais adequada ao fenômeno da proteção dos direitos transindividuais em juízo. Já foi devidamente exposto que uma das razões para adotar-se a coisa julgada

secundum eventum probationis nas demandas que tenham como objeto direitos difusos ou coletivos é evitar que, por meio de conluio fraudulento entre as partes processuais, obtenha-se uma decisão de improcedência. Considerando a relevância do direito material debatido e a ausência dos legitimados no processo, ao menos essa proteção lhes deve ser concedida, o que não ocorreria se fosse adotada a visão de que somente provas que não existiam à época da demanda coletiva permitiriam uma nova demanda judicial.

De qualquer forma, o pensamento ao menos se mostra bastante correto quando sedimenta a ideia de que, ao surgir uma prova que não existia ou que era impossível de obter-se à época da ação coletiva, sua apresentação será o suficiente para permitir a propositura de um novo processo com os mesmos elementos da ação do anterior. Nesse caso, evidentemente, não será possível defender a corrente doutrinária que exige do juiz a indicação, expressa ou implícita, de ter o julgamento de improcedência decorrido de ausência ou insuficiência de provas. Não sabendo da existência da prova porque não era possível sua obtenção, o que só veio a ser possibilitado, por exemplo, pelo avanço tecnológico, não haveria possibilidade lógica de o juiz considerar tal circunstância em sua decisão.

25.12. COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS*

Com a nova realidade criada pelo art. 506 do Novo CPC o estudo da coisa julgada *secundum eventum litis* deixa de ser característica quase exclusiva – não se pode esquecer do art. 274 do

CC – da tutela coletiva, passando também a ser uma realidade no processo individual.

No sistema tradicional da coisa julgada a mesma se operava com a simples resolução de mérito, independentemente de qual tivesse sido o resultado no caso concreto (*pro et contra*). Dessa forma, era irrelevante saber se o pedido do autor fora acolhido ou rejeitado, se houve sentença homologatória ou se o juiz reconheceu a prescrição ou decadência; sendo sentença prevista no art. 269 do CPC/1973 faria coisa julgada material. Essa regra, naturalmente, continua a ser aplicável às partes, mas com relação a terceiros o art. 506 do Novo CPC parece ter passado a adotar a espécie de coisa julgada ora analisada.

Por meio da coisa julgada *secundum eventum litis* nem toda sentença de mérito faz coisa julgada material, tudo dependendo do resultado concreto da sentença definitiva transitada em julgado. Por vontade do legislador é possível que o sistema crie exceções pontuais à relação sentença de mérito com cognição exauriente e a coisa julgada material.

Poderia o sistema passar a prever que toda sentença de mérito fundada em prescrição não fará coisa julgada em ações na quais figure como parte um idoso, ou ainda que a sentença que homologa transação não fará coisa julgada material quando o acordo tiver como objeto direito real. Apesar da óbvia irrazoabilidade dos exemplos fornecidos, servem para deixar claro que afastar a coisa julgada material de sentença de mérito, que em regra se tornariam imutáveis e indiscutíveis com o trânsito em julgada, em fenômeno conhecido como coisa julgada *secundum eventum litis*, é fruto de

uma opção político-legislativa.

Na tutela individual a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* já foi devidamente analisada, cabendo agora sua análise no âmbito do processo coletivo.

Segundo previsão do art. 103, § 1º do CDC, os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II do mesmo dispositivo legal não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, classe ou categoria, em regra também aplicável ao inciso III[573]. Significa dizer que, decorrendo de uma mesma situação fática jurídica consequências no plano do direito coletivo e individual e sendo julgado improcedente o pedido formulado em demanda coletiva, independentemente da fundamentação – os indivíduos não estarão vinculados a esse resultado, podendo ingressar livremente com suas ações individuais. A única sentença que os vincula é a de procedência, porque essa naturalmente os beneficia, permitindo-se que o indivíduo se valha dessa sentença coletiva, liquidando-a no foro de seu domicílio e posteriormente executando-a, o que o dispensará do processo de conhecimento. A doutrina fala em coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, porque somente a decisão que seja útil ao indivíduo será capaz de vinculá-lo a sua coisa julgada material[574].

Uma empresa petrolífera causa um grande vazamento de óleo numa determinada baía, o que naturalmente agride o meio ambiente saudável, mas também prejudica os pescadores do local, que têm danos individuais por não mais poderem exercer seu ofício.

Havendo uma ação coletiva fundada no direito difuso a um meio ambiente equilibrado e sendo essa ação julgada improcedente, os pescadores poderão ingressar e vencer ações individuais de indenização contra a empresa petrolífera. Por outro lado, com a sentença de procedência, os pescadores poderão se valer desse título executivo judicial, liquidando seus danos individuais e executando o valor do prejuízo.

Registre-se que esse benefício da coisa julgada material da ação coletiva pode ser excepcionado em duas circunstâncias:

(a) na hipótese do indivíduo ser informado na ação individual da existência da ação coletiva (*fair notice*), e num prazo de 30 dias preferir continuar com a ação individual (*right to opt out*), não será beneficiado pela sentença coletiva de procedência (art. 104 do CDC)[575];

(b) nas ações coletivas de direito individual homogêneo o art. 94 do CDC admite a intervenção dos indivíduos como litisconsortes do autor, sendo que nesse caso os indivíduos se vinculam a qualquer resultado do processo coletivo, mesmo no caso de sentença de improcedência[576].

26. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

Sumário: 26.1. Introdução – 26.2. Consignação extrajudicial – 26.3. Competência – 26.4. Legitimidade – 26.5. Objeto da demanda consignatória – 26.6. Procedimento – 26.7. Complementação do depósito – 26.8. Consignação de prestações sucessivas – 26.9. Ação de consignação fundada na dúvida referente à titularidade do crédito – 26.10. Consignatória de aluguéis e outros encargos locatícios.

26.1. INTRODUÇÃO

A forma normal de extinção das obrigações é o pagamento, mas o ordenamento civil prevê outras formas atípicas, entre elas a consignação em pagamento, utilizada quando o pagamento não puder ser realizado em virtude da recusa do credor em recebê-lo ou em dar quitação ou, ainda, quando existir um obstáculo fático ou jurídico alheio à vontade do devedor que impossibilite o pagamento eficaz. Existindo um direito do devedor de quitar sua obrigação, evitando assim as consequências prejudiciais da mora, o ordenamento civil prevê a consignação em pagamento, que processualmente seguirá um procedimento especial regulado pelos arts. 539 a 549 do Novo CPC. A consignação de alugueres e encargos de locação tem procedimento diferenciado, previsto no art. 67 da Lei 8.245/1991.

26.2. CONSIGNAÇÃO EXTRAJUDICIAL

O art. 539 do Novo CPC permite ao devedor, desde que preenchidos determinados requisitos, a realização de consignação extrajudicial, sendo esta uma forma alternativa de solução do conflito[577] que dispensa a participação do Poder Judiciário. Trata-se de uma opção do devedor, que mesmo preenchendo todos os requisitos ainda poderá optar pela demanda judicial, sendo obrigatória somente na hipótese de consignação de prestação oriunda de compromisso de compra e venda de lote urbano (art. 33 da Lei 6.766/1979)[578].

Apesar da omissão da Lei de Locações, não existe qualquer obstáculo para a aplicação do art. 539 do Novo CPC à consignação de valores oriundos da relação locatícia[579]. É difícil explicar a opção do Senado em suprimir do texto aprovado na Câmara a permissão da adoção da consignação extrajudicial aos aluguéis. A curiosa opção, entretanto, não terá efeitos práticos, porque não há razão para a consignação extrajudicial de aluguéis deixar de ser admitida, sendo essa realidade inclusive reconhecida pela Emenda constante do tópico 2.3.2.169 do Parecer Final 956 do Senado, responsável pela supressão da norma legal ora analisada com a justificativa de que não convém a uma norma geral, o Código de Processo Civil, especificar espécies de dívidas suscetíveis do procedimento extrajudicial de consignação.

São requisitos da consignação extrajudicial:

(a) a prestação deve ser pecuniária – consignação de dinheiro (art. 539, § 1.º, do Novo

CPC) –, até mesmo porque o devedor se valerá de instituição financeira;

(b) existência no local do pagamento (sede da comarca) de estabelecimento bancário oficial ou particular, preferindo-se o primeiro quando existirem ambos[580];

(c) conhecimento do endereço do credor, em razão da necessidade de tal informação para que se realize a notificação;

(d) credor conhecido, certo, capaz e solvente, o que afasta a consignação nos casos de (i) não se conhecer o credor (dúvida sobre a identidade física); (ii) dúvida a respeito de quem é o credor (dúvida sobre a condição jurídica); (iii) devedor incapaz, que não pode validamente receber ou dar quitação; (iv) credor insolvente ou falido, hipóteses nas quais o crédito deve ser destinado às respectivas massas; (v) existência de demanda judicial que tenha como objeto a prestação devida.

Preenchidos os requisitos legais e sendo a vontade do devedor, este realizará o depósito do valor junto ao estabelecimento bancário, sendo cientificado o credor pelo banco por meio de carta com aviso de recebimento para que no prazo de 10 dias se posicione com relação ao depósito realizado. No silêncio do CPC/1973, a respeito do tema criou-se divergência doutrinária quanto ao termo inicial desse prazo de dez dias, sendo a melhor doutrina a que entende contar-se o prazo do efetivo recebimento da notificação, e não do recebimento pelo banco do AR assinado pelo credor[581]. A divergência é resolvida pelo § 2º do art. 539 do Novo CPC ao prever que o prazo terá sua contagem iniciada a partir do retorno do aviso de recebimento, ou seja, a partir do recebimento pela instituição financeira do AR assinado pelo credor.

São quatro as possíveis reações do credor no decêndio:

(a) comparecer à agência bancária e levantar o valor, ato que extingue a obrigação;

(b) comparecer à agência bancária e levantar o valor fazendo ressalvas quanto à sua exatidão, quando poderá cobrar por vias próprias a diferença[582];

(c) silenciar, entendendo-se que nesse caso houve aceitação tácita, de forma que a obrigação será reconhecida como extinta, ficando o valor depositado à espera do levantamento do credor;

(d) recusar o depósito mesmo sem qualquer motivação, hipótese em que o depositante poderá levantar o dinheiro ou utilizar o depósito já feito para ingressar com a ação consignatória no prazo de um mês, instruindo a petição inicial com a prova do depósito e da recusa (art. 539, § 3.º, do Novo CPC).

O prazo de um mês para o ingresso da ação de consignação em pagamento serve tão somente para que o devedor não sofra os efeitos da mora, de maneira que, transcorrido esse prazo, a propositura da demanda continua possível, desde que o devedor realize a consignação do valor principal acrescido dos juros e devidas correções, que contarão da data de vencimento da obrigação[583]. Segundo o art. 539, § 3.º, do Novo CPC, após o decurso do prazo legal, o depósito extrajudicial perderá os seus efeitos, o que dá a entender que o autor "devedor" deverá realizar um novo depósito.

26.3. COMPETÊNCIA

Segundo previsto no art. 540, *caput*, do Novo CPC, a competência para a ação de consignação em pagamento é do foro do lugar do pagamento, excepcionando o foro comum estabelecido pelo art. 46 do Novo CPC (foro do local do domicílio do réu), em simetria à regra estabelecida pelo art. 53, III, "d", do Novo CPC (foro do local do cumprimento da obrigação)[584]. Tratando-se de dívida de natureza quesível, o foro competente é o do domicílio do autor (devedor), e de dívida de natureza portável, o foro competente é o do local do domicílio do réu (credor), hipótese em que haverá

coincidência com o foro comum previsto no Código de Processo Civil.

No art. 891, parágrafo único, do CPC/1973, havia previsão de que sendo a coisa devida corpo que deveria ser entregue no lugar em que estava, poderia o devedor requerer a consignação no foro em que ela se encontrava. A intrigante norma era considerada inútil por parcela da doutrina, que entendia tratar-se de simples repetição do estabelecido no *caput* do dispositivo legal[585], enquanto outra parcela entendia tratar-se de regra a ser aplicada quando existisse imprecisão quanto ao lugar do cumprimento da obrigação ou quando se estipulasse que o cumprimento devesse ocorrer no local em que se achava a coisa ao tempo do vencimento da obrigação[586]. Havia ainda uma terceira parcela doutrinária que entendia aplicável a regra em razão da natureza da prestação ou quando ocorresse dificuldade de se cumprir a obrigação no local do domicílio do autor ou do réu (dívida *portable* e *quérable*), como na hipótese de um rebanho apascentado em local diverso do lugar de cumprimento da obrigação[587].

O Novo CPC não repetiu a regra do parágrafo único do art. 891 do CPC/1973, aparentemente consagrando o entendimento doutrinário que sempre defendeu sua inutilidade por reproduzir a regra geral. A omissão, entretanto, não é capaz de afastar a regra em razão do art. 341 do CC. Nesse sentido, o Enunciado 59 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Em ação de consignação e pagamento, quando a coisa devida for corpo que deva ser entregue no lugar em que está, poderá o devedor requerer a consignação no foro que ela se encontra. A supressão do parágrafo

único do art. 891 do Código de Processo Civil de 1973 é inócua, tendo em vista o art. 341 do Código Civil".

As regras previstas no art. 540 do Novo CPC dizem respeito à competência territorial, relativa por natureza. Dessa forma, descumprida a regra, caberá ao réu alegar a incompetência por meio da exceção de incompetência, única postura possível a evitar a prorrogação de competência. É curioso que parcela da doutrina entenda que, apesar de relativa, o foro indicado pelo dispositivo legal se sobrepõe àquele indicado por eventual cláusula de eleição de foro[588]. Apesar da nítida especialidade da norma, não parece correta a conclusão, justamente porque na competência relativa a vontade das partes deve prevalecer sobre a previsão legal, não havendo razão plausível para o afastamento do foro indicado em cláusula de eleição de foro válida[589]. Parece ser esse também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que somente desconsidera cláusula abusiva em contrato de adesão[590].

26.4. LEGITIMIDADE

O legitimado ativo natural da demanda consignatória é o devedor ou seus sucessores. Também são legitimados ativos terceiros estranhos à relação jurídica de direito material obrigacional, sendo que

(a) no caso de terceiro juridicamente interessado ocorrerá sub-rogação, de forma que esse terceiro, extinta a obrigação por consignação, assume os direitos e ações do credor satisfeito frente ao devedor;

(b) no caso de terceiro não interessado, não ocorre sub-rogação, sendo entendida a consignação como mera liberalidade deste em favor do devedor[591].

No polo passivo deverá constar o credor, e quando for desconhecido o réu será incerto, hipótese na qual haverá citação por edital. Havendo dúvida a respeito de quem seja o credor, caberá a formação de litisconsórcio passivo entre os pretensos credores, tratando-se de espécie de litisconsórcio necessário. Não parece correto o entendimento que defende a legitimidade passiva da administradora no caso de consignação de aluguéis, porque nesse caso haveria hipótese de legitimação extraordinária não prevista expressamente em lei e tampouco decorrente do sistema[592].

26.5. OBJETO DA DEMANDA CONSIGNATÓRIA

Conforme já exposto, a demanda consignatória tem como objetivo permitir a extinção de uma obrigação sempre que o devedor não consegue realizar o pagamento, seja por resistência do credor em recebê-lo, seja em razão de obstáculo alheio à sua vontade. O pedido do autor tem natureza meramente declaratória, apontando para a correção e suficiência do depósito realizado, sendo objeto de debate na demanda judicial justamente a correção de tal depósito. Em tese trata-se de demanda simples, na qual se discutirá se o depósito inicial foi apto a extinguir a obrigação do devedor-autor.

Parcela minoritária da doutrina afirma que a consignação em pagamento é uma execução forçada às avessas, de forma que algumas exigências formais presentes na demanda executiva também deverão ser feitas na consignatória. Afirma essa corrente doutrinária que a certeza e a liquidez da obrigação são

imprescindíveis para o cabimento da ação consignatória, devendo tais requisitos ser analisados liminarmente pelo juiz, tomando por base as alegações do autor e o título jurídico invocado por ele para fundamentar sua pretensão jurisdicional. Na hipótese de esse título jurídico não veicular prima facie uma obrigação líquida e certa, não teria cabimento a ação de consignação em pagamento. Mesmo essa corrente doutrinária admite a discussão em torno da obrigação, mas exige que o título jurídico invocado no início da demanda seja capaz de indicar a liquidez e a certeza da obrigação[593].

Adotando-se essa corrente doutrinária, será inadmissível a propositura de ação de consignação em pagamento para o depósito de prestações oriundas de inadimplemento contratual ou da anulação de negócio jurídico, em especial quando o devedor entende dever menos do que o valor apontado em contrato. Ocorre, entretanto, que a praxe forense vem aceitando com tranquilidade a consignatória nessas situações, admitindo-se que a liquidez da obrigação seja determinada unilateralmente pelo próprio devedor, ainda que claramente contrária ao disciplinado contratualmente. É frequente a ação consignatória em que se realiza o depósito de valor muito inferior ao apontado em contrato, com a afirmação de que o contrato é nulo e que por isso não deve ser respeitado. Contratos que têm como objeto obrigações de trato sucessivo, muitas vezes com prestações periódicas de valor fixo, são ignorados pelos devedores ao ingressarem com demanda consignatória, que fazem cálculos unilateralmente, como se as alegações que fundamentam o apontado vício contratual já tivessem sido acolhidas, para determinação do valor efetivamente devido. Essa postura vem sendo incentivada por decisões judiciais, sendo pacífico o

entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de permitir a revisão incidental de cláusulas contratuais no âmbito da demanda de consignação em pagamento[594].

É possível a consignação de dinheiro (obrigação de pagar quantia certa) e de coisa (obrigação de entregar coisa). Naturalmente, cabe ao devedor respeitar a natureza jurídica da obrigação, não sendo viável a consignação de dinheiro em quantia correspondente a uma obrigação de entregar coisa. Nesse caso, somente a consignação da coisa devida é apta a liberar o credor de sua obrigação[595].

26.6. PROCEDIMENTO

A petição inicial da demanda consignatória é ato processual solene, como qualquer outra, devendo o autor preencher os requisitos formais dos arts. 319 e 320 do Novo CPC. No caso de consignação extrajudicial frustrada pela recusa do credor em receber, dentre os tradicionais documentos indispensáveis à propositura da demanda (art. 320 do Novo CPC), devem constar a prova do depósito e da recusa. A ausência de tais documentos não deve gerar a extinção do processo sem a resolução do mérito[596], mas a emenda da petição inicial (art. 321 do Novo CPC), considerando-se a natureza sanável do vício.

Quando a consignação judicial for a primeira opção do devedor, não existirá qualquer especialidade na petição inicial, não sendo correto o entendimento de que o pedido expresso de depósito em cinco dias seja requisito formal indispensável[597], conquanto o

depósito está previsto expressamente em lei e deve ser determinado independentemente de pedido expresso do autor nesse sentido. Dessa forma, apesar da previsão do art. 542, I, do Novo CPC, trata-se a meu ver de exigência inútil.

Caberá ao juiz analisar a regularidade formal da petição inicial e sendo superada positivamente essa fase procedimental intimará o autor para que realize o depósito no prazo de cinco dias, dependendo a citação do réu da efetiva realização desse ato pelo autor. Ocorrendo a omissão, será caso de extinção do processo sem a resolução do mérito, havendo decisão do Superior Tribunal de Justiça que admite o depósito após os cinco dias previstos pelo art. 542, I, do Novo CPC[598].

Realizada a citação do réu, ocorrerá concomitantemente a sua intimação para que levante o valor ou a coisa consignada ou, ainda, para que ofereça contestação (art. 542, II, do Novo CPC). No prazo de 15 dias poderá

(a) responder, por meio de contestação, exceções rituais e reconvenção;

(b) tornar-se revel;

(c) requerer o levantamento da quantia depositada.

Caso o réu compareça em juízo, devidamente representado por advogado, e aceite a consignação, requerendo o levantamento do valor ou da coisa consignada, entende-se que reconheceu juridicamente o pedido do autor, devendo ser proferida sentença de mérito nos termos do art. 487, III, “a” do Novo CPC. Nesse caso, por reconhecer que a consignação extingue a obrigação, o réu

concorda, ainda que implicitamente, que deu causa para a propositura da demanda, devendo responder pelas verbas de sucumbência. A sentença nesse caso terá como capítulo principal a declaração de extinção da obrigação e como capítulo acessório a condenação do réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios. Só não haverá extinção do processo no caso do réu pedir o levantamento da quantia consignada e, em contestação, impugnar o valor, apontando para a insuficiência da quantia ou da coisa depositada (art. 544, IV, do Novo CPC).

Na hipótese de não contestar, ocorrerá revelia, devendo-se analisar em primeiro lugar a ocorrência ou não dos seus efeitos, em especial a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Não há particularidade alguma desse fenômeno jurídico na consignação em pagamento, de forma que, presumidos os fatos verdadeiros, caberá ao juiz julgar antecipadamente o mérito (art. 355, II, do Novo CPC), aplicando o melhor direito aos fatos, o que poderá inclusive levar à improcedência do pedido do autor, embora tal circunstância na demanda consignatória seja rara. O art. 546, *caput*, do Novo CPC, portanto, deve ser interpretado de forma harmônica com o sistema processual[599]. Não ocorrendo o efeito descrito, o juiz determinará ao autor a especificação de provas, seguindo a demanda pelo procedimento comum.

A doutrina afirma corretamente que a reconvenção é cabível porque, apesar do procedimento ser previsto como especial, após o depósito realizado no início da demanda, antes da citação do réu (ou mesmo antes da demanda ser proposta, no caso de consignação extrajudicial frustrada), o rito a ser seguido é o comum [600]. No

tocante a contestação, o art. 544 do Novo CPC, limita as matérias de mérito que podem ser alegadas, o que naturalmente não ocorre com as defesas processuais previstas pelo art. 337 do Novo CPC, de livre arguição pelo réu. Para parcela da doutrina a limitação é indevida, funcionando o rol do dispositivo legal de forma meramente exemplificativa[601], enquanto outra corrente doutrinária entende tratar-se de rol exaustivo, tratando-se a consignação em pagamento de demanda com cognição limitada[602].

O réu poderá alegar que não houve recusa ou mora em receber a quantia ou coisa devida (art. 544, I, do Novo CPC), hipótese na qual caberá ao autor o ônus de provar que realmente tentou realizar o pagamento. Reconhecendo que houve a recusa, poderá o réu alegar a justeza de sua atitude (art. 544, II, do Novo CPC), apontando a ausência de qualquer dos requisitos do pagamento, cabendo ao réu provar o fato que o levou a recusar o pagamento. O réu poderá ainda alegar que o depósito não se efetuou no prazo ou lugar do pagamento (art. 544, III, do Novo CPC), sendo nesse caso cabível a alegação de imprestabilidade da prestação, o que ocorre na hipótese de prestação consubstanciada em coisa, mas nunca quando se tratar de quantia devida. A alegação de que o depósito não se efetuou no lugar do pagamento poderá ser feita como fundamento de defesa ou de exceção de incompetência relativa, sendo inclusive possível a dupla alegação:

(a) matéria de mérito indireta, que acolhida leva à improcedência do pedido do autor;

(b) matéria de exceção de incompetência, que acolhida leva a remessa do processo ao juízo competente.

Por fim, o art. 544, IV, do Novo CPC, permite a alegação de que o depósito não é integral, cabendo ao réu indicar precisamente o valor que entende devido, sob pena de indeferimento liminar da matéria defensiva[603]. A alegação de insuficiência do depósito abre a oportunidade, no prazo de 10 dias, para o autor complementá-lo (art. 545 do Novo CPC).

A demanda consignatória passa a ter, após a citação do réu, o procedimento comum, de forma que nenhuma especialidade digna de nota existe após o momento procedimental inicial, seguindo-se ao momento de defesa do réu o saneamento do processo, instrução probatória e decisão por meio de sentença, recorrível por apelação a ser recebida no duplo efeito (art. 1.012, *caput*, do Novo CPC).

A sentença tem em regra natureza meramente declaratória; no acolhimento do pedido do autor haverá declaração e extinção da obrigação em razão da idoneidade e suficiência do depósito realizado; na rejeição do pedido haverá a declaração de que o depósito realizado não é apto a extinguir a obrigação. Excepcionalmente, a sentença terá também natureza condenatória quando o réu alegar a insuficiência do depósito e o autor não complementá-lo em dez dias, caso em que o juiz irá condená-lo a pagar a diferença apurada (art. 545, § 2.º, do Novo CPC)[604]. É claro que em todas as hipóteses haverá um capítulo da sentença condenando o sucumbente ao pagamento das verbas sucumbenciais.

Tais conclusões sempre foram tranquilas na doutrina, mas no CPC/1973 não havia qualquer previsão legal nesse sentido. A omissão foi parcialmente sanada pelo art. 546 do Novo CPC ao

prever que, julgado procedente o pedido, o juiz declarará extinta a obrigação e condenará o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

26.7. COMPLEMENTAÇÃO DO DEPÓSITO

Uma das defesas previstas no art. 544 do Novo CPC é a alegação de insuficiência do depósito (inciso IV). É natural que essa alegação, se acolhida, seja suficiente para o julgamento de improcedência do pedido do autor, considerando-se que nesse caso haverá a constatação de que a recusa do réu foi legítima porque o autor pretendia quitar sua obrigação oferecendo menos do que o devido. Por uma questão de economia processual, o legislador permite que o autor complemente o depósito inicial, tornando-o adequado à alegação defensiva do réu, sempre que ainda for possível o cumprimento da obrigação.

Segundo a previsão do art. 544, parágrafo único, do Novo CPC, não basta ao réu alegar a insuficiência do depósito, sendo imprescindível que aponte o valor ou as coisas que entende ser devidas. A indicação do valor ou das coisas na contestação desempenha duas funções:

(a) permitir ao autor analisar a conveniência de realizar o depósito complementar;

(b) permitir a condenação do autor no valor da diferença na hipótese de não ser feito o complemento do depósito.

Como se nota, a possibilidade do autor ser condenado a pagar

a diferença apurada entre o valor do depósito e do valor devido, sem a necessidade de qualquer pedido do réu nesse sentido, demonstra claramente a natureza dúplice da ação de consignação em pagamento[605].

A complementação só será admitida quando a prestação não tiver se tornado imprestável ao réu, o que poderá ocorrer na obrigação que tenha como objeto a entrega ou a restituição de coisa, mas nunca na obrigação de pagar, porque nesse caso o recebimento é sempre útil ao credor. No caso de a prestação ter se tornado inútil, caberá ao réu alertar o juiz no caso concreto que não tem mais interesse em receber a prestação, mesmo que completa, alegando expressamente o afastamento da regra prevista no art. 545 do Novo CPC.

Alegada pelo réu a insuficiência do depósito inicial, e ainda sendo útil ao credor a prestação devida, o juiz intimará o autor para que realize no prazo de dez dias a sua complementação. Realizada a complementação e sendo a insuficiência do depósito a única alegação defensiva, a demanda será extinta com resolução de mérito, acolhendo-se o pedido do autor e liberando-o da obrigação. Ocorre, entretanto, que ao complementar o depósito inicial, o autor confessa que o réu tinha razão em não receber o pagamento conforme originariamente ofertado, de forma que, apesar do acolhimento de seu pedido, o autor será condenado ao pagamento das verbas de sucumbência. Havendo outros fundamentos da defesa, a demanda seguirá normalmente, sendo lícito ao réu o levantamento imediato do depósito realizado.

O levantamento também é autorizado na hipótese de não ocorrer a complementação, em razão da incontrovérsia quanto ao valor ou das coisas depositadas em juízo, havendo doutrina que aponta o art. 545, § 1.º, do Novo CPC, como espécie de tutela antecipada em favor do réu, considerando-se que com relação ao objeto do levantamento se considerará a obrigação extinta, e também em favor do réu, que poderá se aproveitar faticamente do levantamento realizado[606].

Quanto ao levantamento imediato dos valores previstos no dispositivo ora analisado, vale destacar o Enunciado 61 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "É permitido ao réu da ação de consignação em pagamento levantar 'desde logo' a quantia ou coisa depositada em outras hipóteses além da prevista no § 1.º do art. 545 (insuficiência do depósito), desde que tal postura não seja contraditória com fundamento da defesa".

26.8. CONSIGNAÇÃO DE PRESTAÇÕES SUCESSIVAS

Segundo o art. 541 do Novo CPC, tratando-se de prestações periódicas (obrigações de trato sucessivo, com prestações deferidas no tempo), permite-se ao autor a consignação das prestações vincendas, conforme vençam no decorrer do trâmite procedimental, no prazo de cinco dias do vencimento da prestação. A previsão legal está fundada no princípio da economia processual, buscando evitar uma inadequada multiplicidade de demandas consignatórias (cada qual com uma prestação depositada) que, pela conexão, seriam de qualquer maneira reunidas para julgamento conjunto.

Afirma-se corretamente que a regra desse dispositivo legal é a mesma constante no art. 323 do Novo CPC, admitindo-se a consignação incidental mesmo que não haja pedido expresso nesse sentido na petição inicial (pedido implícito)[607].

O procedimento é bastante simples. Nesse sentido o Enunciado 60 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "Na ação de consignação em pagamento que tratar de prestações sucessivas, consignada uma delas, pode o devedor continuar a consignar sem mais formalidades as que se forem vencendo, enquanto estiver pendente o processo".

Já existindo uma conta corrente aberta na qual foi realizado o primeiro depósito, o autor sucessivamente realizará o depósito no prazo máximo de cinco dias do vencimento da prestação, sem a necessidade de se abrir prazo para a defesa do réu[608], embora seja interessante a intimação do mesmo para que tome ciência de que as prestações que vão vencendo na constância da demanda estão sendo consignadas judicialmente[609]. A não realização da consignação de prestação vincenda impede que o autor continue a se utilizar da demanda já interposta para a consignação de parcelas subsequentes[610], sendo indispensável nesse caso a propositura de uma nova demanda consignatória.

Existe intenso debate jurisprudencial e doutrinário a respeito do termo final da consignação incidental de prestações vincendas em demanda já existente. Por aplicação analógica do art. 67, III, da Lei 8.245/1991, parcela doutrinária entende que o termo final é a prolação da sentença, não se admitindo a realização de

consignações incidentais após esse momento procedimental, mesmo que haja contra a sentença apelação pendente de julgamento[611], parecendo ser esse o entendimento mais técnico. O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, já teve a oportunidade de defender entendimento contrário, admitindo a consignação incidental de prestações periódicas até o trânsito em julgado da sentença, amparando-se no princípio da economia processual[612]. Há ainda uma terceira corrente doutrinária que defende a possibilidade de consignação incidental após a prolação da sentença dependendo do teor desse ato decisório diante do pedido elaborado pelo autor[613]:

(a) limitando-se às prestações já consignadas, não se admitirá a continuação das consignações incidentais após a prolação da sentença;

(b) constando da sentença expressamente a possibilidade de consignações supervenientes à sua prolação (eficácia condicional do julgado), os depósitos serão admitidos até o trânsito em julgado.

26.9. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO FUNDADA NA DÚVIDA REFERENTE À TITULARIDADE DO CRÉDITO

Existem duas espécies de dúvida do devedor que impedem a identificação de seu credor:

(a) não saber a quem deve, hipótese na qual o polo passivo será formado por réu desconhecido, com citação por edital e, no caso de ausência de contestação, indicação de advogado dativo para apresentação de defesa;

(b) se surgir fundada dúvida a respeito de qual dos pretendentes ao recebimento é realmente o credor, uma vez que quem paga mal paga duas vezes. A mesma

circunstância verifica-se quando existe demanda judicial que tem como objeto a prestação, sendo nesse caso presumida a dúvida quanto ao titular do crédito.

Sendo possível a identificação dos pretendentes ao recebimento da prestação, o devedor formará um litisconsórcio passivo entre todos os sujeitos que se dizem credores. Realizada a citação, algumas situações serão possíveis:

(a) nenhum dos réus comparece, verificando-se a revelia e o julgamento antecipado do mérito para o acolhimento do pedido do autor, sendo a quantia ou a coisa depositada e arrecadada como bem de ausente;

(b) somente uma das partes comparece, alegando ser o credor, devendo o juiz analisar os fundamentos da alegação e, convencendo-se, proferirá sentença de procedência do pedido do autor, determinando o levantamento do depósito em favor do réu que se manifestou; caso não se convença, a quantia ou coisa depositada será arrecadada como bem de ausente[614];

(c) todos os réus comparecem no processo, afirmando a titularidade do crédito, hipótese em que o juiz declarará extinta a obrigação, excluindo o autor do processo, que seguirá exclusivamente entre os réus, com a dupla condição de sujeitos ativos e passivos da relação jurídica processual. O valor dos encargos de sucumbência será retirado do depósito, considerando-se a procedência do pedido do autor[615];

(d) todos os réus comparecem ao processo e, além de afirmarem a titularidade do crédito, apresentam alguma outra matéria defensiva, hipótese em que a demanda prosseguirá com a estrutura subjetiva inicial (autor e réus). No caso de essa alegação ser a insuficiência do depósito e o autor realizar o complemento em dez dias, também será excluído do processo, remanescendo somente os réus originários, uns contra os outros, a fazer parte da relação jurídica processual.

Quanto ao tema vale destacar o Enunciado 62 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A regra prevista no art. 548, III, que dispõe que, em ação de consignação em pagamento, o juiz declarará efetuado o depósito extinguindo a

obrigação em relação ao devedor, prosseguindo o processo unicamente entre os presuntivos credores, só se aplicará se o valor do depósito não for controvertido, ou seja, não terá aplicação caso o montante depositado seja impugnado por qualquer dos presuntivos credores".

26.10. CONSIGNATÓRIA DE ALUGUÉIS E OUTROS ENCARGOS LOCATÍCIOS

O art. 67 da Lei 8.245/1991 (Lei do Inquilinato) prevê a "ação de consignação de aluguel e acessórios da locação" regulamentando o seu procedimento. Trata-se de procedimento especial, com certas particularidades, mas mesmo não havendo na lei qualquer referência expressa nesse sentido, devem-se aplicar subsidiariamente a este as regras do procedimento da consignação em pagamento previsto no Novo Código de Processo Civil (arts. 539 a 549). Destacam-se a seguir as principais características do procedimento especial ora analisado.

A competência da ação consignatória de aluguéis e encargos da locação é disciplinada pelo art. 58, II, da Lei 8.245/1991, que prevê o lugar da situação da coisa como o foro competente, desde que não exista cláusula de eleição de foro. Significa dizer que as partes poderão livremente acordar a respeito da comarca ou da seção judiciária competente para demanda e que, somente na ausência desse acordo expresso em cláusula escrita de eleição de foro, será competente o foro do local da coisa locada[616].

A petição inicial deve preencher os requisitos do art. 319 do

Novo CPC, contendo ainda a especificação dos alugueres e acessórios da locação com a indicação dos respectivos valores que o autor entender corretos (art. 67, I, da Lei 8.245/1991). O valor da causa será igual a 12 meses de aluguel, sendo irrelevantes as prestações consignadas no início da demanda judicial (art. 58, III, da Lei 8.245/1991). O depósito deve ser realizado no prazo de 24 horas do deferimento da petição inicial, sendo dispensado o depósito nesse prazo no caso de o devedor já ter anteriormente tentado a consignação extrajudicial (art. 67, II, da Lei 8.245/1991).

A citação do réu se fará nos termos do art. 58, IV, da Lei 8.245/1991, com as devidas adaptações da atual redação dos arts. 246 e 248 do Novo CPC. Significa dizer que a citação por carta com aviso de recebimento passa a ser a regra, independentemente de expressa previsão contratual nesse sentido. A única particularidade interessante diz respeito à possibilidade de serem realizadas citações por telex ou fax quando o réu for pessoa jurídica ou firma individual e tal forma de citação estiver expressamente prevista em contrato.

Tendo sido citado o réu e não havendo a apresentação de contestação, ocorrerá revelia, e embora o art. 67, IV, da Lei 8.245/1991, determine o imediato julgamento de procedência do pedido do autor, são aplicáveis à Lei do Inquilinato as regras atinentes à revelia e aos seus efeitos já analisadas no Capítulo 19, item 19.2. Sendo hipótese de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor e sendo admissível a qualificação jurídica dada a esses fatos, será caso de julgamento antecipado do mérito (art. 355, II, do Novo CPC), com o acolhimento do pedido do autor. A

única novidade digna de nota é a expressa previsão a respeito do valor da condenação em honorários advocatícios, que será de 20% do valor dos depósitos (art. 67, IV, da Lei 8.245/1991). O mesmo percentual vem expressamente previsto para a hipótese de o réu levantar o depósito, com reconhecimento jurídico implícito do pedido do autor.

Seguindo o exemplo do art. 544 do Novo CPC, o art. 67, V, da Lei 8.245/1991, prevê limitação com relação às matérias alegáveis em contestação. O dispositivo legal indica que as matérias de direito não têm limitação, que se reserva para as matérias de fato. Ainda assim, parcela da doutrina critica o dispositivo legal, afirmando que não pode existir qualquer limitação nas matérias defensivas do réu nessa demanda consignatória[617]. Em razão de expressa previsão legal, é cabível a reconvenção como forma de resposta do réu, por meio da qual poderá pedir o despejo e a cobrança de valores que tenham sido objeto da consignatória ou da diferença do depósito inicial (art. 67, VI, da Lei 8.245/1991). Por questão de economia processual, o legislador entendeu por bem criar uma limitação ao objeto da reconvenção, sendo inadmissível que tenha outras prestações que não sejam objeto da consignatória[618].

Sempre que a alegação defensiva do réu for a insuficiência do depósito inicial, o autor será intimado para que, querendo, complemente o depósito. O direito de complementação também é previsto no art. 545 do Novo CPC, mas no tocante à consignação de aluguéis e encargos da locação existem três particularidades dignas de nota (art. 67, VII, da Lei 8.245/1991):

(a) o prazo para complementação é de 5 dias;

(b) ao valor da complementação será acrescido 10% sobre o valor da diferença;

(c) a complementação acarreta o julgamento de procedência do pedido, mas o autor será condenado ao pagamento das verbas de sucumbência, sendo expressamente previsto que no tocante aos honorários advocatícios a condenação será de 20% sobre o valor dos depósitos.

Tratando-se de obrigação de trato sucessivo, o art. 67, III, da Lei 8.245/1991, prevê a possibilidade de consignação incidental das parcelas vincendas, com a expressa previsão de que o termo final é a prolação da sentença, sendo indiscutível que nessa espécie de obrigação será necessário o ingresso de nova demanda consignatória após a prolação da sentença. Diferente do que ocorre com a consignatória prevista pelo Código de Processo Civil, a consignação incidental de aluguéis e encargos da locação deve ocorrer no respectivo vencimento, e não no prazo de cinco dias após o vencimento, sendo nesse particular diferente do sistema da consignatória tradicional.

Há uma última particularidade na consignatória ora analisada, prevendo o art. 58, V, da Lei 8.245/1991, que todos os recursos interpostos contra sentenças proferidas em processos envolvendo locação ou as prestações pecuniárias dela oriundas não serão recebidos no efeito suspensivo. Naturalmente, o dispositivo legal aplica-se à apelação interposta contra sentença proferida em ação consignatória em pagamento, ainda que a declaração contida na sentença não possa ser objeto de satisfação provisória, limitada aos efeitos práticos dessa declaração. Na consignatória regida pelo Código de Processo Civil, diante da ausência de previsão legal específica, aplica-se a regra estabelecida pelo art. 1.012, *caput*, do

Novo CPC, sendo a apelação recebida no duplo efeito.

27. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS

Sumário: 27.1. Introdução – 27.2. Legitimidade – 27.3. Natureza dúplice – 27.4. Competência – 27.5. Procedimento.

27.1. INTRODUÇÃO

Sempre que a administração de bens, valores ou interesses de determinado sujeito seja confiada a outrem, haverá a necessidade de prestação de contas, ou seja, da relação pormenorizada das receitas e despesas no desenvolvimento da administração.

É natural que nem sempre haja a necessidade de intervenção jurisdicional para que as contas sejam prestadas, mas sempre que existir um conflito entre os sujeitos que participam da relação jurídica de direito material, a demanda adequada para a solução do conflito por meio do acertamento econômico definitivo entre eles é a ação de prestação de contas.

O Superior Tribunal de Justiça entende que não existe interesse de agir na ação de exigir contas de contrato de mútuo e financiamento, porque a obrigação do mutuante cessa com a entrega da coisa, não havendo, portanto, administração ou gestão de bens alheios, sendo apenas um empréstimo[619].

Interessante notar que a prestação de contas não tem como objetivo final tão somente o acertamento das receitas e despesas na

administração de bens, valores ou interesses, considerando-se que a discussão das contas será realizada de forma incidental somente como meio para se definir a responsabilidade de pagar do devedor. Essa circunstância leva a melhor doutrina a entender pela natureza condenatória dessa ação, considerando que o seu resultado será a condenação do devedor ao pagamento do saldo apurado[620]. A natureza da ação é realmente condenatória, até mesmo porque os dois pedidos necessariamente cumulados na petição inicial da ação de exigir prestação de contas têm essa natureza:

(a) condenação à prestação das contas (obrigação de fazer);

(b) condenação ao pagamento do saldo residual (obrigação de pagar).

As hipóteses de cabimento da ação de prestação de contas lembradas pela doutrina são meramente exemplificativas, bastando que exista uma relação jurídica complexa que gere operações de crédito e débito para ser cabível a ação ora analisada[621]. Essa amplitude, entretanto, não deve ser entendida no sentido de se permitir discussões a respeito de cláusulas contratuais de sentido controverso, afastando-se do âmbito da ação de prestação de contas pretensões como a de rescisão ou resolução contratual ou de anulação de ato jurídico. Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça não admite a cumulação de pedidos de prestação de contas e de revisão de cláusula contratual[622].

27.2. LEGITIMIDADE

Quanto à prestação de contas o CPC/1973 previa a ação de dar contas e de exigir contas, de forma que qualquer um dos sujeitos

que participasse da relação de administração dos bens, valores ou interesses tinha legitimidade para propor a ação de prestação de contas. Dessa forma, seria autor aquele que primeiro buscasse o Poder Judiciário diante do conflito de interesses. Caso o sujeito que tivesse realizado a administração tomasse a iniciativa, ingressava com ação de dar contas; caso fosse o sujeito que tivesse tido seus bens, valores ou interesses administrados, ingressava com ação de exigir contas.

O Novo Código de Processo Civil não prevê a ação de dar contas, em supressão que naturalmente afeta a questão da legitimidade da única ação prevista nos arts. 550 a 553 do diploma legal: ação de exigir contas.

A legitimidade ativa de referida ação é daquele que afirmar que teve seus bens, valores ou interesses administrados (art. 550 do Novo CPC). Nesse caso, antes de discutir a legitimidade das contas apresentadas, deverá comprovar o dever do réu em prestá-las. O autor da demanda de exigir as contas deverá demonstrar que houve recusa na prestação extrajudicial das contas, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito por carência de ação (ausência de interesse de agir). Quando a própria lei exige a prestação de contas em juízo, como ocorre, por exemplo, com o inventariante, tutor e curador, naturalmente o interesse de agir é presumido.

Os sócios que não têm a administração da sociedade têm legitimidade ativa para propor ação de prestação de contas contra o sócio gerente[623], mas, uma vez tendo ocorrida a aprovação das contas pelo órgão interno apontado pelo estatuto ou contrato social

– assembleia-geral ou outro órgão assemelhado –, não se admitirá a demanda judicial[624]. Exatamente o mesmo raciocínio aplica-se na relação entre cooperado e cooperativa[625], e ao condômino em condomínio de propriedade vertical, quando acertadamente aponta a falta de interesse de agir[626].

Segundo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, o mandato é contrato personalíssimo por excelência, e sendo o dever de prestar contas uma das obrigações do mandatário perante o mandante, também ele tem natureza personalíssima, sendo parte legítima para figurar no polo passivo da demanda somente a pessoa a quem incumbia tal encargo por lei ou contrato[627].

27.3. NATUREZA DÚPLICE

A natureza dúplice da prestação de contas no tocante à pretensão condenatória a pagar o saldo devedor apurado pelas contas prestadas é inegável, sendo reconhecida pela unanimidade da doutrina. Significa dizer que o bem da vida objeto da demanda – dinheiro resultante do saldo devedor – irá obrigatoriamente ficar com uma das partes. Uma vez apurada a existência de saldo devedor em favor do autor da ação, será o réu condenado a pagar; mas verificado que o credor é o réu, o autor da demanda será condenado a pagar ao réu o saldo devedor.

Justamente em razão de sua natureza dúplice não cabe ao réu fazer qualquer pedido no sentido de condenar o autor ao pagamento do saldo devedor, sendo essa condenação consequência natural a ser gerada na hipótese de reconhecimento de crédito em favor do réu.

O réu, portanto, somente se defende, e o juiz em sua sentença apenas enfrenta o pedido do autor: acolhido, condena o réu ao pagamento; rejeitado, condena o próprio autor. Não há interesse no oferecimento de *reconvenção* porque a simples defesa do réu, uma vez acolhida, já é suficiente para lhe entregar o bem da vida em disputa.

A questão da natureza dúplice é tão pacifica que parcela da doutrina afirma que, mesmo na omissão do juiz na sentença em que condenar expressamente o autor ao pagamento do saldo devedor, o mero reconhecimento do saldo devedor em favor do réu já constitui em seu favor título executivo apto a ensejar a cobrança do valor pela via executiva[628]. Em meu entendimento, o raciocínio acima só estará correto se for reconhecido que a sentença meramente declaratória é título executivo judicial, porque, em caso contrário, a omissão do juiz deve ser sanada por meio de embargos de declaração, sob pena de a sentença não se prestar a instrumentalizar sua execução por meio da fase do cumprimento de sentença.

27.4. COMPETÊNCIA

Aplica-se às ações de exigir contas o art. 53, IV, "b", do Novo CPC, que determina ser o foro competente o do lugar do ato ou fato para a ação em que for réu o administrador ou gestor de negócios alheios[629]. Tratando-se de *competência relativa*, é admissível a sua prorrogação por conexão, ausência de exceção de incompetência e cláusula de eleição de foro. A exceção a essa regra, com aplicação do art. 61 do Novo CPC, vem prevista no art. 553 do mesmo diploma legal, que determina a *competência absoluta* (funcional) do

juízo que tiver nomeado o administrador – inventariante, tutor, curador ou depositário – para julgar as ações de prestação de contas propostas contra ele. Conforme o dispositivo legal, haverá autuação em apenso aos autos do processo principal. Registre-se que a competência absoluta nesse caso verifica-se mesmo que o processo principal – no qual foi nomeado o administrador – já tiver se encerrado[630].

Quanto à competência da Justiça, de natureza absoluta, registre-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, sendo a causa de pedir e o pedido os fatores determinantes para se aferir a competência em razão da matéria, a ação de prestação de contas proposta por cliente contra seu ex-advogado referente ao levantamento de dinheiro em demanda na qual foi por ele patrocinado é de competência da Justiça Estadual[631].

27.5. PROCEDIMENTO

A ação de exigir contas é proposta pelo sujeito que alega ter seus bens, valores ou interesses administrados por outrem justamente contra o responsável por essa administração. Segundo prevê o art. 550, *caput*, do Novo CPC, o autor ingressa com a petição inicial requerendo a citação do réu para responder no prazo de 15 dias, sendo aplicáveis ao caso concreto as regras de prazos diferenciados previstas pelos arts. 180 e 229 do Novo CPC.

Na petição inicial, que seguirá as exigências dos arts. 319 e 320 do Novo CPC, o autor deverá cumular dois pedidos: a condenação do réu a prestar as contas e a condenação do réu ao

pagamento do saldo devedor a ser apurado. Como ainda não se sabe o valor desse saldo, é admissível a formulação de pedido genérico, nos termos do art. 324, § 1º, III, do Novo CPC. O art. 550, § 1.º, do mesmo diploma legal, exige do autor, na petição inicial, a especificação detalhada das razões pelas quais exige as contas, instruindo-a com documentos comprobatórios dessa necessidade, se existirem.

A grande especialidade procedimental da ação de exigir contas é a existência de duas fases procedimentais sucessivas, sendo a primeira para se discutir o dever de prestação das contas e a segunda para a discussão do valor do saldo devedor. Cada fase será decidida por uma sentença, o que torna essa demanda de conhecimento singular, pois o mérito será necessariamente decidido em dois momentos distintos. São duas as sentenças, mas a petição inicial é uma só, daí a necessidade de se fazer a cumulação de pedidos já referida (*cumulação sucessiva*).

No prazo de resposta de 15 dias poderá o réu adotar uma série de reações:

a) Apresentar as contas e não contestar – a mera apresentação das contas pelo réu nos termos do art. 551 do Novo CPC (forma adequada – com especificação das receitas, da aplicação das despesas e dos investimentos, se houver – instruída com os documentos justificativos) é um verdadeiro reconhecimento jurídico do pedido condenatório à prestação das contas (primeira fase)[632]. Prestadas as contas voluntariamente pelo réu após a sua citação, o autor será intimado para se manifestar sobre elas no prazo de 15 dias, sendo certo que nesse caso já se terá passado para a segunda fase do processo. Estará, portanto, superada a primeira fase procedimental sem a necessidade de prolação de sentença[633]. Segundo o art. 550, § 2.º, do Novo CPC, sendo necessário o juiz designará audiência de instrução e em caso contrário proferirá sentença; na realidade, sendo necessária qualquer espécie

de prova, mesmo que não produzida em audiência, como ocorre com a perícia, caberá ao juiz determinar a sua produção antes de sentenciar a demanda. De qualquer forma, é inegável que essa sentença mencionada no dispositivo legal ora analisado diz respeito ao eventual saldo devedor (segunda fase).

b) Apresentar as contas e contestar – apesar de não ser essa espécie de reação prevista expressamente no art. 550, *caput*, do Novo CPC, não existe dúvida de que, havendo divergência não quanto ao dever de prestar contas, mas com relação ao seu conteúdo, é lícito ao réu apresentar as contas nos termos do art. 551 do Novo CPC, com o que reconhece juridicamente seu dever em prestá-la, e apresentar contestação para impugnar eventual divergência referente ao conteúdo das contas[634].

c) Contestar e não apresentar as contas – caso não concorde com o alegado dever de prestar as contas suscitado pelo autor, caberá ao réu apresentar contestação alegando a inexistência desse dever e pedir a rejeição do pedido (art. 487, I, do Novo CPC). Poderá também alegar todas as matérias defensivas processuais em preliminar de contestação, juntamente com a alegação de que não tem dever de prestar as contas ou isoladamente.

d) Não contestar e nem apresentar as contas – nesse caso o réu será revel, cabendo julgamento antecipado do mérito na hipótese de o juiz presumir como verdadeiros os fatos referentes ao dever de prestar contas apresentados pelo autor (art. 355, II, do Novo CPC). Tratando-se de presunção relativa, mesmo ocorrendo revelia é possível ao juiz determinar ao autor a especificação de provas tendentes a demonstrar a veracidade das alegações de fato constitutivas de seu direito.

Após o momento procedimental de reação do réu, o procedimento sofrerá variação conforme a espécie de reação adotada no caso concreto. Proferida a sentença, extinguindo o processo sem a resolução do mérito ou rejeitando o pedido do autor, caberá recurso de apelação, e sendo definitiva a decisão, naturalmente não haverá segunda fase procedimental. Na hipótese de acolhimento do pedido do autor, o juiz condenará o réu a prestar as contas no prazo de 15 dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar (art. 550, § 5.º, do Novo CPC). Dessa sentença cabe apelação, que será recebida no duplo efeito, de

forma que o prazo de 15 dias só passará a ser contado a partir do julgamento desse recurso. Não entendo que se deva aguardar o trânsito em julgado da sentença[635], porque enquanto pendente de julgamento recurso sem efeito suspensivo, a decisão já gera efeitos, ainda que em execução provisória. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de afirmar que o réu será intimado por seu advogado da sentença, não havendo necessidade de intimação pessoal para o oferecimento das contas[636].

Com a sentença condenatória que resolve a primeira fase, dá-se início à segunda fase do procedimento, no qual se tem como objeto a determinação de eventual saldo a ser aferido nas contas apresentadas e julgadas. O desenvolvimento do procedimento dessa segunda fase procedimental dependerá da postura a ser adotada pelo réu condenado.

Caso o réu apresente as contas no prazo legal de 15 dias, terá o autor o prazo de 15 dias para se manifestar sobre elas, exigindo o § 3º do art. 550 do Novo CPC que a impugnação das contas apresentadas pelo réu seja fundamentada e específica, com referência expressa ao lançamento questionado. Havendo necessidade de produção de prova pericial, o juiz a determinará e depois sentenciará; não havendo a necessidade de prova, o juiz julgará as contas de imediato (art. 550, § 6.º, do Novo CPC). Não as apresentando no prazo legal, caberá ao autor fazê-lo no prazo de 15 dias, havendo previsão de sanção processual ao réu que não cumpriu sua obrigação de prestar as contas no prazo legal: não poderá impugnar as contas apresentadas pelo autor. Ainda que exista previsão expressa dessa sanção processual, o próprio art. 550,

§ 6.º, do Novo CPC, prevê que o juiz, sempre que entender necessário, determinará a produção da prova pericial, de forma que a sanção processual não impede que o juiz determine de ofício a produção de prova pericial contábil referente às contas apresentadas pelo autor[637].

Segundo o art. 552 do Novo CPC, a sentença apurará o saldo e constituirá título executivo judicial. Apesar de não haver regra correspondente no CPC/1973, a previsão só inova por estar expressamente consagrada, já que a sentença – na realidade, a segunda sentença proferida no processo – sempre teve como conteúdo a condenação do devedor ao pagamento do valor apurado – autor ou réu em razão da natureza dúplice da ação, que está mantida no novo diploma processual –, constituindo-se título executivo apto a ensejar o cumprimento de sentença.

Entende a doutrina que a condenação em verbas de sucumbência nessa segunda fase depende da conduta das partes, considerando-se que se não existir resistência do réu em apresentar as contas e tampouco divergência quanto ao seu conteúdo, não devem ser fixados novos honorários advocatícios, independentemente de quem for apontado como credor[638]. Interessante notar que, apesar de existirem duas sentenças, havendo a dupla vitória do autor, há antigo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que defende a impossibilidade da condenação nos honorários advocatícios das duas sentenças superar 20% sobre o valor da causa ou da condenação[639].

28. AÇÕES POSSESSÓRIAS

Sumário: 28.1. Proteção possessória – 28.2. Fungibilidade – 28.3. Ação dúplice? – 28.4. Competência – 28.5. Legitimação; 28.6. Exceção de domínio – 28.7. Cumulação de pedidos – 28.8. Procedimento: 28.8.1. Reintegração e manutenção de posse; 28.8.2. Interdito proibitório; 28.8.3. Especialidades procedimentais no litígio coletivo pela posse.

28.1. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA

A tutela da posse desenvolve-se por meio de três diferentes espécies de ações, chamadas de interditos possessórios: reintegração de posse, manutenção de posse e interdito proibitório. Quando a demanda versar sobre o domínio da coisa, terá natureza petitória, não se aplicando a ela as regras previstas no procedimento especial das ações possessórias. Como bem asseverado pela melhor doutrina, a característica da ação possessória é a tutela de um possuidor contra um fato que ofenda a sua posse, de forma que são excluídas do âmbito das ações possessórias as demandas em que se alegue a existência de relação jurídica que dê ao autor direito à posse, tais como a imissão de posse e a ação de nunciação de obra nova[640]. Os embargos de terceiro tutelam a posse, mas, nesse caso, a ofensa deriva de ato judicial, o que é suficiente para a distinção entre essa ação e as ações possessórias.

A ação possessória adequada ao caso concreto depende da

espécie de agressão cometida pelo sujeito que deve figurar no polo passivo da demanda. Ocorrendo o esbulho, entendido como a perda da posse, caberá a ação de reintegração de posse; ocorrendo a turbação, entendida como a perda parcial da posse (limitações em seu pleno exercício), caberá a manutenção de posse; ocorrendo a ameaça de efetiva ofensa à posse, caberá o interdito proibitório. Nem sempre é fácil a distinção entre as diferentes espécies de moléstia à posse, em especial entre o esbulho e a turbação, o que, entretanto, não gera problemas concretos em virtude da fungibilidade das tutelas possessórias prevista pelo art. 554 do Novo CPC.

Sempre me perguntei, à luz do CPC/1973, qual a serventia da existência de três diferentes ações possessórias no sistema. Tinha a esperança de que num eventual novo Código de Processo Civil esse anacronismo pudesse ser sanado, mas não foi desta vez, considerando que o novo diploma processual manteve expressamente as ações de reintegração de posse, manutenção de posse e interdito proibitório.

É claro que, no plano prático, não se confundem as diferentes formas de agressão possessória, e não será a vontade legislativa que modificará esse panorama. Portanto, sempre haverá distinções entre esbulho, turbação e ameaça de agressão. Contudo, isso interessa tão somente ao direito material, não devendo ter qualquer relevância no plano processual.

A fungibilidade entre as ações e a identidade procedimental entre elas foram mantidas pelo Novo Código de Processo Civil (art. 554), de forma a continuar a ser inútil a divisão da tutela processual

possessória em três diferentes espécies de ação. Bastaria uma ação possessória, ainda que no caso de ameaça de agressão de natureza preventiva, com o que estaria plenamente tutelada a posse.

28.2. FUNGIBILIDADE

O art. 554 do Novo CPC consagra a fungibilidade entre as tutelas possessórias, de forma que é lícito ao juiz conceder uma tutela possessória diversa daquela expressamente pedida pelo autor. Já se analisou que o juiz está adstrito ao pedido do autor – *princípio da congruência* (art. 492 do Novo CPC) – e, em razão disso, qualquer concessão do que não tenha sido pedido gera a nulidade da sentença (*extra/ultra petita*). Ocorre, entretanto, que esse princípio tem exceções, sendo a fungibilidade uma delas, conforme amplamente analisado no Capítulo 23, item 23.5.2.

Existem ao menos três razões para que a fungibilidade consagrada pelo dispositivo legal ora analisado seja elogiada pela doutrina, que já teve oportunidade de abordar o tema.

Em primeiro lugar, é importante destacar que a função das ações possessórias é sempre a mesma: a proteção da posse, somente variando a ação conforme a espécie de moléstia sofrida. Como se nota com facilidade, o relevante é a proteção possessória, ficando em segundo plano a circunstância do pedido do autor de amoldar ou não à efetiva situação de crise da situação de direito material possessória. Tendo o autor provocado o Poder Judiciário para tutelar a sua posse, a inadequação quanto à espécie de demanda possessória, e consequentemente quanto ao pedido específico de proteção jurisdicional, não pode servir de empecilho para a efetiva

concessão de tutela protetiva da posse.

A doutrina também lembra que a situação possessória pode facilmente ser modificada na constância da demanda, de forma que no momento do julgamento se tenha uma espécie de agressão ao direito possessório diferente daquela existente no momento da sua propositura[641]. Não é difícil se compreender a tênue linha que separa a ameaça, o esbulho e a turbação, e como essas situações fático-jurídicas de violação ou ameaça da posse podem variar durante a demanda judicial.

Por fim, é inegável a dificuldade que se encontra em determinadas hipóteses para se definir com exatidão qual espécie de moléstia está caracterizada no caso concreto. Aquilo que pode parecer um esbulho a um determinando operador, pode parecer nitidamente uma turbação aos olhos de outro, e mesmo a ameaça pode ser confundida com as duas espécies de agressões possessórias[642]. Seria no mínimo injusto e nitidamente incongruente com a preocupação do legislador em tutelar a posse rejeitar-se a proteção jurisdicional pela incorreta percepção da espécie de violação ao direito possessório.

Entendo que, sendo exigência de qualquer petição inicial, o autor deve expressamente formular o pedido de proteção possessória, mas, em razão da fungibilidade prevista em lei, não parece que seja obrigado a especificar a espécie de tutela possessória, em especial quando existir forte dúvida a respeito. Basta a correta narrativa dos fatos e dos fundamentos jurídicos e o pedido de proteção possessória, que será deferido na conformidade

do entendimento do juiz no caso concreto. De qualquer forma, o pedido de proteção possessória, ainda que amplo, é indispensável.

28.3. AÇÃO DÚPLICE?

É tradicional a lição doutrinária que aponta serem dúplices as ações cujo procedimento admite ao réu fazer pedido contra o autor na própria contestação[643]. Em razão do art. 556 do Novo CPC (repete a regra do art. 922 do CPC/1973), que expressamente prevê a admissibilidade do pedido de proteção possessória do réu na própria contestação, existe ampla corrente doutrinária a defender a sua natureza dúplice[644]. Tal conclusão, entretanto, não é correta, porque a premissa que fundamenta o raciocínio parece ser equivocada.

Para se compreender a natureza das ações dúplices é necessário analisar a relação jurídica de direito material donde surgiu o conflito de interesses a ser resolvido no processo. Em tal análise, invariavelmente se definem os polos da demanda a serem preenchidos pelos sujeitos de tal relação, pressupondo-se os pedidos que poderão ser formulados. Assim, verificada a lide, sabe-se exatamente qual o sujeito que ingressaria com eventual demanda pleiteando determinado pedido e quem seria o réu.

Conforme ensina a melhor doutrina, sempre que inexistir essa predeterminação das legitimações, de forma que qualquer dos sujeitos envolvidos na relação jurídica material conflituosa possa ser o autor da demanda judicial, a ação será dúplice[645]. A conclusão é que na ação dúplice não existe qualquer necessidade de o réu

formular expressamente pedido contra o autor, já que pela própria natureza do direito material debatido, a improcedência do pedido levará o réu à obtenção do bem da vida discutido. Com esse entendimento, penso não ser a contestação das ações dúplices formada por duas "partes" distintas, em que de forma separada o réu se defende (contestação genuína) e em outro momento ataca (pedido com caráter reconvencional). Nas ações dúplices, a defesa propriamente dita é que, se acolhida, entregará automaticamente o bem da vida ao réu, sem a necessidade de pedido expresso e sem a preocupação com eventual afronta ao princípio da inércia da jurisdição. Conclui-se que na ação dúplice, tal pedido, mais do que desnecessário, será incabível[646].

Dessa forma, ainda que rotineiramente se atribua aos interditos possessórios a natureza dúplice, não parece que a natureza jurídica da relação de direito material possessória leve inexoravelmente a tal conclusão. A previsão do art. 556 do Novo CPC, ao permitir que o réu faça pedido contra o autor na própria contestação, não está criando ações dúplices – e nem poderia uma regra processual fazê-lo – e sim criando especialidades procedimentais para a elaboração de pedido de caráter reconvencional. Entender essa opção do legislador como uma tentativa de criação de ações dúplices é distorcer a própria natureza jurídica da relação de direito material debatida no processo, o que, a toda evidência, é manifestamente inviável[647].

Interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça, em peculiar julgamento[648], reconhece a natureza dúplice da ação possessória ao mesmo tempo em que confirma não haver qualquer

proteção legal à posse do réu em decorrência de eventual julgamento de improcedência. No julgado afirma-se expressamente que a proteção possessória ao réu depende de seu pedido expresso em contestação e acolhimento expresso pelo juízo, o que naturalmente afasta a natureza dúplice da ação, paradoxalmente reconhecida pela decisão.

28.4. COMPETÊNCIA

Em regra, é da Justiça Comum Estadual a competência para o julgamento das ações possessórias, mas nada impede que, excepcionalmente, outra Justiça seja competente, como a Justiça do Trabalho, na hipótese de reintegração de posse de imóvel concedido em comodato em razão de contrato de trabalho rescindido[649], ou a Justiça Federal, quando participar do processo um dos entes federais previstos no art. 109, I, da CF.

No tocante à competência territorial para as ações possessórias, a norma aplicável dependerá de ser o bem móvel ou imóvel. Tratando-se de bem móvel, aplica-se o art. 46 do Novo CPC, sendo competente o foro do domicílio do réu. Nesse caso, a regra é de competência relativa, admitindo-se a sua prorrogação no caso concreto. Tratando-se de bem imóvel, aplica-se o art. 47 do Novo CPC, sendo competente o foro do local imóvel. Nesse caso, a regra é de competência absoluta, não se admitindo que a demanda tenha andamento em outro foro, salvo na hipótese de recuperação judicial em trâmite, que exercerá a *vis actrativa*[650].

Estando o imóvel situado em mais de um foro, qualquer um

deles será competente para conhecer a demanda. Segundo o art. 60 do Novo CPC, determinar-se-á nesse caso o foro competente por prevenção, o que significa dizer que, havendo mais de uma demanda possessória sobre o mesmo imóvel em foros diferentes, aplica-se o art. 240, *caput*, do Novo CPC, determinando-se a prevenção do juízo que primeiro realizou a citação válida.

28.5. LEGITIMAÇÃO

O possuidor é parte legítima à propositura das ações possessórias, sendo que na hipótese de posse direta (locação, usufruto, comodato etc.), a defesa da posse pode ser realizada em juízo tanto pelo possuidor direto como pelo indireto, que podem inclusive litigar em conjunto em *litisconsórcio facultativo*. No caso de bens públicos de uso comum, a melhor doutrina aponta para a legitimidade do Poder Público e dos particulares que habitualmente se valem de ditos bens, em mais uma espécie de *litisconsórcio facultativo*[651].

Segundo o art. 1.197 do CC, na hipótese de posse direta (locação, comodato, usufruto etc.), a legitimidade ativa é tanto do possuidor direito como do indireto[652]. O simples detentor da coisa, que a ocupa por mera permissão ou tolerância do possuidor, não tem legitimidade para propor ação possessória, o mesmo ocorrendo com o sujeito que conserva a posse da coisa sob ordens ou instruções do possuidor.

No polo passivo é parte legítima o sujeito responsável pelo ato de moléstia à posse. Na hipótese de posse direta, é possível que o

legitimado passivo também seja possuidor, como ocorre na ação possessória promovida pelo locatário contra o locador, sempre que esse esbulha, turba ou ameaça a posse direta daquele. Na hipótese de atos praticados por preposto de terceiro, e sendo a ação movida contra esse preposto, caberá ao réu alegar sua ilegitimidade nos termos do art. 338 do Novo CPC.

Quando o ato de moléstia à posse é perpetrado por uma multidão de pessoas, como ocorre com os movimentos ditos sociais de sem-terra, a natural dificuldade – por vezes impossibilidade – de se individualizar todos os agressores à posse faz com que a demanda seja proposta contra *réus incertos*.

No tocante aos cônjuges, apesar do art. 47 do Novo CPC reconhecer a natureza de direito real do direito possessório, o art. 73, § 2.º, do Novo CPC, tem tratamento expresso a respeito do litisconsórcio entre eles nas ações possessórias. Segundo esse dispositivo legal, o litisconsórcio só será necessário nas hipóteses de *composse* ou de *ato praticado por ambos*[653].

28.6. EXCEÇÃO DE DOMÍNIO

Segundo o art. 557, *caput*, do Novo CPC, na pendência de ação possessória, é vedado, tanto ao autor como ao réu dessa demanda, propor ação petitória na qual se discute a propriedade do bem cuja posse já se discute na ação possessória. Não existe qualquer inconstitucionalidade na norma legal ora citada, entendendo a melhor doutrina que ela não retira da parte o direito de ação, servindo a ação possessória como uma condição

suspensiva do exercício desse direito[654]. O dispositivo esclarece que a vedação exige uma identidade de partes nas duas ações, de forma que sendo a pretensão petitória deduzida em face de terceira pessoa, não haverá qualquer impedimento para a propositura da ação.

Sendo a posse um direito autônomo, distinto da propriedade, podendo ser inclusive oposto contra o próprio proprietário, a vedação legal imposta pelo art. 557 do Novo CPC busca proteger o possuidor contra o proprietário que esbulha, turba ou ameaça molestar sua posse. No mesmo sentido é a previsão do art. 1.210, § 2.º, do CC, que prevê não obstar à reintegração ou manutenção a alegação em sede de defesa do direito de propriedade, posteriormente consagrada no parágrafo único do art. 557 do Novo CPC. Significa dizer que o réu, em ação possessória, não poderá alegar em sua defesa a propriedade sobre o bem, porque se assim não fosse, todo proprietário poderia tomar para si a posse, ainda que de forma ilegítima, alegando em ação judicial ser o proprietário e por isso fazer jus à principal consequência jurídica desse direito, que é a posse.

O dispositivo legal é salutar, sendo indispensável à criação de um sistema no qual realmente o direito à posse seja defendido como direito autônomo. Basta imaginar a hipótese do locador que, sabendo que o locatário saiu para viajar no final de semana, retoma de forma ilegal a posse do imóvel. Caso o locatário ingresse com ação possessória contra o locador, é natural que, sendo permitida a discussão da propriedade, a posse seja conferida ao locador. A vedação legal de discussão da propriedade nas ações possessórias é

a única forma de proteger o legítimo possuidor molestado, inclusive contra o proprietário.

Ressalte-se, entretanto, que nas ações em que as partes disputam a posse com base na alegação de propriedade, ou seja, quando ambas as partes se valem do argumento de que são proprietárias para daí terem direito à posse, será não só permitida, mas como necessária, a discussão a respeito do direito de propriedade. Deve-se ter cuidado na análise de tais ações, porque a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[655] aponta para a sua natureza de *ação possessória*, abrindo-se uma exceção à proibição da "exceção de domínio" como matéria defensiva[656]. A melhor doutrina, entretanto, aponta para a natureza real de tais ações (*ação petitória*), nas quais a disputa da posse se dá com base no domínio, sendo por essa razão cabível decidir em dar a posse à parte que demonstrar ser o proprietário[657].

28.7. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

Como já foi anteriormente analisado no Capítulo 2, item 2.3.3.4, a cumulação de pedidos depende do preenchimento dos requisitos previstos no art. 327, § 1.º, do Novo CPC. Interessa em especial às ações possessórias o requisito previsto no art. 327, § 1.º, III, do Novo CPC, que proíbe a cumulação de pedidos com diferentes procedimentos. É verdade que o art. 327, § 2.º, do Novo CPC, permite ao autor nessa situação a cumulação de pedidos de diferentes procedimentos desde que seja adotado o procedimento comum, mas essa regra é inaplicável para os procedimentos genuinamente especiais, que preveem técnicas processuais

diferenciadas incompatíveis com o rito comum, de aplicação obrigatória, não se permitindo ao autor preferir o rito comum ao rito especial.

Ainda que se possa discutir a real especialidade do procedimento das ações possessórias de posse nova, a mera previsão dele dentre os ritos especiais previstos pelo CPC torna relevante a previsão do art. 555 do Novo CPC, que permite ao autor que cumule com o pedido de proteção possessória outros pedidos.

O inciso I do dispositivo legal repete regra consagrada no revogado art. 921, I, do CPC/1973, mantendo o pedido de indenização por perdas e danos entre os cumuláveis com o pedido possessório. O pedido de condenação por perdas e danos deve estar amparado em fundamentação suficiente que demonstre as razões pelas quais o autor entende devidas tais verbas. A indenização não é consequência natural do acolhimento do pedido de proteção possessória, de forma que se exige do autor a narração da causa de pedir própria do pedido de indenização.

No inciso II está previsto entre os pedidos cumuláveis com o pedido possessório a indenização de frutos, hipótese aplicável para a situação de o bem gerar frutos que sejam apossados pelo agressor possessório. O dispositivo não chega a ser um problema, mas entendo ser desnecessário, sendo possível incluir a indenização pelos frutos no âmbito da reparação das perdas e danos.

No parágrafo único, há pequena, mas significativa, alteração, passando o dispositivo a prever a imposição de “medida necessária e adequada” para o caso de nova turbação e esbulho (inciso I) e

para cumprimento da tutela provisória ou final (inciso II), e não de "cominação de pena", como previsto no art. 921, II do CPC/1973.

No tocante a hipótese prevista no inciso I a alteração é importante porque possibilita que o juiz conceda medidas de execução indireta (pressão psicológica) e de execução por sub-rogação para convencer o réu a não reincidir na agressão possessória. Como não se confunde execução indireta com sanção (pena), e essa só deve ser aplicada após a nova agressão possessória, não havia sentido, portanto, que fosse objeto da decisão que concedia a tutela possessória, devendo a modificação ser elogiada.

Deve ficar claro, entretanto, que as medidas necessárias e adequadas que dependem de pedido do autor para serem concedidas são voltadas a evitar uma nova agressão possessória, porque para aquela versada na própria ação possessória tais medidas serão aplicadas de ofício pelo juiz para efetivar sua decisão, provisória ou definitiva. Assim, as medidas adequadas que dependem de pedido expresso do autor não têm como objetivo pressionar psicologicamente o réu a cumprir a obrigação reconhecida em sentença, mas sim convencê-lo a não praticar novos atos de agressão possessória. Nesse caso, a imposição de uma eventual multa não tem natureza executiva, porque não tem como função satisfazer direito. Entendo que, nesse caso, a multa tem natureza sancionatória em razão de prática de eventual e futuro ato ilícito, sendo a pressão psicológica gerada apenas reflexamente.

28.8. PROCEDIMENTO

28.8.1. REINTEGRAÇÃO E MANUTENÇÃO DE POSSE

A reintegração e a manutenção de posse têm o mesmo procedimento previsto pelos arts. 560 a 566 do Novo CPC, ainda que se reconheça a diferença de espécies de agressão à posse que fundamentam cada uma dessas ações. Não são todas as ações possessórias, entretanto, que seguem esse procedimento. No caso de a agressão ter se dado há mais de ano e dia (posse velha), ou seja, quando a demanda for proposta após ano e dia da ocorrência da ofensa à posse o art. 558, parágrafo único, do Novo CPC prevê que o procedimento será o comum.

O procedimento especial possessório dos arts. 560 a 566 do Novo CPC, portanto, limita-se às ações possessórias de posse nova de bem imóveis, ou seja, demandas que tenham como objeto uma alegada ofensa à posse de bem imóvel que tenha decorrido dentro de ano e dia da propositura do processo. Como se notará com a descrição do dito procedimento especial, a grande especialidade é a previsão de medida liminar, até porque após esse momento inicial o procedimento passará a ser o comum (art. 566 do Novo CPC).

A previsão dessa liminar continua a ser importante porque o legislador inexplicavelmente não incluiu entre as hipóteses de tutela da evidência no art. 311 do Novo CPC a liminar possessória. Entendo, inclusive, que tal previsão seria suficiente para se retirar definitivamente as ações possessórias do rol dos procedimentos especiais. Como não foi essa a opção do legislador, resta apenas lembrar que essa liminar não é tutela de urgência, porque dentre os requisitos para sua concessão previstos no art. 562 do Novo CPC não consta o tempo (necessário para a concessão da tutela

definitiva) como inimigo (da efetividade dessa tutela).

Não que a tutela de urgência seja estranha às ações possessórias, em especial naquelas que seguem o procedimento comum (posse velha) e que, portanto, não têm em seu procedimento a previsão de liminar (tutela da evidência). Nesse caso, desde que preenchidos os requisitos, será cabível a tutela antecipada ou cautelar, a depender da pretensão do autor.[658]

Aduz o art. 561 do Novo CPC, que incumbe ao autor provar:

(I) sua posse;

(II) a turbação ou esbulho praticado pelo réu;

(III) a data do ato de agressão à posse;

(IV) continuação da posse turbada ou perda da posse esbulhada.

Para parcela da doutrina, trata-se de requisitos formais específicos da petição inicial das ações possessórias[659], mas não parece ser esse o melhor entendimento. Os requisitos em seu conjunto se prestam a fundamentar a pretensão possessória do autor e quando documentalmente comprovados – ainda que mediante uma cognição sumária – se prestam à concessão da liminar prevista no art. 562, *caput*, do Novo CPC.

Conforme já foi afirmado, a grande especialidade do procedimento especial possessório é a previsão de liminar no art. 562, *caput*, do Novo CPC. Segundo esse dispositivo legal, estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá *inaudita altera partes* a medida liminar, consubstanciada na expedição de mandado de manutenção ou reintegração de posse, conforme o

caso. Existe certa divergência doutrinária a respeito da possibilidade de o juiz conceder a medida liminar de ofício[660] ou somente mediante pedido expresso do autor[661]. O melhor entendimento é aquele que exige o pedido expresso do autor, priorizando o princípio dispositivo, até mesmo porque, tendo natureza de tutela provisória satisfativa[662], deve-se aplicar por analogia o raciocínio já desenvolvido no Capítulo 12, item 12.3.4, quanto à impossibilidade de concessão oficiosa da tutela antecipada.

A liminar será concedida sempre que dois requisitos forem preenchidos no caso concreto, sendo dispensada no caso concreto a demonstração de *periculum in mora*:

(i) demonstração de que o ato de agressão à posse deu-se há menos de ano e dia, e

(ii) instrução da petição inicial que, em cognição sumária do juiz, permita a formação de convencimento de que há probabilidade de o autor ter direito à tutela jurisdicional.

O art. 562, *caput*, do Novo CPC, ao exigir a devida instrução da petição inicial para a concessão da liminar, aponta para a necessidade de juntada de prova documental[663] ou documentada[664] (como provas orais emprestadas ou produzidas antecipadamente) apta a formar o juízo de probabilidade exigido para a concessão das tutelas de urgência. A doutrina rejeita declarações de terceiros descrevendo a situação possessória como documento apto a ensejar a concessão da liminar, considerando que tal conduta representa um desvio inadmissível das garantias que cercam a produção de prova oral em juízo[665].

Ainda segundo o dispositivo legal ora analisado, não estando a petição inicial devidamente instruída (nos termos já expostos), o juiz poderá designar audiência de justificação prévia, com a devida "citação" do réu a comparecer a tal audiência. A designação dessa audiência independe de pedido expresso do autor[666], havendo inclusive decisão do Superior Tribunal de Justiça, que interpretando literalmente o dispositivo legal, entende ser dever do juiz a designação na hipótese de não conceder a liminar pleiteada[667].

Registre-se que a citação do réu nesse momento somente o integra à relação jurídica processual, ocorrendo concomitantemente a sua intimação para que compareça à audiência de justificação prévia. Significa dizer que o réu não é intimado para se defender, não sendo a audiência o momento adequado para contestar. A doutrina majoritária entende que o réu pode se fazer representar por advogado na audiência, com plena participação na colheita da prova testemunhal a ser produzida pelo autor (reperguntas e contradita). Não poderá o réu, entretanto, produzir prova testemunhal, com a oitiva de testemunhas levadas por ele à audiência[668]. Justamente por isso o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que não há nulidade absoluta na ausência de citação ao réu para participar de tal audiência[669].

Realizada a audiência de justificação prévia, o juiz poderá ou não conceder a liminar requerida pelo autor. Havendo a concessão da liminar, o réu será intimado na própria audiência, ainda que não se encontre presente e nem se faça presente por advogado devidamente constituído (art. 1.003, § 1.º, do Novo CPC)[670]. Como

previsto no art. 564 do Novo CPC, independentemente da concessão da liminar, o réu será intimado em audiência para se defender no prazo legal, desde que a decisão sobre a liminar seja proferida na audiência. Pode o juiz chamar os autos a conclusão e proferir decisão em cartório, hipótese na qual o réu será devidamente intimado[671]. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a ausência de intimação na audiência é causa de nulidade, não se considerando iniciado o prazo de resposta do réu[672].

Não sendo necessária a realização de audiência de justificação, com ou sem a concessão de liminar, o réu será citado. Em regra, não há qualquer especialidade procedimental nessa citação, salvo na hipótese de o polo passivo ser formado por uma multidão de pessoas, situação que ensejará especialidades procedimentais na citação previstas nos parágrafos do art. 554 do Novo CPC. A regulamentação desse tema é importante em razão da notoriedade da indesejável frequência com que grupos organizados invadem áreas rurais e urbanas, pelas mais diversas razões.

Como os grupos que organizam as invasões não têm personalidade jurídica, não podem fazer parte do polo passivo da demanda possessória, o que cria uma excepcional situação de litisconsórcio multitudinário passivo formado por réus incertos. Diante desse quadro, deve ser elogiada a iniciativa do Novo Código de Processo Civil em regulamentar essa situação.

Os dois primeiros parágrafos tratam substancialmente da forma de citação dos réus: serão realizadas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos

demais. No caso da citação pessoal, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local, por duas vezes, em dias distintos, no intervalo de cinco dias (prazo impróprio).

Nos termos do art. 554, § 1.º, na ação possessória com o polo passivo formado por grande número de pessoas o Ministério Público será intimado para participar do processo, bem como a Defensoria Pública, caso haja réus em situação de hipossuficiência econômica. Enquanto o Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica, a Defensoria Pública defenderá o interesse dos hipossuficientes econômicos que não constituam advogado para sua defesa.

Como a experiência mostra, a grande maioria dos réus nesse tipo de ação possessória será citada por edital, e é notória a ineficácia desse meio de tornar a existência do processo conhecida. Por isso, elogiável o art. 554, § 3.º, ao prever ampla publicidade da existência da ação e também dos prazos processuais por outros meios além do edital, tais como anúncios em jornal ou rádio locais e publicação de cartazes na região do conflito. De qualquer forma, na maioria das vezes a liderança do movimento responsável pela agressão possessória toma conhecimento da existência do processo judicial e de seu andamento.

Registre-se, por fim, a previsão protetiva à Fazenda Pública prevista pelo art. 562, parágrafo único, do Novo CPC, que determina a impossibilidade de concessão da liminar antes da oitiva das pessoas jurídicas de direito público. Doutrina majoritária elogia a proteção à Fazenda Pública, nesse caso, partindo-se da presunção

de que os entes públicos atuam dentro da legalidade[673]. Apesar da possibilidade de as pessoas jurídicas de direito público participarem de audiência de justificação em processos nos quais figurem como réu, o cumprimento do art. 562, parágrafo único, do Novo CPC, dispensa a realização de audiência, devendo o réu ser intimado para que, no prazo a ser fixado pelo juiz[674], se manifeste por escrito a respeito do pedido de liminar do autor.

Realizada a citação, o réu terá um prazo de 15 dias para se defender, sendo cabível qualquer modalidade de resposta, até mesmo porque, segundo o art. 566 do Novo CPC, a partir desse momento procedimental observar-se-á o procedimento comum. Até mesmo a reconvenção é expressamente admitida, considerando que o art. 556 do Novo CPC permite ao réu em sua própria contestação formular pedidos de proteção possessória e de indenização pelos prejuízos sofridos. O dispositivo, entretanto, ofende a isonomia porque o autor, além desses dois pedidos, poderá ainda pedir a imposição de medida necessária e adequada para evitar nova turbação ou esbulho (art. 555, parágrafo único, I, do Novo CPC). Nesse sentido, entendo que também esse pedido pode ser formulado pela via reconvencional pelo réu, até porque, como o procedimento comum passará a ser observado após o momento de resposta do réu, não teria qualquer sentido se limitar o âmbito da reconvenção, ainda mais em nítida violação ao princípio da isonomia. Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça já admitiu pedido contraposto de remoção do ato ilícito, que não está expressamente previsto no art. 556 do Novo CPC[675].

No art. 559 do Novo CPC é mantida a exigência de caução –

real ou fidejussória – contida no revogado art. 925 do CPC/1973 caso o autor, provisoriamente reintegrado ou mantido na posse, careça de idoneidade financeira para responder às perdas e danos do réu caso a tutela provisória seja revogada e sua efetivação tenha gerado prejuízo ao réu.

A parte será liberada da prestação de caução se comprovar ser economicamente hipossuficiente. A regra é de difícil compreensão. Sendo requisito da exigência de prestação da caução a falta de idoneidade financeira, como afastá-la para os economicamente hipossuficientes? Ao que parece, o dispositivo se valeu de expressões diferentes para indicar o autor que não tem condições de arcar com eventuais perdas e danos do réu, e ao mesmo tempo prevê que essa condição é causa para a exigência e dispensa da caução. O paradoxo criado pela norma é garantia de polêmica.

28.8.2. INTERDITO PROIBITÓRIO

A ação de interdito proibitório tem nítida natureza inibitória, voltando-se para evitar que a ameaça de agressão à posse se concretize[676]. Enquanto nosso direito não tinha previsão de tutela inibitória genérica, a ação de interdito proibitório sempre teve lugar de destaque no que se convencionou chamar de tutela inibitória específica. Atualmente, diante da amplitude do art. 497 do Novo CPC, o interdito possessório não mais pode ser considerado uma ação excepcional dentro do sistema processual. De qualquer forma, o que se busca com tal demanda judicial é evitar a prática do ato ilícito consubstanciado no esbulho ou na turbação possessória.

Não existem grandes especialidades procedimentais no

interdito proibitório, considerando que nessa espécie de demanda aplicam-se subsidiariamente os regramentos procedimentais das ações de reintegração e manutenção de posse (art. 568 do Novo CPC). É natural que exista pedido de proteção liminar no interdito proibitório, considerando que a sua própria razão de ser é a existência de um perigo iminente de moléstia à posse. Caberá ao juiz concedê-lo – com ou sem justificação prévia, conforme o caso – desde que o autor consiga comprovar sumariamente a efetiva e real ameaça de que sua posse corre risco de ser esbulhada ou turbada[677]. A previsão de multa do art. 567 do Novo CPC é mera repetição específica do previsto genericamente no art. 537 do Novo CPC, tratando-se de medida de execução indireta (*astreintes*).

28.8.3. ESPECIALIDADES PROCEDIMENTAIS NO LITÍGIO COLETIVO PELA POSSE

O art. 565 do Novo CPC cria especialidades procedimentais quando a demanda possessória envolver conflito coletivo pela posse de imóvel.

No *caput* do dispositivo há previsão de audiência de mediação obrigatória no caso de pedido de liminar em posse velha (agressão possessória ocorrida há mais de ano e dia). A audiência de mediação deve se dar em até 30 dias (prazo impróprio), sendo o Ministério Público, em qualquer caso, e a Defensoria Pública, no caso de réu beneficiário da gratuidade de justiça, intimados para comparecer à audiência (§ 2.º). Não foi feliz o legislador na redação do dispositivo, ainda que seja possível interpretar "parte beneficiária da gratuidade de justiça" como parte hipossuficiente, exatamente como previsto no art. 554, § 1.º, do Novo CPC.

O § 4.º do art. 565, ora comentado, prevê a faculdade de o juiz intimar para a audiência de mediação os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal, e de Município onde se situe a área objeto do litígio, para que possam se manifestar sobre interesse na causa e existência de possibilidade de solução para o conflito agrário.

Quanto às intimações, aquelas previstas pelo § 2.º do art. 565 do Novo CPC constituem um dever do magistrado, que está obrigado por lei a realizá-las. Já quanto às intimações dispostas no § 4.º, o juiz tem a faculdade de realizá-las, só devendo fazê-lo quando entender que a presença dos sujeitos descritos no dispositivo legal possa efetivamente contribuir para a solução do conflito.

Além do pedido de liminar na possessória de posse velha, a audiência de mediação também será cabível, nos termos do art. 565, § 1.º, do Novo CPC sempre que concedida a liminar, ela não for executada no prazo de um ano, a contar da data de distribuição do processo. Não tem lógica adotar como termo inicial da contagem desse prazo a distribuição do processo, porque nesse momento não havia tutela a ser efetivada. Entendo que o prazo de um ano deveria ser contado do deferimento da medida liminar, pois só a partir desse momento haverá o que efetivar. De qualquer modo, como as liminares possessórias historicamente são concedidas com brevidade, a diferença entre a data da distribuição e a da concessão liminar é, ao menos em regra, pequena.

Segundo o § 3.º do art. 565 do Novo CPC, o juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer

necessária à efetivação da tutela jurisdicional. O dispositivo é péssimo, seja pela sua inutilidade, seja pela sua má colocação.

É difícil acreditar que o juiz precise de previsão expressa em lei para comparecer à área objeto do conflito possessório. Evidentemente, tal ato está incluído nos poderes do juiz, daí por que desnecessária a previsão legal. Estando prevista a regra em parágrafo de artigo que trata de conflito coletivo pela posse do imóvel, pode parecer que o juiz comparecerá ao local da disputa somente nesse tipo de conflito agrário. Ocorre, entretanto, que, mesmo num caso de conflito individual de posse, o juiz tem esse poder, diferente do que sugere a má colocação do dispositivo legal.

29. DIVISÃO E DEMARCAÇÃO DE TERRAS

Sumário: 29.1. Introdução – 29.2. Procedimento da ação de demarcação – 29.3. Procedimento da ação de divisão.

29.1. INTRODUÇÃO

Nos arts. 569 a 598 do Novo CPC, está previsto o procedimento da ação de divisão e da demarcação de terras particulares, registrando-se que as questões referentes à divisão e demarcação de terras públicas seguem o procedimento da ação discriminatória, regulada pela Lei 6.383/1976.

Registre-se que mesmo diante do conflito tipicamente resolvido pela ação de divisão e da demarcação de terras particulares nem sempre será necessária a propositura de ação judicial. Nos termos do art. 571 do Novo CPC, a demarcação e a divisão poderão ser realizadas por escritura pública, desde que maiores, capazes e concordes todos os interessados, observando-se, no que couber, os dispositivos procedimentais referentes à matéria previstos no diploma processual.

Segundo o art. 569 do Novo CPC, cabe a ação de demarcação ao proprietário para obrigar o confinante a estremar os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou aviventando-se os já

apagados, ao passo que cabe a ação de divisão ao condômino para obrigar os demais consortes a partilhar o bem comum. Em ambos os casos se tem um processo de conhecimento com procedimento especial que veicula pretensão de direito real[678], e sendo o direito de dividir e demarcar potestativo, o que afasta a aplicação de prazos prescricionais para as demandas ora analisadas, e não havendo em lei prazo decadencial, a qualquer momento poderá a parte interessada ingressar com a ação de divisão e demarcação de terras.

A ação de divisão e demarcação de terras tem natureza dúplice, porque, independentemente de pedido do réu nesse sentido, o resultado do processo lhe será favorável se suas alegações defensivas, contidas na contestação, forem acolhidas pelo juiz[679].

Não se confunde a ação demarcatória com a *ação reivindicatória* porque nesta existe a exata extensão daquilo que se reivindica, sendo que naquela essa certeza só é obtida por meio da sentença. Também não se confunde com a *ação possessória*, porque na ação demarcatória se discute propriedade, e não posse, sendo entendimento tranquilo do Superior Tribunal de Justiça que, mesmo havendo decisão a respeito da posse do imóvel, não existe qualquer empecilho para a ação demarcatória[680], bem como a reintegração de posse pode ser realizada mesmo enquanto se aguarda a delimitação da área[681].

O art. 570 do Novo CPC admite que o autor cumule num mesmo processo os pedidos de demarcação e de divisão. Por questão de lógica, a demarcação deve ser julgada antes, participando desse momento processual tanto os confinantes como

os condôminos, e, uma vez determinada a extensão da coisa, a divisão será decidida em momento processual do qual participarão somente os condôminos. Trata-se, na realidade, de cumulação de procedimentos em caráter sucessivo num mesmo processo, e não propriamente uma cumulação de pedidos[682].

Ainda que os confinantes sejam excluídos do processo após a demarcação, momento a partir do qual serão considerados terceiros, o art. 572 do Novo CPC prevê que fica ressalvado o seu direito de vindicar os terrenos de que se julguem despojados em virtude da invasão das linhas limítrofes constitutivas do perímetro ou, ainda, a reclamarem uma indenização pecuniária correspondente ao seu valor. Nesse caso, caberá à parte escolher entre a *tutela específica* de proteção à sua propriedade ou a tutela pelo equivalente em dinheiro, sendo admissível a cumulação das duas pretensões de forma subsidiária, não sendo possível a concessão de tutela específica em demanda em que seja concedida a tutela pelo equivalente em dinheiro.

Segundo o art. 572, § 1º, do Novo CPC, se a ação for proposta antes do trânsito em julgado da sentença homologatória da divisão, serão citados todos os condôminos e após esse momento todos os quinhoeiros dos terrenos vindicados. Na ação oferecida após o trânsito em julgado da sentença da divisão, o art. 572, § 2º, do Novo CPC prevê que a sentença de procedência valerá como título executivo judicial em favor dos quinhoeiros para haverem dos outros condôminos, que forem parte na divisão, ou de seus sucessores por título universal, na proporção do que lhes tocar, a composição pecuniária do desfalque sofrido. A melhor doutrina

ressalta que só haverá aplicação desse dispositivo legal tendo ocorrido a denunciação da lide dos demais condôminos, não sendo admissível a formação de título executivo judicial contra alguém que não participe do processo[683].

29.2. PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE DEMARCAÇÃO

O procedimento da ação de demarcação de terras particulares está previsto nos arts. 574 a 587 do Novo CPC.

Segundo o art. 575 do Novo CPC, qualquer condômino é parte legítima para promover a demarcação do imóvel comum, requerendo a intimação dos demais para, querendo, intervir no processo. O dispositivo afasta a necessidade de formação de litisconsórcio necessário entre os condôminos, conforme previsto no revogado art. 952 do CPC/1973. Os réus serão os confrontantes, e os condôminos terceiros poderão, uma vez intimados, ingressarem voluntariamente no processo como assistentes litisconsorciais do autor.

A competência é absoluta do foro do local do imóvel, nos termos do art. 47 do Novo CPC, aplicando-se ao caso o art. 60 do Novo CPC caso o imóvel esteja situado em mais de uma comarca.

Como todo processo, a demarcação tem o seu início por meio de uma petição inicial, nos termos dos arts. 319 e 320 do Novo CPC. Segundo o art. 574 do Novo CPC, são documentos indispensáveis à propositura da demanda os títulos de propriedade,

cabendo ao autor narrar em sua causa de pedir a situação e a denominação do imóvel, descrevendo os limites por construir, aviventar ou renovar, nomeando todos os confinantes da linha demarcanda.

Valendo-se de técnica de duvidosa constitucionalidade, o art. 953 do CPC/1973 previa que os réus que fossem residentes na comarca na qual tramitava o processo seriam citados pessoalmente, ao passo que os réus residentes nas demais comarcas seriam citados por edital. Não há qualquer justificativa para se proceder à citação por edital de réu com endereço conhecido só porque reside em comarca diversa daquela em que tramita o processo. Nesse sentido deve ser efusivamente saudado o art. 576, *caput*, do Novo CPC, ao prever que a citação dos réus será feita por correio, observado o disposto no art. 247 do mesmo diploma legal, cabendo a citação por edital apenas nas hipóteses gerais previstas em lei para tal forma de citação (parágrafo único).

O legislador considera que os réus serão pessoas físicas, daí porque não menciona a possibilidade de citação por meio eletrônico. Ocorre, entretanto, que apesar de ser essa a situação mais comum, é natural que na ação de demarcação haja no polo passivo pessoa jurídica, quando então deve se dar preferência à citação pelo meio eletrônico.

O prazo comum de contestação é de 15 dias (art. 577 do Novo CPC), havendo entendimento ainda sob a égide do CPC/1973 de não incidência da regra processual que determina a contagem do prazo em dobro (art. 191 do CPC/1973 e art. 229 do Novo CPC)[684].

No tocante à reconvenção, é preciso tomar cuidado semelhante àquele tomado nas ações possessórias e devidamente analisado no Capítulo 28, item 28.3; para o pedido demarcatório não cabe reconvenção em razão da nítida e indiscutível natureza dúplice dessa ação, mas a reconvenção é admissível caso o réu pretenda cumular pedidos de proteção possessória e de indenização por perdas e danos[685].

Aduz o art. 578 do Novo CPC que, esgotado o prazo de defesa do réu, observar-se-á o procedimento comum. Ainda que não previsto expressamente, é natural que sendo o réu revel e sendo presumidos verdadeiros os fatos alegados pelo autor será caso de julgamento antecipado do mérito, nos termos do art. 344 do Novo CPC e, sendo o réu revel, aplicar-se-á o art. 355, II do Novo CPC.

Em qualquer das hipóteses, antes da prolação da sentença o juiz nomeará um ou mais peritos para levantar o traçado da linha demarcanda, que deverá(ão) apresentar(em) um laudo pericial nos termos do art. 580 do Novo CPC. Tratando-se de verdadeira perícia, aplicam-se as regras da prova pericial, com 15 dias de prazo comum para a indicação de quesitos e assistentes técnicos e prazo comum de 15 dias para a manifestação das partes sobre o laudo.

Segundo o art. 573 do Novo CPC, tendo a demanda como objeto um imóvel georreferenciado, com averbação no Registro de Imóveis, pode o juiz dispensar a realização de prova pericial.

Após essa fase probatória pericial, o juiz sentenciará a demanda, sendo que na sentença de procedência determinará o traçado da linha demarcanda, nos termos do art. 581 do Novo CPC,

além de condenar o réu ao pagamento dos honorários advocatícios e custas processuais, o que também fará na hipótese de sentença de improcedência. O parágrafo único do dispositivo legal prevê que a sentença proferida na ação demarcatória determinará a restituição da área invadida, se houver, declarando o domínio ou a posse do prejudicado, ou ambas. A sentença é recorrível por apelação, e, sendo de procedência, assim que transite em julgado tem início a segunda fase do processo, por meio da qual será efetivado concretamente o direito reconhecido em sentença, prevendo os arts. 582 a 587 do Novo CPC a forma dos atos a serem praticados pelo perito e juiz no caso concreto.

29.3. PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE DIVISÃO

O procedimento da ação de divisão de terras particulares está previsto nos arts. 588 a 597 do Novo CPC, com aplicação subsidiária dos arts. 575 a 578 do CPC, nos termos do art. 598 do Novo CPC.

Como todo processo, o de divisão tem início pela apresentação de uma petição inicial, nos termos dos arts. 319 e 320 do Novo CPC, sendo competente absoluto o foro do local do imóvel, nos termos do art. 47 do Novo CPC. O art. 588, *caput,* do Novo CPC prevê como documento indispensável à instrução da petição inicial os títulos de propriedade do autor, exigindo em seus incisos que a petição inicial contenha em sua causa de pedir:

(I) indicação da origem da comunhão e a denominação, situação, limites e as

características do imóvel;

(II) nome, estado civil, a profissão e a residência de todos os condôminos, especificando-se os estabelecidos no imóvel com benfeitorias e culturas; trata-se de repetição incompleta do art. 319, II, do Novo CPC, que deve ser aplicado subsidiariamente, exigindo-se do autor a indicação do estado civil dos réus, porque, tratando-se de ação de direito real, o réu casado será demandado em litisconsórcio necessário com seu cônjuge[686];

(III) as benfeitorias comuns.

Segundo o art. 589 do Novo CPC, as citações serão realizadas na forma do art. 576 do Novo CPC, prosseguindo o procedimento nos termos dos arts. 577 e 578 do Novo CPC. Com o trânsito em julgado da sentença de procedência, tem início a segunda fase do processo, de natureza executiva, com procedimento previsto nos arts. 591 a 597 do Novo CPC.

Nos termos do art. 590, *caput*, do Novo CPC, o juiz nomeará um ou mais peritos para promover a medição do imóvel e as operações de divisão, observada a legislação especial que dispõe sobre a identificação do imóvel rural. A previsão prestigia o poder do juiz em determinar quais e quantos peritos são necessários, cumprindo lembrar que no revogado art. 956 do CPC/1973 a nomeação recairia obrigatoriamente em dois arbitradores e um agrimensor. O parágrafo único do dispositivo legal prevê que o perito deverá indicar as vias de comunicação existentes, as construções e as benfeitorias, com a indicação dos seus valores e dos respectivos proprietários e ocupantes, as águas principais que banham o imóvel e quaisquer outras informações que possam concorrer para facilitar a partilha.

Todos os condôminos serão intimados a apresentar, dentro de

10 dias, os seus títulos, se ainda não o tiverem feito, e a formular os seus pedidos sobre a constituição dos quinhões.

Nos termos do art. 592 do Novo CPC o juiz ouvirá as partes no prazo comum de 15 dias: não havendo impugnação, o juiz determinará a divisão geodésica do imóvel (§ 1º); havendo impugnação, o juiz proferirá, no prazo de 10 dias, decisão sobre os pedidos e os títulos que devam ser atendidos na formação dos quinhões (§ 2º).

Os peritos proporão, em laudo fundamentado, a forma da divisão, devendo consultar, quanto possível, a comodidade das partes, respeitar, para adjudicação a cada condômino, a preferência dos terrenos contíguos às suas residências e benfeitorias e evitar o retalhamento dos quinhões em glebas separadas. Ouvidas as partes, no prazo comum de 15 dias, sobre o cálculo e o plano da divisão, o juiz deliberará a partilha.

Com a assinatura do auto de divisão – que deve seguir os requisitos formais previstos no § 3º do art. 597 do Novo CPC – pelo juiz e pelo perito, que será acompanhado de uma folha de pagamento para cada condômino, será proferida a sentença homologada.

30. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE

Sumário: 30.1. Introdução – 30.2 Pretensões veiculáveis – 30.3 Legitimidade ativa – 30.4 Legitimidade passiva – 30.5 Procedimento.

30.1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil criou um novo procedimento especial com o nome de "ação de dissolução parcial de sociedade", regulamentado pelos arts. 599 a 609.

A dissolução parcial da sociedade é gerada por qualquer ocorrência que leve a uma extinção parcial do contrato de sociedade, ainda que os tribunais tenham sempre atrelado a expressão à ação que tem como autor o quotista que tem direito à dissolução total da sociedade, que, alternativamente, será mantida com a retirada de tal sócio e o pagamento de seus haveres, porque a vontade unilateral do sócio não deve prevalecer sobre a utilidade social e econômica representada pela empresa[687].

O Novo Código de Processo Civil fez uma clara opção por regulamentar sob o nome "ação de dissolução parcial de sociedade" todas as espécies de ações que versem sobre a extinção parcial da sociedade, o que inclui a hipótese de falecimento do sócio, sua

exclusão e o exercício de seu direito de retirada ou recesso. A opção é facilmente percebida pelo disposto no art. 599 do Novo CPC.

Na dissolução parcial da sociedade haverá a ruptura de apenas uma parcela dos vínculos societários, de forma que resolvida a crise jurídica a sociedade continua a existir[688]. Diferentemente do que ocorre na dissolução total, na qual todos esses laços são rompidos e a sociedade é extinta. Nesse caso, o procedimento a ser observado será o comum.

A ação de dissolução parcial de sociedade não é ação necessária, porque é possível que haja ruptura parcial dos vínculos societários sem que seja proposta a ação ora analisada.

No caso de morte do sócio, há três situações previstas nos incisos do art. 1.028 do CC que dispensam a ação judicial: (i) contrato dispor pela não liquidação da quota do sócio falecido; (ii) sócios remanescentes optarem pela dissolução total; (iii) sócios remanescentes celebrarem acordo com os herdeiros para a substituição do sócio falecido. No caso de exclusão do sócio, a solução também poderá ocorrer extrajudicialmente, desde que preenchidos os requisitos do art. 1.085 do CC.

Por outro lado, tratando-se de direito patrimonial disponível, as partes podem celebrar convenção de arbitragem para que a lide na qual estão ou estarão envolvidas seja resolvida sem a intervenção jurisdicional.

30.2. PRETENSÕES VEICULÁVEIS

Referida ação poderá ter dois pedidos formulados isoladamente ou em cumulação, conforme previsão do art. 599 do Novo CPC: (I) a resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; (II) a apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; ou (III) somente a resolução ou a apuração de haveres.

No inciso I do art. 599 do Novo CPC está previsto o pedido de resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso. Trata-se da resolução parcial da sociedade.

O dispositivo não trata da dissolução total de sociedade por duas razões. Primeiro, porque a necessidade de vontade unânime para a liquidação da sociedade torna a dissolução total um procedimento não contencioso cada vez mais frequente. Por outro lado, na rara ocorrência de causas externas para a liquidação, como perda de autorização para funcionamento ou impossibilidade de cumprimento do objeto social, o procedimento a ser seguido será o comum[689].

Ampliando as espécies de sociedade que podem suportar pedido de dissolução parcial, o art. 599, § 2.º, do Novo CPC prevê que a ação ora analisada também pode ter por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem 5% ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim. Registre-se que essa realidade e legitimidade já eram versadas no art. 206, II, “b”, da Lei das S/A,

mas em referida norma há exclusivamente previsão da dissolução total da sociedade.

A opção do legislador cria uma limitação à dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado quando comparada com a jurisprudência formada a respeito do tema. Nesse sentido, vale a transcrição de julgado do Superior Tribunal de Justiça: "É inquestionável que as sociedades anônimas são sociedades de capital (*intuito pecuniae*), próprio às grandes empresas, em que a pessoa dos sócios não tem papel preponderante. Contudo, a realidade da economia brasileira revela a existência, em sua grande maioria, de sociedades anônimas de médio e pequeno porte, em regra, de capital fechado, que concentram na pessoa de seus sócios um de seus elementos preponderantes, como sói acontecer com as sociedades ditas familiares, cujas ações circulam entre os seus membros, e que são, por isso, constituídas *intuito personae*. Nelas, o fator dominante em sua formação é a afinidade e identificação pessoal entre os acionistas, marcadas pela confiança mútua. Em tais circunstâncias, muitas vezes, o que se tem, na prática, é uma sociedade limitada travestida de sociedade anônima, sendo, por conseguinte, equivocado querer generalizar as sociedades anônimas em um único grupo, com características rígidas e bem definidas"[690].

Significa dizer que atualmente admite-se a dissolução parcial de sociedade anônima de cunho familiar pela simples razão de ser rompido o *affectio societatis*[691], enquanto o Novo Código de Processo Civil exige uma participação societária mínima e o requisito de demonstração de que a sociedade não pode mais atingir

seu fim.

Nos incisos II e III do art. 599 do Novo CPC está previsto o pedido de apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso, que pode ser cumulado com o pedido de dissolução parcial ou elaborado isoladamente. A possibilidade de cumulação desses pedidos consagra o que rotineiramente ocorre na praxe forense.

O valor apurado em favor do sócio que se busca excluir da sociedade poderá ser compensado com o valor de natureza indenizatória devido à sociedade. Nesses termos, prevê o art. 602 do Novo CPC que a sociedade poderá formular pedido de indenização compensável com o valor dos haveres a apurar. Como a sociedade tem legitimidade ativa e passiva na ação de procedimento especial ora analisada, o pedido de compensação pode ser elaborado tanto na petição inicial como na contestação, quando terá natureza reconvencional.

Não tenho dúvida de que, estando a sociedade no polo passivo da demanda, o pedido de compensação não é matéria exclusiva de defesa, daí por que não se deve admitir que seja feita como tal na contestação. A natureza reconvencional, nesse caso, é inegável, devendo, por essa razão, a sociedade deixar clara sua intenção de contra-ataque, ainda que no sistema do Novo Código de Processo Civil seja dispensada peça autônoma para a apresentação de reconvenção.

Ainda que não haja previsão expressa nesse sentido, no Novo Código de Processo Civil passa a ser admitido também o pedido

indenizatório formulado pelo sócio retirante da sociedade na ação de dissolução parcial de sociedade[692].

30.3. LEGITIMIDADE ATIVA

A legitimidade ativa para a propositura da ação de dissolução parcial de sociedade está prevista no art. 600 do Novo CPC.

Os três primeiros incisos do dispositivo ora analisado regulam a legitimidade na hipótese de falecimento do sócio: (I) do espólio do sócio falecido, quando a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade; (II) dos sucessores, após concluída a partilha do sócio falecido; e (III) da sociedade, se os sócios sobreviventes não admitirem o ingresso do espólio ou dos sucessores do falecido na sociedade, quando esse direito decorrer do contrato social.

A última previsão a respeito de legitimidade ativa está prevista no parágrafo único do art. 600 do Novo CPC, ao dispor que o cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência terminou poderá requerer a apuração de seus haveres na sociedade, que serão pagos à conta da quota social titulada por esse sócio.

A previsão expressa no sentido de legitimar ativamente o espólio, sucessores, ex-cônjuge e ex-companheiro(a) é interessante, porque, havendo exigência legal ou contratual de anuência dos sócios remanescentes para o ingresso de um novo sócio, é plenamente possível e amparada em lei a recusa do ingresso de tais sujeitos na sociedade.

Nesse caso, entretanto, retirar dos sujeitos indicados no parágrafo anterior a legitimidade ativa para a ação de dissolução parcial de sociedade e a apuração de haveres significaria negar valor ao bem partilhado[693]. E, nesse sentido, o Novo Código de Processo Civil deve ser elogiado pela previsão expressa de legitimidade ativa.

Concordo com a corrente doutrinária que entende ser necessário o reconhecimento prévio da união estável para que o artigo ora analisado seja aplicável, não sendo a ação de dissolução parcial de sociedade adequada para uma discussão, ainda que incidental, da existência de união estável do sócio retirado da sociedade[694].

No inciso IV do *caput* do art. 600 do Novo CPC vem prevista a legitimidade ativa do sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso, caso não tenha sido providenciada, pelos demais sócios, a alteração contratual consensual formalizando o desligamento, depois de transcorridos dez dias do exercício do direito.

O inciso V do art. 600 do Novo CPC prevê a legitimidade ativa da sociedade, nos casos em que a lei não autoriza a exclusão extrajudicial. O tema é tratado por três dispositivo do Código Civil.

Nos termos do art. 1.030 do CC, são causas legais de exclusão de sócios judicialmente a falta grave no cumprimento de suas obrigações, a incapacidade superveniente e o sócio ser declarado falido (na realidade, insolvente civil). O art. 1.004 do CC prevê que o sócio que deixa de realizar contribuições estabelecidas no contrato social (dentro do prazo de 30 dias depois da notificação)

responderá pela indenização pelo dano emergente da mora ou exclusão do sócio ou redução da quota ao montante já realizado. E o art. 1.085 do CC prevê que quando mais da metade do capital social entender que o sócio está pondo em risco a continuidade da empresa em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-lo extrajudicialmente, desde que haja expressa previsão no contrato social dessa possibilidade.

Como se pode notar, há causas de exclusão que, em tese, não dependeriam de intervenção jurisdicional, mas que, a depender do caso concreto, só se aperfeiçoam com ação judicial. A inexistência de previsão no contrato social de exclusão extrajudicial de sócio impede que os majoritários excluam minoritário sem a ação judicial de exclusão de sócio.

Por outro lado, nem sempre a sociedade terá interesse em ingressar com a ação judicial, em especial na hipótese de o sócio a ser excluído ser o sócio majoritário, e, portanto, responsável pela representação judicial da sociedade. Nesse caso, os sócios que são minoritários, mas passarão a ser majoritários com a exclusão do sócio majoritário, poderão ingressar com ação de dissolução parcial em nome da sociedade, em típica hipótese de substituição processual.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o simples rompimento da *affectio societatis* como causa de exclusão de sócio, por ser ato de extrema gravidade, exige não apenas sua alegação, mas a demonstração de uma justa causa, ou seja, de alguma violação grave dos deveres sociais, imputável ao sócio, que tenha acabado por gerar esse rompimento e, consequentemente, que justifique a

exclusão[695]. Assim deve continuar sendo com o Novo Código de Processo Civil.

O último inciso do artigo ora analisado prevê a legitimidade ativa do sócio excluído, em ação voltada à apuração de haveres, até porque, se o sócio excluído quiser discutir a legalidade de sua exclusão, deverá fazê-lo por processo que seguirá o rito comum.

30.4. LEGITIMIDADE PASSIVA

Diferentemente do que ocorre com a legitimidade ativa, que tem um artigo específico para apontar os legitimados à propositura da ação de dissolução parcial de sociedade, a legitimidade passiva não é tratada de forma pontual pelo Novo Código de Processo Civil, sendo deduzida da leitura de seu art. 601.

Nos termos do dispositivo ora comentado, os sócios e a sociedade serão citados para, no prazo de 15 dias, concordar com o pedido ou apresentar contestação. O parágrafo único ainda prevê que a sociedade não será citada se todos os seus sócios o forem, mas ficará sujeita aos efeitos da decisão e à coisa julgada.

Pela leitura do *caput* do dispositivo ora analisado pode-se concluir que há um litisconsórcio necessário a ser formado no polo passivo entre todos os sócios e a sociedade, excluído, naturalmente, o sujeito que estiver no polo ativo da demanda[696].

O parágrafo único, apesar de ter boa intenção e encontrar amparo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[697], foi formulado de forma sofrível e apta a suscitar dúvidas na academia e

na praxe forense. Aparentemente, o objetivo do legislador era dispensar a presença da sociedade no polo passivo na hipótese de todos os sócios participarem da demanda, o que não tornaria o litisconsórcio necessário, ao menos quanto à sociedade. A sua inclusão, portanto, seria facultativa.

A literalidade da norma, entretanto, não permite tal conclusão, porque não dispensa a presença da sociedade no polo passivo, mas apenas sua citação. E, para que seja dispensada sua citação, é natural que a sociedade já esteja no polo passivo, afinal, não há que se falar em citação de quem não é réu no processo.

30.5. PROCEDIMENTO

Conforme já apontado, o pedido de dissolução parcial de sociedade vem geralmente cumulado com pedido de apuração de haveres, de forma que o procedimento especial ora analisado terá duas fases procedimentais consecutivas: dissolução e apuração de haveres. As especialidades procedimentais estão reservadas à segunda fase procedimental.

Nos termos do art. 599, § 1.º, do Novo CPC, a petição inicial será necessariamente instruída com o contrato social consolidado. Por analogia, no caso de sociedade de capital aberto, deve ser instruída a petição inicial com cópia do estatuto social.

Realizadas as citações nos termos do art. 601 do Novo CPC, é possível que exista manifestação expressa e unânime pela concordância da dissolução, hipótese descrita pelo art. 603, *caput*, do Novo CPC. Nesse caso, o juiz decretará a dissolução, passando-

se imediatamente à fase de liquidação. Trata-se de decisão interlocutória de mérito irrecorrível. Ainda que rara, é possível que a ação de dissolução parcial de sociedade não tenha pedido de apuração de haveres, hipótese em que a decisão do juiz decretando a dissolução terá natureza de sentença de mérito, recorrível por apelação.

Independentemente da espécie de decisão que dissolve a sociedade diante da expressa anuência dos réus, o § 1.º do art. 603 do Novo CPC determina que não haverá condenação em honorários advocatícios de nenhuma das partes e as custas serão rateadas segundo a participação das partes no capital social.

Confirmando que a primeira fase do procedimento seguirá o rito comum, o § 2.º do art. 603 do Novo CPC prevê que, havendo contestação, observar-se-á o procedimento comum.

Como se pode notar da leitura do art. 603 do Novo CPC, não há previsão para a situação de revelia dos réus. O *caput* indica a expressa anuência e o § 2.º, a apresentação de contestação. E, não havendo anuência expressa e tampouco contestação, como deve o juiz proceder? Entendo que, nesse caso, o juiz deverá aplicar por analogia o *caput* do art. 603 do Novo CPC e dissolver a sociedade por decisão interlocutória de mérito. Tratando-se de direito material privado e disponível, não vejo outra postura a ser adotada pelo juiz diante da inércia dos réus.

Na segunda fase procedimental a apuração de haveres seguirá as regras do art. 604 do Novo CPC.

Dessa forma, caberá ao juiz fixar a data da resolução da sociedade, estando nessa decisão vinculado ao estabelecido no art. 605 do Novo CPC. A decisão do juiz que dissolve parcialmente a sociedade tem natureza desconstitutiva, mas os efeitos excepcionalmente serão gerados *ex tunc*, por expressa previsão legal. Nesse sentido, o art. 605 do Novo CPC prevê a data da resolução da sociedade conforme o caso.

No caso de falecimento do sócio, será considerada a data do óbito (I); na hipótese de retirada imotivada, o sexagésimo dia seguinte ao do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio retirante (II); no caso de recesso, o dia do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio dissidente (III); na hipótese de retirada por justa causa de sociedade por prazo determinado e na exclusão judicial de sócio, a do trânsito em julgado da decisão que dissolver a sociedade (IV); e no caso de exclusão extrajudicial, a data da assembleia ou da reunião de sócios que a tiver deliberado (V).

Após a determinação da data da resolução, caberá ao juiz definir o critério de apuração dos haveres à vista do disposto no contrato social. Nos termos do art. 606, *caput*, do Novo CPC, em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma.

E, para a apuração de haveres, o art. 604, III, do Novo CPC

prevê que cabe ao juiz a indicação de um perito que, segundo o parágrafo único do art. 606, será preferencialmente um especialista em avaliação de sociedades.

Nos termos do art. 604, § 1.º, do Novo CPC, o juiz determinará à sociedade ou aos sócios que nela permanecerem que depositem em juízo a parte incontroversa dos haveres devidos. Tal depósito poderá ser, desde logo, levantando pelo ex-sócio, pelo espólio ou pelos seus sucessores (§ 2.º). E no caso de o contrato social estabelecer o pagamento dos haveres, será observado o que nele se dispôs no depósito judicial da parte incontroversa (§ 3.º).

1 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.201, p. 635.

2 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 98, p. 120.

3 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 474, p. 546.

4 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 402; Theodoro Jr., *Curso*, n. 473, p. 546.

5 (Voltar) Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 243-244; STJ, 4.ª Turma, REsp 35786/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 14.11.1994. Contra: Nery-Nery, *Código*, p. 661.

6 (Voltar) *Informativo* 707/STF: 2.ª Turma, HC 115336/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 21.05.2013.

7 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 781.

8 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 15, p. 20.

9 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 402; Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 55, p. 74.

10 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 478, p. 551; Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 49, p. 64-65; STJ, 4.ª Turma, REsp 439.955/AM, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16.09.2003. Contra, pela intimação pessoal: Dinamarco, *Instituições*, n. 1.204, p. 638.

11 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, n. 52, p. 251.

12 (Voltar) Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 245.

13 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 780; Greco Filho, *Direito*, n. 52, p. 251; Theodoro Jr., *Curso*, n. 478, p. 551; STJ, 3.ª Turma, REsp 268.696, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.04.2001.

14 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 661.

15 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 782; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.205, p. 638-639.

16 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 35.786/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 14.11.1994, *DJ* 12.12.1994, p. 34.350.

17 (Voltar) STJ, HC 153.140/MG, 5.ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 12.08.2010, *DJe* 13.09.2010.

18 (Voltar) STJ, 6.ª Turma, HC 121.215/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes, j. 1.º.12.2009, *DJe* 22.02.2009.

19 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 480, p. 553. Contra, pelo esclarecimento oral: Dinamarco, *Instituições*, n. 1.206, p. 639.

20 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.206, p. 639.

21 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.208, p. 641; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 79; Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 109, p. 128-129.

22 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.208, p. 642; Fux, *Curso*, p. 784; Wambier-Talamini-Almeida, *Curso*, n. 34.4, p. 535.

23 (Voltar) Contra: Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 309.

24 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.212, p. 644.

25 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 663; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 403.

26 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 36, p. 48-49; Wambier-Talamini-Almeida, *Curso*, n. 34.2, p. 532.

27 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 747, p. 546.

28 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 36, p. 49.

29 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 113, p. 132.

30 (Voltar) Fidelis dos Santos, *Manual*, p. 526.

31 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.214, p. 646; Arruda Alvim, *Manual*, p. 520.

32 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 137, p. 144; Theodoro Jr., *Curso*, n. 476, p. 549.

33 (Voltar) Fidelis dos Santos, *Manual*, p. 526; Santos, *Código*, p. 1.375.

34 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.214, p. 647; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 253. Contra: Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 133, p. 143; Theodoro Jr., *Curso*, n. 476, p. 549. Barbosa Moreira, *O novo*, p. 79, entende que em hipótese alguma haverá adiamento.

35 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 132, pp. 142-143.

36 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 783-784; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.214, p. 648.

37 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Audiência*, n. 122, p. 136-137.

38 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.213, p. 645.

39 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 209.456/MG, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 14.8.2007; Dj 27.8.2007, p. 254.

40 (Voltar) Cambi, *Direito*, 2001, p. 46; Garcia, *Prova civil*, 6.1, p. 28.

41 (Voltar) Amaral Santos, *Prova*, 1970, v. 1, p. 11.

42 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 1, 2003, p. 393; Greco Filho, *Direito*, v. 2, 2000, p. 180.

43 (Voltar) Amaral Santos, *Prova*, v. 1, p. 17.

44 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, 2003, p. 43.

45 (Voltar) Amaral Santos, *Primeiras*, v. 2, p. 339-341. Baptista da Silva, *Teoria*, p. 295-296.

46 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 295; Baptista da Silva, *Curso*, v. 1, p. 339.

47 (Voltar) Reale, *Verdade*, 1983, p. 17-18.

48 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 297.

49 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, v. 1, p. 379.

50 (Voltar) Cambi, *Direito*, p. 59. Zavaski, *Antecipação*, 1996, p. 152-153, e Bedaque, *Tutela*, 1988, p. 337.

51 (Voltar) Cambi, *Direito*, p. 70; Fux, *Curso*, 2004, p. 692.

52 (Voltar) Barros, *A busca*, p. 38; Torquato Avolio, *Provas*, p. 39-40. Incorretamente valendo-se do termo “verdade real”: *Informativo* 372/STJ, 4.a T., REsp 1.010.559-RN, rel. Aldir Passarinho Jr., j. 16.10.2008.

53 (Voltar) Barbosa Moreira, *Processo*, 2001, p. 208-209; Oliveira, *Do formalismo*, p. 148-149.

54 (Voltar) Barbosa Moreira, *A Constituição*, 1996, p. 118; Bedaque, *Poderes*, 2001, p. 145; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 236.

55 (Voltar) Barbosa Moreira, *Processo*, p. 209; Oliveira, *Do formalismo*, 1997, p. 147-148.

56 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, p. 46-49; Bedaque, *Poderes*, p. 20-23; Cambi,

Direito, p. 135; Teixeira, *O princípio*, 2005, p. 40; Greco, *A prova*, 2004, p. 402-403.

57 (Voltar) Cambi, *Direito*, p. 57.

58 (Voltar) Santos, *Primeiras*, v. 2, p. 343; Theodoro Jr., *Curso*, n. 416, p. 473; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 245.

59 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 786, p. 58; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 376.

60 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 267-268.

61 (Voltar) Amaral Santos, *Primeiras*, v. 2, p. 346.

62 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, v. 2, n. 416, p. 474.

63 (Voltar) Barbosa Moreira, *Regras*, p. 63.

64 (Voltar) Garcia, *Prova civil*, n. 6.1, p. 31.

65 (Voltar) Barbosa Moreira, *As presunções*, p. 58-59; Cambi, *A prova*, p. 363.

66 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 825, p. 119.

67 (Voltar) *Informativo* 427/STJ: 4.ª Turma, REsp 1.068.836/RJ, rel. MIn. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 18.03.2010.

68 (Voltar) *Informativo* 425/STJ: 4.ª Turma, REsp 714.969-MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.03.2010.

69 (Voltar) *Informativo* 533/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.272.691/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.11.2013.

70 (Voltar) Barbosa Moreira, *As presunções*, p. 62-64.

71 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 291.

72 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 824, p. 116-117.

73 (Voltar) Barbosa Moreira, *As presunções*, p. 64-65; Cambi, *A prova*, p. 369-370.

74 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 828, p. 121-124; Cambi, *A prova*, p. 376.

75 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 2, p. 377.

76 (Voltar) Gisele Góes, *Teoria*, p. 53-55.

77 (Voltar) Neves, Princípio, *Revista*, n. 31; Arruda Alvim, *Manual*, n. 175, p. 389.

78 (Voltar) *Informativo* 418/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.060.753/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 1.º.12.2009.

79 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, RMS 38.025/BA, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 23.9.2014, *DJe* 01.10.2014.

80 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, EDcl no REsp 1.286.704/SP, rel. Nancy Andrighi, j. 26.11.2013, *DJe* 9.12.2013.

81 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no AREsp 216.315/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.10.2012, *DJe* 6.11.2012.

82 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 720.930/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.10.2009, *DJe* 9.11.2009. No mesmo sentido, Barbosa Moreira, "Notas sobre a inversão", p. 309, e Theodoro Jr., *Direitos*, p. 143.

83 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 247.

84 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, n. 187, p. 404. STJ, 3.ª Turma, REsp 422.778/SP, rel. Min. Castro Filho, rel. para acórdão rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2007, *DJ* 27.08.2007.

85 (Voltar) *Informativo* 482/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.132.741/MG, rel. Min. Massami Uyeda, j. 6.9.2011.

86 (Voltar) Watanabe, *Código*, p. 10.

87 (Voltar) Gisele Góes, *Teoria*, p. 52.

88 (Voltar) Cambi, *A prova*, p. 418, Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 801, p. 84.

89 (Voltar) *Informativo* 469/STJ: 1.ª Seção, REsp 802.832/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.04.2011. STJ, 4.ª Turma, REsp 662.608/SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 12.12.2006, *DJ* 05.02.2007; STJ, 3.ª Turma, REsp 598.620/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 07.12.2004, *DJ* 18.04.2005.

90 (Voltar) Bedaque, *Direito*; Nery e Nery, *Código*, p. 608; STJ, 3.ª Turma, REsp 422.778/SP, rel. Min. Castro Filho, rel. para acórdão rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2007, *DJ* 27.08.2007.

91 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.450.473/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.09.2014, *DJe* 30.09.2014; STJ, 3.ª Turma, REsp 1.395.254/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.10.2013, *DJe* 29.11.2013; STJ, 2.ª Seção, EREsp 422.778/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j. 29.02.2012, *DJe* 21.06.2012.

92 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 247; Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 801, p. 84; Cambi, *A prova*, p. 427.

93 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 845.601/SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 06.03.2007, *DJ* 02.04.2007; STJ, 3.ª Turma, REsp 435.155/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.02.2003, *DJ* 10.03.2003.

94 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp 153.797/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 05.06.2014, *DJe* 16.06.2014; STJ, 4.ª Turma, AgRg na MC 17.695/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 05.05.2011, *DJe* 12.05.2011.

95 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 845.601/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 06.03.2007, *DJ* 02.04.2007; STJ, 3.ª Turma, REsp 435.155/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.02.2003, *DJ* 10.03.2003.

96 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp 153.797/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 05.06.2014, *DJe* 16.06.2014; STJ, 4.ª Turma, AgRg na MC 17.695/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 05.05.2011, *DJe* 12.05.2011.

97 (Voltar) Bedaque, *Poderes*, p. 93.

98 (Voltar) Bedaque, *Poderes*, p. 96-105; Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 784, p. 53.

99 (Voltar) Barbosa Moreira, Os poderes, *Temas*, Quarta Série, p. 48; Bedaque, *Poderes*, p. 107-108.

100 (Voltar) Bedaque, *Poderes*, p. 109.

101 (Voltar) *Informativo* 545/STJ: 4.ª Turma, REsp 1.229.905-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.08.2014.

102 (Voltar) Neves, *Preclusões*, p. 265-273.

103 (Voltar) Garcia, *Prova civil*, n. 18, p. 78.

104 (Voltar) *Informativo* 519/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.095.668-RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12.03.2013.

105 (Voltar) Tartuce, Repercussões, p. 183.

106 (Voltar) *Informativo* 541/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.438.432-GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.04.2014.

107 (Voltar) Enunciado 158 do CJF/STJ: “A amplitude da noção de ‘prova plena’ (isto é, ‘completa’) importa presunção relativa acerca dos elementos indicados nos incisos do §

1º, devendo ser conjugada com o disposto no parágrafo único do art. 219".

108 (Voltar) Garcia, *Prova civil*, n. 8, p. 45-46.

109 (Voltar) Pinho, *Direito*, n. 4.2.10, pp. 109-110; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 645; Amaral, *Comentários*, p. 494; Scarpinella Bueno, *Comentários*, p. 272

110 (Voltar) Lucon, *Comentários*, p. 576.

111 (Voltar) Streck, *Dilema*, p. 299.

112 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 621; Ferreira, *Breves*, p. 1.001; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 312.

113 (Voltar) Contra: Câmara, *O novo*, p. 228.

114 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 650, p. 861.

115 (Voltar) Apud Amaral Santos, *Prova*, v. I, p. 354.

116 (Voltar) Cf. Oliveira, *Do formalismo*, p. 163.

117 (Voltar) Neves, *Ações*, p. 91-98.

118 (Voltar) Grinover, *Prova*, p. 115; Nery Jr., *Princípios*, p. 152; Fux, *Curso*, p. 699.

119 (Voltar) Neves, *Ações*, p. 106-108; Dinamarco, *Instituições*, v. 3, p. 98; Talamini, *Prova*, p. 95.

120 (Voltar) *Informativo* 532/STJ: Corte Especial, EREsp 617.428/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.06.2014.

121 (Voltar) Neves, *Ações*, p. 125-129. Garcia, *Prova civil*, n. 12, p. 57.

122 (Voltar) *Informativo* 536/STJ: 1.ª Turma, AgRg no AREsp 24.940/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18.02.2014.

123 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 1.280.321/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 6.3.2012, *DJe* 9.3.2012.

124 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, AgRg no AREsp 113.436/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 10.4.2012, *DJe* 18.5.2012; STJ, 2.ª Turma, REsp 401.472/RO, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.6.2010, *DJe* 27.4.2011.

125 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 849.841/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 28.8.2007, *DJ*

11.9.2007, p. 216; STJ, 2.ª Turma, REsp 644.994/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.2.2005, *DJ* 21.3.2005, p. 336.

126 (Voltar) STJ, 5.ª Turma, RHC 52.209/RS, rel. Min. Jorge Mussi, j. 20.11.2014, *DJe* 27.11.2014.

127 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 387-389; Cambi, *A prova*, p. 66-70.

128 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 399-400.

129 (Voltar) Cambi, *A prova*, p. 117.

130 (Voltar) STF, 2.ª Turma, HC 93.050/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 10.06.2008, *DJ* 1.º.08.2008.

131 (Voltar) Bedaque, *Poderes*, p. 141.

132 (Voltar) A favor, STJ, 5.ª Turma, RMS 17.732-MT, rel. Min. Gilson Dipp, j. 28.06.2005, *DJ* 1.º.08.2005. Contra, STF, 1.ª Turma, HC 80.949-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.10.2001, *DJ* 14.12.2001.

133 (Voltar) Barbosa Moreira, *A Constituição*, p. 109-110; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 393-397; Didier-Sarno-Oliveira, *Curso*, p. 38-39.

134 (Voltar) *Informativo* 478/STJ: 3.ª Turma, HC 203.405/MS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28.06.2011.

135 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 384; Cambi, *A prova*, p. 46.

136 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 408.

137 (Voltar) Yarshell, *Breves*, p. 1.031.

138 (Voltar) Yarshell, *Breves*, p. 1.033.

139 (Voltar) STJ, 6.ª Turma, RMS 11.738/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 31.10.2007, *DJ* 26.11.2007, p. 246.

140 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 239.

141 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 660.

142 (Voltar) Didier Jr.-Oliveira-Braga, *Curso*, p. 142.

143 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 1.137.193/GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.10.2009, *DJe* 16.11.2009.

144 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 712.999/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 12.4.2005, *DJ* 13.6.2005, p. 305; REsp 487.630/SP, 2.ª Turma, rel. Min. Franciulli Neto, j. 21.8.2003, *DJ* 28.6.2004, p. 245.

145 (Voltar) Didier Jr.-Oliveira-Braga, *Curso*, p. 139.

146 (Voltar) Yarshell, *Breves*, pp. 1.031-1.032; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 661.

147 (Voltar) Barbosa Moreira, *A garantia*, p. 65-78.

148 (Voltar) Didier Jr.-Oliveira-Braga, *Curso*, p. 144.

149 (Voltar) Yarshell, *Breves*, p. 1.037.

150 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, p. 325.

151 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 410; Amaral, *Comentários*, p. 513.

152 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p.662.

153 (Voltar) Yarshell, *Breves*, p. 1.042; Didier Jr-Oliveira-Braga, *Curso*, pp. 145-146.

154 (Voltar) Contra: Didier Jr-Oliveira-Braga, *Curso*, p. 146.

155 (Voltar) Yarshell, *Breves*, p. 1.042.

156 (Voltar) Amaral, *Comentários*, p. 513.

157 (Voltar) Tartuce, *Repercussões*, p. 220.

158 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 319.

159 (Voltar) Disponível em: <http://tv.estadao.com.br/videos,pancadao-na-puc,203404,25,0.htm>. Acesso em: 1.º dez. 2014.

160 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 315.

161 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 623.575-RO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.11.2004; Theodoro Jr., *Curso*, n. 430, p. 488.

162 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 619.

163 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1191, p. 616-617. Contra: Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 316-317; Didier-Sarno-Oliveira, *Curso*, p. 104.

164 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 191.078/MA, rel. Min. Ari Pargendler, j. 15.09.2000;

Dinamarco, *Instituições*, n. 1.191, p. 616-617. Contra: Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 316-317.

165 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 191.078-MA, rel. Min. Ari Pargendler, j. 15.09.2000, *DJ* 09.10.2000.

166 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.192, p. 618; Greco Filho, *Direito*, n. 44, p. 219.

167 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.193, p. 619; Greco Filho, *Direito*, n. 44, p. 219.

168 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.194, p. 650; Nery-Nery, *Código*, p. 620.

169 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, n. 44, p. 220; Dinamarco, *Instituições*, n. 1194, p. 620. Contra: Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 318.

170 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 433, p. 491; Nery-Nery, *Código*, p. 621.

171 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, n. 45, p. 220; Batista Lopes, *A prova*, n. 22.1, p. 89.

172 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.195, p. 622.

173 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 621; Fux, *Curso*, p. 727; Câmara, *Lições*, p. 393.

174 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 434, p. 491; Fux, *Curso*, p. 727; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 124.

175 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 322.

176 (Voltar) Farias-Rosenvald, *Direito*, p. 624.

177 (Voltar) Cf. Neves, *Manual de direito*, n. 14.2.2.2, 444.

178 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 325-326.

179 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.197, p. 625; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 328; Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 261; STJ, 1.ª Turma, REsp 765.128/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 20.03.2007. Contra: Theodoro Jr, *Curso*, n. 436, p. 492-493; Greco Filho, *Direito*, n. 45, p. 222.

180 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.200, p. 631; Baptista da Silva, *Curso*, p. 370.

181 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 329-330.

182 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 264.

183 (Voltar) Pontes de Miranda, *Comentários*, p. 323; Nery-Nery, *Código*, p. 623.

184 (Voltar) Theodoro Jr., *Comentários*, p. 428; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 126. Contra: Câmara, *Lições*, p. 394.

185 (Voltar) Didier, *Regras*, p. 51.

186 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 62-63; Fux, *Curso*, p. 715; Theodoro Jr., *Curso*, n. 441, p. 496.

187 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 361; Costa Machado, *Código*, p. 731.

188 (Voltar) Tabosa, *Código*, p. 1.088.

189 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 862.448/Al, rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, j. 15.05.2007, *DJ* 25.06.2007, p. 236.

190 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 268; Tabosa, *Código*, p. 1.091.

191 (Voltar) Contra, isolado na doutrina: Greco Filho, *Direito*, n. 46, p. 222.

192 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 442, p. 497; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.155, p. 572; Tabosa, Código, p. 1.093; Costa Machado, *Código*, p. 733.

193 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 359.

194 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 989.616/TO, rel. Min. Luiz Fux, j. 20.5.2008, *DJe* 18.6.2008.

195 (Voltar) *Informativo* 539/STJ: 2.ª Seção, REsp 1.333.988/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 9.4.2014.

196 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.154, p. 571. Contra, entendendo tratar-se de dever processual: Fábio Tabosa, *Código*, p. 1.099.

197 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 325.

198 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 64; Nery-Nery, *Código*, p. 625; Theodoro Jr., *Curso*, n. 443, p. 498.

199 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 64; Fux, *Curso*, p. 716. Contra, pelo cabimento do agravo de instrumento: Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 273-274.

200 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 362.

201 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.144, p. 564.

202 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 341.

203 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 626; Theodoro Jr., *Curso*, n. 444, p. 503; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 344.

204 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 709; Theodoro Jr., *Curso*, n. 446, p. 504.

205 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 1, p. 396; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 366.

206 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 367.

207 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 447, p. 506.

208 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 447, p. 506.

209 (Voltar) STJ, Corte Especial, SEC 7.811/EX, rel. Min. Eliana Calmon, j. 7.8.2013, *DJe* 15.8.2013.

210 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 676; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 444; Theodoro Jr., *Curso*, n. 729, p. 961. Contra: Flexa-Macedo-Bastos, Novo, p. 329.

211 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 712.

212 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 677;

213 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 386.

214 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 795.862/PB, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 17.10.2006; Theodoro Jr., *Curso*, n. 459, p. 518; Fux, *Curso*, p. 712.

215 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.121.031/MG, rel. Min Nancy Andrighi, j. 9.11.2010, *DJe* 22.11.2010.

216 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 729.281/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 1.º.3.2007; REsp 438.188/MG, 5.ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves, j. 20.11.2006; Nery-Nery, *Código*, p. 637.

217 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.178, p. 603; Baptista da Silva, *Curso*, p. 372.

218 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 371.

219 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 461, p. 522.

220 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.177, p. 601.

221 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 462, p. 522.

222 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 640.

223 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 470534/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.09.2003; EREsp 263387/PE, 2.ª Seção, rel. Min. Castro Filho, j. 14.08.2002.

224 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 373; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 400.

225 (Voltar) Costa Machado, *Código*, p. 773.

226 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.181, p. 607.

227 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.181, p. 607.

228 (Voltar) REsp 161.438/SP, 4.ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 06.10.2005; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.186, p. 611.

229 (Voltar) Neves, *Manual de direito*, n. 14.2.5.5, p. 466.

230 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 643; Tabosa, *Código*, p. 1.258.

231 (Voltar) *Informativo* 477/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.028.315/BA, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.06.2011.

232 (Voltar) *Informativo* 477/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.028.315/BA, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.6.2011.

233 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 394.

234 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 464, p. 527.

235 (Voltar) STJ, 5.ª Turma, REsp 700.400/PR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 25.06.2007. Contra, admitindo a substituição até o vencimento do prazo legal: Costa Machado, *Código*, p. 776; Fábio Tabosa, *Código*, p. 1.261.

236 (Voltar) Ovídio Baptista, *Curso*, p. 377. Contra: Fux, *Curso*, p. 723.

237 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 67; Fux, *Curso*, p. 724.

238 (Voltar) Nesse sentido: Nery-Nery, *Código*, p. 645; Costa Machado, *Código*, p. 783.

239 (Voltar) Tabosa, *Código*, p. 1.277.

240 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 399.

241 (Voltar) *Informativo* 531/STJ: 2.ª Seção, CC 126.747/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.09.2013.

242 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 730.

243 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 378; Theodoro Jr., *Curso*, n. 465, p. 533; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 212.

244 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 666.889/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.11.2008.

245 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.164, p. 586.

246 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 377; Nery-Nery, *Código*, p. 655.

247 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.164, p. 585.

248 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 665.320/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 19.02.2008.

249 (Voltar) Costa Machado, *Código*, p. 789.

250 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 408; Theodoro Jr., *Curso*, n. 468, p. 538.

251 (Voltar) Tabosa, *Código*, p. 1.320.

252 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.164, p. 587; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 223.

253 (Voltar) *Informativo* 535/STJ: 2.ª Turma, REsp 1.352.497/DF, Rel. Min. Og Fernandes, j. 04.02.2014.

254 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.166, p. 590.

255 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 866.240/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 22.5.2007; Tabosa, *Código*, p. 1.327.

256 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no Ag 38.839/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 07.02.1995; Costa Machado, *Código*, p. 803.

257 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 19.062/SP, rel. Min. José de Jesus Filho, j. 29.11.1993; Fábio Tabosa, *Código*, p. 1.333; Costa Machado, *Código*, p. 803; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 216.

258 (Voltar) Dinamarco, *Reforma*, p. 117; Cruz e Tucci, *Lineamentos*, p. 40-41.

259 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, n. 49.2, p. 245.

260 (Voltar) Contra: Nery-Nery, *Código*, p. 649.

261 (Voltar) Wambier-Wambier, *Breves*, p. 101.

262 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 71.

263 (Voltar) *Informativo* 532/STJ, 3.ª Turma, AgRg na MC 21.336-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17.09.2013.

264 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 304.

265 (Voltar) *Informativo* 532/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.357.813/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.09.2013.

266 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 639.257/MT, rel. Min. Luiz Fux, j. 13.12.2005; REsp 193.178/SP, 2.ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 4.10.2005. Contra: Costa Machado, *Código*, p. 792.

267 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 381; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 225. Contra: Costa Machado, *Código*, p. 796; Tabosa, *Código*, p. 1.317.

268 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 697.446/AM, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 27.3.2007.

269 (Voltar) Contra: Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 307.

270 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 732.

271 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 713.

272 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 746, p. 999.

273 (Voltar) Cintra, *Comentários*, p. 221.

274 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.155.403/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19.2.2013, *DJe* 28.2.2013.

275 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.316.308/SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 13.8.2013; *DJe* 22.8.2013.

276 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 683.350/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 9.6.2015, *DJe* 12.6.2015.

277 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.449.212/RN, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 9.12.2014, *DJe* 15.12.2014.

278 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.172, p. 595; Nery-Nery, *Código*, p. 656; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 300.

279 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 412-413. Costa Machado, *Código*, p. 805,

entende que a decisão é sempre irrecorrível.

280 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 411; Fábio Tabosa, *Código*, p. 1.343. Contra: Theodoro Jr., *Curso*, n. 470, p. 541.

281 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 72.

282 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 469, p. 540.

283 (Voltar) Baptista da Silva, *Curso*, p. 392; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 413. Contra: Barbosa Moreira, *O novo*, p. 73; Costa Machado, *Código*, p. 807; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 239.

284 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 656.

285 (Voltar) Baptista da Silva, *Curso*, p. 392; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 2, p. 312-313; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 237-238.

286 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.174, p. 597; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 382; Nery-Nery, *Código*, p. 658.

287 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Comentários*, p. 615.

288 (Voltar) Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 238.

289 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.175, p. 599.

290 (Voltar) Baptista da Silva, *Curso*, p. 393; Theodoro Jr., *Curso*, n. 472, p. 544; Fux, *Curso*, p. 736; Tabosa, *Código*, p. 1.351.

291 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 74; Costa Machado, *Código*, p. 808.

292 (Voltar) Moniz de Aragão, *Sentença*, p. 79.

293 (Voltar) Barbosa Moreira, *A nova*, p. 78.

294 (Voltar) Bedaque, *Algumas*, p. 71-72.

295 (Voltar) Bedaque, *Algumas*, p. 71; Câmara, *A nova*, p. 20; Bondioli, *O novo*, p. 46.

296 (Voltar) Theodoro Jr., *As novas*, p. 5-6; Freitas Câmara, *A nova*, p. 21.

297 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, 2006, p. 372; Arruda Alvim, *O perfil*, p. 51.

298 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 15-16; Didier, *A terceira*, p. 69-71; Greco, *Primeiros*, p. 99.

299 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 645.388/MS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 15.03.2007, *DJ* 02.04.2007, p. 277.

300 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 354.

301 (Voltar) Bedaque, *Efetividade*, p. 517-522; Dinamarco, *Instituições*, n. 889, p. 198-200; Theodoro Jr., *Curso*, n. 499, p. 583-584; Barbosa Moreira, *Questões*, p. 125-142; Moreira Pinto, *Conteúdo*, p. 116-121.

302 (Voltar) Bedaque, *Efetividade*, p. 558.

303 (Voltar) Yarshell, *Tutela*, p. 46, 1994; Marinoni-Arenhart, *Manual*, 15.5.1, p. 424. Súmula STJ/181: "É admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual". Inadmitindo ação declaratória para declarar a possibilidade de o contrato produzir os efeitos pretendidos pela parte: *Informativo* 378/STJ: 3.ª Turma, REsp 363.691-SP, rel. Castro Filho, rel. p/ acórdão Nancy Andrighi, j. 25.11.2008.

304 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 906, p. 223; Neves, *Ações*, p. 450.

305 (Voltar) Neves, *Ações*, p. 453.

306 (Voltar) Neves, *Ações*, p. 477-482.

307 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, v. 2, n. 56.1, p. 262; Moniz de Aragão, *Sentença*, p. 86; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 333.

308 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 498, p. 583; Moniz de Aragão, *Sentença*, p. 85. Contra, Botelho de Mesquita, *A coisa*, p. 15-17.

309 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 909, p. 227.

310 (Voltar) STF, Segunda Turma, RE 553.223 AgR-ED/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 19.08.2008, *DJe* 18.12.2008.

311 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 500, p. 584.

312 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 923, p. 250; Moniz de Aragão, *Sentença*, p. 87.

313 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 927, p. 256; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 329.

314 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 911, p. 229-230; Theodoro Jr., *Curso*, n. 499, p. 583; Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 15.5.3, p. 426.

315 (Voltar) Bedaque, *Efetividade*, p. 524-525; Moniz de Aragão, *Sentença*, p. 88; Moreira Pinto, *Conteúdos*, p. 91-92; Câmara, *Lições*, p. 425.

316 (Voltar) Barbosa Moreira, *Questões*, p. 138.

317 (Voltar) Baptista da Silva, *Curso*, v. 2, n. 1.5, p. 24-25.

318 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 15.4, p. 430-431.

319 (Voltar) Baptista da Silva, *Curso*, v. 2, n. 1.8, p. 351.

320 (Voltar) STJ, 5.ª Turma, AgRg no REsp 951.441/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15.10.2009, *DJe* 16.11.2009.

321 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 15.5.4, p. 429.

322 (Voltar) Elogia a modificação Didier, *Curso*, p. 553-554. Critica Nery-Nery, *Código*, p. 502.

323 (Voltar) Didier, *Pressupostos*, p. 332.

324 (Voltar) Adroaldo, *Ensaios*, n. 5, p. 372.

325 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 502; Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 504, p. 421-422.

326 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 836, p. 133.

327 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 951.976/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 19.12.2007, *DJ* 08.02.2008, p. 681.

328 (Voltar) ***Informativo*** 452/STJ: 3.ª Turma, REsp 435.681/ES, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.10.2010.

329 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 502; Moniz de Aragão, *Comentários*, n. 508, p. 424; Greco Filho, *Direito*, n. 17.2, p. 70.

330 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 316, p. 353.

331 (Voltar) *Informativo* 387/STJ: 3.ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, REsp 1.094.308-RJ, j. 19.03.2009; Dinamarco, *Instituições*, n. 836, p. 133; Adroaldo, *Ensaios*, n. 5, p. 373.

332 (Voltar) ***Informativo*** 549/STJ: 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.450.799/RN, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 21.08.2014.

333 (Voltar) *Informativo* 511/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.286.262/ES, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 18.12.2012.

334 (Voltar) Adroaldo, *Ensaios*, n. 7, p. 375; Didier, *Pressupostos*, p. 338.

335 (Voltar) *Informativo* 422/STJ: 1.ª Turma, RMS 29.729-DF, rel. Min. Castro Meira, j. 09.02.2010.

336 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 320, p. 356; Nery-Nery, *Código*, p. 503; Yarshell, *Ação*, n. 41, p. 133.

337 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 505.

338 (Voltar) STJ, 5.ª Turma, REsp 591.849/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 10.08.2004, *DJ* 06.09.2004.

339 (Voltar) *Informativo* 499/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.036.070-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 05.06.2012.

340 (Voltar) *Informativo* 526/STJ: 3ª Turma, REsp 1.318.558-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.06.2013.

341 (Voltar) *Informativo* 394/STJ: 1.ª T., REsp 930.952-RJ, Rel. José Delgado, rel. p/ acórdão Luiz Fux, j. 12.05.2009.

342 (Voltar) *Informativo* 425/STJ: 1.ª Turma, REsp 1.115.161-RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 04.03.2010.

343 (Voltar) *Informativo* 486/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.071.158/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.10.2011; *Informativo* 474/STJ: REsp 1.040.529/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.06.2011; REsp 829.789/RJ, 2.ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 05.09.2006, *DJ* 15.09.2006; REsp 648191/RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09.11.2004, *DJ* 06.12.2004; REsp 324.886/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 21.06.2001, *DJ* 03.09.2001.

344 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRG no REsp 769.043/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 1.º.03.2007, *DJ* 19.03.2007.

345 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 897.739/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 05/05/2011, DJe 18/05/2011; Bedaque, *Efetividade*, p. 396-397.

346 (Voltar) Didier Jr., *Comentários*, p. 695.

347 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 488.

348 (Voltar) Bedaque, *Breves*, 1.220; Didier, *Comentários*, p. 696.

349 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 349.

350 (Voltar) *Informativo* 406/STJ: 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.090.695-MS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 08.09.2009.

351 (Voltar) Adroaldo, *Ensaios*, n. 3, p. 367.

352 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 328, p. 362.

353 (Voltar) Adroaldo, *Ensaios*, n. 21, p. 395-396; Didier, *Curso*, p. 537.

354 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.222, p. 657.

355 (Voltar) Moniz de Aragão, *Sentença*, p. 97; Arruda Alvim, *Manual*, n. 297, p. 549; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.389.

356 (Voltar) Araújo Cintra, *Comentários*, p. 275.

357 (Voltar) Moniz de Aragão, *Sentença*, p. 101.

358 (Voltar) Por todos, Moniz de Aragão, *Sentença*, p. 102.

359 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 866445/MG, rel. Min. Francisco Falcão, j. 27.02.2007, *DJ* 16.04.2007; STJ, 1.ª Turma, REsp 684947/RJ, rel. Min. José Delgado, j. 03.02.2005, *DJ* 18.04.2005.

360 (Voltar) Bedaque, *Apelação*, v. 7, n. 2.1, p. 450-451.

361 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 490, p. 568.

362 (Voltar) Arruda Alvim, *Manual*, n. 299, p. 552.

363 (Voltar) Moniz de Aragão, *Sentença*, p. 97-98; Costa Machado, *Código*, p. 467.

364 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 948, p. 287-289; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.399.

365 (Voltar) STJ, Corte Especial, EREsp 1.284.814/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia

Filho, j. 18.12.2013, ***DJe*** 06.02.2014.

366 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.120.968/MG, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 26/08/2014, DJe 02/09/2014; STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 281.594/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20/06/2013, DJe 27/06/2013; STJ, 2ª Turma, REsp 1.316.634/ES, rel. Min. Herman Benjamin, j. 11/12/2012, DJe 19/12/2012.

367 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 669; Costa Machado, *Código*, p. 468; Arruda Alvim, *Manual*, n. 301, p. 554.

368 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 493-b, p. 574; Arruda Alvim, *Manual*, n. 301, p. 554; Dinamarco, *Instituições*, n. 940, p. 274.

369 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 945, p. 279-280; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.398; Fux, *Curso*, p. 792.

370 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 413-414; Dinamarco, *Instituições*, n. 945, p. 280.

371 (Voltar) Novelino, *Direito*, n. 11.6.4.2.1, p. 237-238.

372 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, ADI 4.451 MC-REF/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. 02/09/2010, DJe 01/07/2011.

373 (Voltar) *Informativo* 522/STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.367.825-RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 18.04.2013.

374 (Voltar) *Informativo* 528/STJ, 1.ª Turma, REsp 1.379.494-MG, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 13.08.2013.

375 (Voltar) *Informativo* 445/STJ, 1.ª Turma, REsp 1.107.219-SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.09.2010.

376 (Voltar) *Informativo* 445/STJ, 2.ª Turma, REsp 967.375-RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 02.09.2010.

377 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.286.144/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07/03/2013; DJe 01/04/2013.

378 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.284.020/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 12/11/2013, DJe 06/03/2014.

379 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 946, p. 280-283; Arruda Alvim, *Manual*, n. 301, p. 554-555; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.399; Theodoro Jr., *Curso*, n. 496-a, p. 577; STJ, REsp 746.622/PB, 3.ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.09.2006, *DJ*

23.10.2006, p. 309.

380 (Voltar) Dinamarco, ***Instituições***, n. 450, p. 127-128; Fux, ***Curso***, p. 178; Barbosa Moreira, ***O novo***, p. 17.

381 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.120.968/MG, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 26/08/2014, DJe 02/09/2014; STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 281.594/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20/06/2013, DJe 27/06/2013; STJ, 2ª Turma, REsp 1.316.634/ES, rel. Min. Herman Benjamin, j. 11/12/2012, DJe 19/12/2012.

382 (Voltar) STF, 1.ª Turma, RE 372.535 AgR-ED/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. 09.10.2007, *DJe* 65, 11.04.2008.

383 (Voltar) Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 295.

384 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 669.

385 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 413; Costa Machado, *Código*, p. 468. *Informativo* 504/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.294.166-GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.09.2012; STJ, 2.ª Turma, REsp 988.870/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. 27.11.2007, *DJ* 10.12.2007; STJ, 1.ª Turma, REsp 784.159/SC, Rel. Min. Denise Arruda, j. 17.10.2006, *DJ* 07.11.2006.

386 (Voltar) Bedaque, Apelação, n. 2.1, p. 450-451; STJ, 1.ª Turma, REsp 796.296/MA, rel. Min. José Delgado, j. 04.05.2006, *DJ* 29.05.2006.

387 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.399; STJ, 3.ª Seção, AR 682/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28.03.2008, *DJ* 06.05.2008.

388 (Voltar) Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 295.

389 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.309.422/RJ, Rel. ***Min. Nancy Andrighi, j. 27.11.2012, DJe 18.12.2012.***

390 (Voltar) Dinamarco, *Capítulos*, n. 39, p. 87-88; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 413; Humberto Theodoro Jr., *Curso*, n. 469-a, p. 577; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.399; Costa Machado, *Código*, p. 468; STJ, 5ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.004.687/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 02/12/2010, DJe 13/12/2010; STJ, 1ª Turma, REsp 721.741/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 03/11/2009, DJe 13/11/2009.

391 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 940, p. 275.

392 (Voltar) Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 295.

393 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 669.

394 (Voltar) Wambier, *Nulidades*, p. 308.

395 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, EDcl no REsp 1.120.322/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 04.06.2013, *DJe* 17.06.2013; STJ, 3.ª Turma, AgRg no AREsp 166.848/PB, rel. Min. Castro Meira, j. 26.02.2013, *DJe* 05.03.2013.

396 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 793.

397 (Voltar) Dinamarco, *Capítulos*, n. 40, p. 90-91; Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 291-292.

398 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 496-a, p. 578.

399 (Voltar) Dinamarco, *Capítulos*, n. 40, p. 90.

400 (Voltar) AR 687/SE, 3.ª Seção, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28.03.2008, *DJ* 29.05.2008; AgRg no REsp 413.786/RS, 6.ª Turma, rel. Min. Paulo Medina, j. 31.08.2005, *DJ* 24.10.2005.

401 (Voltar) *Informativo* 509/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.074.838/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23.10.2012.

402 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 500.182/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 03.09.2009, *DJe* 21.09.2009; STJ, 1.ª Turma, AgRg no REsp 910.336/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.03.2009, *DJe* 30.03.2009.

403 (Voltar) *Informativo* 547/STJ: 2ª Turma, RMS 43.956/MG, rel. Min. Og Fernandes, j. 09.09.2014; STJ, 1.ª Turma, REsp 439.863/RO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/ acórdão Min. José Delgado, j. 09.12.2003, *DJ* 15.03.2004, p. 155.

404 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 427.

405 (Voltar) Marinoni, *Tutela inibitória*, 3.2-3.4, p. 40-50.

406 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.226, p. 663.

407 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.226, p. 665.

408 (Voltar) Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 278; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 434.

409 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.226, p. 665-669; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 435-437; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 280-281.

410 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 52.1.2, p. 271; Mazzei, *Reforma*, p. 155-158.

411 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.745, p. 634-635.

412 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 615; Theodoro Jr., *Processo*, n. 534, p. 623.

413 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 39; Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, p. 33.

414 (Voltar) Araken de Assis, *Cumprimento*, p. 93. Wambier-Conceição, Ribeiro, Mello, *Primeiros*, p. 837, defendem o cabimento de liquidação para definir a extensão da obrigação não pecuniária.

415 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 52.1.4, p. 272; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.731, p. 615.

416 (Voltar) Wambier, *Sentença civil*, n. 3.7.3, pp. 210-212; Câmara, *Arbitragem*, pp. 126-127; Lucon, *Código*, p. 1.550; Assis, *Manual da execução*, n. 27.6, pp. 167-168. Contra: Zavascki, *Processo*, p. 387; Figueira Jr., *Arbitragem*, pp. 276-277; Marinoni-Arenhart, *Execução*, n. 7.2, p. 123.

417 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 616; Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 99.

418 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 52.1.4, p. 272; Theodoro Jr., *Processo*, n. 533, p. 622. Contra, Nery-Nery, *Código*, p. 721.

419 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 819.568/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.05.2010, *DJe* 18.06.2010.

420 (Voltar) *Informativo* 417/STJ, 3.ª Turma, REsp 981.001-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.11.2009.

421 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, n. 11.2, p. 34. Contra, entendendo tratar-se de liquidação definitiva, Nery-Nery, *Código*, p. 722.

422 (Voltar) Bondioli, *O novo*, p. 71.

423 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 44.

424 (Voltar) Shimura, *A execução*, p. 553; Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 61; Câmara, *A nova*, p. 86-87; Greco, *Primeiros*, p. 73; Nery-Nery, *Código*, p. 730.

425 (Voltar) Mazzei, *A reforma*, p. 190; Didier, *A terceira*, p. 85; Fidélis dos Santos, *As reformas*, p. 24.

426 (Voltar) Bondioli, *O novo*, p. 80.

427 (Voltar) Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 400. Admitindo a antecipação de tais matérias como defesa na própria liquidação, Zavascki, *Processo*, p. 396.

428 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.291.318-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.02.2012,

DJe 24.02.2012; STJ, 1ª Turma, REsp 1.090.429-RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 20.05.2010, *DJe* 26.06.2010.

429 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, n. 7.8, p. 138-139; Theodoro Jr., *Processo*, n. 535, p. 624.

430 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 55.1, p. 277; Nery-Nery, *Código*, p. 730; Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, n. 12.1, p. 40.

431 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 550, p. 635; Nery-Nery, *Código*, p. 730; Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, n. 12.1, p. 40. Contra, Marinoni-Arenhart, *Execução*, n. 7.9, p. 140-141, falando em preclusão e revisão por qualquer ação autônoma.

432 (Voltar) Liebman, *Processo*, p. 50-51; Dinamarco, *Instituições*, p. 625; Theodoro Jr., *Processo*, p. 218; Carmona, *Processo*, p. 48-49.

433 (Voltar) Pontes de Miranda, *Comentários*, v. 9, p. 506; Nery-Nery, *Código*, p. 721.

434 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 409; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.739, p. 625.

435 (Voltar) É mais fácil imaginar a ocorrência de tal circunstância em títulos executivos nos quais a iliquidez atinja outro elemento além do *quantum debeatur*, como ocorre na sentença penal condenatória transitada em julgado e na execução de sentença proferida em demanda coletiva que tenha como objeto direito individual homogêneo.

436 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, REsp 1.347.136/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.12.2013, *DJe* 07.03.2014; STJ, 1.ª Turma, REsp 1.170.338/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 06.04.2010, *DJe* 13.04.2010. Zavascki, *Processo*, p. 402. Contra, Buzaid, *Da liquidação*, p. 10, para quem a redução do valor a zero na liquidação importaria a rescisão do julgado.

437 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.740, p. 627. Contra, Nery-Nery, *Código*.

438 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, v. 3, p. 48; Theodoro Jr., *Processo*, n. 542, p. 627; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.740, p. 628.

439 (Voltar) *Informativo* 505/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.280.949-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.09.2012.

440 (Voltar) Wambier, *Sentença*, p. 170-172; Zavascki, *Processo*, p. 403.

441 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 55.3, p. 279.

442 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, n. 7.3, p. 124-125; Theodoro Jr., *Processo*, n. 535, p. 624; Shimura, *A execução*, n. 3.1, p. 552-553.

443 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 52.2, p. 273; Wambier, *Sentença*, n. 3.2.1, p. 94; Nery-Nery, *Código*, p. 720.

444 (Voltar) Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 392-393; Flach, *A nova*, p. 33-34, apontando ainda para a autonomia da liquidação da sentença coletiva.

445 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 620; Araken de Assis, *Manual*, p. 305; Pontes de Miranda, *Comentários*, v. 9, p. 502-503.

446 (Voltar) Contra: Nery-Nery, *Código*, p. 722.

447 (Voltar) Lucon, *Código*, p. 1.789; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 395-396; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 451-452.

448 (Voltar) *Informativo* 452/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.098.242-GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.10.2010; *Informativo* 422/STJ: 3.ª Seção, CC 96.682-RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10.02.2010.

449 (Voltar) *Informativo* 489/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.112.858-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13.12.2011.

450 (Voltar) Wambier, *Sentença*, p. 179-181.

451 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 4, p. 634; Lucon, *Código*, p. 1.805.

452 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, p. 319-320; Zavascki, *Processo*, p. 399; Lucon, *Código*, p. 1.805-1.806.

453 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 7.5, p. 130; Nery-Nery, *Código*, p. 726.

454 (Voltar) Súmula 344/STJ.

455 (Voltar) Greco, *O processo*, p. 246-247; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.738, p. 624; Nery-Nery, *Código*, p. 726. Contra: Carmona, *O processo*, p. 51.

456 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 420.

457 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 7.5, p. 130-131; Araken de Assis, *Manual*, n. 58.3, p. 293. Contra: Fidélis dos Santos, *Manual*, p. 76.

458 (Voltar) Greco, *O processo*, p. 251; Zavascki, *Processo*, p. 423; Araken de Assis, *Manual*, p. 316.

459 (Voltar) *Informativo* 541/STJ, 2.ª Seção, REsp 1.274.466/SC, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14.05.2014.

460 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 548, p. 633.

461 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 728.

462 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.737, p. 621; Araken de Assis, *Manual*, n. 58.3, p. 292.

463 (Voltar) No sentido do texto: Araken de Assis, *Manual*, p. 317-318; Lucon, *Código*, p. 1.802. Contra: Greco, *O processo*, p. 253.

464 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, p. 318; Lucon, *Código*, p. 1.802.

465 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, n. 57.2, p. 274.

466 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 682; Greco Filho, *Direito*, n. 57.2, p. 276-277.

467 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 953, p. 298; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 628.

468 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 630; Câmara, *Lições*, p. 462.

469 (Voltar) Dinamarco, *Capítulos*, n. 57, p. 118-120; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 199; Theodoro Jr., *Curso*, n. 508, p. 595; Bonício, *Capítulos*, p. 107.

470 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, AP 470 QO-décima primeira/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13.11.2013, *DJe* 19.02.2014.

471 (Voltar) STF, 1.ª Turma, RE 666.589/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.03.2014, *DJe* 03.06.2014.

472 (Voltar) STJ, Corte Especial, REsp 736.650/MT, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 20.08.2014, *DJe* 1.º.09.2014.

473 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 955, p. 301-302; Theodoro Jr., *Curso*, n. 507, p. 592.

474 (Voltar) Botelho de Mesquita, *A coisa*, p. 18; Tesheiner, *Eficácia*, n. 3.2, p. 72.

475 (Voltar) Barbosa Moreira, *Eficácia*, n. 5, p. 107; Nery-Nery, *Código*, p. 680-681; Tesheiner, *Eficácia*, n. 3.2, p. 74.

476 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 628-633; Baptista da Silva e Gomes, *Teoria*, p. 325-239.

477 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 955, p. 302.

478 (Voltar) Barbosa Moreira, *Efeitos*, n. 5, p. 107.

479 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 5.2, p. 633.

480 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 955, p. 302.

481 (Voltar) Wambier, *Litispendência*, p. 264; Mendes, *Ações*, 19.2, p. 260.

482 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 683.

483 (Voltar) Botelho de Mesquita, *A coisa*, p. 78; Dinamarco, *Instituições*, n. 962, p. 316; STJ, 5.ª Turma, AgRg no REsp 680.956/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. 28.10.2008; REsp 730.696/RS, 1.ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.10.2006; REsp 799.077/SP, 4.ª Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 06.12.2005, *DJ* 06.03.2006, p. 415. Parcialmente contra: Greco Filho, *Direito*, n. 57.6, p. 286-289.

484 (Voltar) Rizzi, *Ação*, n. 81, p. 138-139.

485 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 683; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.477, Porto, *Comentários*, p. 316.

486 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 133, p. 225-228; Dinamarco, *Instituições*, n. 970, p. 328-329; Yarshell, *Ação*, n. 107, p. 317; Theodoro Jr., *Curso*, n. 607, p. 775; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 633.

487 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, AR 3.130, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Teori Albino Zavascki, j. 26.11.2008.

488 (Voltar) *Informativo* 426/STJ: 4.ª Turma, REsp 593.154/MG, rel. MIn. Luis Felipe Salomão, j. 09.03.2010; Talamini, *Coisa*, n. 2.6, p. 130; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 568.

489 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 5.2, p. 634; Botelho de Mesquita, *A coisa*, p. 67.

490 (Voltar) Tesheiner, *Eficácia*, 3.2, p. 79.

491 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 701; Theodoro Jr., *Curso*, n. 513, p. 607.

492 (Voltar) Barbosa Moreira, *Os limites*, p. 92.

493 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 900.561/SP, rel. Min. Denise Arruda, j. 24.06.2008.

494 (Voltar) Cabral, *Breves*, p. 1.290; Didier Jr, *Comentários*, p. 761.

495 (Voltar) Didier Jr., *Comentários*, p. 768.

496 (Voltar) Didier Jr., *Comentários*, p. 768.

497 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 308.

498 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 309.

499 (Voltar) Contra: Câmara, *O novo*, p. 309.

500 (Voltar) Contra, entendendo ser a questão prejudicial decidida na parte dispositiva da sentença: Câmara, *O novo*, p. 310.

501 (Voltar) Barroso, *O controle*, p. 184.

502 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, Rcl 11.479 AgR/CE, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19.12.2012, *DJe* 25.02.2013.

503 (Voltar) STF, 1.ª Turma, Rcl 11.478 AgR/CE, rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.06.2012, *DJe* 21.06.2012.

504 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 1.155.793/DF, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 01/10/2013, DJe 11/10/2013.

505 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 5.3, p. 638/639.

506 (Voltar) Cruz e Tucci, *Limites*, 24.10.2, p. 292; Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 5.3, p. 640.

507 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 450; Theodoro Jr., *Curso*, n. 519, p. 619.

508 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 366.

509 (Voltar) Cabral, *Breves*, p. 1.305; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 519.

510 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 963, p. 317-318.

511 (Voltar) Contra: Cruz e Tucci, *Limites*, n. 24.6.2, p. 278.

512 (Voltar) Cruz e Tucci, *Limites*, n. 24.1.3, p. 221.

513 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 707; Dinamarco, *Instituições*, n. 965, p. 321-322; Tesheiner, *Eficácia*, n. 3.3.1.2, p. 83; Greco Filho, *Direito*, n. 57.4, p. 282.

514 (Voltar) Cruz e Tucci, *Limites*, n. 24.2.3, p. 232.

515 (Voltar) Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 570.

516 (Voltar) Barbosa Moreira, *Eficácia*, p. 103-108; Nery-Nery, *Código*, p. 709; Dinamarco, *Instituições*, n. 966, p. 325; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 571-573; STJ,

1.ª Turma, REsp 875.635/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.10.2008; REsp 861.270/PR, 2.ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 05.10.2006.

517 (Voltar) Baptista da Silva, *Curso*, n. 19.9, p. 518-521; Araken de Assis, *Cumulação*, p. 145-147.

518 (Voltar) Tesheiner, *Eficácia*, n. 3.4.3, p. 161.

519 (Voltar) Barbosa Moreira, *A eficácia*, p. 101; Nery-Nery, *Código*, p. 709; Baptista da Silva, *Curso*, 19.9, p. 516-517; Dinamarco, *Instituições*, n. 966, p. 324.

520 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 451; Theodoro Jr., *Curso*, n. 516-a, p. 611; STJ, 1.ª Turma, REsp 739.711/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.11.2006.

521 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 959, p. 312, nota de rodapé 10.

522 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, n. 57.2, p. 274.

523 (Voltar) *Informativo* 400/STJ: 4.ª Turma, REsp 594.238/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.08.2009; Nery-Nery, *Código*, p. 704; Theodoro Jr., *Curso*, n. 520, p. 619-620.

524 (Voltar) Tesheiner, *Eficácia*, n. 3.5.1, p. 163-168; Barbosa Moreira, *Eficácia*, p. 111; Araken de Assis, *Breve*, p. 247-249; Talamini, *Coisa*, p. 90-91; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 576-578.

525 (Voltar) Barbosa Moreira, *Considerações*, p. 199-200.

526 (Voltar) Greco, *Eficácia*, p. 224.

527 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 7.2, p. 664.

528 (Voltar) Araken de Assis, *Eficácia*, p. 46; Zavascki, *Inexigibilidade*, p. 331; Talamini, *Embargos*, p. 125.

529 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, ADI 2.418-3, rel. Min. Cezar Peluso.

530 (Voltar) Greco, *Eficácia*, p. 45.

531 (Voltar) Talamini, *Embargos*, p. 124-125; Lucon, *Coisa*, p. 302; STJ, 5.ª Turma, REsp 795.710/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 06.06.2006.

532 (Voltar) Nesse sentido, de forma equivocada, as lições de Theodoro Jr.-Cordeiro, *O tormentoso*, p. 174.

533 (Voltar) Zavascki, *Inexigibilidade*, p. 337; Lucon, *Efeitos*, p. 303. STJ, 1.ª Turma,

REsp 825.858/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 04.05.2006.

534 (Voltar) Araken de Assis, *Eficácia*, p. 48-49; Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 7.4, p. 672; Talamini, *Embargos*, p. 123.

535 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 406.

536 (Voltar) Câmara, *Ação*, p. 88-89; Pimentel, *Introdução*, n. 18.3.6, p. 495-496; Didier-Cunha, *Curso*, p. 381. Na jurisprudência: *Informativo* 414/STJ: Corte Especial, EREsp 687.903/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 04.11.2009; STJ, 1.ª Seção, EREsp 608.122/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 09.05.2007, *DJ* 28.05.2007. *Informativo* 497/STF, Plenário, RE 328812 ED/AM, rel. Gilmar Mendes, j. 06.03.2008.

537 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, RE 590.809/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.10.2014.

538 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 406.

539 (Voltar) Araken de Assis, *Eficácia*, p. 49-50.

540 (Voltar) Zavascki, *Inexigibilidade*, p. 332.

541 (Voltar) *Informativo* 556/STJ, 4ª Turma, REsp 1.163.649-SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 16/9/2014, DJe 27/2/2015.

542 (Voltar) Barbosa Moreira, *Considerações*, p. 201.

543 (Voltar) Theodoro Jr.-Cordeiro, *O tormentoso*, p. 189.

544 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 765.566/RN, rel. Min. Luiz Fux, j. 19.04.2007.

545 (Voltar) Dinamarco, *Relativizar*, n. 127, p. 245-249; STJ, 1.ª Turma, REsp 622.405/SP, rel. Min. Denise Arruda, j. 14.08.2007.

546 (Voltar) Theodoro Jr.-Cordeiro, *O tormentoso*, p. 172.

547 (Voltar) *Informativo* 425, 2.ª Turma, REsp 1.015.133-MT, rel. originária Min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, j. 02.03.2010.

548 (Voltar) Wambier-Medina, *Relativização*, p. 354-358.

549 (Voltar) Nery Jr., *A polêmica*, p. 258.

550 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 664. *Informativo* 379/STJ, 1.ª T., REsp 612.937-SP, rel. Francisco Falcão, j. 02.12.2008.

551 (Voltar) Dinamarco, *Relativizar*, n. 136, p. 269-270.

552 (Voltar) Araken de Assis, *Eficácia*, p. 36.

553 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 7.6, p. 680; Góes, *A relativização*, p. 148.

554 (Voltar) Baptista da Silva, *Coisa*, p. 277; Barbosa Moreira, *Considerações*, p. 217-218; Araken de Assis, *Eficácia*, p. 36.

555 (Voltar) Defende essa possibilidade: Dinamarco, *Relativizar*, n. 133, p. 257-259; STJ, 1.ª Turma, REsp 622.405/SP, rel. Min. Denise Arruda, j. 14.08.2007 (*Informativo* 327 do STJ).

556 (Voltar) Barbosa Moreira, *Considerações*, p. 216-217.

557 (Voltar) Araken de Assis, *Eficácia*, p. 36; Góes, *A relativização*, p. 153.

558 (Voltar) Nery Jr., *A polêmica*, p. 267; Chaves de Farias, *Um alento*, p. 67.

559 (Voltar) REsp 706.987/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler, j. 14.05.2008, *DJe* 10.10.2008. Pelo respeito à coisa julgada: *Informativo* 384/STJ, 4.ª T., REsp 960.805-RS, Rel. Aldir Passarinho Jr., j. 17.02.2009. Admitindo nova ação quando a paternidade não for expressamente afastada na primeira ação: *Informativo* 354, 3.ª T., REsp 826.698-MS, Rel. Nancy Andrighi, j. 06.05.2008.

560 (Voltar) Barbosa Moreira, *Considerações*, p. 220. Contra, Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 7.6, p. 674.

561 (Voltar) Câmara, *Relativização*, p. 28.

562 (Voltar) Baptista da Silva, *Coisa*, p. 281; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 588.

563 (Voltar) *Informativos* 622, 629 e 631/STF: Tribunal Pleno, RE 363.889/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.06.2011. No mesmo sentido: *Informativo* 512/STJ: 4.ª Turma, REsp 1.223.610/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 06.12.2012.

564 (Voltar) Botelho de Mesquita, *Na ação*, p. 81 e ss.; Cruz e Tucci-Tucci, *Devido*, pp. 120-121; Castro Mendes, *Ações*, p. 263-264.

565 (Voltar) Marcato, *O princípio*, p. 317; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 781.

566 (Voltar) Vigliar, *Ação*, p. 117; Nery-Nery, *Código*, p. 1.348; Mancuso, *Ação*, p. 276.

567 (Voltar) Barbosa Moreira, *Ação*, p. 123; Arenhart, *Perfis*, p. 412.

568 (Voltar) Barros Leonel, *Manual*, p. 273-274; Mazzili, *A defesa*, p. 427; Marinoni-Arenhart, *Manual*; Nery-Nery, *Código*, p. 1.347-1.348.

569 (Voltar) Gidi, *Coisa*, p. 135-136, Abelha, *Ação*, p. 329, a extinção se fundamenta na falta de interesse de agir.

570 (Voltar) José Afonso da Silva, *Ação*, p. 273; Mancuso, *Ação*, p. 284; Arruda Alvim, *Notas*, p. 37; Assagra de Almeida, *Direito*, p. 377-378.

571 (Voltar) Gidi, *Coisa*, p. 131-138; Grinover, *Novas*, p. 222-224; Barros Leonel, *Manual*, p. 274.

572 (Voltar) Abelha, *Ação*, p. 327; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 781-782.

573 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 747; Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.688, p. 547.

574 (Voltar) Gidi, *Rumo*, p. 289-290.

575 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.688, p. 547; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 747.

576 (Voltar) Mazzilli, *A defesa*, p. 563; Venturi, *Processo*, n. 11.4.4, p. 403.

577 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, n. 175, p. 267; Nery-Nery, *Código*, p. 1.147.

578 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, p. 90.

579 (Voltar) STJ, REsp 618.295/DF, 5.ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 06.06.2006; Marcato, *Código*, p. 2.349. Contra: Nery-Nery, *Código*, p. 1.147; Câmara, *Lições*, p. 276.

580 (Voltar) Marcato, *Procedimento*, p. 91; Furtado Fabrício, *Comentários*, n. 31, p. 55; Câmara, *Lições*, p. 274. Contra, limitando a consignação extrajudicial aos locais com banco oficial, Baptista da Silva, *Comentários*, p. 33.

581 (Voltar) Marcato, *Procedimento*, n. 20.2, p. 92. Contra, Furtado Fabrício, *Comentários*, n. 31, p. 55.

582 (Voltar) STJ, REsp 189.019/SP, 4.ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 06.05.2004; *DJ* 02.08.2004.

583 (Voltar) Contra, entendo que a mora conta-se do 31.º dia, Marcato, *Procedimento*, n. 20.2, p. 93.

584 (Voltar) Theodoro Jr, *Curso*, vol. III, n. 1.210, p. 26; Furtado Fabrício, *Comentários*, n. 52, p. 85.

585 (Voltar) Baptista da Silva, *Comentários*, p. 36-37.

586 (Voltar) Furtado Fabrício, *Procedimento*, n. 54, p. 87-88.

587 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, vol. III, n. 1.211, p. 27.

588 (Voltar) Marcato, *Procedimento*, n. 23.1, p. 94; Theodoro Jr., *Curso*, vol. III, n. 1.210, p. 26.

589 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Código*, p. 817; Câmara, *Lições*, p. 279.

590 (Voltar) CC 31.408/MG, 2.ª Seção, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 26.09.2001.

591 (Voltar) Câmara, *Lições*, p. 283-284. Contra, defendendo a ilegitimidade ativa do terceiro desinteressado, Marcato, *Código*, p. 2.354; Furtado Fabrício, *Comentários*, n. 48, p. 79.

592 (Voltar) STJ, REsp 288.198/RJ, 4.ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 22.06.2004; Theodoro Jr., *Curso*, vol. III, n. 1.209, p. 25. Contra: Furtado Fabrício, *Comentários*, n. 49, p. 81.

593 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, vol. III, n. 1.207, p. 20-22.

594 (Voltar) STJ, REsp 436.842/RS, 3.ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.03.2007, *DJ* 14.05.2007; STJ, AgRg no Ag 619.154, 4.ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 03.02.2005, *DJ* 07.03.2005.

595 (Voltar) *Informativo* 465/STJ: 4.ª Turma, Esp 1.194.264/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 1.º.03.2011.

596 (Voltar) Marcato, *Procedimento*, n. 25.2, p. 100.

597 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, vol. III, n. 1.217, p. 33.

598 (Voltar) REsp 702.739/PB, 3.ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler, j. 19.09.2006.

599 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, n. 181, p. 272; Theodoro Jr., *Curso*, vol. III, n. 1.222, p. 37; STJ, REsp 769.468/RJ, 3.ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2005.

600 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, vol. III, n. 1.224, p. 38.

601 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 27, p. 102; Nery-Nery, *Código*, p. 1.152.

602 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Código*, p. 820.

603 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, n. 180, p. 272; STJ, REsp 260.743/SP, 4.ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 03.10.2006.

604 (Voltar) Câmara, *Lições*, p. 287; Marinoni-Arenhart, *Código*, p. 822; STJ, REsp

661.959/RJ, 2.ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 20.04.2006.

605 (Voltar) STJ, REsp 886.823/DF, 3.ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, j. 17.05.2007; Dinamarco, *A reforma*, n. 182, p. 273; Marcato, *Procedimento*, n. 27.4, p. 104. Contra: Baptista da Silva, *Comentários*, p. 83.

606 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, n. 185, p. 275; Marcato, *Procedimento*, n. 28, p. 106.

607 (Voltar) Baptista da Silva, *Comentários*, p. 38; Furtado Fabrício, n. 67, p. 97.

608 (Voltar) Marcato, *Procedimento*, n. 29, p. 107.

609 (Voltar) Furtado Fabrício, n. 66, p. 96.

610 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, vol. III, n. 1.216, p. 32; Baptista da Silva, *Comentários*, p. 39.

611 (Voltar) Marcato, *Procedimento*, n. 29, p. 108; Baptista da Silva, *Comentários*, p. 40; Furtado Fabrício, n. 70, p. 99-101.

612 (Voltar) STJ, REsp 439.489/SP, 2.ª seção, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, rel. para acórdão, Min. Nancy Andrighi, j. 10.12.2003, *DJ* 19.04.2004.

613 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, vol. III, n. 1.215, p. 32.

614 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, vol. III, n. 1.230, p. 44; Marcato, *Procedimentos*, n. 26, p. 101.

615 (Voltar) Furtado Fabrício, *Comentários*, n. 124, p. 155; Theodoro Jr., *Curso*, vol. III, n. 1.230, p. 44.

616 (Voltar) Câmara, *Lições*, p. 292.

617 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 32.10, p. 115.

618 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, vol. III, n. 1.231-a, p. 47.

619 (Voltar) *Informativo* 558/STJ, Corte Especial, REsp 1.293.558-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 11.3.2015, *DJe* 25.3.2015, REsp repetitivo tema 528.

620 (Voltar) Theodoro Jr. *Curso*, n. 1.269, p. 93.

621 (Voltar) Súmula 259/STJ: A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária.

622 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 663.830/PR, rel. Min. Maria Isabel

Gallotti, j. 18.6.2015, *DJe* 25.6.2015; STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 657.938/PR, rel. Min. Moura Ribeiro, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19.5.2015, *DJe* 18.6.2015.

623 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 731.687/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 25.10.2011, *DJe* 8.11.2011.

624 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 181.670/SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 21.5.2013, *DJe* 4.6.2013; Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.273, p. 98.

625 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.102.688/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 7.10.2010, *DJe* 19.10.2010.

626 (Voltar) ***Informativo*** 549/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.046.652/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 16.09.2014.

627 (Voltar) *Informativo* 427/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.055.819/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 16.03.2010.

628 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 51, p. 151.

629 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 55, p. 152.

630 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 58, p. 158.

631 (Voltar) CC 75.617/SP, 2.ª Seção, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 26.09.2007, *DJ* 11.10.2007.

632 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 832; Marcato, *Procedimentos*, n. 55.1, p. 153.

633 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.279, p. 103.

634 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 55.1.2, p. 153; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 832; Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.279, p. 103.

635 (Voltar) Nesse sentido: Marcato, *Procedimentos*, n. 55.2, p. 155. Para Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.282, p. 105-106, o prazo tem início com a baixa dos autos ao primeiro grau depois do trânsito em julgado.

636 (Voltar) *Informativo* 414/STJ, 3.ª Turma, REsp 913.411-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.11.2009.

637 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.283, p. 106. STJ, AgRg no Ag 718.903/RS, 3.ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 25.09.2007, *DJ* 15.10.2007.

638 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.284, p. 107.

639 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.163.

640 (Voltar) Baptista da Silva, *Comentários*, p. 203.

641 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 64, p. 166; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 837.

642 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.296, p. 131.

643 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 503; Gusmão Carneiro, *Do rito*, p. 60; Delgado Miranda, *Procedimento*, p. 176.

644 (Voltar) Nery-Nery, Código, p. 1.172; Marcato, *Procedimentos*, p. 168; Watanabe, *Ação*, p. 138-143.

645 (Voltar) Furtado Fabrício, *Comentários*, p. 414; Araken de Assis, *Procedimento*, p. 93.

646 (Voltar) Furtado Fabrício, *Comentários*, p. 416.

647 (Voltar) Baptista da Silva, *Comentários*, p. 215; Furtado Fabrício, *Comentários*, p. 416.

648 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, RMS 20.626/PR, rel. Min. Paulo Furtado, j. 15.10.2009, *DJe* 29.10.2009.

649 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, CC 57.524/PR, rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27.09.2006, *DJ* 23.10.2006, p. 249.

650 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, CC 106.768/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23.09.2009, *DJe* 02.10.2009.

651 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.298, p. 132.

652 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.170.

653 (Voltar) STJ, REsp 76.721/PR, 4.ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 19.02.1998.

654 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.173.

655 (Voltar) REsp 755.861/SE, 4.ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 16.08.2005.

656 (Voltar) É nesse sentido a Súmula 487 do STF: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”.

657 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.174; Câmara, *Lições*, p. 350; Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.305, p. 140-141.

658 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.139.629/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 6.9.2012, *DJe* 17.9.2012; Nery-Nery, *Código*, p. 1.177.

659 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 72, p. 172.

660 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.178.

661 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 73, p. 172; Baptista da Silva, *Comentários*, p. 270.

662 (Voltar) Dinamarco, *Fundamentos*, p. 1.342; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 846; Fidelis dos Santos, *Dos procedimentos*, p. 126.

663 (Voltar) A doutrina majoritária entende que a prova deve ser documental: Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.301, p. 134; Marinoni-Mitidiero, p. 846; Marcato, n. 73, p. 173.

664 (Voltar) Furtado Fabrício, n. 384, p. 459.

665 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.301, p. 134; Furtado Fabrício, n. 384, p. 459.

666 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 1.113.817/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 02.06.2009, *DJe* 12.06.2009.

667 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 900.534/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 11.12.2009, *DJe* 14.12.2009.

668 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 74, p. 173-174; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 847; Baptista da Silva, *Comentários*, p. 272.

669 (Voltar) *Informativo* 523/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.232.904-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.05.2013.

670 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 76, p. 175.

671 (Voltar) *Informativo* 457/STJ, 4.ª Turma, REsp 890.598-RJ, Min. Luis Felipe Salomão, j. 23.11.2010.

672 (Voltar) *Informativo* 457/STJ: 4.ª Turma, REsp 890.598/RJ, Min. Luis Felipe Salomão, j. 23.11.2010.

673 (Voltar) Baptista da Silva, *Comentários*, p. 277-278; Marcato, *Procedimentos*, n. 75, p. 174.

674 (Voltar) Furtado Fabrício, n. 390, p. 464; Marcato, Marinoni-Arenhart, *Código*, p. 847.

675 (Voltar) *Informativo* 548/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.423.898/MS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 02.09.2014.

676 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.180; Marinoni-Arenhart, *Código*, p. 849.

677 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.311, p. 148; Marcato, *Procedimento*, n. 77, p. 176.

678 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 859; Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.359, p. 208; Nery-Nery, *Código*, p. 1.189.

679 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 98, p. 203; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 1, p. 3.

680 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 402.513/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 07.12.2006, *DJ* 19.03.2007, p. 353.

681 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, RMS 10.231/BA, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 22.02.2005, *DJ* 28.03.2005, p. 256.

682 (Voltar) Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 9, p. 35.

683 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 862.

684 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 105, p. 210; Costa Machado, *Código*, p. 1.533; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 24, p. 64.

685 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 865; Pinheiro Carneiro, *Procedimentos*, n. 24, p. 66. Contra, pelo não cabimento da reconvenção: Marcato, *Procedimentos*, n. 105, p. 209; Costa Machado, *Código*, p. 1.533.

686 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 869.

687 (Voltar) Corrêa da Fonseca, *Dissolução parcial*, p. 55-59.

688 (Voltar) Sacco Neto, *Breves*, p. 1.495; Medina, *Novo*, p. 905.

689 (Voltar) Nunes e Mendes de Araújo, *A ação*, p. 326.

690 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, EREsp 111.294/PR, rel. Min. Castro Filho, j. 28.6.2006, *DJ* 10.9.2007, p. 183.

691 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, EREsp 1.079.763/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 25.4.2013, *DJe* 6.9.2012.

692 (Voltar) Yarshell e Santos, *O procedimento*, p. 213.

693 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 114.708/MG, rel. para o acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19.2.2001, *DJ* 16.4.2001, p. 105.

694 (Voltar) Yarshell e Santos, *O procedimento*, p. 228.

695 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.129.222/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.6.2011, *DJe* 1.8.2011; STJ, 3.ª Turma, REsp 1.286.708/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.5.2014, *DJe* 5.6.2014.

696 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.371.843/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 20.3.2014, *DJe* 26.3.2014; STJ, 4.ª Turma, REsp 767.060/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.8.2009, *DJe* 8.9.2009.

697 (Voltar) STJ, Corte Especial, EREsp 332.650/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 7.5.2003, *DJ* 9.6.2003, p. 165.

31. AÇÃO DE INVENTÁRIO E PARTILHA

Sumário: 31.1. Introdução – 31.2. Inventário negativo – 31.3. Competência e universalidade do foro sucessório – 31.4. Questões que dependam de prova não documental – 31.5. Administrador provisório – 31.6. Inventariante – 31.7. Arrolamento sumário – 31.8. Arrolamento comum – 31.9. Procedimento do inventário – 31.10. Colação – 31.11. Sonegação – 31.12. Pagamento das dívidas – 31.13. Herdeiro preterido – 31.14. Partilha.

31.1. INTRODUÇÃO

Segundo previsão do art. 1.784 do CC, com a morte da pessoa natural, seus bens transmitem-se aos sucessores legítimos e testamentários, por meio do fenômeno jurídico conhecido por "saisine". Constituindo-se o patrimônio do *de cujus* uma universalidade jurídica de bens, será necessária a definição do que exatamente o compõe, além da individualização do que cabe a cada um dos sucessores na hipótese de existir mais de um sujeito nessa condição.

Essas duas tarefas são desenvolvidas pelo inventário e partilha, sendo que no *inventário* se busca identificar o patrimônio, com a indicação dos bens (móveis e imóveis), créditos, débitos e quaisquer outros direitos de natureza patrimonial que compõem o

acervo hereditário, enquanto na *partilha* se divide o acervo entre os sucessores, com o estabelecimento e a consequente adjudicação do quinhão hereditário a cada um deles.

Alterando a tradição do direito pátrio, a Lei 11.441/2007 passou a permitir a realização de inventário e partilha extrajudicialmente, desde que todos os sucessores sejam capazes, não exista testamento e que todos estejam de acordo com a divisão dos bens (art. 610 do Novo CPC). A Resolução 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça (arts. 11 a 32) disciplina essa forma de inventário e partilha extrajudicial. Registre-se que o procedimento de inventário e partilha realizado pela via administrativa – escritura pública – não é obrigatório, de maneira que, mesmo presentes todos os requisitos, será cabível a ação judicial se essa for a vontade dos sucessores[1], sendo essa a conclusão consagrada no art. 2.º da Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

O § 1° do art. 610 do Novo CPC prevê que a escritura pública servirá como documento hábil para qualquer ato de registro, sendo também documento hábil para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

Em exigência voltada ao tabelião, o § 2*º* do art. 610 do Novo CPC condiciona a lavratura da escritura pública à presença de advogado ou de defensor público representando todas as partes, devendo sua qualificação e assinatura constar do ato notarial. A exigência tem por objetivo garantir uma representação técnica na partilha para que a parte não seja prejudicada por desconhecimento

de seus direitos. Por outro lado, torna o inventário e partilha extrajudicial mais burocrático e oneroso.

Sendo o inventário judicial, seguirá a forma ordinária ou será realizado por arrolamento, que poderá ser sumário (art. 659 do Novo CPC) ou comum (art. 664 do Novo CPC).

Em regra, com o falecimento e a consequente "saisine", será indispensável a realização de inventário e partilha, judicial ou extrajudicial, a depender do caso concreto. O art. 666 do Novo CPC e a Lei 6.858/1980 excepcionam essa regra, determinando a dispensa de inventário para a percepção das vantagens econômicas deixadas pelo *de cujus* no FGTS e PIS-Pasep, além do levantamento pelos dependentes de restituição de imposto de renda, tributos, saldos bancários, cadernetas de poupança e fundos de investimento de valor não superior a 500 ORTN. Nesses casos bastará o pedido de alvará judicial.

31.2. INVENTÁRIO NEGATIVO

Situação curiosa ocorre quando o *de cujus* não deixa patrimônio, hipótese na qual naturalmente nada haverá a inventariar e muito menos a partilhar. Seria possível supor que, diante dessa situação patrimonial do *de cujus*, o inventário e partilha se tornasse desnecessário. Ocorre, entretanto, que a ausência de inventário e partilha, mesmo nessas situações, gera algumas consequências jurídicas que podem ser evitadas com a realização do chamado "inventário negativo", consagrado pela doutrina e jurisprudência, apesar da omissão legal a seu respeito e de alguma resistência doutrinária, que afirma tratar-se o instituto de aberração jurídica[2].

Segundo o art. 1.523, I, do CC, não pode casar o viúvo ou viúva que tiver filho do cônjuge falecido enquanto não fizer o inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros, prevendo o art. 1.641, I, do CC que, mesmo havendo casamento em tal situação, a consequência será o regime obrigatório de separação de bens. Além disso, interessa aos herdeiros o "inventário negativo" sempre que o *de cujus* não deixar bens, mas deixar dívidas, visto que os herdeiros só responderão por tais dívidas nos limites da herança[3].

O inventário pode ser realizado de forma extrajudicial, desde que atendidos os requisitos legais[4]; sendo judicial, o procedimento é extremamente simples. O requerente que assume a condição de inventariante (dispensado o compromisso) pleiteia junto ao juízo competente para a ação de inventário e a partilha a tomada por termo de suas declarações, provando o óbito. Serão intimados os demais interessados, o Ministério Público e a Fazenda Pública. Havendo divergência, o juiz a resolverá; não havendo, o juiz extinguirá o processo com a declaração, por sentença, da inexistência de bens a partilhar. Existe divergência doutrinária a respeito da natureza contenciosa[5] ou voluntária[6] do processo de inventário negativo, parecendo mais correta a primeira solução, considerando-se que o conflito de interesses suficiente para configurar atividade jurisdicional é meramente eventual, sendo admissível, apesar de improvável, que exista real conflito entre eles no inventário negativo.

31.3. COMPETÊNCIA E

UNIVERSALIDADE DO FORO SUCESSÓRIO

A Justiça brasileira é a única competente para julgar as ações de inventário e partilha de bens situados em território nacional (art. 23, II, do Novo CPC), significando dizer que as sentenças estrangeiras que tenham como objeto tais bens não serão homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Internamente a competência do foro é determinada pelo art. 48 do Novo CPC, analisado no Capítulo 4, item 4.5.1.3.

31.4. QUESTÕES QUE DEPENDAM DE PROVA NÃO DOCUMENTAL

É natural que no processo de inventário e partilha surjam questões referentes à definição do acervo hereditário e de sua divisão entre os herdeiros, bem como a exata definição de quem são esses herdeiros, cabendo ao juiz decidi-las para que o resultado desse processo seja atingido. Ocorre, porém, que nem todas as questões podem ser resolvidas no processo de inventário e partilha, obrigando-se os interessados a ingressar com um novo processo para a solução de algumas espécies de questões. No diploma legal revogado eram chamadas de “questões de alta indagação”, expressão suprimida pelo Novo Código de Processo Civil.

Aduz o art. 612 do Novo CPC que não caberá ao juízo do inventário e partilha a decisão sobre questões fundadas em provas não documentais. A redação do dispositivo legal ora comentado consagrou, ainda que implicitamente, o entendimento de que a

complexidade da questão jurídica não é considerada para a configuração desse tipo de questão, devendo o juiz enfrentá-la e decidi-la por mais complexa que seja[7]. A complexidade, portanto, diz respeito à necessidade de produção de prova não documental num processo autônomo para a sua solução, como ocorre na alegação de vício em testamento, que só poderá ser reconhecido em processo constitutivo negativo que invalide o testamento ou em dissolução parcial de sociedade com apuração de haveres do *de cujus*[8].

A doutrina é pacífica no entendimento de que o pronunciamento judicial pelo qual o juiz do inventário se nega a decidir a questão, remetendo as partes às vias ordinárias, é uma decisão interlocutória, recorrível por agravo de instrumento[9], nos termos do art. 1.015, parágrafo único, do Novo CPC.

31.5. ADMINISTRADOR PROVISÓRIO

Sempre existirá certo período de tempo entre o falecimento, que representa a abertura da sucessão, e a prestação de compromisso do inventariante, sendo certo que durante esse lapso temporal a herança, que é transmitida imediatamente aos herdeiros com o falecimento (art. 1.784 do CC), deverá ser administrada por alguém. Segundo o art. 613 do Novo CPC, surge nessa situação a figura do "administrador provisório", responsável pela administração da herança até que o espólio passe a ser representado pelo inventariante.

Administrador provisório é o sujeito que já se encontra na

administração dos bens por ocasião da abertura da sucessão, de forma que a sua designação independe de decisão judicial[10]. Na realidade, ele mantém a posse sobre os bens que compõem o acervo sucessório, passando a ter o encargo de administrar a herança e representar o espólio ativa e passivamente, dentro e fora do juízo.

Aduz o art. 614 do Novo CPC que o administrador provisório é obrigado a levar ao acervo os frutos que recebeu durante o período de administração, respondendo pelo dano que, por culpa ou dolo, der causa aos herdeiros (o que será apurado em processo próprio). Além dessas exigências previstas em lei, caberá ao administrador provisório a prestação de contas de sua administração, que pode ser feita no próprio processo de inventário e partilha[11]. Terá direito ao reembolso de todas as despesas necessárias e úteis à boa manutenção do acervo hereditário.

Sendo caso de herança jacente, não existirá a figura do administrador provisório, aplicando-se o art. 739 do Novo CPC, que prevê a indicação de um curador que terá o encargo de guardar, conservar e administrar a herança até a sua entrega aos sucessores legalmente habilitados ou até a declaração de vacância da herança[12].

31.6. INVENTARIANTE

Nos processos de inventário e partilha faz-se necessária a figura de um auxiliar especial do juízo, que administre o acervo hereditário e represente o espólio, em juízo e fora dele, até que se verifique a partilha. Trata-se do inventariante, que exerce no

processo um *múnus público*, a exigir a prestação de um compromisso de que desempenhará bem o seu papel (art. 617, parágrafo único, do Novo CPC).

A inventariança legítima recai sobre um dos sujeitos previstos em lei, sendo que nesse caso existe uma ordem de preferência a ser seguida pelo juiz (art. 617 do Novo CPC). A doutrina afirma que essa ordem, em regra, deve ser respeitada pelo juiz, admitindo-se a sua inversão somente em casos excepcionais, quando o juiz tiver fundadas razões para tanto, sendo esse entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça[13].

A inventariança depende de capacidade civil, de forma que o incapaz, ainda que seja o escolhido seguindo-se a ordem legal, não terá capacidade para ser o inventariante no caso concreto. Nesse caso, há entendimento tranquilo no sentido de que o representante legal do incapaz não pode assumir o compromisso no lugar do representado[14], tornando-se inventariante o próximo na ordem legal.

A *inventariança dativa* recai sobre qualquer sujeito estranho ao acervo que o juiz entenda idôneo para desenvolver o encargo de inventariante. A primeira hipótese de inventariante dativo verifica-se quando não existe nenhum dos sujeitos indicados no art. 617 do Novo CPC. Também caberá a inventariança dativa na hipótese de, existindo um ou alguns dos sujeitos indicados pelo art. 617 do Novo CPC, tenha sido esse sujeito removido da inventariança (art. 622 do Novo CPC) ou não puder, por justa causa, assumir o encargo.

A grande diferença entre as duas espécies de inventariança na vigência do CPC/1973 era que na dativa o encargo limitava-se à administração do acervo hereditário, não tendo o inventariante legitimidade para representar o espólio. Nesse caso, em qualquer demanda em que o espólio era parte, era exigida a presença em litisconsórcio necessário de todos os herdeiros (art. 12, § 1.º, do CPC/1973) como partes principais, e não meros representantes legais do espólio[15].

O disposto no art. 75, § 1º, do Novo CPC traz interessante novidade ao sistema. Enquanto o art. 12, § 1º, do CPC/1973 exigia, no caso de inventariança dativa, a formação de litisconsórcio necessário entre todos os herdeiros e sucessores para representar o espólio em juízo, o § 1º do art. 75 do Novo CPC exige apenas que tais sujeitos sejam intimados no processo no qual o espólio é parte. Significa dizer que mesmo sendo inventariante dativo é ele o representante legal do espólio, podendo os herdeiros e sucessores, uma vez intimados da existência do processo, ingressarem como assistentes litisconsorciais do espólio.

O art. 618 do Novo CPC prevê uma longa lista de encargos do inventariante, referentes tanto à sua atuação processual como à sua conduta fora do processo. Registre-se que, no tocante aos poderes processuais do inventariante na representação processual do espólio, não se admitem atos de disposição de direito, que demanda expressa manifestação do titular do direito (no caso todos os herdeiros). Não pode o inventariante, portanto, renunciar, reconhecer juridicamente pedido ou transigir sem o consentimento de todos os herdeiros[16].

Também dependerá do consentimento dos herdeiros para alienar bens, pagar dívidas e fazer as despesas necessárias com a conservação e o melhoramento dos bens do espólio (art. 619 do Novo CPC). Nesse caso, entretanto, é lícito ao juiz, mesmo havendo resistência dos herdeiros, autorizar a realização do ato. Não encontrando justificativa plausível na resistência dos herdeiros, a autorização judicial permitirá a alienação judicial, que realizada sem a prévia oitiva dos herdeiros e da autorização judicial será considerada nula. Tratando-se de inventariança dativa, a ausência de anuência dos herdeiros torna o ato de alienação anulável, mesmo que autorizado judicialmente[17].

As causas de remoção do inventariante estão previstas no art. 622 do Novo CPC, mas a doutrina entende que esse rol é meramente exemplificativo, sendo legítimo ao juiz determinar a remoção mesmo por outra causa que não prevista em lei, desde que entenda ser a conduta do inventariante desleal, ímproba ou viciada de qualquer forma[18].

Tratando-se de determinação de caráter punitivo, a remoção do inventariante deve ser precedida de um procedimento incidental sob o crivo do *contraditório*. A remoção pode ser requerida por qualquer interessado ou determinada de ofício pelo juiz[19], mas mesmo na aprovação de ofício será precedida de *contraditório*[20]. O art. 995 do CPC/1973 era omisso quanto à possibilidade de remoção de ofício, que agora está expressamente prevista no art. 622, *caput*, do Novo CPC. O respeito ao contraditório, mesmo não estando especificamente estabelecido no art. 622 do Novo CPC, está garantido pela previsão geral contida no art. 10 do novo

diploma legal.

Nos autos em apenso o inventariante será intimado para manifestação no prazo de 15 dias, dando-lhe oportunidade de provar suas alegações (art. 623 do Novo CPC). A decisão que remove o inventariante só poderá ser proferida após o contraditório, tendo natureza de decisão interlocutória, recorrível por agravo de instrumento[21], nos termos do parágrafo único do art. 1.015 do Novo CPC, ainda que exista entendimento do Superior Tribunal de Justiça pela aplicação da *fungibilidade* na hipótese de interposição de apelação[22].

Se houvesse a remoção do inventariante, o art. 998 do CPC/1973 previa a entrega imediata dos bens do espólio ao substituto e, no caso de inércia ou resistência do inventariante removido, a aplicação de medidas de execução direta (busca e apreensão e imissão na posse, a depender da espécie do bem). O art. 625 do Novo CPC mantém a mesma regra, mas vai além, prevendo também a aplicação de multa a ser fixada pelo juiz em montante não superior a 3% dos bens inventariados. Entendo que seja sancionatória a natureza dessa multa, de forma a também ser aplicável ao caso concreto a multa (astreintes) como forma de execução indireta para pressionar o inventariante removido à entrega dos bens.

31.7. ARROLAMENTO SUMÁRIO

Na Seção IX, do Capítulo VI, do Título III, do Livro I, da Parte Especial do Novo Código de Processo Civil, o legislador

prevê o arrolamento como um procedimento alternativo ao do inventário ordinário. Na realidade, o legislador prevê dois procedimentos mais simples, rápidos e descomplicados que o do inventário pelo procedimento comum, imaginando que com menos formalismo se permita a solução da demanda com maior agilidade.

O art. 659, *caput*, do Novo CPC prevê o cabimento do arrolamento sumário quando todos os herdeiros forem capazes e existir acordo entre eles quanto à partilha. Apesar da exigência do art. 659, *caput* do Novo CPC, o art. 665 do mesmo diploma legal permite o arrolamento sumário mesmo quando houver interessado incapaz, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público. No mesmo artigo, em seu § 1.º, há previsão do mesmo procedimento para a hipótese de existir somente um herdeiro, caso em que os bens que compõem a herança serão a ele adjudicados. Diante da ausência de conflitos de interesses em razão da convergência de vontades dos herdeiros ou, ainda mais evidente, no caso de herdeiro único, a melhor doutrina aponta para a natureza de jurisdição voluntária do arrolamento sumário[23].

No prazo de dois meses, caberá aos herdeiros ou ao herdeiro único na petição inicial:

(a) requerer ao juiz a nomeação do inventariante que já vem indicado na própria petição inicial, não havendo necessidade de aplicação da ordem legal do art. 617 do Novo CPC[24] e estando o inventariante dispensado de compromisso[25];

(b) declarar os títulos dos herdeiros e os bens do espólio, nos termos do art. 620 do Novo CPC;

(c) atribuir o valor dos bens para fins de partilha (art. 660, III do Novo CPC).

A doutrina majoritária, mesmo na vigência do CPC/1973, entendia que a Fazenda Pública não deveria ser intimada para falar sobre as declarações contidas na petição inicial[26], entendimento que deve se fortalecer com a fiscalização tributária ocorrendo apenas *a posteriori*, nos termos do § 2º do art. 659 do Novo CPC.

Havendo dívidas, caberá a indicação na petição inicial dos bens reservados ao seu pagamento. Segundo o art. 663, parágrafo único, do Novo CPC, o valor desses bens reservados será o indicado na petição inicial, mas, como o credor será "notificado" – na realidade é intimado – para apresentar impugnação, havendo controvérsia caberá ao juiz decidir o valor correto. Nesse caso será excepcionalmente realizada a avaliação dos bens.

No arrolamento sumário não se admite a apreciação de questões relativas ao lançamento, pagamento ou quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio (art. 662, *caput*, do Novo CPC).[27] A discussão a respeito dessas matérias se desenvolve em outro processo, administrativo ou judicial, que suspende o arrolamento sumário enquanto não for decidido[28].

Na vigência do diploma processual revogado havia entendimento de que eventual desacordo quanto aos valores dos bens e por consequência aos impostos recolhidos não impedia a homologação de partilha ou de adjudicação (herdeiro único), mas o registro da partilha junto ao Cartório de Imóveis dependeria do comprovante do recolhimento do imposto devido (art. 143 da Lei dos Registros Públicos)[29]. Outros entendiam que a sentença era

permitida, mas a expedição do formal de partilha estaria condicionada à comprovação do recolhimento do imposto de transmissão e da taxa judiciária, ouvindo-se a Fazenda Pública[30].

Para o Superior Tribunal de Justiça, apesar da vedação legal, a *homologação da partilha* dependia da apresentação de certidões ou informações negativas de dívida ativa perante a Fazenda Pública[31]. É do mesmo tribunal o entendimento de que, juntados aos autos o comprovante de pagamento dos tributos exigidos por lei, não cabem no arrolamento sumário discussões a respeito da correção do pagamento, remetidas tais questões à esfera administrativa[32]. Na vigência do diploma processual revogado, o Superior Tribunal de Justiça, portanto, entendia que a comprovação do pagamento de todos os tributos somente condicionava a expedição do formal de partilha e dos respectivos alvarás, mas não a tramitação do arrolamento sumário, ou seja, apenas após o trânsito em julgado da sentença de homologação de partilha é que seria necessária a comprovação pela Fazenda do pagamento de todos os tributos (não apenas dos impostos sobre os bens do espólio) para a expedição do formal de partilha[33].

Nos termos do § 2º do art. 659 do Novo CPC, o fisco será intimado para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária, somente depois de transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou de adjudicação e da lavratura do formal de partilha ou da elaboração de carta de adjudicação.

O dispositivo dá a entender que a partilha amigável poderá ser realizada mesmo sem a apresentação da quitação dos tributos incidentes sobre os bens objeto da partilha ou da adjudicação, com o que se estaria modificando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema[34], que exige para homologação do juiz a prova de quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas.

Há, entretanto, corrente doutrinária que defende que mesmo diante da opção legislativa consagrada pelo § 2º do art. 659 do Novo CPC, a homologação da partilha ou de adjudicação continua a depender de prova anterior de pagamento de todos os tributos referentes aos bens do espólio pela aplicação ao caso do art. 192 do CTN[35]. É inegável o conflito entre o art. 659, § 2º, do Novo CPC e o art. 192 do CTN, mas nesse caso entende-se que a norma mais recente, presente no diploma processual, deve prevalecer[36].

31.8. ARROLAMENTO COMUM

Mesmo havendo divergência entre os herdeiros, o inventário poderá seguir a forma de arrolamento, mas nesse caso o processo será de jurisdição contenciosa e a simplicidade constante do arrolamento sumário não estará presente em sua inteireza. O procedimento do arrolamento comum está previsto no art. 664 do Novo CPC, sendo cabível somente quando os bens que compõem o espólio não tiverem valor superior a 1.000 salários mínimos, ainda que exista herdeiro incapaz, situação em que será intimado o Ministério Público para participar do processo.

Instaurado o processo e designado o inventariante (respeitando-se a ordem do art. 617 do Novo CPC), que será dispensado de prestar compromisso, admite-se a apresentação das declarações já com a atribuição do valor dos bens do espólio e o plano de partilha (art. 664, *caput*, do Novo CPC). Os herdeiros serão citados e, havendo concordância com os termos sugeridos pelo inventariante, o *formal de partilha* será imediatamente expedido, com aplicação do art. 662 do Novo CPC.

Havendo impugnação por qualquer uma das partes ou pelo Ministério Público quando atua como fiscal da lei, o juiz nomeará um avaliador que terá um prazo de 10 dias para oferecer laudo a respeito do valor dos bens que compõem o espólio (art. 664, § 1.º, do Novo CPC). Após a apresentação do laudo, o juiz designará uma audiência, na qual decidirá todas as questões atinentes à demanda, determinando a partilha e dando solução aos pedidos de pagamento da dívida do espólio. Existe parcela doutrinária que aponta a desnecessidade de realização dessa audiência, sendo legítima a intimação das partes para manifestação por escrito, decidindo o juiz depois dessa oitiva das partes, com o que já se estaria garantido o *contraditório*[37].

Diferente do que ocorre com o arrolamento sumário, no arrolamento comum o julgamento da partilha depende da prova de quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas (art. 664, § 5º do Novo CPC), devendo eventual inexatidão relativa a pagamentos fiscais ser resolvida fora do arrolamento, por processo administrativo ou judicial, que gera a suspensão do arrolamento enquanto não for resolvido[38].

31.9. PROCEDIMENTO DO INVENTÁRIO

Segundo o art. 611 do Novo CPC, o processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de dois meses a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento da parte. O prazo de encerramento do inventário é dirigido ao órgão jurisdicional, sendo, portanto, *prazo impróprio*, de forma que o seu não cumprimento não gerará consequências processuais[39]. Não existe sanção prevista no dispositivo legal para o descumprimento do prazo de abertura do inventário, cabendo a cada Estado-membro da federação a previsão da multa[40].

Em norma que busca preservar o princípio da economia processual[41], o art. 672 do Novo CPC prevê a possibilidade de cumulação de inventários para a partilha de heranças de pessoas diversas, desde que preenchidos três requisitos, consagrados nos incisos do dispositivo legal: identidade de pessoas entre as quais devam ser repartidos os bens, heranças deixadas pelos dois cônjuges ou companheiros e dependência de uma das partilhas em relação à outra.

Quanto a esse último requisito, o parágrafo único do dispositivo ora analisado prevê que, se a dependência for parcial, por haver outros bens, o juiz poderá ordenar a tramitação separada, se melhor convier ao interesse das partes ou à celeridade processual, o que tem levado parcela da doutrina a concluir que, apesar de o art. 672, *caput*, do Novo CPC prever ser “lícita a cumulação”, ela seria na realidade uma imposição legal[42]. Entendo,

entretanto, que se tratando de exercício de direito de ação, é inviável obrigar o autor a cumular inventários.

Os arts. 615 e 616 do Novo CPC regulamentam a legitimidade ativa para a propositura da ação de inventário. Apesar de ser em regra proposto pelo administrador provisório, trata-se de espécie de legitimidade concorrente[43], de forma que qualquer dos sujeitos indicados pela lei pode indistintamente dar início ao processo. Apesar de a legitimidade do Ministério Público estar condicionada à presença de herdeiros incapazes (art. 616, VII do Novo CPC), existe corrente doutrinária que defende tal legitimidade em outras situações, desde que haja interesse público[44].

A petição inicial segue as exigências do art. 319 do Novo CPC, entendendo-se como peça indispensável à propositura da demanda a certidão de óbito (art. 615, parágrafo único, do Novo CPC) ou a declaração judicial que a substitua. Estando regular a petição inicial, o juiz nomeará o inventariante, que deverá prestar compromisso de bem e fielmente cumprir a inventariança por termo a ser lavrado nos autos. Da data em que prestar o compromisso, o inventariante tem prazo de 20 dias para apresentar as primeiras declarações, nos termos do art. 620, *caput*, do Novo CPC. O prazo pode ser prorrogado por requerimento do inventariante[45] ou mesmo de ofício pelo juiz, nos termos do art. 139, VI, do Novo CPC. Segundo o § 2.º do dispositivo ora analisado as primeiras declarações do inventariante podem ser prestadas mediante petição, firmada por procurador com poderes especiais, à qual o termo se reportará.

O art. 620, § 1º, do Novo CPC, sugere a necessidade de indicação de perito contador para levantar o balanço ou apurar haveres quando o autor da herança era comerciante em firma individual ou sócio de sociedade não anônima[46], sendo correto o entendimento de que a perícia só ocorra após a formação da relação jurídica processual, dando possibilidade de participação na prova pericial a todas as partes[47].

Entendo que a previsão expressa de que essa prova pericial se desenvolva incidentalmente é o suficiente para se afastar a remessa das partes às vias ordinárias, ainda quando a prova pericial for complexa. Nesse caso é impossível se aplicar o art. 612 do Novo CPC, já que esse dispositivo determina a necessidade de remessa das partes às vias ordinárias quando a questão fática depender de prova não documental, o que obviamente irá ocorrer na hipótese ora enfrentada, que exige a produção de prova pericial. Infelizmente não parece ser esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que não vê óbice ao juiz remeter as partes às vias ordinárias para a perícia prevista no § 1º do art. 620 do Novo CPC[48].

Após as primeiras declarações serão citados o cônjuge ou companheiro[49], os herdeiros, os legatários e, havendo o finado deixado testamento, o testamenteiro (art. 626 do Novo CPC), que formarão um *litisconsórcio necessário*. Os citados receberão cópia das primeiras declarações.

Segundo o art. 999, § 1.º, do CPC/1973, a citação das pessoas domiciliadas na comarca na qual tramitava a ação, ou que lá eram encontradas, seria realizada pessoalmente por oficial de justiça,

aplicando-se o art. 230 do CPC/1973 para comarcas contíguas e de fácil acesso ou da mesma região metropolitana. Ainda segundo o dispositivo legal, as pessoas domiciliadas em outra comarca ou no estrangeiro seriam citadas por edital, em regra criticável em razão do alto custo dessa forma de citação e da extrema insegurança que gera (será mesmo que alguém lê editais para saber se é réu numa ação de inventário?)[50]. Não obstante as fundadas críticas, o Supremo Tribunal Federal continuava a considerar o dispositivo constitucional[51], ainda que existisse decisão do Superior Tribunal de Justiça que determinava a citação por carta rogatória de legatários com endereço conhecido no exterior[52].

Nesse sentido deve ser efusivamente elogiado o § 1º do art. 626 do Novo CPC, segundo o qual as citações do cônjuge ou companheiro, dos herdeiros e dos legatários serão realizadas por correio, nos termos do art. 247 do Novo CPC, sendo publicado edital nos termos do art. 259, III, do Novo CPC. As citações serão acompanhadas de cópia das primeiras declarações (§ 3º do art. 626 do Novo CPC), incumbindo ao escrivão a remessa de cópias à Fazenda Pública, ao Ministério Público, ao testamenteiro, se houver, e aos advogados, se a parte já estiver representada nos autos (§ 4º do art. 626 do Novo CPC).

A Fazenda Pública e o Ministério Público, havendo herdeiro incapaz ou ausente, deverão ser intimados na pessoa de seu representante legal, e não citados como prevê o art. 626, *caput*, do Novo CPC, bem como receberão cópias das primeiras declarações.

Realizadas as citações e as intimações, abrir-se-á um prazo

comum de 15 dias para as partes se manifestarem sobre as primeiras declarações, nos próprios autos do inventário, aduzindo o art. 627 do Novo CPC ser cabível à parte:

(a) a alegação de erros, omissões e sonegação de bens;

(b) reclamação contra a nomeação do inventariante; e

(c) contestação da qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.

Para o caso de acolhimento de cada uma dessas matérias, o art. 627 do Novo CPC, em seus parágrafos, prevê uma consequência:

(i) determinação de retificação das declarações;

(ii) nomeação de outro inventariante, respeitando-se a ordem legal[53], sendo essa hipótese distinta daquela prevista no art. 622 do Novo CPC, que exige conduta apta à destituição, enquanto no art. 627, II, do Novo CPC a discussão se limita à inversão da ordem legal, falta de capacidade ou idoneidade para o exercício da função;[54]

(iii) resolução de controvérsia a respeito da qualidade de herdeiro, remetendo as partes às vias ordinárias se a questão exigir prova não documental, com o sobrestamento do inventário. A decisão tem natureza interlocutória, sendo recorrível por agravo de instrumento, nos termos do art. 1.105, parágrafo único, do Novo CPC.

Segundo o art. 629 do Novo CPC, no prazo de 15 dias após o decurso do prazo do art. 627, *caput*, do Novo CPC, caberá à Fazenda Pública informar ao juízo o valor dos bens de raiz descritos nas primeiras declarações, o que fará tomando como base os dados que constam de seu cadastro imobiliário. A manifestação tem interesse nitidamente fundado no cálculo de impostos, e por tal razão a melhor doutrina entende pela sua natureza imprópria[55], de forma que mesmo não havendo manifestação nesse momento procedimental a Fazenda Pública poderá divergir posteriormente do

valor indicado pelas partes ou obtido em avaliação.

Superada essa primeira fase procedimental, com a solução de qualquer oposição porventura oferecida, o juiz nomeará um perito para avaliar os bens do espólio, dando-se preferência ao avaliador judicial nas comarcas em que existir (art. 630 do Novo CPC). O trabalho pericial tem como objetivo mensurar corretamente o valor da herança e dos quinhões cabíveis aos herdeiros, além do eventual cálculo de imposto *causa mortis*.

O parágrafo único do art. 630 do Novo CPC cuida da hipótese em que a herança envolver estabelecimento ou quotas de sociedade empresária, quando a perícia será realizada obrigatoriamente por perito, mesmo que haja no foro avaliador judicial.

A avaliação dos bens do espólio deve seguir as regras procedimentais que versam sobre os requisitos da avaliação de bem penhorado em execução de pagar quantia certa. Também com relação à realização de segunda avaliação as regras são aquelas previstas para tal circunstância no processo de execução. Quanto à necessidade de segunda avaliação dos bens do espólio o Superior Tribunal de Justiça vai além das hipóteses previstas no art. 873 do Novo CPC, entendendo pelo seu cabimento também quando houver decorrido longo período de tempo da primeira avaliação[56].

A perícia será dispensada na hipótese de serem todos os herdeiros maiores e capazes e:

(a) a Fazenda Pública concordar expressamente com os valores indicados nas primeiras declarações (art. 633 do Novo CPC);

(b) os sucessores concordarem com os valores indicados pela Fazenda Pública; sendo a divergência parcial, a perícia terá como objeto somente a parcela controvertida (art. 634 do Novo CPC).

Realizada a avaliação, as partes serão intimadas para manifestação no prazo comum de 15 dias, sendo a previsão do art. 635, *caput*, do Novo CPC, de que tal prazo corre em cartório por ser comum às partes aplicável somente aos processos que tramitam em autos físicos, em que é possível a carga dos autos. O § 1º do art. 635 do Novo CPC prevê que versando a impugnação sobre o valor dado pelo perito, o juiz a decidirá de plano, à vista do que constar dos autos. O dispositivo legal sugere que versando a impugnação sobre outra matéria não caberá a decisão de plano, cabendo antes de sua prolação a oitiva das demais partes e do próprio perito para se manifestarem sobre a impugnação. Sendo a impugnação acolhida o juiz determinará, nos termos do § 2º do art. 635 do Novo CPC, a retificação da avaliação. Trata-se de decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único, do Novo CPC).

Aceito o laudo de avaliação ou resolvidas as impugnações, caberá ao inventariante prestar as últimas declarações, que poderão aditar, complementar ou emendar as primeiras declarações. Nas últimas declarações restará configurada definitivamente a herança a ser partilhada entre os herdeiros. As partes serão intimadas para manifestação em 15 dias (art. 637 do Novo CPC), cabendo ao juiz a solução de plano de eventuais controvérsias, por meio de decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento.

Após a oitiva das partes a respeito das últimas declarações,

proceder-se-á ao cálculo do imposto de transmissão *causa mortis* com base no valor dos bens na data da avaliação[57]. Realizado o cálculo, abrir-se-á um prazo de 5 dias sucessivo para as partes e depois para a Fazenda Pública, sendo a previsão do art. 638, *caput*, do Novo CPC, de que tal prazo corre em cartório por ser comum às partes aplicável somente aos processos que tramitam em autos físicos, em que é possível a carga dos autos; sendo acolhida alguma impugnação, os autos serão devolvidos ao contabilista para ratificações, declarando o juiz por decisão interlocutória, recorrível por agravo de instrumento, o valor do imposto[58].

Segundo entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, cabe ao próprio juiz do inventário, no momento de julgamento do cálculo do imposto, declarar eventual isenção em seu pagamento, razão pela qual cabe à parte interessada dirigir ao juízo do inventário o requerimento nesse sentido, a despeito da competência administrativa atribuída à autoridade fiscal pelo art. 179 do CTN[59].

Enquanto não homologado o cálculo do inventário sobre o qual incidirá a constituição definitiva do tributo serão incertos os valores inventariados sobre o qual incidirá o percentual de tributação, o que é relevante para fins de determinação do termo inicial do prazo decadencial de 5 anos previsto pelo art. 173 do CTN[60].

O art. 647, parágrafo único, do Novo CPC inova ao prever expressamente que o juiz poderá, em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos

de usar e fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro. E ainda prevê que, desde o deferimento do exercício dos direitos de usar e fruir do bem, cabem ao herdeiro beneficiado todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos.

Não resta dúvida a respeito da natureza interlocutória, recorrível por agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único, do Novo CPC), dessa decisão, mas sobram dúvidas a respeito de qual espécie de julgamento versa o dispositivo legal ora comentado. Não se trata de julgamento parcial de mérito porque o herdeiro recebe apenas o exercício dos direitos de usar e usufruir do bem, e não sua propriedade[61]. Por outro lado, embora se assemelhe a tutela provisória (da evidência, porque a lei não prevê o *periculum in mora* como requisito para sua concessão), parte da certeza de que o bem integra a cota do herdeiro beneficiado pela concessão da tutela, o que contraria o juízo de mera probabilidade típico das tutelas provisórias.

Deve ser prestigiado o entendimento doutrinário que em interpretação extensiva do art. 647, parágrafo único, do Novo CPC defende sua aplicação também ao legatário. Afinal, se o herdeiro, que tem mera expectativa de direito, pode ser contemplado com a antecipação de uso e fruição do bem, não teria qualquer sentido afastá-la de quem é proprietário do bem[62].

31.10. COLAÇÃO

Regulamentada pelo direito material (arts. 2.002 a 2.012 do

CC), a colação é instituto jurídico destinado a igualar as legítimas, obrigando os descendentes e donatários a trazer ao inventário os bens recebidos em doação. Como entre os herdeiros necessários não deve existir diversidade de quinhões, cumpre-se aditar no patrimônio do *de cujus*, no momento de seu falecimento, os bens objeto de doação em vida aos seus descendentes (art. 2.002 do CC). Até mesmo o herdeiro renunciante que foi excluído deverá trazer à colação os bens recebidos por doação (art. 640 do Novo CPC).

Tendo a colação como objetivo igualar as legítimas, com a conferência de bem objeto de doação ou de dote que receberam em vida do ascendente, já que nessa hipótese se presume o adiantamento de herança[63], a legitimidade ativa para a ação de sonegados é dos herdeiros necessários[64].

No prazo de 15 dias após a citação (art. 627 do Novo CPC), caberá ao donatário proceder à colação, objetivando a reconstituição do acervo hereditário para o fim de igualar as legítimas, que poderá ser realizada de duas formas:

(a) restituição dos bens ao acervo hereditário (colação *in natura*);

(b) soma do valor do bem quando este já não estiver em poder do donatário ou este não quiser dele se desfazer (colação por imputação do valor)[65].

Quanto ao valor dos bens, existe divergência entre o art. 2.004 do CC e o art. 639, parágrafo único, do Novo CPC; enquanto o primeiro estabelece que o valor será o determinado no ato de liberalidade, o segundo prevê que o cálculo será feito tomando-se por base o tempo de abertura da sucessão. Parece mais aceitável a

previsão processual, considerando-se a natural desvalorização do bem quando o cálculo é realizado à época da liberalidade[66]. O Superior Tribunal de Justiça já permitiu a realização de perícia nas doações e no testamento para apuração do valor atual do patrimônio do espólio e da legítima[67].

Segundo o art. 641 do Novo CPC, caso o herdeiro não realize espontaneamente a colação, o juiz ouvirá as partes no prazo comum de 15 dias e decidirá no próprio inventário, salvo na hipótese de matérias que exijam a produção de prova não documental, hipótese em que o juiz remeterá as partes às vias ordinárias, ficando o herdeiro obstado a receber seu quinhão hereditário sem a prestação de caução correspondente ao valor dos bens sobre que versar a conferência (art. 641, § 2.º, do Novo CPC). Sendo decidido no próprio inventário e declarada improcedente a oposição por decisão interlocutória, recorrível por agravo de instrumento, o juiz determinará um prazo improrrogável de cinco dias para que o herdeiro realize a conferência. Resistindo à determinação judicial, caberá a decretação do sequestro dos bens se o herdeiro ainda os possuir ou, caso contrário, o juiz ordenará que o valor seja imputado ao quinhão do donatário (art. 641, § 1.º, do Novo CPC).

Nos termos do art. 641, § 2º, do Novo CPC, se a matéria exigir dilação probatória diversa da documental, o juiz remeterá as partes às vias ordinárias, não podendo o herdeiro receber o seu quinhão hereditário, enquanto pender a demanda, sem prestar caução correspondente ao valor dos bens sobre os quais versar a conferência. Trata-se da chamada ação de sonegados, que tem prazo prescricional de 20 anos a ser contado do registro do ato jurídico

impugnado[68].

O Superior Tribunal de Justiça entende cabível o ajuizamento da ação de sonegados quando não trazidos à colação os numerários doados pelo pai a alguns dos herdeiros para a aquisição de bens imóveis, quando a sonegação será dos valores, e não dos bens imóveis, em ação de natureza real que afasta a necessidade de formação de litisconsórcio entre cônjuges[69].

O direito à colação dos bens em proveito de herdeiros necessários subsiste diante da partilha amigável em processo de inventário no qual foi omitida a declaração de bens doados inoficiosamente[70].

31.11. SONEGAÇÃO

Ocorre sonegação quando um herdeiro maliciosamente oculta um bem do inventário ou da colação, ato que naturalmente gera um prejuízo aos demais herdeiros. Como lembra a melhor doutrina, para a configuração da pena de sonegados impõe-se a presença de dois elementos:

(a) um objetivo, representado pela ocultação de bens;

(b) e outro subjetivo, representado pela intenção de prejudicar do ocultador[71].

Há certo debate doutrinário a respeito do ônus da prova desses elementos, ao menos no tocante ao elemento subjetivo. A doutrina majoritária corretamente entende que não existe nenhum motivo para a inversão do ônus da prova nesse caso, com a criação de uma

presunção relativa derivada da ocultação de bens, cabendo à parte que alega ter ocorrido fraude e má-fé[72].

A sanção ao sonegador é a perda do direito sucessório sobre o objeto sonegado ou, se o bem não estiver mais em seu poder, terá que pagar ao espólio o valor acrescido de perdas e danos. Tratando-se do inventariante, além dessa sanção, será removido da inventariança, que só poderá ocorrer após a apresentação das últimas declarações, porque até esse momento a lei permite a indicação do bem (art. 636 do Novo CPC).

Para parcela da doutrina, a pena de sonegação não pode ser aplicada incidentalmente no processo de inventário, exigindo sentença a ser proferida em processo autônomo, para o qual tem legitimidade qualquer dos herdeiros[73]. Outra parcela entende que a sonegação do inventariante pode ser declarada incidentalmente, mas a praticada por herdeiro exige ação autônoma[74]. Outra parcela entende que, não sendo necessária maior dilação probatória, a sonegação pode ser reconhecida incidentalmente[75]. Finalmente, uma quarta corrente doutrinária afirma que a alegação de sonegação de bens pode ser realizada no próprio processo de inventário e partilha, e, sendo o bem apresentado, devem ser aditadas as declarações, sendo indispensável a ação autônoma somente quando persistir a recusa em apresentar o bem[76].

31.12. PAGAMENTO DAS DÍVIDAS

As dívidas não desaparecem com a morte, sendo transferidas aos herdeiros do devedor, que responderão por elas nos limites da

herança. Verificada a partilha, o credor deverá ingressar com uma demanda contra os herdeiros, nos limites de seus quinhões. Invariavelmente é mais interessante ao credor receber do espólio, sem se voltar individualmente contra cada qual dos herdeiros, o que, entretanto, só poderá ocorrer antes da partilha.

Aduz o art. 642 do Novo CPC que os credores poderão antes da partilha peticionar no processo de inventário, comprovando por prova literal a dívida (prova documental), sendo tal petição autuada em apenso. Admitem-se dívidas vencidas ou ainda não vencidas, hipótese na qual o pagamento só será realizado após o vencimento, reservando-se para tanto a separação de bens suficientes para a satisfação do direito do credor (art. 644 do Novo CPC). O § 5º do art. 642 do Novo CPC prevê que os donatários serão chamados a pronunciar-se sobre a aprovação das dívidas sempre que houver possibilidade de resultar delas a redução das liberalidades.

Havendo a concordância das partes com o pedido de pagamento, o juiz habilitará o credor, determinando a separação de dinheiro para o pagamento ou, em sua falta, de bens suficientes para a satisfação do direito do credor, que serão alienados pelas formas previstas de expropriação de bens (art. 642, § 3.º, do Novo CPC). A adjudicação dependerá de pedido do credor e concordância dos credores (art. 642, § 4.º, do Novo CPC).

Não havendo a concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, o pedido será remetido às vias ordinárias, reservando-se em poder do inventariante bens suficientes para o pagamento do credor desde que a dívida conste de documento que comprove suficientemente a obrigação e a

impugnação não esteja fundada na quitação (art. 643, parágrafo único, do Novo CPC).

31.13. HERDEIRO PRETERIDO

É possível que um herdeiro tenha sido preterido, ou seja, tenha sido indevidamente deixado de fora do rol de herdeiros. Tomando conhecimento da existência do inventário, poderá pedir seu ingresso por meio de mera petição, desde que o faça até a partilha. Há, portanto, uma preclusão temporal para o pedido previsto no art. 628, *caput*, do Novo CPC.

Caso o sujeito só tenha conhecimento da demanda após a partilha, poderá ingressar com ação ordinária contra os herdeiros aquinhoados e pedir a anulação da partilha nos termos dos arts. 657 a 658 do Novo CPC[77].

Nos termos do art. 628, § 1º, do Novo CPC, as partes deverão ser intimadas a respeito do pedido do terceiro no prazo de 15 dias, e somente depois do decurso desse prazo decidido o pedido pelo juiz. A decisão será interlocutória, qualquer que seja seu conteúdo, recorrível por agravo de instrumento nos termos do art. 1.015, parágrafo único, do Novo CPC.

Parece indiscutível que somente o deferimento do pedido prejudica as partes, porque com o ingresso do herdeiro preterido haverá mais sujeitos a partilhar a herança. Nesse sentido deve ser aplicado o art. 9º, *caput*, do Novo CPC, que admite decisão sem a oitiva das partes quando ela as beneficiar, de forma que o juiz poderá indeferir pedido manifestamente incabível sem atentar para

a exigência prevista no art. 628, § 1º, do Novo CPC.

Questão interessante se coloca na hipótese de todos os herdeiros presentes no processo concordarem expressamente com o pedido do terceiro. Poderá o juiz indeferir o pedido caso entenda que o terceiro não tem a qualidade de terceiro? Entendo que a qualidade de herdeiro envolve a legitimidade de participar do processo, de forma que mesmo havendo anuência expressa de todos os herdeiros caberá o indeferimento do pedido caso o juiz entenda faltar ao terceiro essa legitimidade para participar do processo de inventário.

Segundo o art. 628, § 2º, do Novo CPC, a decisão interlocutória sobre o pedido do terceiro que se diz herdeiro preterido no próprio inventário depende de os fatos envolvidos na controvérsia poderem ser provados por meio de prova exclusivamente documental. Acredito que também a prova documentada, ou seja, a prova oral materializada em termo de audiência (prova emprestada ou prova produzida antecipadamente) pode servir de base para tal decisão.

Caso a questão controvertida exija produção de prova de outra natureza o juiz, por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único, do Novo CPC), remeterá o requerente às vias ordinárias. Nos termos do art. 628, § 2º, do Novo CPC, ao fazê-lo o juiz deverá reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida sobre sua intervenção no processo. Antiga decisão do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, entende que a reserva não é automática, porque tendo natureza cautelar, caberá ao terceiro que

de diz herdeiro preterido a comprovação do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*[78].

31.14. PARTILHA

Como afirmado anteriormente, o processo de inventário e partilha é composto de duas fases procedimentais sucessivas. Após o encerramento da fase procedimental correspondente ao inventário, em regra passa-se à fase que corresponde à partilha, com procedimento regulado nos arts. 647 a 658 do Novo CPC. Excepcionalmente não haverá a fase de partilha, considerando-se a possibilidade de existir um único titular ao recebimento da herança, hipótese na qual os bens lhe serão imediatamente adjudicados ao final do inventário[79].

Existem três espécies de partilha: *amigável*, *judicial* e *em vida*. Sempre que existir acordo entre todos os sucessores, a partilha será amigável, podendo ser realizada administrativamente, nos termos do art. 610 do Novo CPC, ou por acordo extrajudicial levado à homologação judicial, sendo que, se já houver processo em trâmite, caberá ao juiz homologá-la por sentença. A partilha em vida não pode prejudicar a legítima dos herdeiros necessários, salvo essa vedação legal, sendo admissível à pessoa viva a repartição de seus bens entre os descentes, por ato entre vivos (doação) ou de última vontade (testamento). A partilha judicial resolve-se por sentença quando existe divergência entre os sucessores, cabendo analisar o seu procedimento.

Segundo previsão do art. 647, *caput*, do Novo CPC, encerrada a fase de inventário, o juiz intimará as partes para que formulem

pedido de quinhão no prazo comum de 15 dias. Nesse momento cabe às partes indicarem os bens que mais lhes interessam para fazerem parte de seu quinhão.

Transcorrido esse prazo, com ou sem a manifestação das partes, proferirá o juiz a decisão de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devem constituir o quinhão de cada herdeiro e legatário, levando sempre em conta as três tradicionais regras que regulam a partilha: igualdade, comodidade e prevenção de litígios. Diferente do art. 1.022 do CPC/1973, que previa expressamente um prazo de 10 dias para prolação da decisão, o art. 647, *caput*, do Novo CPC não traz qualquer prazo, mas, tratando-se de decisão interlocutória, o prazo continua a ser de 10 dias, nos termos do art. 226, II, do Novo CPC. Trata-se de prazo impróprio.

Caberá ao juiz nesse momento procedimental decidir sobre a necessidade de alienação de bens para pagamento de dívidas do espólio ou para a partilha do preço na hipótese de bens insuscetíveis de divisão cômoda e não comportáveis no quinhão do sucessor ou do cônjuge sobrevivente. Nesse caso, admite-se que um dos interessados adjudique o bem, repondo aos demais em dinheiro o valor que exceder sua cota, havendo licitação quando existir mais de um interessado na adjudicação[80].

Na vigência do art. 1.022 do CPC/1973 havia polêmica doutrinária a respeito da natureza jurídica desse pronunciamento. Para parcela doutrinária o dispositivo legal acertava ao apontar o termo “despacho”, considerando-o ato de mero impulso oficial, sem

conteúdo decisório, que somente estaria presente na homologação da divisão dos bens[81]. Parecia mais correto, entretanto, entender o pronunciamento como uma decisão interlocutória, recorrível por agravo de instrumento[82], considerando-se que, se não era a decisão definitiva a respeito da partilha, desenvolvia importante função de determinação inicial dos termos da futura partilha, que poderia afetar todo o desenvolvimento subsequente, sendo possível que gerasse prejuízo às partes, que poderiam assim recorrer para inverter sua sucumbência. O art. 647, *caput*, do Novo CPC acaba com a polêmica ao prever expressamente tratar-se de decisão o pronunciamento que delibera sobre a partilha.

O art. 648 do Novo CPC traça regras objetivas para tal ato processual: a máxima igualdade possível, seja quanto ao valor, seja quanto à natureza e à qualidade dos bens, em regra já prevista no art. 2.017 do CC (I); a prevenção de litígios futuros (II); e a máxima comodidade dos coerdeiros, do cônjuge ou do companheiro, se for o caso (III).

O primeiro requisito, de máxima igualdade possível, é até mesmo intuitivo. Mas essa igualdade não significa que os quinhões devam ser idênticos, nem mesmo quando ao valor, ainda que nesse caso não seja conveniente grandes disparidades. Conforme ensina a melhor doutrina, trata-se de igualdade material, devendo outros aspectos além do valor dos bens serem levados em conta na divisão dos quinhões, tais como a liquidez, a perspectiva de valorização, a localização, a utilidade para o herdeiro etc.[83]

Também cabe ao juiz a prevenção de litígios futuros, devendo,

dentro da possibilidade do caso concreto, evitar partilhas que instituam servidões ou que tornem condôminos herdeiros que estejam em situação conflituosa, o que se poderá perceber pela postura adotada por eles durante o processo. O termo litígio foi utilizado no sentido vulgar, de forma que a partilha deve evitar futuros conflitos, ainda que não transformados em litígios (aqui entendidos como ações judiciais), como na hipótese de imóveis vizinhos serem destinados a herdeiros que durante todo o processo demonstram sua animosidade recíproca.

Por fim, mas não menos importante, a comodidade dos coerdeiros, do cônjuge e do companheiro deve ser considerada pelo juiz na partilha. Trata-se de elemento associado à utilidade do bem para cada herdeiro, não tendo sentido, por exemplo, ficar no quinhão de herdeiro imóvel já ocupado por outro.

O art. 649 do Novo CPC prevê que os bens insuscetíveis de divisão cômoda que não couberem na parte do cônjuge ou companheiro supérstite ou no quinhão de um só herdeiro serão licitados entre os interessados ou vendidos judicialmente, partilhando-se o valor apurado, salvo se houver acordo para que sejam adjudicados a todos. O dispositivo tenta, assim, evitar a formação de condomínio entre os herdeiros. Trata-se de norma já consagrada no art. 2.019 do CC.

Registre-se que, mesmo que sendo construído em sentido contrário à literalidade do dispositivo legal ora comentado, deve ser prestigiado entendimento doutrinário no sentido de que a adjudicação não precisa ocorrer para todos os herdeiros, porque havendo consenso entre alguns deles, não haverá empecilho lógico

ou jurídico para a formação de condomínio entre eles[84].

Ainda que a personalidade civil comece apenas após o nascimento com vida (art. 2º, do CC), o nascituro tem direitos sucessórios, desde que tenha sido concebido antes do falecimento do autor da herança (art. 1.798, do CC). Para tal circunstância o art. 650 do Novo CPC prevê que, se um dos interessados for nascituro, o quinhão que lhe caberá será reservado em poder do inventariante até o seu nascimento.

Os autos serão encaminhados ao partidor do juízo para organizar o esboço da partilha de acordo com a decisão de deliberação da partilha, observando nos pagamentos a seguinte ordem lógica:

(I) dívidas atendidas;

(II) meação do cônjuge;

(III) meação disponível;

(IV) quinhões hereditários, a começar pelo coerdeiro mais velho, o que, entretanto, não significa qualquer hierarquia ou preferência entre os herdeiros.

Aduz o art. 652 do Novo CPC que as partes serão intimadas para se manifestarem sobre o esboço de partilha no prazo comum de 15 dias e, apesar da omissão legal, nesse momento também devem ser ouvidos a Fazenda Pública e o Ministério Público, quando este funcionar no processo[85]. As manifestações podem versar sobre qualquer questão relacionada à partilha, em especial o descumprimento do previsto no art. 648 do Novo CPC. Não havendo reclamações, a partilha será lançada nos autos; havendo reclamações, o juiz as decidirá e lançará a partilha nos autos, sendo

em ambos os casos o pronunciamento do juiz uma decisão interlocutória, recorrível por agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, parágrafo único, do Novo CPC. Da partilha constarão um auto de orçamento e uma folha de pagamento para cada parte, nos termos do art. 653 do Novo CPC.

Conforme previsão do art. 654 do Novo CPC, sendo provada a inexistência de débitos tributários (juntada aos autos de certidão ou informação negativa da dívida para com a Fazenda Pública), em especial a prova de pagamento de imposto de transmissão a título de morte, o juiz julgará a partilha. O dispositivo vem ao encontro do art. 192 do CTN.

Como se pode notar da mera leitura do dispositivo legal, o pagamento do imposto sobre transmissão *causa mortis* é condição essencial à prolação da sentença de partilha, mas o procedimento pode seguir normalmente até esse momento mesmo sem tal pagamento ou a sua comprovação. Trata-se, portanto, de hipótese de suspensão imprópria do processo.

Nos termos do parágrafo único do dispositivo ora analisado, mesmo havendo dívida para com a Fazenda Pública não se impedirá o julgamento da partilha, desde que o seu pagamento esteja devidamente garantido. Apesar da omissão legal, também não deve ser proferida a sentença se for apresentada certidão tributária positiva com efeitos de negativa[86].

Apesar de a sentença homologar a partilha lançada nos autos, não se trata de sentença meramente homologatória, porque a partilha foi resultado de processo contencioso, tendo sido objeto de

decisão do juiz, e não de acordo de vontade entre as partes[87].

Não resta dúvida de que a partir do momento da morte do *de cujus* os herdeiros e sucessores já passam a ser donos dos bens referentes aos seus quinhões hereditários. Essa constatação poderia dar a falsa impressão de que a sentença tem natureza meramente declaratória, limitando-se a afastar a incerteza jurídica quanto à definição de quais bens são de cada um dos sucessores. A sentença, entretanto, vai além da mera declaração, tendo natureza constitutiva, criando uma nova situação jurídica dos bens pertencentes à herança, fazendo cessar a indivisão patrimonial decorrente da morte do *de cujus*[88].

A sentença é recorrível por apelação[89] e após o trânsito em julgado os herdeiros receberão os bens e o formal de partilha, nos termos do art. 655 do Novo CPC. O *formal de partilha* é título suficiente para a transcrição no Registro Imobiliário, valendo também como título executivo judicial entre os herdeiros, sucessores e inventariante (art. 515, IV, do Novo CPC) para exigir o cumprimento de obrigações de pagar e entregar coisa. Na hipótese de bens de pequeno valor, considerados pelo parágrafo único do art. 655 do Novo CPC como aqueles que não excederem a 5 vezes o salário mínimo, não haverá expedição de formal de partilha, mas de mera certidão, que terá os mesmos efeitos materiais do formal.

Com o trânsito em julgado da sentença da partilha o espólio será extinto, também sendo extinta a figura do inventariante, cabendo a cada herdeiro defender em juízo e fora dele apenas os bens pertencentes a seu quinhão.

Mesmo depois de transitada em julgado a sentença da partilha, o art. 656 do Novo CPC admite a sua emenda para corrigir erro de fato na descrição dos bens, desde que com isso concordem todos os herdeiros. No mesmo dispositivo legal existe previsão expressa da possibilidade de o juiz corrigir, de ofício ou a requerimento das partes, as inexatidões materiais da sentença. Com a emenda da sentença é natural que também seja emendado o formal ou a certidão de partilha. A emenda da sentença de partilha já transitada em julgado não pode gerar alteração substancial de seu conteúdo, em respeito ao trânsito em julgado[90].

Seguindo as previsões dos arts. 657 e 658 do Novo CPC, a doutrina entende que a ação cabível para a desconstituição da sentença de partilha já transitada em julgado depende da espécie de partilha:

(a) tendo sido partilha amigável, a sentença meramente homologatória do acordo de vontade das partes será desconstituída por meio de ação anulatória, nos termos do art. 657 do Novo CPC;

(b) tendo sido a partilha judicial, a sentença que homologou a partilha será desconstituída após o trânsito em julgado por meio de ação rescisória, nos termos do art. 658 do Novo CPC.

O prazo para o ingresso da ação anulatória é de um ano. Sendo o direito de anular a sentença um direito potestativo, é indiscutível a natureza decadencial desse prazo[91]. Todos os sujeitos que participaram do processo de inventário e partilha têm legitimidade para a ação anulatória, devendo formar um *litisconsórcio passivo necessário* entre todos os demais sujeitos que participaram de tal processo e foram contemplados pela partilha[92], sendo o cônjuge

sobrevivente parte ilegítima para esse processo porque a meação não integra a herança propriamente dita[93].

Apesar de os incisos do parágrafo único do art. 657 do Novo CPC preverem como causa de pedir da ação anulatória apenas a coação (I), o erro e o dolo (II), também caberá a alegação dos vícios previstos nos arts. 156 e 157 do CC (estado de perigo e lesão)[94]. Além desses vícios do consentimento, poderá o autor alegar quanto ao incapaz, sua incapacidade (III). Na realidade deve ser aplicado ao caso o disposto no art. 2.027 do CC, que prevê ser anulável a partilha pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos.

Com relação ao tema há dois acertados Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): n. 137: "Contra sentença transitada em julgado que resolve partilha, ainda que homologatória, cabe ação rescisória"; n. 138: "A partilha amigável extrajudicial e a partilha amigável judicial homologada por decisão ainda não transitada em julgado são impugnáveis por ação anulatória".

A ação de petição de herança acarreta a nulidade da partilha realizada, com a consequente desconstituição da sentença, mesmo que transitada em julgado. O herdeiro que não tenha participado do processo de inventário e partilha não está sujeito à coisa julgada, tendo prazo prescricional de 20 anos para ingressar com ação de petição de herança[95], que uma vez julgada procedente gerará uma retificação da partilha já realizada. Segundo a melhor doutrina, adquirentes de boa-fé serão preservados na hipótese de adquirirem

bens de herdeiros que posteriormente sejam declarados de propriedade do autor vitorioso da ação de petição de herança[96].

Na hipótese de sobrepartilha, não haverá anulação da partilha já realizada, mas uma nova partilha, a ser realizada no mesmo processo da anterior[97]. Segundo o art. 669 do Novo CPC, ficam sujeitos à sobrepartilha:

> (I) os bens sonegados;
>
> (II) os bens desconhecidos ao tempo da partilha;
>
> (III) os bens litigiosos ou de liquidação difícil ou morosa.
>
> (IV) os bens situados em lugar remoto da sede do juízo onde se processa o inventário.

Mesmo tendo sido a partilha concretizada judicialmente, é cabível a realização de sobrepartilha extrajudicialmente, desde que sejam respeitados os requisitos legais, nos termos do art. 610 do Novo CPC[98]. Havendo acordo entre todos os herdeiros a respeito da sobrepartilha, caberá ao juiz simplesmente homologar o acordo de vontades[99].

32. EMBARGOS DE TERCEIRO

Sumário: 32.1. Conceito – 32.2. Legitimação: 32.2.1. Legitimidade ativa – a condição de "terceiro"; 32.2.2. Legitimação passiva – 32.3. Competência – 32.4. Prazo para propositura dos embargos de terceiro – 32.5. Procedimento.

32.1. CONCEITO

Os embargos de terceiro são ação de conhecimento de rito especial sumário, de que dispõe o terceiro ou a parte a ele equiparada, sempre que sofra uma constrição de um bem do qual tenha posse (como senhor ou possuidor) em razão de decisão judicial proferida num processo do qual não participe. O objetivo da ação de embargos de terceiro é desconstituir a constrição judicial com a consequente liberação do bem. Também pode ser utilizada preventivamente, com o propósito de evitar a realização da constrição[100], conforme expressa previsão do art. 674, *caput*, do Novo CPC.

A responsabilidade patrimonial, como regra geral, recai sobre as partes que participam da relação jurídica processual, sendo apenas de forma excepcional permitido ao juiz que determine a constrição patrimonial daquele que não participou do processo (art. 790 do Novo CPC). Sempre que a regra geral for desrespeitada e não se verificar um dos casos de exceção, ou seja, não ser parte tampouco ter qualquer responsabilidade pelo cumprimento da

obrigação, o terceiro poderá ingressar com a ação de embargos de terceiro com o exclusivo objetivo de afastar a constrição judicial já existente ou evitar que iminente constrição se realize.

Por constrição judicial entende-se o ato judicial por meio do qual o terceiro sofre alguma espécie de restrição de algum bem de seu patrimônio. Tradicionais exemplos de constrição judicial constavam do rol exemplificativo do art. 1.046, *caput*, do CPC/1973: penhora, arresto, sequestro, busca e apreensão, imissão na posse etc. O rol, provavelmente em razão de sua natureza exemplificativa, não consta do Novo Código de Processo Civil, mas ainda assim os exemplos previstos no revogado art. 1.046, *caput* do CPC/1973 continuam a ensejar o cabimento de embargos de terceiro.

Tais atos de apreensão judicial, apesar de seu nítido caráter executivo, podem ocorrer em qualquer espécie de processo, não sendo exclusivos da execução[101]. O que importa é a constrição judicial, chamada também por parte da doutrina de "esbulho judicial", ato que pode ocorrer a qualquer momento e em qualquer espécie de processo.

São inconfundíveis os embargos de terceiro e as ações possessórias: enquanto nos embargos de terceiro o ato de esbulho advém de uma ordem judicial, cumprida pelo oficial de justiça, nas ações possessórias a agressão à posse é praticada sem nenhum respaldo jurisdicional, por particulares ou entes estatais (o Estado também pode ser esbulhador), sem nenhuma ordem judicial que a justifique[102].

Também são inconfundíveis os embargos de terceiro e a oposição, considerando-se que na oposição o terceiro ingressa em demanda já formada entre autor e réu buscando obter para si o direito ou a coisa discutida, excluindo assim a pretensão de ambas as partes do processo principal. A característica marcante dessa espécie de intervenção de terceiro é a necessidade que o opoente tem de discutir o direito material objeto da ação principal, já que somente assim convencerá o juiz de suas razões. Na oposição, a opoente tem um necessário interesse na solução da demanda principal, visto que busca demonstrar que nenhum dos sujeitos (autor e réu) merece receber a tutela jurisdicional invocada. Já nos embargos de terceiro o embargante não tem nenhum interesse na solução final da ação principal, visto que para ele pouco importa quem é o titular do direito material debatido em tal ação. A vitória do autor ou do réu é simplesmente indiferente para o embargante, que não objetiva com os embargos de terceiro discutir o direito material que é objeto da ação principal, mas exclusivamente retirar a constrição judicial ilegal. O objetivo único e exclusivo do embargante não é provar ao juiz que nem autor nem réu são titulares do direito discutido na ação principal, até mesmo porque tal direito simplesmente não lhe diz respeito e, portanto, não lhe interessa, e sim fazer cessar a constrição judicial que surgiu por ordem emanada do processo principal[103].

32.2. LEGITIMAÇÃO

32.2.1. LEGITIMIDADE ATIVA – A CONDIÇÃO DE "TERCEIRO"

Aduz o art. 647, *caput*, do Novo CPC que a legitimidade ativa

dos embargos de terceiro é do terceiro – entendido como o sujeito que não faz parte da relação jurídica processual tampouco tem responsabilidade patrimonial – que sofra constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo.

Conforme era previsto pelo art. 1.046, § 1.º, do CPC/1973, independentemente da natureza do direito sobre a coisa, a legitimidade ativa dependia da posse do bem, ou seja, o proprietário não possuidor não tinha legitimidade ativa nos embargos de terceiro[104]. Registre-se, entretanto, a existência de corrente doutrinária que defendia a possibilidade de proprietário não possuidor ingressar com embargos de terceiro[105]. Essa realidade é modificada pelo § 1º do art. 674 do Novo CPC, que prevê que os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor.

Questão recorrente em nossos tribunais é a da legitimidade do promissário comprador de imóvel para ingressar com os embargos de terceiro, desde que devidamente imitido na posse. Atualmente prevalece em sede jurisprudencial entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça de que "é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro"[106]. Parcela da doutrina afirma que a aplicabilidade do entendimento sumulado limita-se ao ato de constrição fundado em direito pessoal, considerando-se que, na hipótese de execução hipotecária, a posse meramente contratual não é suficiente para afastar a constrição judicial[107]. Parece, entretanto, que essa é

matéria de mérito dos embargos e não deve ser tratada à luz das condições da ação.

Atente-se que, ao apontar como legitimado para ingressar com os embargos de terceiro o sujeito que não faz parte da relação jurídica processual, entende-se que esse "terceiro" é o sujeito que não pode sofrer os efeitos do processo do qual surgiu a ordem de constrição patrimonial, porque o objeto desse processo não diz respeito ao direito material do qual seja titular. O assistente simples, por exemplo, participa do processo e ainda assim tem legitimidade para ingressar com os embargos de terceiro[108], bem como o substituto processual, que litiga em nome próprio direito alheio[109]. Nesses casos, apesar de participarem do processo, a eficácia do julgado não pode atingi-los, visto que os mesmos não estão em juízo defendendo direito próprio, o que lhes dá legitimidade para a propositura dos embargos de terceiro.

O § 2º do art. 647 do Novo CPC prevê quatro hipóteses de sujeitos que são considerados terceiros para fins de ajuizamento dos embargos de terceiro.

No inciso I está prevista a legitimidade ativa do cônjuge ou companheiro quando defende a posse de bens próprios ou de sua meação. Conforme já amplamente analisado no Capítulo 45, item 45.6.3., o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo cabível o ingresso de embargos de terceiro e os embargos à execução pelo cônjuge ou companheiro não devedor. Sendo penhorado o imóvel, o cônjuge será necessariamente intimado (art. 842 do Novo CPC), podendo ingressar tanto com a defesa típica de terceiro na defesa de

sua meação, como com defesa típica de devedor.

Nesse caso, será discutido nos embargos de terceiro se a dívida contraída pelo cônjuge devedor beneficiou o casal ou a família. Convencido o juiz de que houve tal benefício, julgará improcedentes os embargos em razão da responsabilidade patrimonial secundária do cônjuge não devedor; caso contrário, julgará procedentes os embargos e preservará a meação do cônjuge não devedor. O Superior Tribunal de Justiça entende que nesse caso o ônus da prova é do credor, salvo na hipótese de aval concedido pelo cônjuge devedor, hipótese na qual caberá ao cônjuge não devedor demonstrar que a dívida não reverteu em benefício do casal ou da família[110].

Registre-se que, em razão do disposto no art. 843, § 2º, do Novo CPC, os embargos de terceiro nesse caso têm uma importante singularidade: não retiram a constrição judicial sobre o bem, que será normalmente alienado judicialmente; o que se obtém pelos embargos de terceiro é somente metade do valor da avaliação do bem após sua alienação.

Esse é a única hipótese de legitimidade ativa prevista pelo § 2º do art. 674 do Novo CPC de sujeito que, apesar de ser parte – o cônjuge ou companheiro intimados da penhora do imóvel passam a ser litisconsortes passivos ulteriores do cônjuge ou companheiro devedor – tem legitimidade para ingressar com embargos de terceiro.

O Novo Código de Processo Civil não repete a regra consagrada no revogado art. 1.046, § 2.º, do CPC/1973, que

equiparava ao terceiro a parte que, figurando no processo, defendia bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade de os possuir, não poderiam ser atingidos pela apreensão judicial. Seria o caso, por exemplo, do locatário, que, executado, vê penhorado bem que lhe fora dado em locação, ou do devedor fiduciante que teve constrito judicialmente o bem alienado fiduciariamente[111]. Não compreendo porque o novo diploma processual deixa de consagrar esses casos especiais de sujeitos que, apesar de serem partes no processo, ainda assim têm legitimidade para ingressar com os embargos de terceiro.

Os três últimos incisos do art. 674 do Novo CPC preveem sujeitos que são efetivamente terceiros como legitimados para a propositura dos embargos de terceiro.

O inciso II prevê como legitimado ativo o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação realizada em fraude à execução. O § 4.º do art. 792 do Novo CPC prevê que, antes de ser declarada a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 dias. O inciso ora analisado parece apenas confirmar a legitimidade nesse caso para viabilizar o cumprimento do art. 792, § 4º do Novo CPC, mas não resta muita dúvida de que o adquirente de bem em fraude à execução é um terceiro, porque o juiz não o intimará para se manifestar no processo sobre o pedido de fraude à execução, o que o tornaria parte no processo, e sim para a oposição de embargos de terceiro com natureza preventiva.

No inciso III do artigo ora analisado há previsão de legitimidade ativa do sujeito que sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte. Nesse caso o sujeito será um terceiro tanto em relação ao processo em que se deu a constrição judicial quanto naquele em que houve a desconsideração da personalidade jurídica. E se não fez parte do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, não teve responsabilidade patrimonial secundária reconhecida, não podendo ter bens de seu patrimônio constritos judicialmente.

O último inciso do dispositivo prevê a legitimidade do credor com garantia real para obstar expropriação judicial do objeto de direito real de garantia, caso não tenha sido intimado, nos termos legais dos atos expropriatórios respectivos.

Apesar de o bem gravado por garantia real ser penhorável, existem algumas condições específicas que visam proteger o credor hipotecário ou pignoratício, em razão de sua preferência sobre o credor quirografário. Segundo a previsão legal contida no art. 799, I, do Novo CPC, o credor com garantia real deve ser intimado da penhora que incide sobre o bem objeto da hipoteca, penhor ou anticrese. Uma vez intimado da penhora, o credor – terceiro em relação à execução – pode evitar a expropriação do bem dado em "garantia real" por meio da interposição dos embargos de terceiro.

Nesse caso específico de embargos de terceiro há uma limitação das matérias a serem alegadas pelo embargado em sua defesa (art. 680 do Novo CPC), sendo que a melhor doutrina e jurisprudência entendem que a única forma de o credor hipotecário

ou pignoratício impedir a execução alheia sobre sua garantia real é comprovar que existem outros bens que possam responder pela obrigação quirografária[112]. Observe-se que o termo “insolvência”, utilizado no dispositivo legal, não se condiciona exclusivamente à sentença de falência ou de insolvência civil, bastando para tanto a comprovação de não existirem outros bens para satisfazer o direito do credor[113].

A conclusão é que, sendo demonstrado em sede de embargos de terceiro que existem outros bens do devedor livres, desembaraçados e suficientes para a satisfação do credor, a constrição judicial será realizada sobre eles, e não sobre a garantia real do terceiro. Nesse caso os embargos de terceiro serão julgados procedentes, com a liberação da constrição judicial. Não localizados outros bens, entretanto, os embargos de terceiro serão julgados improcedentes e o bem objeto da constrição judicial será normalmente levado a leilão judicial preservando o credor hipotecário ou pignoratício a sua preferência, o que será pleiteado junto ao juízo no qual tramita a execução.

Registre-se que o simples fato de ser um terceiro e ter seu bem constrito judicialmente não dá legitimidade ao sujeito a propor embargos de terceiro. De fato são terceiros, uma vez que não participam do processo, mas lhes falta legitimidade para a propositura dos embargos. Tal situação se verifica nos casos expressamente previstos em lei de responsabilidade patrimonial de terceiros (art. 790 do Novo CPC), assunto devidamente tratado no Capítulo 45, item 45.6. A mera circunstância de serem terceiros no sentido processual (não serem partes do processo) não os legitima

aos embargos de terceiro porque seus patrimônios respondem pela obrigação discutida na demanda.

32.2.2. LEGITIMAÇÃO PASSIVA

Nos termos do art. 677, § 4.º, do Novo CPC, será legitimado passivo o sujeito a quem o ato de constrição aproveita. Também o será seu adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem para a constrição judicial.

A regra fundamental para a determinação da legitimação passiva é aquela que indica o polo ativo da demanda donde surgiu a apreensão judicial, levando-se em consideração que a ordem do juiz para a constrição judicial ocorre ou deriva de uma satisfação do direito do autor/exequente (conhecimento e execução) ou de garantia dessa satisfação do requerente (cautelar)[114]. Justifica-se o entendimento porque a decisão judicial de constrição só é proferida em razão da provocação inicial do demandante, que originariamente será sempre responsabilizado pelo ato de constrição que atinja bem de terceiro.

É preciso observar, entretanto, que em determinadas situações a apreensão judicial é resultado direto da indicação de bem feita pelo sujeito que compõe o polo passivo da demanda. Basta pensar numa execução na qual o executado oferece bem de terceiro à penhora, não podendo ser o exequente responsabilizado sozinho pela constrição advinda de tal pedido. Nesse caso, a legitimidade será tanto do executado (responsável pela individualização do bem) como do exequente (responsável pelo pedido de constrição), formando-se no polo passivo dos embargos de terceiro um

litisconsórcio necessário[115]. Como o exequente não foi responsável pela indicação do bem, o executado responderá pelas verbas de sucumbência nos embargos de terceiro[116].

Não entendo correto o entendimento de que serão em qualquer situação legitimados passivos nos embargos de terceiro as partes do processo principal[117], porque o demandado nesse processo pode não ter nenhuma responsabilidade pelo ato de constrição judicial, não sendo correto obrigá-lo a suportar os ônus – inclusive os de sucumbência – de ser réu nos embargos de terceiro[118]. Quando muito, caso interesse a esse sujeito a manutenção da constrição judicial, poderá ingressar nos embargos como assistente do demandante da ação principal, sendo o único sujeito que deve compor originariamente o polo passivo dos embargos de terceiro.

32.3. COMPETÊNCIA

A competência para os embargos de terceiro vem prevista pelo art. 676 do Novo CPC, indicando que os embargos serão distribuídos por dependência ao juízo que ordenou a constrição e autuados em apartado.

Tendo os embargos de terceiro a função de desconstituir uma apreensão gerada por ordem judicial, não seria adequado que outro órgão jurisdicional de mesma instância pudesse se sobrepor àquele juízo que ordenou a apreensão. Sendo todos os juízos pertencentes ao primeiro grau de jurisdição, o melhor é atribuir ao próprio juízo responsável pela constrição a função de desconstituir seu ato. Ademais, certamente estará mais familiarizado com a matéria o

juízo da ação principal, decorrendo daí a natureza de competência absoluta (*funcional*) da regra prevista no art. 676 do Novo CPC.

Estando em trâmite a demanda perante o segundo grau de jurisdição ou mesmo órgão de superposição, os embargos de terceiro deverão ser interpostos no primeiro grau[119]. Primeiro porque não caberia a criação de uma ação de competência originária do tribunal sem previsão legal; segundo porque os atos materiais de constrição judicial são realizados pelo juízo de primeiro grau em cumprimento de carta de ordem.

Tramitando a ação principal perante a Justiça Estadual e sendo interpostos os embargos de terceiro por qualquer dos entes federais previstos no art. 109, I, da CF, a competência para o julgamento dos embargos de terceiro passa a ser da Justiça Federal. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a competência da ação principal continua a ser da Justiça Estadual, devendo tal demanda executiva ser suspensa até o julgamento dos embargos de terceiro como forma de evitar decisões contraditórias[120].

Interessante questão surge na apreensão judicial realizada em cumprimento de carta precatória. Qual seria o juízo competente para conhecer dos embargos de terceiro: o juízo deprecante ou o juízo deprecado? No caso de carta precatória é imprescindível analisar o responsável pela individualização do bem objeto da constrição judicial, visto que será esse o juízo competente para conhecer dos embargos de terceiro[121], nos termos do art. 676, parágrafo único, do Novo CPC. Assim, sendo expedida a carta precatória para a constrição de determinado bem, servindo o juízo

deprecado apenas para efetivar tal apreensão, não deve restar dúvida de que a competência para os embargos de terceiro será do juízo deprecante, responsável pela indicação do bem a ser constrito. Já no caso de uma constrição, em que o juízo deprecante apenas expede carta precatória para que sejam constritos tantos bens quantos necessários para a garantia do juízo (p. ex., penhora), a escolha de quais bens servirão de objeto da constrição patrimonial deve ser feita pelo juízo deprecado, sendo esse competente para conhecer dos embargos de terceiro.

Registre-se que o parágrafo único do art. 676 do Novo CPC abre uma exceção a essa regra ao prever a competência do juízo deprecante quando a carta precatória já tiver sido devolvida. Nesse caso, o responsável pelo ato de constrição terá sido o juízo deprecado, mas como não terá mais a carta precatória em seu poder, a competência para os embargos de terceiro passa a ser do juízo deprecante.

32.4. PRAZO PARA PROPOSITURA DOS EMBARGOS DE TERCEIRO

Já foi afirmado que qualquer espécie de processo pode gerar uma apreensão judicial que motive a propositura dos embargos de terceiro, sendo que o art. 675 do Novo CPC fixa um prazo final para a sua interposição, de natureza decadencial[122].

Segundo o texto de lei, se a apreensão ocorrer no curso do processo de conhecimento (ou fase procedimental), o terceiro pode opor embargos enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da

sentença, aplicando-se a mesma regra à fase de conhecimento nas ações sincréticas. Cumpre consignar que o terceiro não está vinculado à coisa julgada de demanda da qual não participou (art. 506 do Novo CPC), de forma que poderá depois do trânsito em julgado reivindicar o bem constrito pelas vias ordinárias, havendo restrição tão somente à utilização dos embargos de terceiro. O prazo é meramente preclusivo, não afetando o direito material do terceiro[123].

Se a apreensão se verificar no trâmite do processo de execução, a oportunidade para a propositura da demanda se exaure no prazo de cinco dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas nunca após a assinatura da respectiva carta. Havendo alienação por iniciativa particular, o prazo também será de até cinco dias após a alienação judicial do bem. Não interessa a forma de expropriação, sendo sempre o prazo dos embargos de terceiro de até cinco dias dessa expropriação.

Ainda que não tratada especificamente pelo artigo acima mencionado, a apreensão judicial realizada em execução de obrigação de dar coisa certa também pode ser atacada por meio dos embargos, havendo divergência quanto ao prazo. Enquanto parcela da doutrina entende que o prazo é de cinco dias após o ato final de satisfação do credor nesse processo, ou seja, a entrega definitiva do bem[124], outra parcela considera que a contagem do prazo tem início na data da efetiva turbação da posse[125].

Também não tratou o artigo legal das ações cautelares, que por serem meramente instrumentais – preparatórias – exigem a

existência de uma ação principal, aplicando-se o prazo do trânsito em julgado desta também às apreensões decorrentes de processo cautelar[126]. Sendo a ação principal uma execução, aplica-se o prazo de cinco dias previsto no art. 675 do Novo CPC[127].

Nas *ações sincréticas*, o trânsito em julgado da sentença não encerra o processo, que continuará em sua segunda fase, qual seja a de satisfação do direito reconhecido. Nesse caso, a data fatal para o ingresso dos embargos de terceiro deva ser de cinco dias após o cumprimento do mandado gerado pela sentença, quando então efetivamente terá sido satisfeito o direito do vencedor, aplicando-se a mesma regra do processo de execução já analisada. Essa regra somente se aplicará se não tiver ocorrido anteriormente satisfação fática por meio de tutela de urgência (liminar ou antecipação de tutela), uma vez que nesse caso o prazo fatal será o trânsito em julgado da sentença[128]. O importante é determinar em qual fase do processo foi praticado o ato de constrição judicial:

(a) na fase de conhecimento, o prazo é aquele previsto para o processo de conhecimento;

(b) na fase de execução, o prazo é aquele previsto para o processo de execução.

Registre-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça pela inadmissão de presunção de ciência do ato de constrição judicial, sendo indispensável que o terceiro tenha efetiva ciência da turbação judicial para que seja iniciada a contagem de seu prazo para a interposição dos embargos de terceiro[129]. Significa dizer que se o terceiro tiver ciência do esbulho judicial somente quando o arrematante for imitido na posse do bem, é a partir desse momento

que se conta o prazo de embargos, e não do ato de arrematação[130].

32.5. PROCEDIMENTO

A petição inicial, a ser distribuída para o mesmo juízo no qual tramita a ação principal, deve seguir as regras gerais do art. 319 do Novo CPC, além de trazer prova sumária da posse do embargante, que pode ser produzida em audiência preliminar (art. 676, § 1.º, do Novo CPC) e da sua qualidade de terceiro, com a indicação do rol de testemunhas e instruída com a prova documental que o embargante pretenda produzir (art. 677, *caput*, do Novo CPC). O Superior Tribunal de Justiça é severo na aplicação do dispositivo, entendendo haver preclusão da prova testemunhal caso a petição inicial seja omissa no arrolamento de testemunhas[131]. No caso de o autor ser mero possuidor direto, poderá na petição inicial indicar o domínio alheio (art. 677, § 2.º, do Novo CPC). Os embargos de terceiro são autuados de forma autônoma, não sendo nem mesmo apensados aos autos da ação principal.

Nos termos do parágrafo único do art. 675 do Novo CPC, caso seja possível identificar que há terceiro titular de interesse em se opor ao ato, o juiz deverá mandar intimá-lo pessoalmente. Em respeito ao princípio do contraditório, o Enunciado 185 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) aponta para a necessidade de oitiva prévia das partes antes da intimação pessoal do terceiro.

Recebida a petição inicial e estando suficientemente provada a posse do embargante, o juiz deferirá os embargos e ordenará

liminarmente (tutela de urgência satisfativa) a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos de terceiro preventivo ou expedição de mandado de manutenção ou restituição do bem objeto da apreensão judicial em favor do embargante se a constrição já tiver ocorrido, que só receberá os bens depois de prestar caução suficiente e idônea, incidentalmente nos próprios autos, para a garantia de ressarcimento de eventuais danos do embargado na hipótese de os embargos serem julgados improcedentes. Observe que o oferecimento de caução não depende do juiz no caso concreto, sendo norma cogente que se aplica a qualquer situação[132]. No caso de o embargante não prestar a caução, que pode ser *real* ou *fidejussória*, o bem objeto dos embargos ficará sequestrado até o julgamento final da ação, figurando alguém (pode ser inclusive o embargante) como depositário fiel do bem[133]. A caução será dispensada nos termos do parágrafo único do art. 678 do Novo CPC, ou seja, quando ficar comprovada a impossibilidade de sua prestação por ser a parte economicamente hipossuficiente.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça entende que a mera interposição dos embargos de terceiro causa a suspensão da ação principal, não havendo requisitos no caso concreto a serem preenchidos[134].

A citação do embargado deverá ser feita na pessoa de seu advogado, o que prestigia o princípio da *economia processual*, sendo solução também adotada em outras ações incidentais como a oposição e a reconvenção[135]. É nesse sentido o art. 677, § 3º, do Novo CPC ao prever que a citação pessoal depende de o embargado

não ter advogado constituído na ação principal, o que permite a conclusão da citação na pessoa do advogado quando existir um constituído na ação principal.

O prazo para a resposta do réu é de 15 dias, podendo apresentar contestação e as exceções de impedimento e suspeição, não cabendo a reconvenção em razão das diferenças procedimentais[136]. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, havendo audiência de justificação, aplica-se aos embargos de terceiro a regra do art. 564, parágrafo único, do Novo CPC, de forma que o termo inicial da resposta do réu passa a ser a audiência[137].

O embargado poderá alegar toda a matéria de defesa possível, sendo os embargos um processo de *cognição plena*, à exceção dos embargos ajuizados por credor com garantia real, visto que nesses casos as defesas do embargado estão limitadas pelo art. 680 do Novo CPC e pela alegação de fraude à execução, que demanda o ajuizamento de ação pauliana[138]. Após a apresentação da contestação, o procedimento dos embargos de terceiro será o comum (art. 679 do Novo CPC).

Há certo dissenso entre os doutrinadores quanto à natureza jurídica da sentença dos embargos de terceiro. Para alguns a sentença é declaratória, para outros é constitutiva e existem até aqueles que a entendem como condenatória. Há ainda aqueles que defendem a natureza mandamental ou executiva *lato sensu*. Tudo, na verdade, dependerá da classificação das sentenças, matéria das mais polêmicas travada entre os doutrinadores e já enfrentada no

Capítulo 23, item 23.2.1.1. Para aqueles que defendem a classificação tradicional (ternária) das sentenças, a maioria entende ser a sentença de natureza constitutiva negativa, uma vez que desfaz a apreensão judicial[139]. Já para aqueles que defendem uma classificação quinária das sentenças, tal sentença tem natureza mandamental[140].

Apesar das desavenças doutrinárias, sobre um ponto os estudiosos são uníssonos: não existe necessidade para a satisfação do direito do vencedor de um processo autônomo de execução, o que caracteriza os embargos de terceiro como uma ação sincrética. Se a liminar já tiver sido efetivada, a sentença de procedência apenas a torna definitiva, gerando a estabilidade e a imutabilidade da situação fática obtida liminarmente. Caso contrário, o juiz, a requerimento do autor, passa imediatamente a praticar os atos materiais tendentes a entregar o bem a ele, sem nenhuma necessidade de propositura de ação de execução de dar coisa certa.

33. OPOSIÇÃO

Sumário: 33.1. Objeto e natureza jurídica – 33.2. Procedimento.

33.1. OBJETO E NATUREZA JURÍDICA

O objeto da ação de oposição, com procedimento especial previsto nos arts. 682 a 686 do Novo CPC, vem previsto pelo art. 682, que determina ser a oposição a ação por meio da qual um terceiro ingressa com processo pleiteando o direito ou coisa sobre que controvertem autor e réu. Significa dizer que por meio da oposição o autor busca obter para si o direito ou a coisa objeto de disputa entre as partes em processo já instaurado.

Por esse conceito legal, diferencia-se da oposição dos embargos de terceiro, não sendo correto o entendimento de que a diferença entre esses dois institutos está na existência de uma constrição judicial ou ameaça, existente somente nos embargos. É correta a afirmação de que só existem embargos de terceiro se houver uma indevida constrição judicial de bem de terceiro, mas a mera existência dessa constrição não é o suficiente para diferenciar os institutos, considerando-se que também é possível existir uma oposição diante de uma constrição judicial. A diferença, na realidade, diz respeito ao objeto desses dois institutos jurídicos: nos embargos de terceiro não interessa ao terceiro o direito material discutido na ação principal, porque para ele é irrelevante ter razão

nessa demanda autor ou réu, bastando a demonstração de que a constrição foi realizada indevidamente e que o bem constrito deve ser liberado; já na oposição, o autor terá que discutir o direito material controvertido no processo entre autor e réu, porque será do convencimento de que o direito material não é de um nem do outro, mas seu, que dependerá a vitória do opoente[141].

A oposição vinha prevista no CPC/1973 como espécie de intervenção de terceiro, mas sempre houve debate doutrinária a respeito de sua real natureza jurídica:

(a) havia os que defendiam não se tratar de intervenção de terceiro, mas de demanda autônoma movida pelo opoente contra autor e réu de processo já instaurado, em hipótese de cumulação objetiva de lides[142];

(b) os que defendiam tratar-se sempre de uma espécie de intervenção de terceiro[143];

(c) os que defendiam que a natureza jurídica dependeria do momento de interposição da oposição: se realizada antes do início da audiência de instrução seria espécie de intervenção de terceiro; após esse momento, seria demanda autônoma[144].

Apesar da divergência doutrinária, a doutrina tinha entendimento uníssono no sentido de ser a oposição uma ação, sendo que para alguns poderia assumir a condição de intervenção de terceiro. A percepção dessa natureza jurídica motivou o Novo Código de Processo Civil a retirar a oposição do rol das intervenções de terceiro típicas e colocá-la no rol dos procedimentos especiais.

33.2. PROCEDIMENTO

A petição inicial não tem qualquer especialidade, devendo

seguir as regras dos arts. 319 e 320 do Novo CPC. Nessa petição inicial já se encontrará formado um litisconsórcio no polo passivo entre autor e réu do processo já em trâmite em que se discute a coisa ou direito que é objeto da oposição. Trata-se de litisconsórcio:

(a) inicial[145], porque no momento em que a oposição for proposta já deve estar formado;

(b) passivo, porque formado no polo passivo;

(c) necessário[146], porque está previsto expressamente em lei a obrigatoriedade de sua formação – e mesmo que não estivesse é decorrência lógica da oposição, visto que o opoente pretende obter o bem da vida discutido entre autor e réu do processo já em trâmite em que se discute a coisa ou direito que é objeto da oposição;

(d) simples, porque o juiz não está obrigado a decidir da mesma forma para ambos os litisconsortes.

Observe-se que o litisconsórcio pode ser simples em razão da previsão do art. 684 do Novo CPC, ao admitir que diante do reconhecimento jurídico do pedido por um dos opostos a demanda siga relativamente ao outro. Trata-se de aplicação da regra da autonomia dos litisconsortes (art. 117 do Novo CPC), que permite que o ato de disposição de direito praticado por um dos litisconsortes gere seus regulares efeitos mesmo sem a anuência e coparticipação dos demais litisconsortes, sendo tal regra aplicável exclusivamente ao litisconsórcio simples. Caso se tratasse de litisconsórcio unitário, o reconhecimento jurídico do pedido por somente um dos litisconsortes não geraria nenhum efeito no processo[147]. Com entendimento minoritário, parcela da doutrina entende tratar-se de litisconsórcio unitário, como decorrência da imprescindível coerência ou compatibilidade que deve existir no julgamento da oposição em face dos opostos, dando menor

importância à identidade plena de destinos desses opostos no plano material[148].

A oposição será distribuída por dependência, nos termos do *caput* do art. 683 do Novo CPC, sendo a competência do juízo em que tramita o processo que tem como objeto a coisa ou direito pretendido pelo opoente absoluta, de caráter funcional.

Diz o art. 683, parágrafo único, do Novo CPC que os opostos serão citados na pessoa dos seus respectivos advogados, existindo polêmica na doutrina a respeito da forma pela qual essa citação deverá ser realizada. Para parcela da doutrina, a mera publicação no diário oficial do nome dos advogados dos opostos encontra fundamento no princípio da celeridade e economia processual, sendo inegavelmente o meio mais rápido e barato de comunicação, sem grave prejuízo para a segurança jurídica[149]. Para a parcela doutrinária majoritária, apesar de realizada em nome dos advogados, não basta uma mera publicação no diário oficial, devendo a citação ser pessoal, pelas vias tradicionais de citação (carta AR, oficial, edital, meio eletrônico)[150]. É uníssono o entendimento de que o advogado não precisa ter poderes expressos para receber citação[151].

O revogado art. 57 do CPC/1973 previa uma exceção a essa regra: quando o réu do processo já em trâmite, em que se discute a coisa ou direito objeto da oposição fosse revel, seria citado pessoalmente. Na realidade, o legislador confundia revelia com os seus efeitos, porque, mesmo sendo o réu revel – ausência jurídica de contestação –, caso tivesse advogado constituído, será

admissível sua citação na pessoa de seu advogado. Inexplicavelmente essa exceção não é repetida expressamente pelo Novo Código de Processo Civil, o que, entretanto, não deve modificar na prática a realização da citação pessoal, até porque nesse caso será materialmente impossível cumprir a forma de citação estabelecida pelo parágrafo único do art. 683 do Novo CPC.

O prazo de contestação está expressamente previsto no artigo supramencionado como de 15 dias, e ainda que os opostos necessariamente tenham advogados diferentes – afinal são adversários na demanda originária – não se aplicará a regra de contagem do prazo em dobro do art. 229 do Novo CPC. A regra específica prevalece nesse caso sobre a regra geral[152].

Nos termos do art. 685 do Novo CPC, admitido o processamento, a oposição será apensada aos autos e tramitará simultaneamente à ação originária, sendo ambas julgadas pela mesma sentença. Segundo o parágrafo único do art. 685 do Novo CPC, caso a oposição seja proposta após o início da audiência de instrução, o juiz suspenderá o curso do processo ao fim da produção das provas, salvo se concluir que a unidade da instrução atende melhor ao princípio da duração razoável do processo.

No CPC/1973 o art. 60 previa que sendo a oposição oferecida depois de iniciada a audiência de instrução e julgamento o juiz poderia sobrestar o andamento do processo com o mesmo objeto da oposição por 90 dias, com a expectativa de que esse tempo fosse suficiente para que a oposição atingisse o mesmo patamar de desenvolvimento procedimental daquele processo, o que permitiria

a prolação de uma mesma sentença para resolver tal processo e a oposição. Caso, entretanto, esse prazo não fosse suficiente, deveria o juiz julgar primeiro o processo em estágio procedimental mais avançado e depois, quando pronta para julgamento, a oposição.

O parágrafo único do art. 685 do Novo CPC afasta essa possibilidade de duas sentenças em momentos distintos, de forma que o julgamento dos dois processos com o mesmo objeto – o originário e a oposição – será sempre realizado por meio de uma mesma sentença.

Julgando-se a oposição e a ação originária numa mesma sentença, o juiz resolverá antes a oposição (art. 686 do Novo CPC), em razão de evidente prejudicialidade em relação à ação originária: julgada procedente a oposição, a ação principal perde o objeto, porque, sendo o direito ou coisa do opoente, não tem sentido discutir se tal direito ou coisa é do autor ou do réu da ação originária. Sendo julgada improcedente a oposição, o juiz passa à análise da ação principal para decidir se a coisa ou direito é do autor ou do réu da ação originária.

Como a oposição e o processo que tenha como objeto a mesma coisa ou direito pretendido pelo opoente serão necessariamente julgadas pela mesma sentença, não resta dúvida de que o recurso cabível será a apelação. Em aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, o Superior Tribunal de Justiça deixou de reconhecer a nulidade da prolação de duas sentenças na mesma data, uma para o julgamento da ação principal e outra para o julgamento da oposição[153].

34. AÇÃO DE HABILITAÇÃO

Sumário: 34.1. Introdução – 34.2. Procedimento

34.1. INTRODUÇÃO

O processo de habilitação, com procedimento previsto nos arts. 687 a 692 do Novo CPC, tem como objetivo regularizar a sucessão processual quando ocorre a morte de qualquer das partes. Apesar da omissão legal, é compreensível que o processo de habilitação seja limitado às partes na demanda, e não às partes no processo, de forma que, ocorrendo o falecimento do assistente[154] ou do membro do Ministério Público que atue no processo, não será cabível o processo de habilitação.

Como se pode notar dessa simples conceituação, a sucessão processual decorrente de ato *inter vivos* não demanda um processo de habilitação, mas o procedimento previsto no art. 109 do Novo CPC, já devidamente analisado no Capítulo 3, item 3.2.4.

Nem toda morte da parte, entretanto, admite a sucessão processual, hipótese na qual o processo de habilitação será inadmissível. Tendo o processo como objeto um direito material intransmissível, com a morte de uma das partes o processo deve ser extinto sem a resolução do mérito (art. 485, IX, do Novo CPC).

Segundo a melhor doutrina, trata-se de processo de

conhecimento de *natureza contenciosa*, considerando-se que a pretensão dos autores dessa demanda de alterar a relação jurídica processual é potencialmente conflituosa. A sentença tem natureza constitutiva porque cria uma nova situação jurídica decorrente da alteração da relação jurídica processual[155].

Nos termos do art. 689 do Novo CPC, a habilitação será processada nos autos do processo principal, o que pode levar o intérprete a equivocada conclusão a respeito de sua natureza jurídica. Na realidade, a habilitação continua a ter a natureza de ação incidente e não de mero incidente processual, tendo sido nesse sentido mantida a citação dos requeridos no *caput* do art. 690 do Novo CPC e a sentença como decisão que julga a habilitação no art. 692 do Novo CPC.

34.2. PROCEDIMENTO

Aduz o art. 688 do Novo CPC que a habilitação pode ser requerida pela parte, em relação aos sucessores do falecido; e pelos sucessores do falecido, em relação à parte. Significa dizer que quaisquer dos sujeitos descritos no dispositivo legal podem ser tanto autores como réus da demanda. Conforme corretamente defendido pela melhor doutrina, o juiz não poderá instaurar de ofício o processo de habilitação[156] e diante da inércia dos legitimados deverá extinguir sem resolução de mérito o processo que exige a sucessão processual.

A competência para o julgamento do processo de habilitação é do juízo do processo em que ocorrerá a sucessão processual,

tratando-se de competência absoluta, de natureza funcional[157].

Como todo processo, a habilitação tem seu início por meio de uma petição inicial, nos termos dos arts. 319 e 320 do Novo CPC. A propositura da habilitação é causa de suspensão do processo, nos termos do art. 689 do Novo CPC, que só retomará seu andamento após o trânsito em julgado da sentença que julga a habilitação (art. 692 do Novo CPC).

Conforme previsão do art. 690 do Novo CPC, recebida a petição inicial, que naturalmente poderá ser indeferida, o juiz ordenará a citação dos réus para contestar a ação no prazo de cinco dias, sendo limitada a matéria de defesa do réu às questões processuais e à ausência de qualidade de sucessor do autor[158]. A citação só será pessoal se não houver advogado constituído no processo principal. Não é cabível reconvenção diante da evidente natureza dúplice da ação.

Conforme já analisado, a habilitação será autuada nos autos principais, mas é possível que venha a ser desentranhada e forme autos próprios.

Não sendo o pedido do autor impugnado, o juiz sentenciará imediatamente a habilitação e, embora o conteúdo dessa decisão não conste expressamente do art. 691 do Novo CPC, tudo leva a crer que será de procedência. Havendo impugnação e sendo a prova necessária ao julgamento exclusivamente documental, o julgamento também será imediato e nos próprios autos do processo principal.

Ocorre, entretanto, que havendo impugnação e sendo

necessária dilação probatória diversa da documental, o art. 691 do Novo CPC prevê que o juiz determinará que o pedido seja autuado em apartado e disporá sobre a instrução. Na realidade, o juiz determinará o desentranhamento da petição inicial e da impugnação, formando autos que serão autuados em apartado, nos quais será determinada a produção da prova não documental.

O Novo Código de Processo Civil não prevê o procedimento a partir do momento de resposta dos requeridos, dando a entender pela aplicação do procedimento comum. Nos tribunais superiores o procedimento é regulamentado pelo regimento interno respectivo, sendo que o tema é tratado pelos arts. 288 a 296 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e pelos arts. 283 a 287 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Nos termos do art. 692 do Novo CPC, a suspensão do processo dura até o trânsito em julgado da sentença de habilitação, quando ela será juntada aos autos respectivos. A norma só tem sentido prático na hipótese de ter ocorrido a formação de autos em apenso nos termos do art. 691 do Novo CPC, já que em caso contrário a sentença será proferida nos próprios autos principais.

35. AÇÕES DE FAMÍLIA

Sumário: 35.1. Cabimento – 35.2. Incentivo às formas consensuais do conflito – 35.3. Audiência de mediação e conciliação – 35.4. Ministério Público – 35.5. Depoimento pessoal do incapaz.

35.1. CABIMENTO

O Novo Código de Processo Civil cria um capítulo para regulamentar o procedimento das chamadas "ações de família", mais precisamente os processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

O capítulo ainda terá aplicação subsidiária na ação de alimentos e na que versar sobre interesse de criança ou adolescente, que continuarão a observar o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições do capítulo ora analisado. Para a ação de alimentos, portanto, devem ser aplicadas num primeiro momento as regras previstas na Lei 5.478/1968, cabendo a aplicação das regras "das ações de família" previstas no Novo Código de Processo Civil apenas subsidiariamente. Para as ações que versarem sobre o interesse de criança ou adolescente as normas preferencialmente aplicáveis são aquelas previstas na Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Conforme corretamente observado pela doutrina, o procedimento especial previsto no Capítulo “Das ações de família” aplica-se tão somente às ações contenciosas, porque sendo caso de jurisdição voluntária o procedimento será aquele estabelecido nos arts. 731 a 734 do Novo CPC.[159]

35.2. INCENTIVO ÀS FORMAS CONSENSUAIS DO CONFLITO

É incontestável que o Novo Código de Processo Civil prestigia de forma significativa os meios de solução consensual dos conflitos, sendo nesse sentido o art. 694, *caput*, do diploma legal, ao prever que nas ações de família todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

No espírito das formas consensuais de solução dos conflitos, o parágrafo único do art. 694 do Novo CPC prevê que, a requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar. Interessante notar que o dispositivo não prevê um prazo para a suspensão do processo, o que aparentemente permite tal suspensão por prazo indeterminado, ou seja, pelo prazo que for necessário às partes chegarem a uma solução consensual do conflito. Entendo que essa suspensão, especificamente prevista pelo parágrafo único do art. 694 do Novo CPC, ainda que dependa de um acordo entre as partes, não se confunde com aquela prevista no art. 313, II, do Novo CPC, em

especial por não estar limitado ao prazo máximo de 6 meses (art. 313, § 4º, do Novo CPC)[160]

35.3. AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A primeira importante especialidade procedimental das ações de família vem prevista nos parágrafos do art. 695 do Novo CPC, já que em seu *caput* há regra geral de citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação após o recebimento da petição inicial e a tomada de providências referentes à tutela provisória, se for o caso.

Como já devidamente analisado no procedimento comum, a audiência de conciliação e mediação pode não ocorrer quando ambas as partes se opuserem à sua realização. Nas ações de família, entretanto, o silêncio do art. 695 do Novo CPC permite a conclusão de que nessas ações a audiência é obrigatória, independentemente da vontade das partes[161].

Quanto à citação do réu, houve modificação no ajuste final ao Novo Código de Processo Civil. No texto aprovado em Plenário, havia expressa menção à forma postal como preferencial para o ato citatório, mas essa previsão foi retirada do texto final encaminhado à sanção presidencial. Só com uma boa vontade extrema para se compreender que a supressão foi mero ajuste de redação...

De qualquer maneira, seja por qual forma for realizada, a citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 dias da data

designada para a audiência.

O § 1.º do art. 695 do Novo CPC prevê que o mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deve estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.

Essa é uma novidade porque, na regra geral, embora o réu não seja citado para contestar a demanda, recebe a contrafé ao ser citado, já se inteirando dos termos da petição inicial. O claro objetivo do legislador foi diminuir a litigiosidade entre as partes, tomando o cuidado de facultar ao réu o exame dos autos em cartório ou pelo meio eletrônico[162].

Ainda que se entenda o objetivo do legislador, a especialidade criada para as ações de família é criticável porque não permite ao réu conhecer as razões do autor, contrariando, desse modo, o princípio fundamental das formas consensuais de solução do conflito: a ampla ciência das pretensões e resistências. Como, exatamente, o legislador pretende que o réu vá a audiência preparado para uma mediação ou conciliação, se não tem conhecimento do alegado pelo autor na petição inicial[163]?

Quem sabe pensando nisso o legislador tenha previsto no mesmo dispositivo o direito do réu de examinar o conteúdo da pretensão a qualquer tempo. Ou seja, cria apenas mais trabalho ao advogado do réu, que sem ter acesso à contrafé, que no caso não existirá, terá que se deslocar para a sede do juízo ou consultar os autos eletrônicos para tomar conhecimento da pretensão do autor. E assim o fará qualquer advogado minimamente diligente e realmente

preocupado em se preparar para a conciliação e mediação.

O § 4.º do art. 695 do Novo CPC exige que as partes estejam acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos na audiência. Compreende-se a preocupação do legislador com a assistência qualificada das partes na audiência, mas é questionável que uma audiência realizada sem a presença de advogado ou defensor público seja nula. Acredito que no caso deve se aplicar o princípio da instrumentalidade das formas, não sendo decretada a nulidade se não ficar devidamente comprovado o prejuízo da parte diante da ausência de advogado ou de defensor público.

Ainda que o dispositivo não preveja expressamente, sendo hipótese de intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (art. 178 do Novo CPC), também será exigida a presença do promotor público. Aqui também deve se aplicar o princípio da instrumentalidade das formas.

Ao permitir que a audiência de mediação e conciliação seja dividida em tantas sessões quantas necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito, o art. 696 do Novo CPC reforça mais uma vez a valoração às formas consensuais de resolução de conflito, permitindo que ela seja buscada em mais de uma sessão de audiência. Não se aplica o limite temporal de dois meses previsto no art. 334, § 2º, do Novo CPC[164].

Nos adequados termos do Enunciado 187 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), “no emprego de esforços para a solução consensual do litígio familiar, são vedadas

iniciativas de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem, assim como as de aconselhamento sobre o objeto da causa".

Segundo o art. 697 do Novo CPC, não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335. Fica claro, portanto, que a especialidade procedimental se limita ao início do procedimento, mais precisamente a forma e as técnicas para a tentativa de obtenção da solução consensual do conflito em audiência.

Havia uma singularidade procedimental consagrada no projeto de lei aprovado pela Câmara. Em regra, a parte intimada para a audiência é intimada pessoalmente dos atos praticados independentemente de sua presença, mas no projeto de lei aprovado na Câmara havia um dispositivo legal que previa que, ausente o réu, mesmo tendo sido citado e intimado para comparecer à audiência, o início da contagem do prazo de sua resposta dependeria de sua intimação por via postal ou por edital, se fosse o caso. Com a supressão da regra do texto final aprovado no Senado, aplica-se a regra geral, com o prazo de defesa sendo contado da audiência, ainda que ausente o réu.

35.4. MINISTÉRIO PÚBLICO

A intervenção do Ministério Público nas ações de família vem prevista no art. 698 do Novo CPC, que parece limitar a sua participação como fiscal da ordem jurídica a duas situações distintas. Havendo interesse de incapaz, o Ministério Público deve participar desde o início do procedimento, figurando como fiscal da

ordem jurídica durante todo o desenrolar do processo. Nos demais casos, sua participação será pontual, devendo ser ouvido apenas quando houver pedido de homologação de acordo.

35.5. DEPOIMENTO PESSOAL DO INCAPAZ

O art. 699 do Novo CPC prevê que, quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

A Recomendação 33/2010 do CNJ aconselha a realização de depoimento pessoal especial, que deverá ser realizado em ambiente separado da sala de audiências, com a participação de profissional especializado, devendo estar os participantes do ato capacitados para o emprego de técnica do depoimento pessoal, usando os princípios básicos da entrevista cognitiva, também chamada de depoimento sem dano[165]. O objetivo é construir um ambiente acolhedor, de forma que o incapaz se sinta à vontade para narrar fatos relevantes de sua vida, ainda que somente indiretamente relacionados ao objeto da demanda.

36. AÇÃO MONITÓRIA

Sumário: 36.1. Conceito – 36.2. Natureza Jurídica – 34.3. Admissibilidade – 36.4. Fazenda Pública e ação monitória – 36.5. Incapaz e ação monitória – 36.6. Propositura da monitória – 36.7. Citação do réu – 36.8. Posturas do réu – 36.9. A natureza jurídica do pronunciamento judicial de deferimento do mandado monitório – 36.10. O pronunciamento concessivo do mandado monitório como despacho de mero expediente – 36.11. O pronunciamento que defere o mandado monitório considerado como sentença – ocorrência da coisa julgada material – 36.12. O pronunciamento concessivo do mandado monitório como decisão interlocutória – 36.13. O mérito no processo monitório e seu julgamento – 36.14. Natureza jurídica dos embargos ao mandado monitório – 36.15. Procedimento dos embargos ao mandado monitório –36.16. Fase de cumprimento de sentença.

36.1. CONCEITO

Costuma a doutrina afirmar que a característica principal do procedimento monitório é a oportunidade concedida ao credor de, munido de uma prova literal representativa de seu crédito, abreviar o *iter* processual para a obtenção de um título executivo. Assim, aquele que possui uma prova documental de um crédito, desprovida de eficácia executiva, pode ingressar com a demanda monitória e, se verificada a ausência de manifestação defensiva por parte do réu – embargos ao mandado monitório –, obterá seu título executivo em menor lapso temporal do que o exigido pelo processo/fase procedimental de conhecimento.

Trata-se, portanto, de uma espécie de *tutela diferenciada*, que por meio da adoção de técnica de cognição sumária (para a concessão do mandado monitório) e do contraditório diferido (permitindo a prolação de decisão antes da oitiva do réu), busca facilitar em termos procedimentais a obtenção de um título executivo quando o credor tiver prova suficiente para convencer o juiz, em cognição não exauriente, da provável existência de seu direito.

Dessa forma:

(a) havendo título executivo, será adequado o processo de execução;

(b) não havendo título, mas existindo uma prova literal e suficiente para convencer o juiz da probabilidade do direito, será adequado o processo sincrético, cabendo ao autor a escolha da primeira fase desse processo: fase de conhecimento ou monitória[166];

(c) não havendo título nem prova literal, ao credor será exigido a propositura do processo sincrético com início na fase de conhecimento.

A propositura de ação monitória pelo pretenso credor é uma mera faculdade, porque ele pode livremente optar por cobrar sua dívida por meio de ação de conhecimento pelo rito comum. Optando pela ação monitória, passa a ser aplicável a regra de que o procedimento genuinamente especial tem aplicação cogente, de forma que o procedimento previsto nos arts. 700 a 702 do Novo CPC será obrigatoriamente aplicado ao caso concreto.

36.2. NATUREZA JURÍDICA

Há um grande debate doutrinário a respeito da natureza jurídica da tutela monitória, bastando para fundamentar tal

conclusão a constatação empírica da diversidade de títulos dados pelos autores aos livros que tratam do tema: *Ação monitória*[167]; *O processo monitório brasileiro*[168], *Do procedimento monitório*[169]. O Código de Processo Civil incluiu a "ação monitória" no capítulo referente aos procedimentos especiais, mas essa opção não impediu o amplo debate doutrinário, sem que se tenha atingido uma pacificação a respeito do tema.

Parcela minoritária da doutrina defende que a ação monitória tem natureza de processo executivo, tratando-se de um misto de ação executiva e de ação de conhecimento, com predominância da força executiva, o que seria suficiente para tratá-la como uma demanda executiva de título extrajudicial[170].

O debate maior se dá entre os que defendem a opção legislativa, entendendo que a tutela monitória foi criada no ordenamento brasileiro como um procedimento especial do processo de conhecimento, e aqueles que, não entendendo possível a sua compreensão nas três espécies de processos conhecidos (cautelar, conhecimento, execução), preferem acreditar que a tutela monitória fez surgir uma nova espécie de processo.

A parcela doutrinária que defende a natureza de novo processo[171], fundamenta-se nos seguintes argumentos[172]:

(a) de que não há oportunidade de defesa ao demandado, que será obrigado a ingressar com outra ação (embargos ao mandado monitório) para se defender;

(b) o contraditório é eventual e diferido;

(c) o procedimento é composto de duas fases: a primeira de cognição e a segunda de satisfação.

Esses argumentos são rebatidos corretamente pela doutrina majoritária, que acertadamente afirma que tais características estão presentes em outros procedimentos especiais do processo de conhecimento, não sendo suficientes para o surgimento de um novo processo.

Há ainda um argumento a fundamentar o entendimento de que a tutela monitória criou uma nova forma de processo: na monitória a decisão do juiz é proferida mediante cognição sumária, fundando-se o magistrado em um juízo de probabilidade. Diante dessa constatação, na monitória não existiria sentença de mérito, sendo a expedição do mandado monitório uma mera decisão interlocutória de "caráter puramente delibativo". O essencial é a distinção com a sentença de mérito existente no processo/fase de conhecimento, fundada em cognição exauriente. Na monitória o mérito não é julgado, inexistindo para essa corrente doutrinária uma sentença de mérito, o que seria suficiente para afastá-la da natureza de demanda de conhecimento[173].

O debate, como se nota, é meramente acadêmico, sem nenhuma repercussão prática digna de nota, considerando-se a opinião uníssona de que o Capítulo XI (Título III, Livro I da Parte Especial) prevê em seus três artigos um procedimento diferenciado, sendo irrelevante para fins práticos determinar se tais particularidades procedimentais são suficientes ou não para a criação de uma nova espécie de processo.

34.3. ADMISSIBILIDADE

Segundo disposição do art. 700 do Novo CPC, a

admissibilidade da demanda monitória está condicionada à existência de uma prova escrita sem eficácia de título executivo e limitada às obrigações de pagamento em soma de dinheiro, entrega de coisa (fungível ou infungível) ou de bem (móvel ou imóvel) e adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer. O dispositivo não aponta expressamente, mas aos requisitos nele previstos soma-se a vontade do demandante, que mesmo diante das condições previstas pelo dispositivo legal poderá optar pela demanda de conhecimento.

Conforme se nota das exigências formais contidas no dispositivo legal ora comentado, o direito brasileiro, fortemente influenciado pelo direito italiano, adotou o procedimento monitório documental, ao exigir do autor a apresentação de uma prova literal capaz de demonstrar a verossimilhança de sua alegação de existência do direito de crédito que alega ter contra o réu. Preferiu não adotar o procedimento monitório puro, por meio do qual basta a alegação da parte de que o direito de crédito existe, dispensando-se qualquer produção probatória pelo autor no momento de propositura da demanda. A já tradicional e triste “malandragem brasileira”, também conhecida como “Lei de Gerson” (embora aqui com injustificada injustiça ao nosso “canhotinha de ouro”), faz crer que a opção do legislador brasileiro foi realmente a mais adequada.

Essa prova literal do crédito pode até mesmo ser um título executivo extrajudicial, considerando-se o infeliz art. 785 do Novo CPC, que prevê que a existência de tal título não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial. Independentemente da natureza jurídica da ação

monitória, é certo que a ela é aplicável a regra consagrada no art. 785 do Novo CPC.

Não é correto o entendimento de que a prova escrita mencionada no art. 700, *caput*, do Novo CPC é um "título monitório", ou qualquer outra expressão do gênero que busque assemelhar essa prova escrita ao título executivo[174]. Ao empregar a expressão "prova escrita", deixou bem claro o legislador que caberão ao juiz a análise e a valoração dessa prova, para somente depois expedir o mandado monitório, o que evidentemente não ocorre no processo/fase de execução e com o título executivo. O Superior Tribunal de Justiça é pacificado no sentido de não existir um modelo predefinido desta prova escrita, bastando que seja hábil a convencer o juiz da pertinência da dívida[175].

No procedimento monitório caberá ao juiz a análise da prova juntada pelo autor, verificando-se inclusive, ainda que de forma sumária, a existência do direito alegado na petição inicial e corroborado com a prova que a instrui. No processo de execução, a simples presença do título executivo dispensa qualquer espécie de pesquisa do juiz a respeito da efetiva existência do direito exequendo. Essa abstração presente no título executivo não existe na prova literal que legitima a tutela monitória.

A prova escrita exigida pelo dispositivo legal ora comentado limita a abrangência da prova documental que poderá instruir a petição inicial, considerando-se que existem documentos que não são escritos, tais como as gravações, filmagens, fotografias etc. Esses documentos não são aptos a satisfazer a exigência legal, ainda

que se mostrem capazes de convencer sumariamente o juiz acerca da probabilidade de o direito de crédito alegado efetivamente existir[176].

Sempre entendi que a prova documental é na realidade uma prova documentada, sendo exigida uma forma documental para que a prova possa permitir a concessão da tutela monitória. Significa dizer que qualquer espécie de prova, desde que esteja documentada, pode servir para a instrução da petição inicial, como ocorre com a prova testemunhal ou pericial produzida em outro processo e que pode servir como *prova emprestada* na demanda monitória[177]. Afinal, dentro de um sistema de livre valoração motivada da prova pelo juiz (persuasão racional), não é admissível defender que a prova documental tem uma carga de convencimento maior do que a de outros meios de prova. A exigência de prova documental, ao que parece, diz respeito à forma da prova, sendo inadmissível a produção de outros meios de prova no procedimento monitório, e não com a carga de convencimento da prova. Dessa forma, a prova documentada já é suficiente para instruir a petição inicial da demanda monitória.

É nesse sentido, ao menos parcialmente, a previsão do art. 700, § 1º, do Novo CPC, que expressamente permite que a prova escrita seja uma prova oral documentada produzida antecipadamente nos termos do art. 381 do mesmo diploma legal. Apesar da adoção da tese da prova documentada, não tem sentido limitá-la àquela produzida antecipadamente, porque uma prova documental emprestada também poderá ser utilizada para o credor embasar seu pedido em ação monitória.

Além da exigência de uma prova documentada por escrito, não se admite que a prova tenha sido produzida unilateralmente pelo autor, exigindo-se alguma participação do réu na sua formação,[178] embora a posição do Superior Tribunal de Justiça seja em sentido contrário[179]. Também se exige que a prova literal indique o *quantum debeatur* nas obrigações de pagar quantia, permitindo-se que dois ou mais documentos apontem com exclusividade o *an debeatur* e o *quantum debeatur*. Na realidade, a pluralidade de documentos é sempre permitida, admitindo-se que o convencimento do juiz de que provavelmente o direito alegado existe seja resultado da análise de um conjunto de provas literais levadas aos autos pelo autor[180].

Não é possível definir *a priori* qual é a prova literal exigida pelo *caput* do art. 700 do Novo CPC, justamente porque, preenchidos os requisitos formais já apontados, tudo dependerá do caso concreto, mais especificamente da carga de convencimento que a prova apresentar. Qualquer descrição do que vem sendo entendido como prova literal apta a instruir a petição inicial monitória é casuística, meramente exemplificativa. Interessante notar, entretanto, que a utilidade maior da ação monitória verifica-se em documentos que são "ex-títulos executivos", como na hipótese do cheque prescrito[181], ou quando os documentos são "quase títulos executivos", documentos que não preenchem todos os requisitos formais para serem considerados títulos executivos, como o contrato sem a assinatura de duas testemunhas, a duplicata ou triplicata sem o aceite[182] ou, ainda, o contrato de abertura de crédito em conta-corrente acompanhado do demonstrativo de

débito[183]. Também a nota fiscal acompanhada de prova de recebimento da mercadoria ou da prestação de serviço vem sendo entendida como prova literal do crédito[184].

Na hipótese de ação monitória em face do emitente de cheque sem força executiva, o prazo prescricional é de cinco anos, a contar da data de emissão estampada na cártula[185]. Também é de cinco anos o prazo prescricional da ação monitória proposta em face de emitente de nota promissória, tendo nesse caso como o termo inicial do prazo o dia seguinte ao vencimento do título[186].

36.4. FAZENDA PÚBLICA E AÇÃO MONITÓRIA

A Fazenda Pública é legitimada para a propositura de ação monitória, ainda que em algumas hipóteses seja discutível o interesse por esta demanda considerando-se a possibilidade de a Fazenda Pública criar seus próprios títulos executivos (certidão da dívida ativa). Parece claro que, sempre que seja admitida à Fazenda Pública a criação do título executivo, a demanda monitória mostrar-se-á inútil, mas deve-se observar que nem todo crédito em favor da Fazenda Pública dará ensejo à inscrição em dívida ativa, limitando-se tal circunstância aos créditos pecuniários de natureza fiscal. Dessa forma, haverá interesse da Fazenda Pública no oferecimento da monitória para a entrega de coisa móvel e os créditos pecuniários não fiscais[187].

A presença da Fazenda Pública no polo passivo da demanda

sempre foi um tema controvertido em sede doutrinária. Os doutrinadores que defendem o não cabimento da ação monitória contra a Fazenda Pública argumentam fundamentalmente que:

(a) as especialidades da execução contra a Fazenda Pública (art. 910 do Novo CPC) impedem a adoção da ação monitória[188];

(b) a impossibilidade de a Fazenda Pública cumprir a ordem de pagamento em razão da indisponibilidade do direito que defende em juízo[189];

(c) a necessidade de reexame necessário, que não seria observado com a ausência de embargos ao mandado monitório e a consequente constituição imediata de título executivo[190];

(d) não sendo gerado o efeito da revelia da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de omissão defensiva da Fazenda Pública, com maior razão não se pode concordar que a revelia no procedimento monitório gere automaticamente a formação de título executivo judicial contra ela.

A corrente doutrinária que defende o cabimento da ação monitória contra a Fazenda Pública rejeita os quatro principais argumentos adotados pela corrente proibitiva:

(a) após a formação do título, no momento executivo, observar-se-ão as regras do art. 910 do Novo CPC;

(b) a Fazenda Pública pode realizar o pagamento sem ofender o sistema de pagamento por precatórios, porque não estará cumprindo sentença judicial, devendo considerar o pagamento como voluntário, em situação similar ao pagamento por um serviço prestado ou por recebimento de mercadorias[191];

(c) o reexame necessário é exigido na hipótese de sentença judicial (art. 496 do Novo CPC), não sendo aplicável ao sistema procedimental da ação monitória;

(d) não há que falar em efeitos da revelia no procedimento monitório.

Apesar da divergência doutrinária a respeito do tema, no âmbito jurisprudencial já havia pacificação no Superior Tribunal de

Justiça no sentido de ser cabível a ação monitória contra a Fazenda Pública[192]. O entendimento foi consagrado pelo § 6º do art. 700 do Novo CPC. Segundo o art. 701, § 4.º, do Novo CPC, sendo ré a Fazenda Pública e não apresentados os embargos previstos no art. 702 do mesmo diploma legal, aplicar-se-á o disposto no art. 496, observando-se, a seguir, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial. Significa dizer que, sendo omissa a Fazenda Pública e por essa razão se constituindo o mandado monitório de pleno direito em título executivo judicial, será cabível o reexame necessário dessa decisão. Entendo que as exceções previstas pelos §§ 3º e 4º do art. 496 do Novo CPC são totalmente aplicáveis ao caso em tela.

36.5. INCAPAZ E AÇÃO MONITÓRIA

O incapaz, desde que devidamente representado processualmente, pode ingressar com uma ação monitória, existindo polêmica a respeito da possibilidade de figurar como réu nessa espécie de demanda. Parcela minoritária da doutrina defende o cabimento, considerando que, sendo o incapaz devidamente representado em juízo, esse representante processual poderá optar por pagar, embargar ou se omitir, suportando o representado as consequências dessa escolha[193]. Não parece ser o melhor entendimento a respeito do tema.

Segundo o art. 345, II, do Novo CPC, na hipótese de a demanda versar sobre direitos indisponíveis, ainda que o réu seja revel, não será gerado o principal efeito da revelia, qual seja a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Ainda que o

silêncio do réu na demanda monitória não se confunda com a revelia, parcela da doutrina entende que a formação de pleno direito do mandado monitório em título executivo não deve ser admitida contra o incapaz, na realidade consequência ainda mais prejudicial que a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor[194]. Ademais, a necessária intervenção do Ministério Público desvirtuaria o procedimento monitório[195], porque, ainda que não tenha legitimidade extraordinária para ingressar com os embargos, poderá se manifestar na própria demanda monitória, o que não se compatibiliza com o procedimento monitório.

A questão parece ter sido superada pelo art. 700, *caput*, do Novo CPC, que ao prever o cabimento da ação rescisória expressamente exige que o devedor seja capaz.

Importante registrar que a extinção em razão da presença no polo passivo de quem não possa participar passivamente de uma demanda monitória (como o incapaz e para parcela doutrinária a Fazenda Pública) não diz respeito à questão da legitimidade de parte. Ainda que o autor seja carecedor da ação, não se pode afirmar que a parte demandada seja ilegítima, porque em tese é exatamente contra aquele sujeito que o demandante deve litigar, considerando-se ser ele o devedor ou ao menos o responsável pelo cumprimento da obrigação. A carência da ação nesse caso diz respeito à ausência de interesse de agir, em razão da inadequação da demanda monitória[196].

36.6. PROPOSITURA DA MONITÓRIA

Independentemente da natureza jurídica que se atribua à demanda monitória – processo de conhecimento com procedimento especial ou espécie autônoma de processo –, é exigida do demandante a elaboração de uma petição inicial, nos termos dos arts. 319 e 320 do Novo CPC.

Nos termos do art. 700, § 2.º, do Novo CPC, cabe ao autor, na petição inicial, explicitar, conforme o caso: (I) a importância devida, instruindo-a com memória de cálculo; (II) o valor atual da coisa reclamada; (III) o conteúdo patrimonial em discussão ou o proveito econômico perseguido. Segundo o § 3.º do mesmo artigo, o valor de causa deverá corresponder à importância prevista no § 2.º, I a III.

No tocante à causa de pedir, diferente do que ocorre na ação de execução, não basta ao autor da monitória fazer uma simples remissão à prova literal que instrui a petição inicial, sendo exigido que descreva os fatos referentes ao surgimento da dívida e o fundamento jurídico[197]. Esse, entretanto, não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[198], que defende ser dispensável a alegação fática que fundamenta o direito alegado pelo autor com base no contraditório diferido. Em cheque prescrito, por exemplo, para o tribunal não há necessidade de descrição da causa *debendi*[199].

Entendo que o posicionamento do tribunal confunde indevidamente o ônus de alegar com o ônus da prova. O contraditório diferido presente na ação monitória pode, quando muito, causar uma inversão do ônus da prova, de forma que o réu

tenha que provar a inexistência do direito do autor em sede de embargos ao mandado monitório. Continua sendo, entretanto, ônus do autor a narração da causa de pedir em sua petição inicial.

A petição inicial pode apresentar vícios procedimentais sanáveis como qualquer outra, sendo nesse caso hipótese de emenda da petição inicial, nos termos do art. 321 do Novo CPC. É o caso, por exemplo, da ausência de demonstrativo de débito na cobrança de soma em dinheiro, que o Superior Tribunal de Justiça entende como documento indispensável à propositura da ação, mas admite a emenda da petição inicial[200]. Além de hipóteses gerais que levariam a petição inicial de qualquer demanda a ser emendada, há interessante previsão especificamente destinada à ação monitória no § 5º do art. 700 do Novo CPC. Segundo o dispositivo, havendo dúvida quanto à idoneidade de prova documental apresentada pelo autor, o juiz intimá-lo-á para, querendo, emendar a petição inicial, adaptando-a ao procedimento comum.

O juiz poderá indeferir a petição inicial, nos termos do art. 330 do Novo CPC, ou quando não atender às exigências dos incisos do § 2° do art. 700 do Novo CPC. O indeferimento se dá por meio de sentença recorrível por apelação.

O art. 701, *caput*, do Novo CPC prevê que, sendo evidente o direito do autor, caberá ao juiz o deferimento de plano de expedição do mandado monitório. A interpretação literal do dispositivo, entretanto, pode levar à falsa impressão de que a atitude adotada pelo juiz no processo monitório é semelhante àquela adotada no momento do pronunciamento inicial em uma ação de execução, o

que, conforme já analisado, não se mostra correto.

É inegável que o juiz, ao receber os autos conclusos pela primeira vez, independentemente da espécie de processo, deve aferir a regularidade formal da petição inicial, averiguando se estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais. Tratando-se de matérias de ordem pública, que devem ser enfrentadas pelo juiz a qualquer tempo, por certo também nesse momento inicial podem ser objeto de apreciação. No processo de conhecimento, de execução e cautelar, essa deve ser a atitude a ser tomada pelo juiz, que, após uma primeira análise da petição inicial e das ponderações lá contidas, deverá determinar a citação do réu/executado/requerido. A atitude adotada pelo juiz em seu primeiro contato com a inicial no procedimento monitório tem uma indiscutível peculiaridade, suficiente para tornar a análise inicial do juiz mais completa da que costuma fazer em outros processos e procedimentos.

No procedimento monitório há cognição desenvolvida pelo juiz, consubstanciada no convencimento de que há verossimilhança nas alegações do autor. Somente após tal cognição deverá o juiz proferir o pronunciamento inicial positivo, com a expedição do mandado monitório. No processo executivo, por outro lado, o título executivo por si só já basta, desde que formalmente em ordem, para exigir do juiz uma atuação positiva, mandando citar o executado, sem nenhuma cognição desenvolvida a respeito da efetiva ou aparente existência do direito exequendo[201].

No procedimento monitório, além de verificar a regularidade

formal da inicial e as matérias de ordem pública, deverá o juiz analisar a prova trazida aos autos pelo autor, visto que ela constitui condição de existência da própria tutela monitória. Assim, a análise do conjunto probatório trazido pelo autor, a que alude o art. 700, *caput* e § 1º, do Novo CPC, é também matéria de cognição do juiz. É indubitável que o juiz, ao receber a petição inicial monitória, e antes de expedir o mandado monitório, irá realizar um verdadeiro juízo de admissibilidade desse processo, analisando o conjunto probatório e os argumentos lançados pelo autor em sua inicial[202].

Em termos de cognição, num plano horizontal (*extensão*), relacionado com a amplitude dessa atividade do juiz, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo, consideradas aqui as questões processuais, as condições da ação e o mérito. Nesse plano, a depender de sua intensidade, a cognição pode ser *plena* ou *limitada*. Já num plano vertical, relacionada à *profundidade* com que se verifica, a cognição pode ser *exauriente* (completa) ou *sumária* (incompleta)[203]. Na concessão do mandado monitório verifica-se uma cognição sumária acerca do direito material alegado, mas exauriente no tocante ao direito à tutela monitória, consubstanciada na adequação da prova trazida na inicial à pretensão monitória de obter a satisfação da obrigação e subsidiariamente a formação de título executivo.

Tal cognição sumária quanto ao direito material afirmado pelo autor exige do juiz uma análise de suas alegações e do conjunto probatório já formado na petição inicial. É incompleta, sem dúvida, pois nesse momento o juiz somente tem conhecimento dos fatos constitutivos do alegado direito do autor, narrados de forma

unilateral. Não há, ainda, condições de saber se existem fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito, conhecimento que apenas poderá ter quando houver eventual apresentação dos embargos, bem como se os fatos alegados são verdadeiros. De qualquer maneira, é indubitável que o deferimento do mandado monitório é precedido de cognição judicial diferenciada na empreendida análise da petição inicial em outros processos e procedimentos[204].

36.7. CITAÇÃO DO RÉU

Expedido o mandado monitório, o réu será citado para integrar o processo e tomar conhecimento da existência e teor da demanda contra ele proposta, bem como intimado para a interposição de embargos ao mandado monitório no prazo de 15 dias. Não se tratando de processo executivo, todas as formas de citação são admitidas (art. 700, § 7º, do Novo CPC), inclusive as formas de citação ficta (hora certa e edital).

36.8. POSTURAS DO RÉU

Realizada a citação, o réu poderá adotar no prazo de 15 dias uma dentre três possíveis posturas:

(a) satisfazer a obrigação;

(b) não reagir;

(c) ingressar com embargos ao mandado monitório.

Segundo a previsão do art. 701, § 1º, do Novo CPC, sendo cumprido o mandado no prazo legal, o réu ficará isento do

pagamento das custas processuais. Trata-se de medida de *execução indireta*, que exerce uma pressão psicológica para que o réu cumpra a sua obrigação de pagar a quantia cobrada ou entregar a coisa demandada. O legislador oferece uma melhora na situação do réu na esperança de que essa oferta seja suficiente a motivá-lo para cumprir a obrigação imediatamente após a sua citação.

Quanto aos honorários advocatícios, de forma distinta da prevista no art. 1.102-C, § 1º, do CPC/1973, o pagamento deverá ser realizado ainda que o réu satisfaça a obrigação no prazo legal. Chama a atenção, entretanto, que o art. 701, *caput*, do Novo CPC preveja que os honorários serão fixados em 5% do valor da causa. Pode se alegar que tal previsão daria um desconto de 50% sobre o mínimo legal, mas na realidade não há condicionante desse percentual de 5% ao cumprimento da obrigação. Dessa forma, mesmo que o réu deixe de cumprir a obrigação, inclusive com a constituição do título executivo diante de sua inércia, os honorários continuaram a ser de 5% do valor da causa.

Não parece correto confundir a revelia com a omissão defensiva do réu no procedimento monitório, até mesmo porque a revelia é fenômeno processual voltado à ausência jurídica de contestação, não sendo essa a natureza da defesa típica do procedimento monitório. Os embargos ao mandado monitório têm natureza de ação e não de contestação, sendo a diferença de natureza jurídica dessas duas espécies de reação do demandado suficiente para não confundir os efeitos da ausência de uma e de outra. O efeito principal da revelia é a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, enquanto o efeito da não interposição de

embargos no procedimento monitório é a formação de título executivo judicial. O revel ainda pode se sagrar vitorioso na demanda de conhecimento, bastando que o juiz entenda não existir o direito material alegado pelo autor, o que evitará a formação de título executivo contra ele. No procedimento monitório a omissão defensiva obrigatoriamente faz surgir um título executivo contra o réu, não havendo nenhuma possibilidade de o réu omisso se sagrar vitorioso nessa demanda judicial[205].

A omissão do réu em apresentar tempestivamente os embargos ao mandado monitório faz com que este se converta de pleno direito em título executivo judicial, segundo previsão do art. 701, § 2º, do Novo CPC. A previsão legal determina que, independentemente de qualquer manifestação judicial que declare a formação do título executivo judicial, transcorrido o prazo de defesa do réu sem a interposição dos embargos ao mandado monitório, estará formado o título executivo judicial[206]. É triste notar na prática forense a prolação de decisão judicial após a inércia do réu, em adoção de procedimento frontalmente contrário ao estabelecido em lei.

A conjugação de três dispositivos do novo diploma processual cria interessante questão que, ainda que de extrema raridade na prática, exige solução. O art. 701, § 2º, do Novo CPC prevê apenas duas hipóteses para evitar a constituição de pleno direito do mandado monitório em título executivo: pagamento ou apresentação de embargos. O art. 702, § 6º, do Novo CPC, admite a reconvenção no procedimento monitório. E o art. 343, § 6º, do Novo CPC prevê que o réu pode reconvir mesmo sem contestar. Caso o réu na ação monitória deixe de embargar, mas apresente

reconvenção, tal postura evitará a conversão do mandado monitório em título executivo?

Tendo a acreditar que não, porque nesse caso a reconvenção, com natureza de ação, não impedirá que a pretensão do autor seja reconhecida em razão da ausência de defesa (embargos). E a consequência dessa falta de resistência à pretensão do autor é justamente a conversão do mandado monitório em título executivo judicial. Ter-se-ia, nesse caso, o cumprimento de sentença e a reconvenção, que perderia tal natureza e seguiria como ação autônoma.

A terceira opção é a interposição dos embargos ao mandado monitório no prazo de 15 dias, previsto no art. 702, *caput*, do Novo CPC. Tratando-se da Fazenda Pública em juízo, não é possível entender que o prazo seja computado em dobro para embargar, nos termos do art. 183 do Novo CPC. Apesar de bastante improvável, o mesmo raciocínio deve ser adotado para o caso de presença do Ministério Público no polo passivo e para a hipótese de litisconsortes passivos com diferentes patronos de diferentes sociedades de advogados (art. 229 do Novo CPC).

Por expressa previsão do art. 701, § 5º, do Novo CPC, é cabível, como reação do réu no seu prazo de resposta, o pedido de pagamento parcelado do débito, nos termos do art. 916 do Novo CPC. Naturalmente tal espécie de reação só será admissível se o objeto da ação monitória for o cumprimento de uma obrigação de pagar quantia certa. Os requisitos formais, portanto, são os mesmos exigidos para a moratória legal do processo de execução.

36.9. A NATUREZA JURÍDICA DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE DEFERIMENTO DO MANDADO MONITÓRIO

Um dos temas mais polêmicos referentes ao procedimento monitório diz respeito à natureza jurídica do pronunciamento do juiz que defere o mandado monitório. Antes de comentar as diversas correntes doutrinárias que defendem a natureza de despacho, decisão interlocutória ou sentença, cumpre consignar que a natureza desse pronunciamento não depende da atitude a ser tomada pelo réu no caso concreto. Não se pode concordar, portanto, com uma suposta natureza híbrida desse pronunciamento judicial. Os que defendem essa tese acreditam que a atitude do réu é que define a natureza jurídica do pronunciamento[207]:

(a) se houver embargos ao mandado monitório, a natureza jurídica do provimento é de decisão interlocutória; e

(b) ocorrendo omissão do devedor em se defender por meio dos embargos, o pronunciamento terá natureza de sentença.

Tal entendimento deixa uma pergunta sem resposta: no lapso temporal entre a expedição da ordem e a eventual manifestação defensiva do réu sob a forma de embargos ao mandado monitório, qual é a natureza desse pronunciamento? Fica sobrestada a definição da sua natureza até que o prazo transcorra? Quando um pronunciamento judicial é emitido, já em seu nascedouro contém uma natureza jurídica. Não se pode admitir que um mesmo ato

tenha duas naturezas jurídicas condicionadas a eventual manifestação da parte contrária. Assim, definida a sua natureza jurídica, não se conceberá sua modificação no curso do trâmite processual. Se o pronunciamento "nasce" com a natureza de decisão interlocutória, assim permanecerá até o término da demanda; o mesmo ocorrendo com a sentença e com o despacho[208].

36.10. O PRONUNCIAMENTO CONCESSIVO DO MANDADO MONITÓRIO COMO DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE

A compreensão de que o pronunciamento concessivo do mandado monitório é um despacho de mero expediente é sem dúvida compartilhada por poucos processualistas que se detiveram sobre o assunto. Tomando-se o rol do art. 203 do Novo CPC, que classifica os atos do juiz (melhor seria ter usado *pronunciamentos*) em despachos, decisões interlocutórias e sentenças, é pacífico na doutrina que a diferenciação entre despacho e decisão interlocutória reside na carga decisória do pronunciamento, existente neste e ausente naquele.

Considerando-se o pronunciamento inicial positivo do juiz no procedimento monitório como um despacho, retira-se qualquer carga decisória de tal manifestação judicial. Tratar-se-á de um simples ato de ordenamento processual, cujo escopo é tão somente completar a relação jurídica processual, informando-o da existência de demanda judicial e permitindo a propositura dos embargos ao

mandado monitório. Essa minoritária corrente doutrinária chega a comparar esse pronunciamento inicial do juiz no processo monitório com aquele emitido no processo de conhecimento e de execução[209], o que já se demonstrou não ser o entendimento mais adequado.

Conforme já demonstrado, no procedimento monitório o juiz é obrigado a analisar a regularidade formal da petição inicial, as matérias de ordem pública e sumariamente a probabilidade de o direito material alegado existir. É nitidamente um pronunciamento com caráter decisório, o que é suficiente para afastar deste a natureza jurídica de despacho.

36.11. O PRONUNCIAMENTO QUE DEFERE O MANDADO MONITÓRIO CONSIDERADO COMO SENTENÇA – OCORRÊNCIA DA COISA JULGADA MATERIAL

É tradicional a doutrina que entende ter o mandado monitório a natureza de uma sentença, comparando-se o procedimento monitório com o processo contumacial. A falta de interposição de embargos por parte do réu da ação monitória se assemelharia à falta de apresentação de contestação na ação de conhecimento. Em ambas teria havido a oportunidade de contraditório, aberta ao réu com o seu chamamento ao processo (ordem para pagar ou entregar coisa no primeiro caso e para responder à inicial no segundo), não

se tendo efetivado justamente em virtude de sua omissão. Assim, uma vez definida a natureza do procedimento monitório relacionando-o com o processo de conhecimento em que se verifica a contumácia do réu, chegou-se consequentemente à conclusão de que o mandado monitório tinha a mesma natureza jurídica do pronunciamento que decidia o processo de conhecimento contumacial[210]. Nesse entendimento, se a sentença proferida num processo em que se tenha verificado a contumácia do réu transita em julgado, produzindo coisa julgada material, o mesmo efeito deve ser, por analogia, atribuído ao mandado monitório.

O entendimento não é correto, porque no processo de conhecimento a contumácia é eventual e pode até ser considerada como fenômeno anormal, enquanto no processo monitório a omissão do réu é institucional e necessariamente pressuposta. Além disso, mesmo quando não há a manifestação defensiva do réu no processo de conhecimento, ainda assim se verifica um contraditório real e não apenas virtual como aquele estabelecido no processo monitório. Tal entendimento fundamenta-se na possibilidade de o juiz, mesmo quando verificada a revelia no processo de conhecimento, determinar a produção de provas *ex officio* ou ainda determinar que o autor especifique provas para formar o seu convencimento (art. 348 do Novo CPC), sempre que se mostrar legítima a exceção ao efeito legal (Capítulo 19, item 19.2.3.). Essa possibilidade não existe no processo monitório em virtude da constituição, de pleno direito, do mandado monitório em título executivo.

Além disso, em virtude da aplicação do princípio do *iura novit*

curia, mesmo em caso de revelia, somente os fatos serão presumidos verdadeiros (presunção relativa), e nunca o direito. Assim, ainda que o réu, no processo de conhecimento, não conteste a pretensão do autor, o juiz, que deve saber o direito, se não estiver convencido de sua existência, deverá rejeitar o pedido (art. 487, I, do Novo CPC)[211]. Esse julgamento de improcedência não tem lugar no procedimento monitório após a expedição do mandado monitório, considerando-se mais uma vez a sua conversão de pleno direito em título executivo.

Dessa maneira, existe a possibilidade de o réu revel no processo de conhecimento sair vencedor da demanda, fato impossível de ocorrer no procedimento monitório, em que a sorte do réu estará previamente lançada e seu futuro conhecido. Embargando o mandado, discutirá a obrigação pretendida pelo autor, não embargando, o mandado monitório será de pleno direito convertido em título executivo. Nos embargos existe a possibilidade de sair vencedor em sua defesa e, consequentemente, impedir a formação do título executivo. No caso de omissão, entretanto, em virtude do disposto no art. 701, § 2º, do Novo CPC, necessariamente sairá derrotado e o título será formado.

Outra diferença entre os dois processos está no fato de que no processo de conhecimento, mesmo não atendendo à citação, pode o réu ainda nele ingressar e participar ativamente na formação do convencimento do juiz, recebendo o processo no estado em que ele se encontra. Poderá o revel interferir, se não com o juiz de primeira instância, quando julga antecipadamente a lide (art. 373, II, do Novo CPC), ao menos com o Tribunal, em sede de apelação. No

procedimento monitório tal ocorrência, em razão de sua própria especialidade procedimental, é inviável[212].

Por fim, no processo de conhecimento, mesmo com a revelia do réu, não há impedimento de que o juiz reconheça uma matéria de ordem pública antes da prolação da sentença, extinguindo o processo sem a resolução do mérito. Já no procedimento monitório essa possibilidade simplesmente inexiste, uma vez que, deferido o mandado monitório e transcorrido o lapso temporal de prazo para a defesa do réu sem nenhuma manifestação, o mandado monitório se converterá de pleno direito em título executivo, sem a necessidade de um novo pronunciamento judicial.

Apesar de parcela da doutrina entender que o art. 701, § 3º, do Novo CPC equipara a decisão concessiva do mandado monitório à sentença[213], entendo que não é necessária tal conclusão diante do cabimento genérico de ação rescisória de decisão interlocutória de mérito transitada em julgado estabelecida pelo Novo Código de Processo Civil. O mais curioso do dispositivo legal, e criticável, é permitir a propositura de ação rescisória contra decisão fundada em cognição sumária, ou seja, num mero juízo de probabilidade de existência do direito.[214]

A doutrina nacional que defende a existência da coisa julgada material, ainda que se reconheçam a cognição sumária e a prolação de decisão *inaudita altera parte*, afirma que o pronunciamento é similar à sentença condenatória obtida no processo de cognição plena no processo de conhecimento. Defende-se que a decisão que expede o mandado monitório tem natureza idêntica a da sentença

condenatória proferida em processo de conhecimento em que ocorre a revelia do réu, com a verificação da coisa julgada material[215].

Os doutrinadores que não aceitam a atribuição dos efeitos da coisa julgada ao mandado monitório não admitem que a cognição sumária feita pelo juiz seja suficiente para atribuir ao pronunciamento o caráter de certeza que os pronunciamentos aptos a adquirirem a coisa julgada material necessitam possuir.

36.12. O PRONUNCIAMENTO CONCESSIVO DO MANDADO MONITÓRIO COMO DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Parte significativa da doutrina considera o pronunciamento concessivo do mandado monitório como uma decisão interlocutória[216]. Para esses doutrinadores o pronunciamento não produz coisa julgada material. A razão que justifica a atribuição da natureza jurídica de decisão interlocutória ao pronunciamento em exame se dá em virtude da amplitude da cognição feita pelo juiz em sua manifestação inicial e pela ausência de efetivo contraditório. Para os que defendem tal entendimento, não sendo viável atribuir ao mandado monitório o caráter de certeza própria de uma sentença definitiva e considerando-se o evidente caráter decisório do pronunciamento, somente restaria a ele a natureza jurídica de uma decisão interlocutória. Excluída a possibilidade de o pronunciamento ser um despacho ou uma sentença, e reconhecendo ser tal ato do juiz um pronunciamento que necessita ser tipificado numa das hipóteses do art. 203 do Novo CPC, por eliminação tal pronunciamento é tido como uma decisão interlocutória.

Uma vez admitida a natureza jurídica do pronunciamento concessivo do mandado monitório como a de uma decisão interlocutória, por certo ele nunca estaria revestido da coisa julgada material, fenômeno imputável tão somente às sentenças que julgam o mérito da demanda. A impossibilidade de modificação da decisão

inicial proferida pelo juiz no mesmo processo se daria somente em virtude de preclusão, e não de coisa julgada[217].

Após o término da suspensão da eficácia do mandado inicial e sua consequente conversão de pleno direito em título executivo, todas as matérias, sem exceção, não poderão mais ser apreciadas pelo juiz[218]. Ao considerar esse pronunciamento uma decisão interlocutória, a única explicação para a impossibilidade de o juiz reformar sua decisão primígena quanto às matérias de ordem pública seria a ocorrência de preclusão temporal, dado que durante a fase de suspensão da eficácia do mandado poderia ele analisá-las, mas, vencido esse prazo, não mais poderá discuti-las[219].

36.13. O MÉRITO NO PROCESSO MONITÓRIO E SEU JULGAMENTO

Conforme ensina a melhor doutrina, o mérito da demanda deve ser conceituado como a pretensão à tutela jurídica buscada pelo autor em juízo[220]. Respondendo à questão sobre o que o autor pretende com o processo judicial, estar-se-á determinando seu mérito. Quando o autor ingressa com uma ação de conhecimento, pretende, em primeiro plano, o reconhecimento do direito por ele afirmado, para assim poder, posteriormente, satisfazer o seu direito, seja por meio do cumprimento "voluntário" da obrigação pelo devedor, seja por meio da própria força gerada pela sentença (declaratória e constitutiva) ou, ainda, mediante execução forçada, quando além do reconhecimento do direito o autor requer a condenação do réu ao cumprimento de uma prestação.

Entendo que o mérito do processo monitório não se confunde com o mérito do processo de conhecimento tradicional[221]. Na realidade, o mérito monitório é mais próximo do mérito do processo executivo[222], registrando-se, entretanto, que as manifestas diferenças procedimentais entre os dois processos não permitem nenhuma confusão entre eles.

O art. 700, *caput*, do Novo CPC dispõe que a ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz o cumprimento de qualquer espécie de obrigação. A leitura do texto legal leva à conclusão de que o autor, ao ingressar com a demanda monitória, não está buscando o reconhecimento de seu direito, mas tão somente o pagamento de soma em dinheiro ou entrega de coisa. A pretensão do autor no processo monitório é, portanto, a satisfação de seu direito, e não o seu reconhecimento[223]. Mesmo quando o autor não obtém o que pretende, que indubitavelmente é a satisfação de seu direito, no caso de o réu não cumprir sua obrigação no prazo legal, o que se vê é a conversão do mandado inicial em título executivo, e não a existência de decisão que reconhece o direito alegado na inicial pelo autor.

Grande parte da doutrina admite que o objetivo perseguido no processo monitório não é o reconhecimento do direito alegado pelo autor. Não fazendo parte do objeto desse processo, portanto, não cabe discussão acerca do mérito da relação obrigacional deduzida em juízo[224]. Quando parcela da doutrina afirma que na monitória não há julgamento de mérito, parece querer dizer que não existe na decisão concessiva do mandado monitório nenhuma declaração do

juiz asseverando que o direito alegado efetivamente existe. Ao examinar a petição inicial da monitória, o juiz conta tão somente com os argumentos e provas trazidos aos autos pelo autor. Deve, a partir desses elementos, primeiramente verificar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação e, posteriormente, por meio da, já tantas vezes aduzida, cognição sumária, verificar se deve deferir uma ordem de pagamento fundamentada somente num juízo de probabilidade da existência do direito do autor.

Em minha concepção o pronunciamento proferido por meio de cognição sumária não tem condições de produzir coisa julgada material, fenômeno privativo dos pronunciamentos gerados mediante cognição exauriente[225]. Assim, relativamente à existência do direito afirmado pelo autor, a cognição é sumária, e a decisão proferida não pode adquirir coisa julgada material. O mesmo não ocorre, entretanto, com a cognição que o juiz faz a respeito do direito à tutela monitória pretendida pelo autor. Aqui, necessário mais uma vez atentar para o verdadeiro conteúdo da pretensão do autor na demanda monitória. Pretende-se o cumprimento da obrigação, dentro dos limites traçados por nosso ordenamento jurídico. Se não verificada a satisfação, e não embargado o mandado, o autor obterá um título executivo judicial, no teor da lei. Entende-se que subsidiariamente[226] o autor pretende a constituição de título executivo judicial. Como se nota, não há lugar no pedido do autor do procedimento monitório para o reconhecimento de seu direito.

Ao expedir o mandado monitório, o juiz deverá estar convencido, pela argumentação do autor e pelos documentos

juntados com a peça inicial, de que este deve ser contemplado com a tutela monitória, que nada mais é, em primeiro plano, a satisfação do direito e, em segundo, a formação de título executivo judicial. Essa análise dos elementos que levam o autor a ser merecedor da tutela monitória é realizada mediante cognição exauriente, porque não haverá outro momento processual para a manifestação do juiz no tocante ao objeto dessa decisão, que são justamente os pressupostos de concessão da tutela monitória. Importa ressaltar que essa sentença proferida pelo juiz será sempre, em qualquer circunstância, o único pronunciamento proferido pela autoridade judicial no procedimento monitório. Considerando os embargos ao mandado monitório como ação autônoma incidental, a exemplo dos embargos à execução, e mediante a expressa menção da lei, a conversão do mandado monitório de pleno direito em título executivo, esse pronunciamento, mesmo na hipótese de manifestação do réu por meio dos embargos, será sempre o único proferido pelo juiz no processo monitório[227].

Sintetizando o entendimento ora defendido: o fenômeno da coisa julgada material está presente no processo monitório. Não está relacionado ao direito afirmado pelo autor, mas ao mérito do próprio processo monitório, consistente na pretensão do autor de ver satisfeito seu crédito ou, subsidiariamente, obter título executivo judicial.

A principal consequência prática do entendimento exposto é a possibilidade aberta ao réu, em caso de não terem sido oferecidos embargos, e mesmo depois de convertido o mandado monitório em título executivo, de ingressar com ação autônoma para discutir o

direito material alegado pelo autor da monitória[228]. Em virtude de a coisa julgada material operada nesse processo se relacionar exclusivamente à tutela monitória, é tão somente essa que não mais poderá ser discutida pelas partes. Fica, entretanto, aberta a discussão acerca do direito material alegado pelo autor na monitória que, em virtude da ausência de defesa do réu, não chegou a ser precisamente objeto de decisão por parte do Poder Judiciário.

A situação, nesse aspecto, se assemelha à da execução de título executivo extrajudicial em que se verifica a ausência dos embargos do devedor. Em ambas não houve qualquer apreciação judicial acerca do crédito executado ou que fundamenta o direito material, o que permite que ele possa ser objeto de discussão posterior. As situações não são idênticas, porque a formação do título executivo no processo monitório se dá de maneira diferente da formação de um título executivo extrajudicial. No primeiro caso, tem-se uma apreciação por parte do Poder Judiciário, que, embora não reconheça o direito alegado pelo autor, emite uma ordem de pagamento ou de entrega fundada em um juízo de verossimilhança. Significa dizer que, no caso do mandado monitório, há uma presunção do juiz de que o direito afirmado de fato existe, enquanto no título executivo extrajudicial essa presunção é legal.

No processo monitório, as provas juntadas à inicial, a cognição sumária do juiz acerca do direito alegado (exauriente quanto ao direito à tutela monitória por parte do autor) e a omissão do réu criam as condições necessárias para o surgimento de um título executivo. Esse título encontra-se numa posição intermediária em relação ao título judicial proveniente de cognição exauriente e ao

título extrajudicial. O título executivo formado no processo monitório é baseado em presunção, já que formado por meio de probabilidade da existência do direito material. Tal presunção, entretanto, é mais forte do que aquela exigida para o título executivo extrajudicial, em que não é o juiz que presume a existência do direito, mas a própria lei. É inegável que esse título tenha menor força que o título executivo judicial obtido por meio de cognição exauriente, cujo fundamento não é a presunção, mas a certeza.

É possível graduar suas diferenças, levando-se em consideração o grau de convencimento necessário para o surgimento de cada um desses títulos. A presunção legal, que mais longe se encontra da certeza, autoriza a formação do título extrajudicial. A presunção do juiz sobre a existência do crédito, por certo mais próxima da certeza, origina o título executivo formado no procedimento monitório, e finalmente a própria certeza, obtida com decisão definitiva por meio de cognição exauriente, cria o título executivo judicial típico, previsto no art. 515, I, do Novo CPC.

Dessa maneira, fica-se no meio do caminho entre a presunção legal do título executivo extrajudicial e a certeza do título executivo judicial proveniente de processo com cognição exauriente. Mas como tratar um título executivo que não seria nem judicial nem extrajudicial? Parece que a solução a tal impasse se encontra prevista no próprio texto legal ao chamar o título executivo, obtido por meio da tutela monitória, de judicial. Não que com isso o legislador tenha procurado equipará-lo àquele título formado no

processo de cognição exauriente. Pretendeu, sim, dar a esse título uma força maior do que aquela prevista para o título executivo extrajudicial.

A cognição sumária do direito material alegado pelo autor no processo monitório, por certo, dota o crédito representado pelo título que se formará de uma probabilidade muito maior do que aquela verificada no título executivo extrajudicial. Assim sendo, embora se entenda que o réu possa, em ação autônoma, discutir o direito material alegado pelo autor do processo monitório na ausência de embargos ao mandado monitório, somente poderá impugnar a execução dentro dos limites do art. 525 do Novo CPC. O tema voltará a ser tratado no item referente aos embargos ao mandado monitório.

36.14. NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS AO MANDADO MONITÓRIO

Há sério debate na doutrina nacional a respeito da natureza jurídica dos embargos ao mandado monitório, previstos no art. 702 do Novo CPC, sendo evidente que o simples nome atribuído pelo legislador a essa espécie de defesa do réu em nada contribui para a solução do impasse. Parece ser correto o entendimento da doutrina majoritária de que os embargos ao mandado monitório têm natureza de ação, e não de contestação[229].

Existem dois sistemas procedimentais pelos quais pode ser oferecida a tutela monitória ao jurisdicionado. Num primeiro

sistema o juiz profere no início do procedimento um mandado de cumprimento da obrigação, sendo que, apresentada a defesa pelo réu, o procedimento monitório se transforma em procedimento comum e o mandado inicial perde a sua eficácia. Ao final, o juiz profere uma sentença condenando ou não o réu, o mesmo ocorrendo quando este não apresenta sua defesa. Num segundo sistema o juiz profere uma decisão inicial, determinando o cumprimento da obrigação, e a defesa do réu suspende a eficácia desse mandado inicial. Sendo rejeitada a defesa, não haverá a prolação de nova decisão no procedimento monitório, constituindo-se o título executivo judicial de pleno direito. O mesmo fenômeno ocorrerá se o réu não apresentar a defesa.

A mera leitura do art. 702, § 8º, do Novo CPC demonstra que o direito brasileiro adotou o segundo sistema, ainda que alguns juízes pareçam não ter lido com atenção o dispositivo legal correspondente no sistema processual revogado, tal a quantidade na praxe forense de decisões indevidamente proferidas no procedimento monitório após o julgamento dos embargos ou na ausência destes. O próprio Superior Tribunal de Justiça parece não ter compreendido com clareza a opção do legislador brasileiro, posicionando-se flagrantemente contra a clara letra de lei para afirmar que, apresentados os embargos, o procedimento monitório se converte em procedimento comum [230]. Mas nada disso afasta a grave falha de tal entendimento, que ao tratar os embargos como contestação passa a entender que o título executivo não é o mandado monitório, mas a sentença a ser proferida após o regular procedimento da demanda.

Não é uma discussão meramente acadêmica, gerando alguns interessantes reflexos práticos o incorreto entendimento de que os embargos ao mandado monitório têm natureza de contestação:

(a) a Fazenda Pública e o Ministério Público teriam o prazo em dobro para se manifestarem nos autos (arts. 180 e 183 do Novo CPC), e os litisconsortes com patronos diferentes, de diferentes sociedades de advogados, também teriam o prazo em dobro (art. 229 do Novo CPC);

(b) pelo princípio da eventualidade todas as matérias de defesa do réu teriam que ser alegadas nesse primeiro momento de defesa, "sob pena" de preclusão, sendo que a sentença de mérito a ser proferida impedirá a discussão de outras defesas em outra demanda em razão da eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508 do Novo CPC);

(c) todas as matérias alegadas na defesa são devolvidas ao tribunal numa eventual apelação pela profundidade do efeito devolutivo, ainda que a apelação não tenha todas elas como objeto de pretensão recursal[231].

Afastado o entendimento de que os embargos possuem natureza jurídica de contestação, mostra-se de singular infelicidade a regra prevista no art. 702, § 6º, do Novo CPC, que consagra legislativamente o entendimento exposado na Súmula 292 do STJ, ao admitir a reconvenção a ser proposta pelo réu da demanda monitória. A previsão, como dito, apenas consagra o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os embargos ao mandado monitório têm natureza de contestação, sendo, inclusive, dispenso o recolhimento de custas iniciais[232].

É natural que para os defensores da tese ora criticada o réu da ação monitória, ao embargar e transformar o procedimento em comum, poderá se valer da reconvenção, bem como de outras formas de resposta, tais como denunciação da lide e chamamento ao processo[233]. Por outro lado, parcela da doutrina que defende a

natureza de ação dos embargos aponta para a impossibilidade de reconvenção, considerando-se que o réu da demanda monitória é o autor dos embargos, e autor não pode ingressar com reconvenção[234].

36.15. PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS AO MANDADO MONITÓRIO

Tratando-se de ação incidental, os embargos ao mandado monitório exigem o oferecimento de uma petição inicial, nos termos dos arts. 319 e 320 do Novo CPC, seguindo-se o procedimento comum. Diferente dos embargos à execução, nos embargos ao mandado monitório a cognição é plena, sendo admissível a alegação de qualquer matéria de defesa, nos termos do art. 702, § 1º, do Novo CPC[235]. Os §§ 2.º e 3.º do art. 702 do Novo CPC tratam da alegação de defesa de excesso na cobrança: o primeiro dispõe que, quando o réu alegar que o autor pleiteia quantia superior à devida, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado da dívida, enquanto o segundo prevê que, não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, os embargos serão liminarmente rejeitados, se esse for o seu único fundamento; se houver outro fundamento, os embargos serão processados, mas o juiz deixará de examinar a alegação de excesso.

Conforme expressa previsão do art. 702, *caput*, do Novo CPC, os embargos independem de prévia segurança do juízo, tendo essa

característica se prestado durante muito tempo para diferenciá-lo dos embargos à execução, o que atualmente não mais ocorre em razão da previsão do art. 914 do Novo CPC, que passou a permitir a propositura de embargos à execução mesmo sem a garantia do juízo. Em razão da regra prevista no mesmo dispositivo legal, os embargos ao mandado monitório serão autuados nos próprios autos da demanda monitória.

A interposição dos embargos ao mandado monitório suspende a eficácia do mandado inicial (art. 702, § 4º, do Novo CPC), e, havendo a interposição de embargos parciais, a parcela do mandado não impugnada converte-se de pleno direito em título executivo, nos termos do art. 702, § 7º, do Novo CPC), o que já permite a propositura da execução definitiva por meio do cumprimento de sentença dessa parte incontroversa da pretensão do autor[236]. Havendo mais de um réu e somente um deles tendo apresentado os embargos, sendo o litisconsórcio unitário, a suspensão do mandado atinge todos os réus, inclusive os que não embargaram; tratando-se de litisconsórcio simples, tudo dependerá da matéria alegada em embargos, verificando-se a suspensão do mandado monitório somente se a defesa apresentada aproveitar a todos os litisconsortes, inclusive aos que não embargaram[237].

Nos termos do § 7.º do art. 702 do Novo CPC, a critério do juiz, os embargos serão autuados em apartado, se parciais, constituindo-se de pleno direito o título executivo judicial em relação à parcela incontroversa.

O juiz poderá determinar a emenda da petição inicial na

hipótese de vício sanável (art. 321 do Novo CPC) ou ainda a indeferir de plano havendo vícios insanáveis, em decisão recorrível por apelação. Sendo regular a petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu na pessoa de seu advogado – da mesma forma que ocorre nos embargos à execução – que poderá adotar as reações típicas do demandado. Interessante questão é colocada diante da omissão do embargado em responder: haverá revelia nesse caso? Serão presumidos verdadeiros os fatos alegados pelo embargante em sua petição inicial?

Entendo que a ausência jurídica de resposta gera a revelia do embargado, mas não o seu principal efeito, qual seja a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo embargante. Ainda que se considere omisso o réu dos embargos ao mandado monitório, sua omissão não é absoluta como ocorre no processo de conhecimento, considerando-se ter sido ele o responsável pela propositura do processo monitório. Ademais, já existe uma presunção em favor do embargado, porque a seu favor já foi proferida uma decisão que considerou existente o direito alegado e bem por isso determinou o pagamento ou entrega da coisa. Essa presunção de que existe o direito, inclusive fonte motivadora da existência dos próprios embargos, precisa ser afastada no caso concreto pelo embargante, o que só ocorrerá com a produção de prova, sendo insuficiente a mera omissão defensiva do embargado[238].

Os embargos ao mandado monitório são decididos por sentença recorrível por apelação, havendo debate doutrinário a respeito dos efeitos do recebimento desse recurso.

Parcela doutrinária admite a aplicação por analogia do art. 1.012, § 1º, III, do Novo CPC, regra prevista para os embargos à execução, para que a apelação contra a sentença dos embargos ao mandado monitório seja recebida sem o efeito suspensivo, entendimento que se fundamenta na celeridade procedimental que motivou o tratamento diferenciado da tutela monitória[239]. A analogia perde força com a natureza de contestação que o legislador aparentemente atribuiu aos embargos ao mandado monitório.

Não me impressiono com a previsão do art. 702, § 4º, do Novo CPC, que prevê que a oposição dos embargos suspende a eficácia do mandado monitório até o julgamento em primeiro grau. A norma pode levar à interpretação de que se a suspensão dura somente até o julgamento de primeiro grau, a apelação não teria efeito suspensivo, não conseguindo evitar a conversão do mandado monitório em título executivo judicial.

Não vejo, entretanto, a norma capaz de retirar o efeito suspensivo da apelação, porque a eficácia suspensiva nesse caso não decorre dos embargos, mas sim do recurso contra sua decisão. Ou seja, a eficácia do mandado monitório fica suspensa até a sentença dos embargos em razão da defesa do réu, e até o julgamento de segundo grau em razão do recurso interposto pelo apelante.

Há, entretanto, outros fundamentos capazes de afastar o efeito suspensivo da apelação. Segundo parcela da doutrina essa consequência pode ser retirada do art. 702, § 8º, do Novo CPC, que prevê que sendo rejeitados os embargos o mandado monitório se

converte de pleno direito em título executivo. Na conformidade da previsão legal, a eficácia do mandado monitório não depende do trânsito em julgado da decisão dos embargos e nem de seu reexame pelo tribunal em julgamento de apelação. A eficácia é imediatamente gerada pela simples rejeição dos embargos ao mandado monitório em primeiro grau[240].

Também a analogia com o art. 1.012, § 1º, V, do Novo CPC é utilizada por parcela da doutrina, que defende que a improcedência dos embargos confirma a tutela de evidência concedida liminarmente, o que seria suficiente para retirar o efeito suspensivo da apelação[241]. Penso ser esse o fundamento mais robusto e em consonância com a lei para se retirar o efeito suspensivo da apelação da sentença que julga os embargos ao mandado monitório.

Rejeitados os embargos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, prosseguindo-se o processo em observância ao disposto no Título II do Livro I da Parte Especial, no que for cabível. Significa que o autor executará a decisão que expediu o mandando monitório, e que até então estava com sua eficácia suspensa, e não a decisão dos embargos, até porque essa decisão será de improcedência (declaratória negativa).

Os embargos poderão ser extintos sem a resolução do mérito (art. 485 do Novo CPC). Tratando-se de resolução de mérito, a sentença terá sempre natureza declaratória:

(a) rejeição do pedido do embargante: declaração da existência do direito alegado pelo autor da ação monitória, ou seja, a existência da obrigação do embargado; nessa hipótese o mandado monitório se converte de pleno direito em título executivo

judicial;

(b) acolhimento do pedido do embargante quando seu fundamento é a inexistência do direito do embargado: declaração de que o direito alegado pelo autor da monitória não existe; nessa hipótese o mandado monitório será desconstituído, não se convertendo em título executivo, produzindo a sentença coisa julgada material;

(c) acolhimento do pedido do embargante quando seu fundamento for irregularidade formal: declaração de que a tutela monitória é incabível ou foi exercida com imperfeição formal, sendo o mandado monitório desconstituído.

Na hipótese de sentença de parcial procedência dos embargos, é imprescindível a liquidez da decisão, porque será justamente pelo valor líquido indicado como devido que será realizada a execução[242].

36.16. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Uma vez constituído o título executivo judicial, a fase monitória terá se encerrado, sendo iniciada a fase de cumprimento de sentença, que permitirá ao autor o pedido da aplicação das medidas executivas para a satisfação de seu direito. Por se tratar de cumprimento de sentença pelo procedimento comum, não há qualquer especialidade procedimental digna de nota.

A única questão que traz interesse peculiar a esse cumprimento de sentença diz respeito à defesa do executado.

Inicialmente, não deve ser admitida a tese de que não cabe defesa ao executado em execução de título formado no procedimento monitório. Não é correto o entendimento de que o momento adequado para a apresentação da defesa é o de embargos

ao mandado monitório, e, sendo omisso o réu no sentido de se defender nesse momento, será impedido de alegar qualquer defesa na fase executiva em razão da preclusão[243]. Primeiro, porque a preclusão é um fenômeno endoprocessual, e sendo os embargos ao mandado monitório uma ação incidental não se pode afirmar que a sua não interposição gerou preclusão em outra ação. Por outro lado, a existência de possibilidade de defesa nas duas fases da ação sincrética é a regra, não havendo nenhuma razão plausível para o tratamento diferenciado no caso da monitória.

O cabimento de defesa na fase executiva é inegável, havendo dissenso na doutrina a respeito dos eventuais limites dessa defesa. Cumpre registrar antes de tudo que, havendo a interposição de embargos ao mandado monitório de mérito, a doutrina é pacífica em afirmar que o executado estará limitado em sua impugnação às matérias do art. 525, § 1°, do Novo CPC, até mesmo porque a matéria referente à existência do direito material já estará nesse caso protegida pela coisa julgada material da sentença dos embargos ao mandado monitório.

Não havendo a apresentação desses embargos, entretanto, parcela minoritária da doutrina entende que a defesa do executado deve ser ampla, abrangendo todas as matérias defensivas possíveis, inclusive aquelas referentes à existência do direito material que fundamenta o título executivo. Fundamenta-se tal corrente doutrinária na inexistência de discussão e decisão judicial a respeito do direito material, considerando-se que o mandado monitório, concedido mediante cognição sumária (juízo de probabilidade), é a única decisão judicial proferida no processo[244]. O entendimento

claramente contraria a expressa previsão legal (art. 701, § 2º, e 702, § 8º, do Novo CPC), que indica a natureza judicial desse título.

A doutrina majoritária entende que a omissão do réu em embargar ao mandado monitório não permite que este exponha matérias defensivas que deveria ter apresentado naquele momento procedimental. O entendimento é de que o contraditório foi oferecido ao réu, que devidamente citado teve o prazo de quinze dias para se defender por meio dos embargos ao mandado monitório, o que poderia evitar a formação do título executivo judicial. Não o fazendo, assume os riscos de sua omissão, devendo a execução seguir o procedimento de execução de título judicial, o que limitará a matéria de defesa alegável em sede de impugnação àquelas previstas no art. 525, § 1°, do Novo CPC[245].

37. HOMOLOGAÇÃO DO PENHOR LEGAL

Sumário: 37.1. Introdução – 37.2. Natureza Jurídica – 37.3. Homologação Extrajudicial – 37.4. Penhor legal e autotutela – 37.5. Procedimento.

37.1. INTRODUÇÃO

O penhor é instituto de direito material, tutelado pelos arts. 1.431 e ss. do CC, sendo o penhor legal regulamentado pelos arts. 1.467 a 1.472 do CC. Naturalmente, os limites do presente livro não permitem maiores digressões a respeito desse instituto de direito material, bastando em caráter introdutório uma breve definição do que é penhor legal.

Segundo o art. 1.431 do CC, o penhor é constituído pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação. Já o art. 1.467 do CC prevê as hipóteses de penhor legal, afirmando serem credores pignoratícios, independentemente de convenção:

(I) os hospedeiros ou fornecedores de pousada, sobre bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os consumidores ou fregueses tiverem consigo na hipótese de não pagamento das despesas;

(II) o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis do rendeiro ou inquilino

que estiverem guarnecendo o mesmo prédio, na hipótese de não pagamento dos aluguéis – bem como os encargos acessórios[246] – ou rendas.

Como consta expressamente dos arts. 1.431 e 1.467 do CC, somente bens móveis poderão ser objeto de penhor, desde que suscetíveis de alienação. Essa última exigência tem importante consequência processual, considerando-se que a alienação mencionada no dispositivo legal é tanto a convencional como a judicial, de forma que os bens impenhoráveis, apesar de serem alienáveis por vontade do proprietário, não podem ser alienados judicialmente, o que basta para impedir que o penhor legal recaia sobre eles. Bens impenhoráveis, portanto, não podem ser objeto de penhor legal[247].

37.2. NATUREZA JURÍDICA

No CPC/1973 o processo de homologação do penhor legal era previsto como cautelar típica, em opção criticada pela melhor doutrina. Provavelmente, o legislador do diploma legal revogado tinha se impressionado com a previsão do art. 1.470 do CC, que exige a existência de perigo de demora para que o penhor legal seja admitido, presumindo que este de alguma forma se confundia com o *periculum in mora*, o que justificaria a colocação do procedimento no rol dos processos cautelares[248]. Ou ainda talvez tivesse levado em conta que o penhor legal realizado pelo credor não gera a satisfação de seu direito, funcionando tão somente como garantia – de natureza real, desde que ocorra a homologação judicial – do pagamento da dívida.

O Novo Código de Processo Civil não consagra mais as cautelares típicas; nessa nova configuração, o processo ora analisado está previsto entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. Por não mais prever a homologação de penhor legal como cautelar o novo diploma processual deve ser aplaudido, mas os elogios cessam diante da opção de prevê-lo no rol dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, considerando-se o entendimento corrente de sua natureza de jurisdição voluntária[249], considerando-se que o autor desse processo busca apenas a constituição da garantia legal prevista pelo ordenamento material e a sentença de procedência concede a satisfação desse interesse[250]. No processo de homologação de penhor legal não interessa ao juiz a efetiva existência ou a extensão da dívida alegada pelo autor, bastando o preenchimento dos requisitos formais do penhor legal, o que inclusive impede que a sentença proferida no processo produza coisa julgada material[251].

37.3. HOMOLOGAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Além de afastar a pseudonatureza cautelar da homologação do penhor legal, o Novo Código de Processo Civil traz como novidade a possibilidade de que tal homologação ocorra extrajudicialmente.

Segundo o § 2º do art. 703 do Novo CPC, o credor poderá, desde que preenchidos os requisitos para a propositura da ação judicial, optar pelo procedimento de homologação de penhor legal extrajudicial, a ser realizado perante o notário de sua escolha. Acredito tratar-se realmente de opção do credor, de forma que a via judicial continua a ser viável mesmo sendo possível a obtenção do

bem da vida pela via extrajudicial, sendo inclusive nesse sentido o texto legal ao se valer do verbo “poderá” e não “deverá”. Até porque se os requisitos são os mesmos, criar um dever ao credor pela busca da solução extrajudicial seria o mesmo que extinguir o direito de ação direto para as hipóteses de pretensão de homologação do penhor legal.

Nos termos do § 2.º do dispositivo ora analisado, recebido o requerimento, o notário promoverá a notificação extrajudicial do devedor para, no prazo de cinco dias, pagar o débito ou impugnar sua cobrança, alegando por escrito uma das causas legais de defesa, hipótese em que o procedimento será encaminhado ao juízo competente para decisão. Entendo aplicável por analogia o art. 231, § 3º do Novo CPC, de forma que o termo inicial do prazo de cinco dias é a data da assinatura do aviso de recebimento pelo devedor.

Ainda que os requisitos do pedido, previstos no § 1º do art. 703 do Novo CPC, sejam os mesmos para a ação judicial e para o pedido extrajudicial, não é preciso muito esforço para se compreender que os requisitos formais exigidos para a petição inicial são distintos daqueles existentes para o pedido elaborado perante o notário. No âmbito administrativo não se exige a qualificação nos termos do art. 319, II, do Novo CPC, não há pedido de provas nos termos do inciso VI do mesmo dispositivo legal e muito menos o valor da causa exigido pelo inciso V. O mesmo pode-se dizer dos requisitos formais da defesa da parte contrária.

Quando o art. 703, § 3º, do Novo CPC prevê que havendo defesa por escrito no prazo de cinco dias o procedimento será

encaminhado ao juízo competente para decisão, permite a conclusão de que passará a existir um processo judicial que não se dará por iniciativa do interessado, mas sim do notário. Por outro lado, condiciona o juízo competente a receber duas peças escritas que certamente não preencherão os requisitos formais exigidos de uma petição inicial e de uma contestação.

Note-se que a opção do legislador para a homologação do penhor extrajudicial é diferente daquela adotada na consignação em pagamento extrajudicial. Naquela, havendo controvérsia na via extrajudicial, cabe ao interessado ingressar com ação judicial, enquanto no processo ora analisado o próprio procedimento extrajudicial se transforma em processo judicial. Entendo que esse dispositivo legal reforça de forma significativa a natureza de jurisdição voluntária da homologação do penhor legal

O § 3.º do art. 703 do Novo CPC trata da hipótese de ausência de defesa do devedor, o que também inclui a possibilidade de defesa intempestiva. Sendo omisso o devedor ou respondendo após o vencimento do prazo de cinco dias, o notário formalizará a homologação do penhor legal por escritura pública.

Segundo o Enunciado n.º 73 do II Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), “no caso de homologação do penhor legal promovida pela via extrajudicial, incluem-se nas contas do crédito as despesas com o notário, constantes do § 2.º do art. 703”.

37.4. PENHOR LEGAL E AUTOTUTELA

Conforme analisado no Capítulo 1, item 1.2.1, a *autotutela* é

forma de solução de conflito realizada unilateralmente por uma das partes envolvidas no conflito de interesses pelo exercício da força, sendo de aceitação excepcional no sistema jurídico pátrio. Seria o penhor legal uma dessas exceções legais?

Apesar de dispositivos legais constantes do Código Civil e do Código de Processo Civil ora imporem para o penhor legal a anterior retirada de bens do patrimônio do devedor por ato do credor, ora indicarem que esse ato não é necessário, a melhor interpretação é aquela que leva em consideração três diferentes situações.

O penhor legal pode funcionar como forma de autotutela por parte dos sujeitos descritos no art. 1.467 do CC que, intitulando-se credores, poderão por mão própria reter bens móveis do pretenso devedor inadimplente (autotutela)[252], servindo o procedimento previsto nos arts. 703 a 706 do Novo CPC para a regularização do penhor, nos termos do art. 1.471 do CC, entendendo a melhor doutrina que a homologação judicial é condição de existência e eficácia da proteção conferida pelo penhor legal. Para ser justificável essa tomada de bens pelas próprias mãos deve existir o perigo de demora previsto no art. 1.470 do CC, ou seja, deve ser manifesto o *periculum in mora*.

Tendo ocorrido a autotutela, o art. 1.471 do CC exige do tomador do penhor, em ato contínuo, o pedido de homologação judicial. O silêncio da lei quanto ao prazo para que esse pedido seja realizado faz com que não haja unanimidade doutrinária a respeito da interpretação do termo “ato contínuo”. Para alguns caberá ao juiz

no caso concreto a fixação de um prazo razoável[253], para outros cabe a aplicação por analogia do art. 308 do Novo CPC, concedendo-se um prazo de 30 dias para a propositura do processo de homologação do penhor legal[254], parecendo ser essa a melhor solução porque torna homogêneo o prazo para todos os processos, em nítido prestígio da segurança jurídica. Vencido o prazo, caberá ao devedor a propositura de ação possessória, considerando-se que a partir de então a posse do credor passa a ser considerada injusta[255].

Ocorre, entretanto, que mesmo em situações em que exista o *periculum in mora* pode não ser possível ou recomendável ao credor a tomada de bens do devedor por ato de justiça de mão própria, lembrando corretamente a doutrina que a autodefesa admitida pelo art. 1.470 do CC não permite o uso exagerado da força ou ainda a criação de indesejável perturbação social[256]. Nesse caso, caberá ao pretenso credor a propositura de processo cautelar para resguardar seu interesse[257], sendo o pedido de homologação do penhor legal realizado após 30 dias da efetivação do ato de constrição judicial, nos termos do art. 308 do Novo CPC.

Por fim, pode não existir o perigo de demora, hipótese na qual não caberá a tomada de bens por mãos próprias, competindo ao credor o pedido de homologação do penhor legal sem qualquer providência unilateral prévia[258]. Com a procedência do pedido, admitir-se-á por meio judicial o ato de tomada de penhor.

37.5. PROCEDIMENTO

Como todo processo, a homologação de penhor legal tem o seu início por meio da petição inicial apresentada pelo autor. No tocante aos documentos indispensáveis à propositura da demanda, o art. 703, *caput*, do Novo CPC prevê a necessidade de juntada do contrato de locação – basta a juntada de cópia – ou da conta pormenorizada das despesas, tabela de preços e a relação dos objetos retidos.

A exigência de juntada de conta pormenorizada das despesas e tabelas de preços somente se aplica aos credores descritos no art. 1.467, I, do CC, de forma que o locador e/ou arrendador estão dispensados dessa exigência, devendo apenas juntar aos autos cópia do contrato de locação ou arrendamento[259]. Apesar de o art. 1.468 do CC exigir que a tabela de preços seja impressa, prévia e ostensivamente exposta na casa, sob pena de nulidade do penhor, a melhor doutrina entende que a publicidade dos preços é indispensável, mas a necessidade de a tabela ser impressa não, admitindo-se que a tabela seja manuscrita, algo comum em estabelecimentos mais simples[260]. O art. 703, *caput*, do Novo CPC prevê, por fim, a indicação da relação dos objetos retidos, mas isso só será possível na hipótese de o credor ter tomado o penhor pelas próprias mãos; não tendo isso ocorrido, basta a relação dos bens sobre os quais se pretende realizar o penhor legal.

O art. 874, parágrafo único, do CPC/1973 previa que, estando suficientemente provado o pedido, o juiz poderia homologar de plano o penhor legal. Apesar de existir corrente doutrinária que entendia cabível a prolação de sentença *inaudita altera parte*, sendo posteriormente realizada a citação do réu apenas para pagar a

dívida[261], não havia como admitir essa circunstância em razão da nítida ofensa ao princípio do *contraditório* que seria gerado pela interpretação literal da norma ora analisada[262]. Note-se que na ausência de citação do réu antes da sentença nem mesmo haveria contraditório postergado, mas simplesmente a abolição por completo desse princípio constitucional, o que evidentemente não se pode admitir. Ademais, como lembra a melhor doutrina, o art. 1.472 do CC permite ao réu evitar o penhor mediante o oferecimento de caução, o que evidentemente tornaria impossível a prolação de sentença homologatória sem a sua citação[263].

Nesse sentido deve ser elogiado o Novo Código de Processo Civil, que suprime a regra que possibilitava a prolação de sentença de procedência liminar[264], sendo sempre exigível a citação do réu para somente depois ser acolhido o pedido do autor, se for o caso.

O réu será citado para pagar ou alegar defesa na audiência preliminar a ser designada, parecendo ser esse o aspecto procedimental diferenciado que torna a homologação do penhor legal um procedimento especial. Sendo realizado o pagamento, haverá reconhecimento jurídico do pedido, que deve ser homologado pelo juiz; tendo sido tomada a posse por ato unilateral do credor, os bens deverão ser devolvidos por este, que a partir do pagamento os manterá com posse injusta, podendo até se configurar a figura penal da apropriação indébita.

Na defesa do réu há uma limitação das matérias que podem ser alegadas, o que torna o procedimento da homologação de penhor legal um daqueles em que existe uma limitação à cognição

horizontal do juízo. Pela previsão do art. 704 do Novo CPC, o réu só poderá alegar em contestação:

(I) nulidade do processo, compreendidas aqui as questões formais do procedimento;

(II) extinção da obrigação, que poderá ter ocorrido por qualquer forma prevista na lei material (p. ex., pagamento, remição, novação), sendo também admissível a alegação de prescrição[265];

(III) não estar a dívida compreendida entre as previstas em lei ou não estarem os bens sujeitos a penhor legal;

(IV) alegação de haver sido oferecida caução idônea rejeitada pelo credor.

Existe doutrina que entende ser o rol previsto pelo art. 704 do Novo CPC meramente exemplificativo, sendo passíveis de alegação outras matérias referentes à legalidade do penhor, tais como a sua nulidade ou excesso[266]. Ainda que se acolha esse entendimento, a cognição continua sendo limitada horizontalmente, porque somente as matérias afeitas ao penhor legal serão admitidas, sendo excluídas outras como, por exemplo, a existência ou extensão da dívida. Naturalmente, são alegáveis as matérias de ordem pública, que o juiz pode conhecer de ofício, o que permite a defesa processual fundada em pressupostos processuais e/ou condições da ação.

Como a partir da audiência preliminar observar-se-á o procedimento comum, nos termos do art. 705 do Novo CPC, não resta dúvida da possível realização de uma *fase probatória* sempre que o juiz entender necessária a produção de prova, inclusive com designação de audiência de instrução e julgamento quando for necessária a produção de prova oral. Não sendo hipótese de produção de prova, ou já tendo esta sido produzida, caberá ao juiz sentenciar a demanda, tendo maior interesse prático a sentença que

acolhe ou rejeita o pedido do autor (art. 487, I, do Novo CPC), ainda que outras espécies sejam possíveis, tais como a sentença homologatória de reconhecimento jurídico do pedido na hipótese do pagamento da dívida e a sentença terminativa na hipótese de vício formal insanável.

Segundo o *caput* do art. 706 do Novo CPC, sendo acolhido o pedido do autor, em *sentença de natureza constitutiva*, consolidar-se-á a posse do autor sobre o objeto; sendo rejeitado o pedido, em sentença de *natureza declaratória*, o objeto será entregue ao réu, ressalvado ao autor o direito de cobrar a dívida pelo procedimento comum, salvo se acolhida a alegação de extinção da obrigação (art. 704, II do Novo CPC). É interessante a expressa menção à manutenção do direito do autor em cobrar sua dívida quando não houver decisão no processo a respeito da existência da dívida.

Nos termos do art. 706, § 2º do Novo CPC contra a sentença caberá apelação, em repetição desnecessária da regra geral consagrada no art. 1.009 do mesmo diploma legal. Como essa sentença não consta do rol previsto no art. 1.012, § 1º do Novo CPC, a apelação será recebida no duplo efeito, e nesse sentido não compreendi a preocupação do legislador em prever no dispositivo legal ora analisado a possibilidade de o relator do recurso ordenar que a coisa permaneça depositada ou em poder do autor. Entendo que em razão do efeito suspensivo da apelação essa seja uma decorrência lógica e que independe de decisão do relator.

Apesar de existir doutrina que entende que essa apelação não terá efeito suspensivo[267], o que tornaria útil a parte final da previsto

do § 2º do art. 706 do Novo CPC, não existe qualquer previsão legal que corrobore o entendimento. Aparentemente o legislador criou uma regra nova pensando no sistema revogado, quando a sentença da homologação do penhor legal não tinha efeito suspensivo porque o CPC/1973 previa tal processo como cautelar.

Existe certa divergência a respeito de ser a sentença de procedência desse processo um título executivo, o que já admitiria o ingresso de cumprimento de sentença para o pagamento da quantia assegurada pelo penhor. Ainda que exista corrente doutrinária que defenda a possibilidade de execução dessa sentença[268], prefiro o entendimento de que essa execução é inviável, cabendo ao autor ingressar com um processo judicial de conhecimento para a cobrança de seu crédito[269].

Não tendo ocorrido qualquer decisão no processo a respeito da existência ou extensão da dívida, em razão da limitação à cognição horizontal criada pelo art. 704 do Novo CPC, não há na sentença que julga procedente o pedido de homologação de penhor legal qualquer declaração a respeito da existência ou extensão da dívida, matéria alheia ao objeto do processo. Dessa forma, não tendo ocorrido o reconhecimento judicial da dívida, não pode valer a sentença de procedência desse processo como título executivo para cobrança de tal dívida, limitando-se a condição executiva dessa decisão ao capítulo acessório de condenação do réu ao pagamento das verbas de sucumbência.

Ressalte-se que, na hipótese de o autor não ter tomado o penhor em ato de autotutela, a sentença de procedência terá eficácia

executiva visando a tomada dos bens da posse do réu. Nesse caso, existe doutrina, partidária da teoria quinária das sentenças, que entende tratar-se de eficácia mandamental da sentença[270], com ordem dirigida ao réu para que entregue a posse dos bens ao autor. Seja como for, o principal é entender que a sentença de procedência nesse caso gera efeitos práticos, tipicamente executivos, de satisfação do direito do autor, que serão desenvolvidos no próprio processo, agora em fase de cumprimento de sentença[271].

38. REGULAÇÃO DE AVARIA GROSSA

Sumário: 38.1. Declaração de abertura de avaria grossa – 38.2. Oferecimento de garantias – 38.3. Impugnação à declaração de abertura de avaria grossa – 38.4. Levantamento de valores para o pagamento das despesas da alienação – 38.5. Apresentação de documentos – 38.6. Apresentação do regulamento de avaria grossa – 38.7. Impugnação – 38.8. Sentença "homologatória" – 38.9. Regulador e perito judicial.

38.1. DECLARAÇÃO DE ABERTURA DE AVARIA GROSSA

Apesar de o art. 708, *caput* do Novo CPC prever que cabe ao regulador a declaração justificada de quais danos são passíveis de rateio na forma de avaria grossa, excluindo, portanto, as avarias simples, tradicionalmente no comércio marítimo essa declaração é feita pelo transportador, que em regra é o maior interessado na regulação das avarias grossas. Dessa forma, cabe ao regulador apenas confirmar essa declaração. Na sua ausência o regulador deverá fazer a declaração.

Seja confirmando a declaração apresentada pelo transportador ou a elaborando, o regulador se valerá em sua tarefa dos documentos fornecidos pelo transportador, sendo interessante que nesse momento inicial do procedimento seja dada oportunidade de

manifestação às demais partes no processo, interessadas na regulação[272].

38.2. OFERECIMENTO DE GARANTIAS

Após confirmar ou elaborar as declarações, cabe ao regulador exigir das partes envolvidas a apresentação de garantias idôneas para que possam ser liberadas as cargas aos consignatários. Essa exigência de prestação de garantias é obrigatória, prestando-se a aumentar a probabilidade de ressarcimento dos valores sacrificados. A garantia pode ser real ou fidejussória, desde que seja idônea e suficiente.

O prazo será fixado pelo regulador, devendo-se levar em conta eventual burocracia na obtenção das garantias. Apesar de ser conduta exigível do regulador a indicação do prazo, este será analisado pelo juiz, que, então, intimará as partes, tratando-se, portanto, de prazo a ser fixado pelo juiz, ainda que em regra ele siga o prazo indicado pelo regulador. A prorrogação do prazo é possível, desde que se demonstre de forma justificada sua necessidade.

Nos termos do § 2º do art. 708 do Novo CPC, se o consignatário não apresentar garantia idônea a critério do regulador, este fixará o valor da contribuição provisória com base nos fatos narrados e nos documentos que instruírem a petição inicial, que deverá ser caucionada sob a forma de depósito judicial ou de garantia bancária. Significa dizer que a não apresentação de garantia no prazo legal faz com que o consignatório perca o direito de escolher a forma de garantia, que passa a ser exigida nos exatos

termos da lei.

A mesma consequência de se exigir a prestação de garantia por meio de depósito judicial ou de garantia bancária é gerada quando a garantia prestada não for aceita pelo juiz, seja por ausência de idoneidade ou pela insuficiência. Nesse caso, entretanto, é adequado que o juiz, antes de aplicar a consequência prevista no art. 708, § 2º, do Novo CPC, intime a parte, oportunizando-lhe a regularização da garantia já prestada.

Caso nenhuma garantia seja prestada ou a prestada não seja aceita, o regulador requererá ao juiz a alienação judicial de sua carga na forma dos arts. 879 a 903 do Novo CPC.

38.3. IMPUGNAÇÃO À DECLARAÇÃO DE ABERTURA DE AVARIA GROSSA

Sendo apresentada a declaração pelo regulador, as partes serão intimadas no prazo a ser fixado pelo juiz, e na ausência de indicação no prazo geral de 5 dias[273], tendo assim o direito de se manifestar sobre ela. Caso haja discordância, esta deverá ser justificada e limitada à declaração de abertura da avaria grossa, até porque a regulação ainda não foi realizada.

Essa impugnação pode ter como objeto matéria processual, inclusive e em especial relacionadas a matérias de ordem pública, tais como as condições da ação e os pressupostos processuais. Mesmo que o juiz se convença da alegação da parte, só poderá extinguir o processo após intimar as partes que não se

manifestaram, em respeito ao art. 9º, *caput*, do Novo CPC.

38.4. LEVANTAMENTO DE VALORES PARA O PAGAMENTO DAS DESPESAS DA ALIENAÇÃO

Conforme o art. 708, § 4º, do Novo CPC, é permitido o levantamento, por alvará, das quantias necessárias ao pagamento das despesas da alienação a serem arcadas pelo consignatário, mantendo-se o saldo remanescente em depósito judicial até o encerramento da regulação, ou seja, depois do trânsito em julgado da decisão.

38.5. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS

Apesar de o art. 709 do Novo CPC sugerir que a intimação das partes para a apresentação dos documentos necessários à regulação da avaria grossa seja realizada após a apresentação da declaração inicial pelo regulador e a prolação de decisão judicial sobre eventuais impugnações, nada impede, na realidade antes recomenda, que as partes, no momento em que são citadas, já sejam intimadas para a apresentação dos documentos em juízo.

O prazo é judicial, ou seja, deverá ser fixado pelo juiz no caso concreto, podendo o magistrado seguir a indicação de prazo do regulador ou fixar qualquer outro. Diante da omissão do juiz em fixar o prazo aplicar-se-á a regra geral de prazo de 5 dias,

obviamente um prazo bastante exíguo, o que reforça a responsabilidade do juiz em não se omitir na fixação de prazo razoável.

Havendo resistência da parte na apresentação voluntária dos documentos em juízo, o regulador, ou qualquer das partes interessadas, poderá requerer ao juiz que determine a exibição incidental dos documentos. Em razão dos “poderes” instrutórios do juiz a determinação de exibição pode ocorrer de ofício.

38.6. APRESENTAÇÃO DO REGULAMENTO DE AVARIA GROSSA

A partir da data da juntada do último documento aos autos pela parte, de forma voluntária ou coercitiva, o regulador terá o prazo de 12 meses para apresentar o regulamento da avaria grossa, que deverá conter a massa ativa, a massa passiva e a taxa de contribuição. Por ser contado em meses, esse prazo correrá de forma ininterrupta, sendo, portanto, inaplicável a contagem somente em dias úteis, prevista no art. 219, *caput*, do Novo CPC. Nos termos do art. 710, *caput*, do Novo CPC, o juiz poderá prorrogar o prazo, estando tal dispositivo em consonância como o art. 139, VI, do Novo CPC. Ainda que a atividade do regulador se aproxime da atividade do perito, inclusive se exigindo daquele o conhecimento técnico específico indispensável a esse, não se aplica ao caso o art. 476 do Novo CPC.

38.7. IMPUGNAÇÃO

Apresentado em juízo o regulamento da avaria grossa, as partes terão, nos termos do § 1º do art. 710 do Novo CPC, um prazo comum de 15 dias de vista dos autos, podendo esse prazo ser prorrogado pelo juiz, de ofício ou a requerimento, nos termos do art. 139, VI, do Novo CPC. Na realidade esse prazo não é somente para vista dos autos, prestando-se também para a apresentação de eventual impugnação pelas partes. Essa sentença é recorrível por apelação e constitui título executivo judicial[274].

A impugnação trará todas as matérias de defesa alegáveis, desde a impugnação a respeito das avarias grossas indicadas pelo regulador, passando por críticas à formação da massa ativa e passiva, até a alegação de matérias processuais de ordem pública. Apesar de o § 2º do art. 710 do Novo CPC prever, nesse caso, apenas a oitiva do regulador antes de o juiz decidir, em respeito ao princípio do contraditório, também as demais partes devem ser intimadas para que, querendo, se manifestem sobre a impugnação, já que fatalmente serão afetadas por eventual acolhimento da impugnação[275]. Se for necessária a produção de prova, assim o juiz determinará[276].

38.8. SENTENÇA "HOMOLOGATÓRIA"

Caso o regulamento não seja impugnado, fazendo-se presumir que as partes concordam com o trabalho apresentado pelo regulador, o art. 710, § 1º, do Novo CPC prevê a prolação de sentença homologatória. Na realidade, tratar-se-á de sentença condenatória, já que nela haverá condenação ao pagamento do rateio e da taxa de contribuição.

38.9. REGULADOR E PERITO JUDICIAL

Confirmando a proximidade entre a atividade desenvolvida pelo regulador e pelo perito, o art. 711 do Novo CPC prevê a aplicação ao regulador de avarias dos arts. 156 a 158 do Novo CPC. A previsão de que a aplicação deve se dar naquilo que couber é importante porque dificilmente será possível cumprir a exigência do art. 156, § 1º, do Novo CPC, que exige que o perito esteja cadastrado no tribunal. Em razão da especialidade da tarefa de regulador de avaria, sua indicação independe de tal cadastro[277].

39. AÇÃO DE RESTAURAÇÃO DE AUTOS

Sumário: 39.1. Introdução – 39.2. Legitimidade – 39.3. Competência – 39.4. Procedimento.

39.1. INTRODUÇÃO

Apesar da comum e socialmente aceitável confusão que se faz entre processo e autos, a distinção é nítida: *processo* é um procedimento animado por uma relação jurídica em contraditório, enquanto *autos* é o conjunto de escritos que exteriorizam os atos processuais, documentando a existência do processo. A ação com procedimento regulado pelos arts. 712 a 718 do Novo CPC tem como objetivo a restauração dos autos – físicos ou eletrônicos – que por algum motivo tenham desaparecido.

São variados os motivos de desaparecimento dos autos: desde fenômenos naturais que deteriorem os autos, tais como incêndios e alagamentos, traças e cupins, até atos humanos, como a perda desmotivada dos autos em arquivos desorganizados, o desvio e/ou destruição dolosa etc. O desaparecimento dos autos resultante de atos de pessoas imbuídas de má-fé deve ser severamente punido, em todas as esferas possíveis:

(a) processualmente devem ser condenadas nas penas de litigância de má-fé (sanção

processual aplicável às partes e aos seus patronos);

(b) civilmente serão responsabilizadas pelos danos causados;

(c) penalmente responderão pelo crime de supressão de documento público (art. 305 do CP);

(d) administrativamente serão sancionadas nesse âmbito (como ocorre com serventuários da justiça e/ou advogados).

É claro que sem os autos não há como o processo prosseguir, de forma que a sua restauração tem como objetivo imediato a reconstrução dos escritos que exteriorizam os atos processuais e como objetivo mediato a continuação do processo. Como entende a melhor doutrina, o desaparecimento dos autos é causa de força maior apta a implicar a *suspensão do processo* (art. 313, VI, do Novo CPC), que somente retomará seu regular andamento ao final do processo de restauração de autos.

Nem todo desaparecimento de autos, entretanto, ensejará a ação de restauração de autos ora analisada. Existindo autos suplementares – cada vez mais raros na praxe forense –, não é necessária a restauração de autos, faltando no caso interesse de agir (art. 712, parágrafo único, do Novo CPC). Também não terá cabimento a ação de restauração de autos quando os autos da separação judicial tiverem se extraviado, sendo nesse caso instruído o pedido de conversão em divórcio com a certidão da sentença ou de sua averbação no assento de casamento (art. 47 da Lei 6.515/1977).

39.2. LEGITIMIDADE

Aduz o art. 712, *caput*, do Novo CPC que qualquer das partes

poderá ingressar com ação de restauração de autos, naturalmente se referindo às partes do processo que era representado documentalmente pelos autos desaparecidos. Também o Ministério Público tem legitimidade ativa, por expressa previsão do dispositivo ora comentado. Excepcionalmente, até mesmo um terceiro terá legitimidade ativa, qual seja o terceiro juridicamente interessado.

Para parcela majoritária da doutrina, o juiz não terá legitimidade para a instauração do processo, respeitando-se o princípio da inércia da jurisdição, analisado no Capítulo 1, item 1.4.3[278]. Não parece, entretanto, ser esse o melhor entendimento[279]. Constatado o desaparecimento dos autos e não sendo proposta por qualquer dos interessados a sua restauração, não haverá alternativa ao juiz que não dar início de ofício a restauração dos autos, porque sem estes nem mesmo uma sentença terminativa poderá ser proferida, por ausência de suporte material para tanto. Deve-se recordar que a entrega da prestação jurisdicional depois da provocação do interessado não é de interesse somente das partes, mas também do Estado-juiz, podendo-se entender que o impulso oficial que legitima a instauração de ofício do processo de restauração de autos está amparado não no interesse imediato de criação de novos autos, mas no interesse mediato de dar continuidade ao processo.

No polo passivo são legitimados todos os sujeitos que participam do processo como parte e que não estejam no polo ativo da ação de restauração de autos. Trata-se de *litisconsórcio passivo necessário*, considerando que a formação de novos autos e a consequente continuidade do processo obrigatoriamente atingirão a

todos os seus sujeitos.

39.3. COMPETÊNCIA

A ação de restauração de autos deve ser proposta no mesmo juízo em que tramita o processo cujos autos desapareceram. Apesar da omissão legal, tratando-se de processo incidental é aplicável o art. 61 do Novo CPC, sendo essa competência absoluta, de natureza funcional, sendo que, se o processo estiver em trâmite, será competente o órgão jurisdicional pelo qual esse tramitava no momento de desaparecimento dos autos[280].

Prevê o art. 717 do Novo CPC que, ocorrendo o desaparecimento dos autos no tribunal, o processo de restauração será distribuído, sempre que possível, ao relator do processo. Como se nota do dispositivo legal nesse caso, estando o processo em grau recursal, a competência não será do juízo de primeiro grau, que ficará limitado a cumprir carta de ordem expedida pelo tribunal para praticar atos materiais que auxiliem na restauração, tais como a repetição de oitiva de testemunha, depoimento pessoal ou prova pericial.

39.4. PROCEDIMENTO

Salvo na excepcional hipótese de o procedimento ser instaurado de ofício pelo juiz, o autor da ação de restauração de autos deverá apresentar a petição inicial nos termos dos arts. 319 e 320 do Novo CPC. Segundo o art. 713 do Novo CPC, o autor deverá instruir sua petição inicial com:

(I) certidões de atos constantes do protocolo de audiências do cartório onde haja corrido o processo;

(II) cópia das peças que tenha em seu poder;

(III) qualquer outro documento que facilite a restauração, o que pode significar praticamente a juntada de cópias "capa-a-capa" quando o advogado da parte mantém em seus arquivos cópias ao menos dos atos processuais principais.

Estando em ordem a petição inicial, o juiz determinará a citação do réu, que terá um prazo de cinco dias para contestar o pedido, cabendo a ele exibir as cópias, contrafés e mais as reproduções dos atos e documentos que estiverem em seu poder. Não cabem exceção de incompetência – a competência é absoluta – nem reconvenção – a ação tem natureza dúplice –, sendo cabível o ingresso de exceções de suspeição e impedimento, apesar da raridade com que isso ocorre. Na contestação a matéria alegável se limita a questões processuais e aquelas atinentes à necessidade e adequação da restauração, sendo vedada a alegação de matérias que só interessam ao processo principal[281].

Segundo o art. 714, §§ 1º. e 2.º, do Novo CPC, se a parte concordar com a restauração, lavrar-se-á o respectivo auto que, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, suprirá os autos desaparecidos (o dispositivo legal prevê equivocadamente o "processo desaparecido"); havendo contestação ou se a concordância for parcial, segue o procedimento comum.

O art. 715 do Novo CPC prevê determinados aspectos procedimentais da restauração dos autos quando o desaparecimento dos autos ocorrer após a produção de prova no processo principal.

Segundo o art. 715, § 1.º, do Novo CPC, serão reinquiridas as

mesmas testemunhas, que poderão ser substituídas quando houver impedimento na repetição da oitiva. É o caso, por exemplo, de falecimento da testemunha, da perda de sua capacidade de depor ou de sua não localização. Registre-se correta opinião doutrinária que defende a dispensa dessa reinquirição sempre que existir cópia da ata de audiência de instrução juntada aos autos do processo de restauração de autos[282].

O § 2.º do dispositivo ora comentado é mais racional nesse sentido, prevendo que a realização de nova perícia, desde que isso seja possível, a ser realizada de preferência pelo mesmo perito, depende de não existir certidão ou cópia do laudo. Há, inclusive, decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não aplicar o dispositivo legal na hipótese de existir cópia de sentença em ação de prestação de contas que reproduziu a essencialidade da prova técnica[283].

Prevê o § 3.º do art. 715 do Novo CPC que, não havendo certidão de documentos, esses serão reconstituídos por meio de cópias, e, no caso de inexistência dessas, a prova anteriormente produzida por documentos será feita pelos outros meios de prova, sempre que isso se mostrar possível no caso concreto. Segundo o art. 715, § 4.º, do Novo CPC, os serventuários e auxiliares da justiça são obrigados a depor como testemunhas a respeito de atos que tenham praticado ou assistido, naturalmente tratando-se das pessoas que participaram de alguma forma do processo principal. O art. § 5.º do dispositivo legal ora comentado prevê que, se o juiz houver proferido sentença da qual ele próprio ou o escrivão possua cópia, esta será juntada aos autos e terá a mesma autoridade da

original.

O processo de restauração de autos deve ser extinto por meio de sentença, e no caso de aparecimento superveniente dos autos originais a extinção deverá ocorrer por meio de sentença terminativa fundada na perda superveniente do interesse de agir, cabendo o processo principal prosseguir nos autos originais, sendo os autos da restauração apensados, nos termos do art. 716, parágrafo único do Novo CPC. A sentença de procedência, que em razão da singeleza procedimental não precisa seguir o formalismo do art. 489, § 1º do Novo CPC[284], tem natureza constitutiva[285], criando uma nova situação jurídica decorrente da criação de novos autos e substituição por esses dos autos originais desaparecidos.

Segundo o art. 718 do Novo CPC, quem houver dado causa ao desaparecimento dos autos responderá pelas custas da restauração e pelos honorários do advogado, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal em que incorrer. No tocante às verbas de sucumbência, deve-se aplicar a teoria da causalidade, devendo ser responsabilizada pelo pagamento a parte responsável pelo desaparecimento dos autos. Restando inconclusiva tal responsabilidade, cada parte arcará com suas custas processuais, não havendo condenação em honorários advocatícios[286].

40. FORMAS EXECUTIVAS

Sumário: 40.1. Introdução – 40.2. Processo autônomo de execução e fase procedimental executiva – 40.3. Execução por sub-rogação (direta) e por coerção (indireta).

40.1. INTRODUÇÃO

O sistema processual pátrio entende a execução como um conjunto de meios materiais previstos em lei, à disposição do juízo, visando à satisfação do direito. Esses atos materiais executivos podem ser praticados de diferentes maneiras, sendo por isso possível, a depender do critério adotado, distinguir as diferentes modalidades de execução. Assim, por exemplo, as diferentes espécies de execução que adotam como critério a natureza da obrigação exequenda: fazer/não fazer; entregar e pagar, sendo essa matéria enfrentada em capítulos próprios.

Numa fase introdutória da análise do tema, parece relevante o enfrentamento da execução tomando-se por base dois critérios distintos: a autonomia (processo autônomo de execução e fase procedimental executiva) e os meios executórios (execução por coerção psicológica e execução por sub-rogação).

40.2. PROCESSO AUTÔNOMO DE EXECUÇÃO E FASE PROCEDIMENTAL

EXECUTIVA

É preciso afirmar, primeiramente, que toda a análise entre execução autônoma e fase executiva só tem sentido no tratamento da execução dos títulos executivos judiciais, considerando-se que no tocante à execução de títulos extrajudiciais será sempre necessária a instauração de um processo autônomo de execução. É no tocante à execução do título executivo judicial que o direito brasileiro ingressou recentemente em uma nova era, que demanda breves explicações históricas para determinar de onde viemos, aonde chegamos e por que aí chegamos.

Tradicionalmente, o direito brasileiro exigia para a execução de títulos executivos judiciais um processo autônomo, de forma que a parte, após a obtenção do título executivo no processo de conhecimento, via-se obrigada a propor um novo processo, agora de natureza satisfativa. A era da autonomia exigia a existência de dois processos distintos e sucessivos: primeiro se declarava o direito e se condenava o réu ao cumprimento de uma obrigação (processo de conhecimento) e, posteriormente, se buscava a satisfação da obrigação (processo de execução).

A lição tradicional ensina que o processo de execução se desenvolve de forma autônoma, constituindo um ente à parte dos processos de conhecimento e cautelar. Entendia-se, portanto, que o processo de execução não poderia ser considerado como mero ciclo final do processo de conhecimento. A justificativa para a autonomia do processo executivo como inicialmente imaginado pelos doutrinadores que trataram do tema encontrava-se alicerçada em

duas justificativas fundamentais:

> (a) a diversidade de atividades jurisdicionais (no processo de conhecimento são desenvolvidas atividades cognitivas; enquanto no processo de execução são praticadas atividades práticas e materiais); e
>
> (b) os diferentes objetivos traçados para cada uma dessas atividades na solução de diferentes espécies de crises jurídicas (no processo de conhecimento objetiva-se reconhecer o direito do autor e, dependendo do caso, constituir uma nova relação jurídica ou condenar o réu; no processo de execução objetiva-se satisfazer o direito do exequente)[287].

Ainda se mencionava a formação de uma nova relação jurídica processual, independente e porventura diferente daquela formada no processo de conhecimento.

É importante observar que, mesmo na era da autonomia das ações, excepcionalmente já existia a agora chamada "ação sincrética", consubstanciada em um processo com duas fases procedimentais sucessivas: a primeira de conhecimento e a segunda de execução. Sempre foram – e continuam sendo – sincréticas as ações possessórias e as ações de despejo, por exemplo, nas quais a satisfação da sentença sempre foi – e continua sendo – realizada por meio de uma mera fase procedimental. Mas a possibilidade de execução sem a necessidade de processo autônomo sempre foi vista com reservas, sendo restrita a pouquíssimas espécies de procedimento.

Em 1990, o art. 84 do CDC passou a prever ações sincréticas para as *demandas coletivas* que tenham como objeto a condenação do réu ao cumprimento de uma *obrigação de fazer/não fazer*, no que foi acompanhado quatro anos mais tarde pelo art. 461 do

CPC/1973, responsável pela previsão de tutela da mesma espécie de obrigação no âmbito *do processo individual*. Significa dizer que a partir de 1994 todas as ações que tenham como objeto uma obrigação de fazer/não fazer passaram a não mais ser regidas pelo sistema de autonomia das ações, passando a serem todas elas consideradas "ações sincréticas".

Também é do ano de 1994 a inclusão em nosso sistema do instituto da *tutela antecipada* (art. 273 do CPC/1973), que permite uma execução das decisões que a concedem independentemente de processo autônomo de execução, conforme analisado no Capítulo 12, item 12.2.3. A não aplicação da teoria da autonomia das ações à tutela antecipada ficou clara quando o legislador preferiu utilizar o termo "efetivação" em vez de "execução" no art. 273, § 3.º, do CPC/1973, caracterizando uma tentativa semântica para afastar o instituto processual do processo autônomo da execução.

No ano de 1995, a Lei 9.099, que regulamentou o *procedimento sumaríssimo* dos Juizados Especiais, aboliu o processo de execução de títulos executivos judiciais, tornando toda a demanda condenatória em trâmite perante os Juizados uma ação sincrética. Independentemente da natureza da obrigação, qualquer sentença que demande execução passou no sistema dos Juizados a ser executada mediante uma mera fase procedimental subsequente à fase de conhecimento[288].

No ano de 2002, com o art. 461-A do CPC/1973 incluído pela Lei 10.444, a realidade das ações sincréticas passou a valer também para todas as demandas judiciais que tenham como objeto uma

obrigação de entrega de coisa. E, completando o ciclo de mudança de paradigma, no ano de 2005 a Lei 11.232, tornou sincrética a maioria das ações judiciais que tenham como objeto uma *obrigação de pagar quantia certa*.

Com a alteração legislativa empreendida pela Lei 11.232/2005, a regra e a exceção se inverteram. Verificando-se na praxe forense as dificuldades criadas pela autonomia do processo de execução, que costuma arrastar ainda mais alguns anos a satisfação do direito, o legislador resolveu definitivamente colocar a técnica de lado ao prever de forma genérica a ideia da ação sincrética, limitando a utilização do processo autônomo de execução tão somente àquelas hipóteses nas quais não é possível a adoção do procedimento de cumprimento de sentença.

A regra de nosso sistema passou a ser a execução imediata, por mera fase procedimental, enquanto somente em situações excepcionais o título executivo será executado por meio de um processo autônomo. Como se nota, a Lei 11.232/2005 não criou as ações sincréticas, sendo na realidade o ato final de uma transformação sistêmica iniciada em 1990. Também não extinguiu o processo autônomo de execução de título judicial[289], porque, ainda que excepcionalmente, ele continuava a existir na execução de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública, execução contra devedor insolvente e, ao menos para parcela da doutrina[290], para a execução de alimentos.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil essas duas espécies de execução especiais passam a se desenvolver por

cumprimento de sentença, ainda que mantendo a especialidade de seus procedimentos. Como o novo diploma legal não prevê mais a execução contra devedor insolvente, é possível concluir que todas execuções fundadas em título executivo judicial passam a se desenvolver por meio do cumprimento de sentença.

Quanto a essa conclusão, entretanto, há uma observação necessária. O art. 515, § 1º, do Novo CPC prevê uma especialidade procedimental na execução de quatro espécies de títulos executivos judiciais: sentença penal condenatória transitada em julgado, homologação de sentença estrangeira, de decisão interlocutória estrangeira e de sentença arbitral. Para essas três espécies de títulos executivos judiciais, o legislador prevê a citação do demandado, o que pode levar à equivocada conclusão de que nessas situações estará mantido o processo autônomo de execução com a observação do procedimento comum executivo. Por necessidade material na sentença penal e arbitral e por opção legislativa na homologação de sentença estrangeira, o legislador prevê a necessidade de uma petição inicial e a citação do demandado, o que torna estruturalmente essa execução um processo autônomo.

Ocorre, entretanto, que não é possível aplicar nessas situações o procedimento do processo de execução, sob pena de tornar heterogênea a execução dos títulos judiciais, com a criação de títulos de segunda classe, para os quais a execução tem um procedimento menos favorável ao demandante. Como não parece legítimo nem conveniente tal tratamento heterogêneo, entendo que estruturalmente, com a petição inicial e a citação, estar-se-á diante de um processo autônomo de execução, mas que o procedimento a

partir da citação do executado passa a ser de cumprimento de sentença[291]. Tem-se assim estruturalmente um processo e procedimentalmente um cumprimento de sentença.

Cumpre registrar que *cumprimento de sentença*, termo utilizado de forma indistinta para a sentença condenatória que tenha como conteúdo uma obrigação de qualquer natureza, é expressão cunhada pelo legislador tão somente com o objetivo de distinguir a fase de satisfação do direito com o processo autônomo de satisfação do direito, chamado de processo de execução. Poderia ter optado por qualquer outro nome, até mesmo *fase de satisfação de direito*, porque o nome não modificará a substância do instituto processual, que nada mais é do que o tratamento procedimental da forma processual em que se busca a satisfação de um direito já reconhecido em sentença[292]. De qualquer forma, o termo *cumprimento de sentença* busca a distinção, inclusive terminológica, com o processo de execução, objetivando evitar indevidas confusões entre os dois fenômenos processuais.

40.3. EXECUÇÃO POR SUB-ROGAÇÃO (DIRETA) E POR COERÇÃO (INDIRETA)

Existem dois meios técnicos para o desenvolvimento da execução, sendo que tradicionalmente o direito brasileiro se vale da execução por sub-rogação, sendo inclusive durante muito tempo entendida essa forma executiva como a única espécie de execução forçada possível. Na execução por *sub-rogação*, o Estado vence a resistência do executado substituindo sua vontade, com a

consequente satisfação do direito do exequente[293]. Mesmo que o executado não concorde com tal satisfação, o juiz terá à sua disposição determinados atos materiais que, ao substituir a vontade do executado, geram a satisfação do direito. Exemplos classicamente lembrados são a penhora/expropriação; depósito/entrega da coisa; atos materiais que são praticados independentemente da concordância ou resistência do executado.

Na *execução indireta*, o Estado-juiz não substitui a vontade do executado; pelo contrário, atua de forma a convencê-lo a cumprir sua obrigação, com o que será satisfeito o direito do exequente. O juiz atuará de forma a pressionar psicologicamente o executado para que ele modifique sua vontade originária de ver frustrada a satisfação do direito do exequente[294]. Sempre que a *pressão psicológica* funciona, é o próprio executado o responsável pela satisfação do direito; a satisfação será voluntária, decorrente da vontade da parte, mas obviamente não será espontânea, considerando-se que só ocorreu porque foi exercida pelo Estado-juiz uma pressão psicológica sobre o devedor.

Existem duas formas de execução indireta.

A primeira consubstancia-se na ameaça de piorar a situação da parte caso não cumpra a obrigação, como ocorre com as *astreintes*, multa aplicável diante do descumprimento da obrigação, ou ainda com a prisão civil na hipótese do devedor inescusável de alimentos. A prisão em casos que não tenham como objeto a dívida alimentar, mesmo que com fundamento no crime de desobediência (art. 330 do CP), é rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça[295].

Nos termos do art. 517 do Novo CPC, a decisão transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, desde que o executado não realize o pagamento no prazo de quinze dias previsto pelo art. 523 do mesmo diploma legal. Tal protesto, devidamente analisado no Capítulo 40, item 40.3., é forma de pressão psicológica pela imposição de piora na situação do recorrente.

Outra forma de execução indireta na execução de pagar quantia certa vem prevista no art. 782, § 3º, do Novo CPC, que prevê que, a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes. Trata-se, evidentemente, de medida de execução coercitiva, que por meio de ameaça de piora na situação do executado busca convencê-lo a cumprir a obrigação.

A segunda forma de execução indireta consubstancia-se na oferta de uma melhora na situação da parte caso ela cumpra sua obrigação, como ocorre no art. 827, § 1º, do Novo CPC, que prevê um desconto de 50% no valor dos honorários advocatícios no caso de pagamento do valor exequendo no prazo de três dias da citação. Apesar de lições tradicionais de direito estrangeiro, os termos "sanções premiadoras" ou "sanções premiais"[296] empregados para designar essa espécie de execução indireta não parecem adequados, porque, apesar de a ideia de prêmio concedido a quem cumpre a obrigação estar correta, não se pode confundir *sanção* com *pressão psicológica*.

Na execução de pagar quantia certa é possível a cumulação de medidas de execução indireta e de execução por sub-rogação, ainda

que tradicionalmente o procedimento executivo esteja fundado em atos de sub-rogação representados pela penhora e expropriação de bens, nos termos do art. 824 do Novo CPC.

Na vigência do CPC/1973, parecia não ser possível a execução indireta por meio da aplicação das *astreintes* para pressionar o executado a cumprir a obrigação de pagar quantia certa. Apesar de parcela doutrinária defender a possibilidade da aplicação de multa na obrigação de pagar quantia certa[297], a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era consolidada em sentido contrário, admitindo a multa na obrigação de efetuar crédito em conta vinculada do FGTS, justamente por entender tratar-se de obrigação de fazer e não de pagar[298].

Como devidamente analisado no Capítulo 41, item 41.10., a previsão contida no inciso IV do art. 139 do Novo CPC é plenamente capaz de afastar essa resistência jurisprudencial, de forma a ter sido criado o ambiente legislativo propício para a aplicação das astreintes nas execuções que tenham como objeto obrigação de pagar quantia.

No procedimento de cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia existe a previsão de uma multa no valor de 10% do valor da condenação na hipótese de o devedor não realizar o pagamento no prazo de 15 dias. Para parcela da doutrina, trata-se de medida de execução indireta, que busca pressionar psicologicamente o devedor a efetuar o pagamento do valor devido[299].

Não parece, entretanto, tratar-se efetivamente de medida de execução indireta, sendo sancionatória a natureza jurídica dessa multa[300]. Como se pode afirmar que a *astreinte* é uma multa e que tem o seu valor prefixado em lei, sem nenhuma liberdade ao juiz em aumentar ou diminuir tal valor? Como saber *a priori* se o valor legal funcionará efetivamente no caso concreto para pressionar o devedor ao cumprimento da obrigação? Por outro lado, não se aplica medida de execução indireta quando é material ou juridicamente impossível o cumprimento da obrigação[301]. Não teria nenhum sentido aplicar uma multa diária ao executado que tem a obrigação de entregar coisa que já pereceu. Da mesma forma, não teria sentido pressionar alguém a pagar, se essa pessoa não tem patrimônio suficiente para tornar materialmente possível o cumprimento da obrigação. Mas a multa é aplicada independentemente da situação patrimonial do executado[302], o que deixa claro que, diante do dever de pagar descumprido, aplica-se como sanção a multa no valor de 10% sobre o valor da condenação.

O tema, entretanto, é bastante controvertido, chegando-se até mesmo ao ponto de considerar-se a multa com natureza jurídica híbrida, sendo ao mesmo tempo execução indireta e sanção processual[303].

Na obrigação de entregar coisa é possível a cumulação de medidas de execução por sub-rogação e indireta, não existindo nenhuma ordem entre tais medidas, cabendo ao juiz aplicá-las ao caso concreto como entender mais eficaz para a efetiva satisfação do direito exequendo. Assim, poderá determinar a busca e apreensão ou a imissão na posse (execução por sub-rogação) ou, se

preferir, aplicar uma multa diária diante do descumprimento da obrigação de entregar a coisa (execução indireta), como também poderá aplicar ambas as medidas concomitantemente, até que uma delas se mostre eficaz, o que levará à revogação da outra.

Tratando-se de obrigação de fazer de natureza fungível, ou seja, uma obrigação que pode ser cumprida por outros sujeitos além do devedor (por exemplo, pintar uma casa), é possível a cumulação de medidas de execução indireta e por sub-rogação. Pode o juiz determinar a aplicação de multa[304], como também determinar que a obrigação seja cumprida por terceiro à custa do executado, nos termos dos arts. 817 a 820 do Novo CPC. Sendo a obrigação de fazer infungível (personalíssima), na qual somente o devedor pode cumprir a obrigação, de nada adiantará a aplicação de medidas de execução por sub-rogação, considerando-se que nesse caso a vontade do devedor não pode ser substituída pela vontade do Estado-Juiz. Nessa espécie de execução resta somente a aplicação de *astreintes* na tentativa de convencer o executado a cumprir a obrigação[305].

1 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.383-a, p. 241; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 876; Cassetari, *Separação*, p. 33-37; Nery-Nery, *Código*, p. 1.196; Tartuce-Simão, *Direito*, v. 6, p. 418-419. Contra, Câmara, *Lições*, p. 418.

2 (Voltar) Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 4, p. 13.

3 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 118, p. 222; Câmara, *Lições*, p. 402.

4 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.197.

5 (Voltar) Câmara, *Lições*, p. 403.

6 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.384, p. 243; Fidélis dos Santos, *Dos procedimentos*, n. 293, p. 256.

7 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 855.543/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 21.06.2007, *DJ* 01.08.2007, p. 240; Fidélis dos Santos, *Dos procedimentos*, n. 295, p. 259; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 10, p. 26.

8 (Voltar) *Informativo* 566/STJ, 3ª Turma, REsp 1.459.192-CE, Rel. originário Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão João Otávio de Noronha, j. 23.6.2015, *DJe* 12.8.2015.

9 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 878; Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.387, p. 245; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 14, p. 35.

10 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.388, p. 246; Marcato, *Procedimentos*, n. 126.2, p. 228; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 15, p. 37.

11 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 879.

12 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 475.911/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 16.10.2003, *DJ* 19.12.2003, p. 454.

13 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.055.633/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.10.2008 (*Informativo* 373 do STJ); Nery-Nery, *Código*, p. 1.202.

14 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 658.831/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.12.2005; Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.389, p. 247; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 23.2, p. 53-54.

Contra: Fidélis dos Santos, *Dos procedimentos*, n. 300, p. 270.

15 (Voltar) Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 27, p. 67.

16 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.390, p. 248.

17 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 982.584/PE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.11.2008, *DJe* 23.03.2009.

18 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.391, p. 250; Câmara, *Lições*, v. 3, p. 408. *Informativo* 388/STJ, 4.ª T., Resp. 988.527 – RS, Aldir Passarinho Jr., j. 24.03.2009.

19 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 129.4, p. 231; Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.391, p. 250.

20 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 539.898/MA, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 29.03.2005, DJ 06.06.2005, p. 318.

21 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.206.

22 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 714.035/RS, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 16.06.2005, *DJ* 1.º.07.2005, p. 558.

23 (Voltar) Greco, *Jurisdição*, n. 7.10, p. 128; Marcato, *Procedimentos*, n. 147.1, p. 253; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 103, p. 224.

24 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 659.

25 (Voltar) De Lucca, *Breves*, p. 1.560.

26 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.418, p. 284; Amorim-Oliveira, *Inventários*, p. 299. Contra, Marcato, *Procedimentos*, n. 147.6, p. 254.

27 (Voltar) *Informativo* 523/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.223.265-PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. 18.04.2013.

28 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 650.325/PR, rel. Min. Francisco Falcão, j. 05.10.2004.

29 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.418, p. 283.

30 (Voltar) Greco, *Jurisdição*, n. 7.10, p. 130.

31 (Voltar) STJ, 1ª Seção, REsp 1.150.356/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 09/08/2010.

32 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 927.530/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 12.06.2007, *DJ* 28.06.2007, p. 897.

33 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 910.413/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 6.12.2011, *DJe* 15.3.2012; STJ, 2ª Turma, REsp 1.246.790/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 7.6.2011, *DJe* 14.6.2011.

34 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 942.

35 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 659.

36 (Voltar) De Lucca, *Breves*, p. 1.560.

37 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.419, p. 284.

38 (Voltar) STJ, 1ª Turma, REsp 650.325/PR, rel. Min. Francisco Falcão, j. 5.10.2004, *DJ* 16.11.2004, p. 207.

39 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.198.

40 (Voltar) Súmula 542 do STF: "Não é inconstitucional a multa instituída pelo Estado-membro como sanção pelo retardamento do início ou ultimação do inventário".

41 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.008; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 664.

42 (Voltar) De Lucca, *Breves*, p. 1.571.

43 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.201; Marcato, *Procedimentos*, n. 130.2, p. 232.

44 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.201. Para Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 20, p. 46-47, sempre existirá interesse público em razão da arrecadação de impostos devidos.

45 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 883.

46 (Voltar) Súmula 265 do STF: "Na apuração de haveres, não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retirou".

47 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.395, p. 255.

48 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 289.151/SP, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 7.10.2010, *DJe* 25.10.2010.

49 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 132.1, p. 235; Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.396, p. 255.

50 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, p. 132.3, p. 235.

51 (Voltar) RE 552.598/RN, Plenário, rel. Min. Menezes de Direito, j. 08.10.2008

(*Informativo* 523/STF).

52 (Voltar) *Informativo* 425/STJ, 3.ª Turma, REsp 730.129/SP, rel. Min. Paulo Furtado, j. 02.03.2010.

53 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 283.994/SP, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 06.03.2001.

54 (Voltar) Wambier-Ribeiro-Conceição-Mello, *Primeiras*, p. 978.

55 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 646; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 980.

56 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.171.641/SP, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 7.4.2014, *DJe* 14.4.2011.

57 (Voltar) Súmula 113 do STF.

58 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.401, p. 260; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 891; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 63, p. 142.

59 (Voltar) STJ, 1ª Seção, REsp 1.150.356/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 25.8.2010, *DJe* 25.8.2010, REsp repetitivo tema 391.

60 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg na MC 20.630/MS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 16.4.2013.

61 (Voltar) De Lucca, *Breves*, p. 1.548.

62 (Voltar) De Lucca, *Breves*, p. 991.

63 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 400.948/SE, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 23.3.2010, *DJe* 9.4.2010.

64 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 167.421/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 7.12.2010, *DJe* 17.12.2010.

65 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.402, p. 261.

66 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 595.742/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.11.2003, *DJ* 1.º.12.2003, p. 356.

67 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.314.071/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26.2.2013, *DJe* 5.3.2013.

68 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 332.566/PR, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 16.9.2014, *DJe* 24.9.2014.

69 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.202.521/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 19.8.2014, *DJe* 8.9.2014.

70 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.343.263/CE, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 4.4.2013, *DJe* 11.4.2013.

71 (Voltar) Tartuce-Simão, *Direito*, v. 6, p. 442-443.

72 (Voltar) Tartuce-Simão, *Direito*, v. 6, p. 443. Contra: Amorim-Oliveira, *Inventários*, p. 216.

73 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.404, p. 262.

74 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.205.

75 (Voltar) Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 39, p. 89-90.

76 (Voltar) Amorim-Oliveira, *Inventários*, p. 215.

77 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 133.6, p. 237.

78 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 310.904/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 22.2.2005, *DJ* 28.3.2005, p. 258.

79 (Voltar) Fidélis dos Santos, *Dos procedimentos*, n. 293, p. 257; Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.405, p. 265.

80 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.406, p. 267.

81 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.406, p. 265; Fidélis dos Santos, *Dos procedimentos*, n. 352, p. 326.

82 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 896; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 85, p. 187.

83 (Voltar) De Lucca, *Breves*, p. 1.550.

84 (Voltar) De Lucca, *Breves*, p. 1.551.

85 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 139.6, p. 248.

86 (Voltar) De Lucca, *Breves*, p. 1.555.

87 (Voltar) Amorim-Oliveira, *Inventários*, p. 283.

88 (Voltar) Greco, *Jurisdição*, n. 7.10, p. 130; Fidélis dos Santos, *Dos procedimentos*, n.

356, p. 329; Marcato, *Procedimentos*, n. 140, p. 249.

89 (Voltar) Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 90, p. 198.

90 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 109.188/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 21.03.2002, *DJ* 26.08.2002, p. 221.

91 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 899; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 95, p. 208; Tartuce-Simão, *Direito*, v. 6, p. 469.

92 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 144.4, p. 252.

93 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 331.781/MG, rel. Min. Castro Filho, j. 16.12.2003, *DJ* 19.04.2004, p. 187.

94 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 997; Medina, *Novo*, pp. 939-940.

95 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 693.230/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.04.2006, *DJ* 02.05.2006, p. 307; REsp 260.079/SP, 4.ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 17.05.2005, *DJ* 20.06.2005.

96 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.416-a, p. 279.

97 (Voltar) Amorim-Oliveira, *Inventários*, p. 290-291.

98 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.197.

99 (Voltar) Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 93, p. 205.

100 (Voltar) *Informativo* 425/STJ: 1.ª Turma, REsp 1.019.314-RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 2.3.2010.

101 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.431, p. 303; Nery-Nery, *Código*, p. 1.219; Cintra Pereira, *Embargos*, n. 4.2, p. 25.

102 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 552, p. 1.194.

103 (Voltar) Dinamarco, *Intervenção*, p. 58-60; Bedaque, *Código*, p. 165.

104 (Voltar) *Informativo* 553/STJ, 3ª Turma, REsp 1.417.620-DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 2.12.2014, *DJe* 11.12.2014; Araken de Assis, *Manual*, n. 552, p. 1.194; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.809, p. 743; Câmara, *Lições*, p. 424; Marinoni-Arenhart, *Código*, p. 908; Fidélis dos Santos, *Manual*, n. 1.769, p. 135.

105 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.219; Fischmann, *Comentários*, p. 219-223.

106 (Voltar) Súmula 84 do STJ; *Informativo* 412/STJ: 3.ª Turma, REsp 908.137-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20.10.2009.

107 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.436, p. 312.

108 (Voltar) Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 63, p. 151; Nery-Nery, *Código*, p. 1.219, ao menos no tocante ao assistente simples.

109 (Voltar) Pinheiro Carneiro, *Comentários*, p. 151.

110 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 702.569/RS, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 25.8.2009, *DJe* 9.9.2009.

111 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 555.1.2, p. 1.200; Cintra Pereira, *Dos embargos*, n. 4.3.2.2, p. 31; Costa Machado, *Código*, p. 1.644.

112 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 911; Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.435, p. 306; Pereira, *Embargos*, n. 5.1.2, p. 42; STJ, 3.ª Turma, REsp 578.960/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 7.10.2004.

113 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.435, p. 307; Câmara, *Lições*, p. 425.

114 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 282.674/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.04.2001; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.810, p. 745; Fischmann, *Comentários*, p. 244.

115 (Voltar) Marcato, *Procedimentos*, n. 158, p. 273; Câmara, *Lições*, p. 427.

116 (Voltar) Súmula 303 do STJ.

117 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.225; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 72, p. 178-179.

118 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.810, p. 746.

119 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 554, p. 1.197-1.198.

120 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, CC 93.969/MG, rel. Min. Sidnei Benetti, j. 28.05.2008. Contra: Dinamarco, *Instituições*, n. 1.811, p. 746.

121 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, CC 53.034/GO, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 14.06.2006; STJ, 3.ª Turma, REsp 1.033.333/RS, rel. Massami Uyeda, j. 19.08.2008; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.811, p. 746; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 914; Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.439, p. 314. *Informativo* 364/STJ, 3.ª T., REsp 1.033.333-RS, rel. Massami Uyeda, 19.08.2008.

122 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 557, p. 1.205.

123 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.438, p. 313; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 913; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 69, p. 169.

124 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.438, p. 313; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.812, p. 749.

125 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 912; STJ, 3.ª Turma, REsp 237.581/SP, rel. Humberto Gomes de Barros, j. 19.05.2005.

126 (Voltar) Fischmann, *Comentários*, p. 253.

127 (Voltar) AgRg na Pet 1.059/CE, 3.ª Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 08.02.2000.

128 (Voltar) Theodoro Jr. *Curso*, n. 1.438, p. 313.

129 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 312.124/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 3.12.2013, DJe 21.3.2014.

130 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 389.222/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 5.12.2013, *DJe* 3.2.2014.

131 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 362.504/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 04.04.2006.

132 (Voltar) Fidélis dos Santos, *Manual*, n. 1.776, p. 139; Contra: Araken de Assis, *Manual*, n. 560.1.2, p. 1.212; Costa Machado, *Código*, p. 1.652; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 74, p. 182-183.

133 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 916; Marcato, *Procedimentos*, n. 162, p. 275; STJ, 3.ª Turma, REsp 754.895/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.09.2006.

134 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 979.441/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. 03.06.2008. Na doutrina: Nery-Nery, *Código*, p. 1.227. Contra: Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 75, p. 186.

135 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.440, p. 315; Costa Machado, *Código*, p. 1.652; Câmara, *Lições*, p. 428.

136 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 917; Marcato, *Procedimentos*, n. 162, p. 275; Araken de Assis, *Manual*, n. 560.6.2, p. 1.218.

137 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 826.509/MT, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26.08.2008, *DJe* 11.09.2008.

138 (Voltar) Súmula 195 do STJ: “Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por

fraude contra credores".

139 (Voltar) Dinamarco, *Fraude*, p. 442.

140 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 561, p. 1.222.

141 (Voltar) Dinamarco, *Intervenção*, p. 58-60; Bedaque, *Código*, p. 165.

142 (Voltar) ***Greco Filho,*** *Da intervenção****, p. 50; Baptista da Silva,*** *Comentários****, p. 306-307.***

143 (Voltar) ***Scarpinella Bueno,*** *Partes****, p. 177.***

144 (Voltar) Dinamarco, *Intervenção*, p. 37-41; Gusmão Carneiro, *Intervenção*, p. 70-71; Bedaque, *Código*, p. 169-171.

145 (Voltar) Contra Didier, *Curso*, p. 341.

146 (Voltar) Entendimento uníssono na doutrina. Por todos: Gusmão Carneiro, *Intervenção*, p. 68.

147 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Intervenção*, p. 68; Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 182-183; Arruda Alvim, *Manual*, n. 57, p. 142.

148 (Voltar) Dinamarco, *Intervenção*, p. 91-93; Bedaque, *Código*, p. 168; Fux, *Curso*, p. 296.

149 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, p. 489.

150 (Voltar) Dinamarco, *Intervenção*, n. 51, p. 96; Bedaque, *Código*, p. 167; Baptista da Silva, *Comentários*, p. 314.

151 (Voltar) Por todos, Agrícola Barbi, *Comentários*, n. 363, p. 231.

152 (Voltar) Dinamarco, *Intervenção*, n. 51, p. 96; Baptista da Silva, *Comentários*, p. 314; Bedaque, *Código*, p. 167; Contra: Agrícola Barbi, *Comentários*, n. 364, p. 231-232.

153 (Voltar) *Informativo* 531/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.221.369/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.8.2013.

154 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.443, p. 321.

155 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 3, p. 432; Marcato, *Procedimentos*, n. 166, p. 283. Contra, pela natureza declaratória: Fidelis dos Santos, *Dos procedimentos especiais*, n. 432, p. 412.

156 (Voltar) Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 85, p. 208; Marcato, *Procedimentos*, n. 165, p. 282; Câmara, *Lições*, v. 3, p. 433.

157 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, p. 1.444, p. 321; Fidelis dos Santos, *Dos procedimentos especiais*, n. 415, p. 405.

158 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 919; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 88, p. 216; Fidelis dos Santos, *Dos procedimentos especiais*, n. 418, p. 406.

159 (Voltar) Zarif, *Breves*, p. 1.601.

160 (Voltar) Contra: Medina, *Novo*, p. 961.

161 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 961; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 680; Zarif, *Breves*, p. 1.603.

162 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 454.

163 (Voltar) Tartuce, Repercussões, p. 342.

164 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 680; Medina, *Novo*, p. 962.

165 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp. 1.324.075/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 5.6.2012.

166 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, p. 233; Theodoro Júnior, *O procedimento*, p. 78-79; Andrighi, *Da ação*, p. 14-17.

167 (Voltar) Fidelis dos Santos, *Ação*, 2000.

168 (Voltar) Marcato, *O procedimento*, 1998.

169 (Voltar) Macedo, *Do procedimento*, 1999.

170 (Voltar) Greco Filho, *Comentários*, p. 49-50.

171 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, v. 3, n. 1.475, p. 360.

172 (Voltar) Marcato, *O processo*, p. 8.

173 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1.279, p. 739-741.

174 (Voltar) Bermudes, *Ação*, p. 141, afirma ser a prova literal um título *paraexecutivo*.

175 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 866.205/RN, rel. Min. Villas Bôas Cueva, j. 25.03.2014, *DJe* 06.05.2014; STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp 1.402.170/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 11.02.2014, *DJe* 14.03.2014; STJ, 3.ª Turma, REsp 1.025.377/RJ, rel.

Min. Nancy Andrighi, j. 03.03.2009, *DJe* 04.08.2009.

176 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.242; Talamini, *Tutela*, p. 68; Fidelis dos Santos, *Ação*, 19, p. 46-47.

177 (Voltar) Talamini, *Tutela*, p. 85-86; Fischmann, *Comentários*, p. 394.

178 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1.283, p. 746-747; Nery-Nery, *Código*, p. 1.242; Fidelis dos Santos, *Ação*, n. 19, p. 46-47. Contra: Fischmann, *Comentários*, p. 393-394.

179 (Voltar) *Informativo* 506/STJ, 4.ª Turma, REsp 925.584-SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09.10.2012; STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1.248.167/PB, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 09.10.2012, *DJe* 16.10.2012.

180 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1.283, p. 747; Marcato, *O processo*, n. 13.2.2, p. 64.

181 (Voltar) Súmula 299 do STJ.

182 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no Ag 1.267.208/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 21.05.2013, *DJe* 24.06.2013; STJ, 4.ª Turma, REsp 925.584/SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09.10.2012, *DJe* 07.11.2012.

183 (Voltar) Súmula 247 do STJ.

184 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no AREsp 432.078/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 20.02.2014, *DJe* 06.03.2014; STJ, 3.ª Turma, REsp 882.330/AL, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 11.05.2010, *DJe* 26.05.2010.

185 (Voltar) Súmula 503/STJ.

186 (Voltar) Súmula 504/STJ.

187 (Voltar) Talamini, *Tutela*, p. 183; Carneiro Cunha, *A Fazenda*, n. 13.3, p. 354-355.

188 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, v. 3, n. 1.480, p. 366.

189 (Voltar) Marcato, *O processo*, n. 13.2.3, p. 68-69.

190 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, v. 3, n. 1.480, p. 366; Talamini, *Tutela*, p. 181-182.

191 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1281, p. 745; Macedo, *Do procedimento*, p. 169; Fischmann, *Comentários*, p. 386.

192 (Voltar) Súmula 339 do STJ.

193 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, n. 168-E, p. 233.

194 (Voltar) Fidelis dos Santos, *Ação*, 56, p. 110.

195 (Voltar) Marcato, *O processo*, n. 13.2, p. 70; Câmara, *Lições*, v. 3, p. 460.

196 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1281, p. 745-746; Marcato, *O processo*, n. 13.2.3 e 12.2.4, p. 65-70.

197 (Voltar) Cruz e Tucci, *Ação*, p. 78; Salvador, *Da ação*, p. 21; Fischmann, *Comentários*, p. 397-398.

198 (Voltar) Súmula 531 do STJ: "Em ação monitória fundada em cheque prescrito ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula."

199 (Voltar) *Informativo* 513/STJ, 2.ª Seção, REsp 1.094.571-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.02.2013; *Informativo* 483/STJ, 4.ª Turma, REsp 926.312/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.09.2011. STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1.250.792/SC, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05.06.2014, *DJe* 24.06.2014; STJ, 2.ª Seção, REsp 1.094.571/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.02.2013, *DJe* 14.02.2013.

200 (Voltar) *Informativo* 559/STJ, Corte Especial, REsp 1.154.730-PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, j. 8.4.2015, *DJe* 15.4.2015, REsp repetitivo tema 474.

201 (Voltar) Talamini, *Tutela*, p. 63-64.

202 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, p. 237; Talamini, *Tutela*, p. 70-74; Cruz e Tucci, *Ação*, p. 44.

203 (Voltar) Watanabe, *Da cognição*, p. 111-113.

204 (Voltar) Fischmann, *Comentários*, p. 391.

205 (Voltar) Marcato, *O processo*, n. 20, p. 84-86.

206 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, v. 3, n. 1.482, p. 371; Cruz e Tucci, *Ação*, n. 13, p. 93; Nery-Nery, *Código*, p. 1.248; Câmara, *Lições*, v. 3, p. 469. Contra: Bermudes, *Ação*, p. 144.

207 (Voltar) Cruz e Tucci, *Ação*, p. 83.

208 (Voltar) Talamini, *Ação*, p. 85.

209 (Voltar) Fidélis dos Santos, *Ação*, p. 98-99; Fornaciari Jr., *A reforma*, p. 212.

210 (Voltar) Bermudes, *Ação*, p. 275.

211 (Voltar) Esse é o entendimento da absoluta maioria dos operadores do direito. Por todos, Dinamarco, *Fundamentos*, p. 950.

212 (Voltar) Talamini, *Tutela*, p. 90.

213 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 686; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 1.036.

214 (Voltar) Vasconcelos, *Breves*, p. 1.617.

215 (Voltar) Marcato, *O processo*, p. 81; Lisboa, *O mandado*, p. 52; Bermudes, *Ação*, p. 275.

216 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, v. 3, p. 370; Talamini, *Tutela*, p. 115; Greco Filho, *Comentários*, p. 53.

217 (Voltar) Cruz e Tucci, *Ação*, p. 52.

218 (Voltar) Marcato, *O processo*, p. 85-86.

219 (Voltar) Talamini, *Tutela*, p. 97, assevera tratar-se no caso de preclusão por fase do processo.

220 (Voltar) Dinamarco, *Fundamentos*, p. 254-255; Araken de Assis, *Doutrina*, p. 426.

221 (Voltar) Shimura, *Sobre*, p. 59.

222 (Voltar) Greco Filho, *Comentários*, p. 49-50.

223 (Voltar) Theodoro Jr., *A ação*, p. 446.

224 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, p. 229; Theodoro Jr., *A ação*, p. 446.

225 (Voltar) Watanabe, *Da cognição*, p. 142; Marinoni, *Tutela*, p.119; Bedaque, *Tutela*, p. 240-241.

226 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, v. 2, p. 104.

227 (Voltar) Cruz e Tucci, *Ação*, p. 86.

228 (Voltar) Cruz e Tucci, *Ação*, p. 96-97.

229 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1.291, p. 756-757; Marcato, *O processo*, n. 23, p. 93-95; Cruz e Tucci, *Ação*, n. 12, p. 90; Theodoro Jr., *Curso*, v. 3, n. 1483, p. 372.

Contra: Câmara, *Lições*, v. 3, p. 475-478.

230 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 401.575/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 06.08.2002, *DJ* 02.09.2002. Súmula 292/STJ.

231 (Voltar) Talamini, *Tutela*, n. 7.2, p. 151-153.

232 (Voltar) *Informativo* 558/STJ, 3ª Turma, REsp 1.265.509-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.3.2015, *DJe* 27.3.2015.

233 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 3, p. 478.

234 (Voltar) Marcato, *O processo*, n. 23, p. 96.

235 (Voltar) *Informativo* 527/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.172.448-RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.06.2013.

236 (Voltar) Marcato, *O processo*, n. 25.2, p. 101-102; Cruz e Tucci, *Ação*, n. 12, p. 91.

237 (Voltar) Marcato, *O processo*, n. 25.3, p. 102; Talamini, *Tutela*, n. 7.5.4, p. 158-159.

238 (Voltar) Fidélis dos Santos, *Ação*, n. 90, p. 170-171; Contra: Greco Filho, *Comentários*, p. 57.

239 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1.296, p. 763-764; Marcato, *O processo*, n. 28, p. 108-109; Bermudes, *Ação*, p. 146.

240 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 689.

241 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 970.

242 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1295, p. 762-763.

243 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 3, n. 1.298, p. 765; Bedaque, *Tutela*, p. 237-238.

244 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1249; Cruz e Tucci, *Ação*, n. 14, p. 94-98.

245 (Voltar) Marcato, *O processo*, p. 112-115; Greco Filho, *Comentários*, p. 55; Fornaciari Jr., *A reforma*, p. 212-214.

246 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 287, p. 340; Câmara, *Lições*, v. 3, p. 208. Contra: Baptista da Silva, *Do processo*, p. 519-520.

247 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 799; Theodoro Jr., *Processo*, n. 287, p. 340.

248 (Voltar) Bomfim Marins, *Comentários*, p. 350.

249 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 798; Costa Machado, *Código*, p. 1.426.

250 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 288, p. 341.

251 (Voltar) Oliveira, *Comentários*, n. 113, p. 357.

252 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 511. Contra: Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 4, p. 310.

253 (Voltar) Oliveira, *Comentários*, n. 113, p. 360; Greco, *Jurisdição*, n. 7.11, p. 134.

254 (Voltar) ***Marinoni-Mitidiero,*** *Código****, p. 798.***

255 (Voltar) Oliveira, *Comentários*, n. 113, p. 360.

256 (Voltar) Oliveira, *Comentários*, n. 113, p. 361.

257 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 287, p. 340.

258 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 513; Bomfim Marins, *Comentários*, p. 351.

259 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 289, p. 341; Oliveira, *Comentários*, n. 114, p. 363; Baptista da Silva, *Do processo*, p. 516.

260 (Voltar) Câmara, *Lições*, p. 212.

261 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 289, p. 342.

262 (Voltar) Greco, *Jurisdição*, n. 7.11, p. 133; Oliveira, *Comentários*, n. 114, p. 365-366; Câmara, *Lições*, p. 213; Bomfim Marins, *Comentários*, p. 354.

263 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 798.

264 (Voltar) Wambier, Conceição, Ribeiro, Mello, *Primeiros*, p. 1.042.

265 (Voltar) Oliveira, *Comentários*, n. 115, p. 368; Bomfim Marins, *Comentários*, p. 355.

266 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 799.

267 (Voltar) Wambier, Conceição, Ribeiro, Mello, *Primeiras*, p. 1.044.

268 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 799; Greco Filho, *Direito*, n. 45, p. 202-203; Costa Machado, *Código*, p. 1.428.

269 (Voltar) Greco, *Jurisdição*, n. 7.11, p. 135; Baptista da Silva, *Do processo*, p. 523-525; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 4, p. 315-316; Theodoro Jr., *Processo*, n. 208, p. 343.

270 (Voltar) Baptista da Silva, *Do processo*, p. 522.

271 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 4, p. 315.

272 (Voltar) Mazzei-Rizk, *Breves*, p. 1.645.

273 (Voltar) Contra, entendendo ser o prazo de 15 dias: Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 694.

274 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 695.

275 (Voltar) Mazzei-Rizk, *Breves*, p. 1.649.

276 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.060.

277 (Voltar) Mazzei-Rizk, *Breves*, p. 1.650.

278 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.452, p. 329; Fidélis dos Santos, *Procedimentos*, n. 436, p. 416; Câmara, *Lições*, v. 3, p. 438.

279 (Voltar) Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 96, p. 232.

280 (Voltar) Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 95, p. 227.

281 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 676.265/PB, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.11.2005, *DJ* 28.11.2005, p. 203; Theodoro Jr., *Curso*, n. 1.451, p. 328.

282 (Voltar) Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 99, p. 241; Costa Machado, *Código*, p. 1.664.

283 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 302.527/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12.12.2006, *DJ* 12.02.2007, p. 262.

284 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 322.140/SC, rel. Min. Castro Meira, j. 08.11.2005, *DJ* 20.02.2006, p. 258.

285 (Voltar) Fidelis dos Santos, *Procedimentos*, n. 445, p. 420; Câmara, *Lições*, v. 3, p. 441. Contra, pela natureza declaratória: Marcato, *Procedimentos*, n. 171, p. 289; Pinheiro Carneiro, *Comentários*, n. 100, p. 244.

286 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, EDcl no REsp 10.883/SP, rel. Min. Franciulli Netto, j. 19.10.2004, *DJ* 04.04.2005, p. 233.

287 (Voltar) Liebman, *Processo*, p. 37-38.

288 (Voltar) Câmara, *Juizados*, p. 176-177.

289 (Voltar) De forma equivocada, Fidélis dos Santos, *As reformas*, n. 20, p. 26.

290 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 333, p. 391; Nery e Nery, *Código*, p. 1.068.

291 (Voltar) ***Gusmão Carneiro,*** *Cumprimento****, p. 80; Theodoro Jr.,*** *As novas****, p. 153; Câmara,*** *A nova****, p. 107-108.***

292 (Voltar) ***Araken de Assis,*** *Manual****, n.17, p. 114-115; Abelha Rodrigues,*** *A terceira****, p. 115-116.***

293 (Voltar) ***Dinamarco,*** *Instituições****, n. 1.330, p. 47; Theodoro Jr.,*** *Processo****, n. 13, p. 53.***

294 (Voltar) ***Dinamarco,*** *Instituições****, n. 1.330, p. 47-48.***

295 (Voltar) *Informativo* ***517/STJ, 3.ª Turma, RHC 35.253-RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05.03.2013.***

296 (Voltar) ***Bermudes,*** *A reforma****, p. 175-176, apontando para lições de Carnelutti ao falar em "sanções premiadoras".***

297 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 462-463.

298 (Voltar) REsp 1.036.968/DF, 1.ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 13.05.2008; REsp 893.484/RS, 2.ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15.03.2007.

299 (Voltar) Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 144-145; Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, p. 61.

300 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, MC 14.258/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.06.2008; Daniel Neves, *Reforma*, p. 218-220; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 464; Sérgio Shimura, *Cumprimento*, p. 246.

301 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 634.775/CE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 21.10.2004.

302 (Voltar) ***Gusmão Carneiro,*** *Cumprimento****, p. 59.***

303 (Voltar) *Informativo* 437/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.111.686-RN, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 1.º.06.2010.

304 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 893.041/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 05.12.2006.

305 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 19, p. 132.

41. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO

Sumário: 41.1. Introdução – 41.2. Nulla executio sine titulo – 41.3. Patrimonialidade – 41.4. Desfecho único – 41.5. Disponibilidade da execução – 41.6. Utilidade – 41.7. Menor onerosidade – 41.8. Lealdade e boa-fé processual – 41.9. Contraditório – 41.10. Atipicidade dos meios executivos.

41.1. INTRODUÇÃO

Os princípios processuais já foram objeto de análise no Capítulo 3, item 3.4, mas com relação à execução alguns daqueles princípios adquirem conotação particular que merece uma análise individualizada. Por outro lado, existem princípios que só vigoram na execução, sendo sua análise limitada ao presente capítulo.

41.2. NULLA EXECUTIO SINE TITULO

Não há execução sem título que a embase (*nulla executio sine titulo*), porque na execução, além da permissão para a invasão do patrimônio do executado por meio de atos de constrição judicial[1] (por exemplo, penhora, busca e apreensão, imissão na posse), o executado é colocado numa situação processual desvantajosa em relação ao exequente. Assim, exige-se a existência de título que demonstra ao menos uma probabilidade de que o crédito representado no título efetivamente exista para justificar essas desvantagens qu

e serão suportadas pelo executado[2].

Além da exigência do título executivo, há outro princípio consagrado em nosso sistema chamado de *princípio da tipicidade dos títulos executivos* (*nulla titulus sine lege*). Significa dizer que o elenco de títulos executivos previstos em lei constitui *numerus clausus*, sendo, portanto, restritivo, o que impossibilita o operador do direito criar títulos executivos que não estejam previstos em lei[3]. Nem mesmo o acordo de vontades dos participantes da relação jurídica de direito material possibilita a formação de um título executivo. Assim, mesmo que os contratantes celebrem um contrato, dispensem a assinatura das testemunhas, mas afirmem por meio de cláusula contratual estarem formando um título executivo, o contrato não será instrumento apto a ensejar o processo executivo.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 havia uma interessante discussão doutrinária a respeito da execução da decisão interlocutória. Como o art. 475-N, I, do diploma legal revogado, previa ser a sentença título executivo judicial, parcela da doutrina passou a defender que na hipótese de decisão interlocutória concessiva de tutela antecipada haveria uma exceção ao princípio da *nulla executio sine titulo*, admitindo-se que atos executivos fossem praticados ainda que inexistente o título executivo[4]. Para outra corrente doutrinária, o termo “sentença proferida no processo civil”, previsto no art. 475-N, I, do CPC/1973, deveria ser interpretado extensivamente, de forma a abranger qualquer pronunciamento judicial de conteúdo condenatório, inclusive as decisões interlocutórias[5].

O debate, que sempre teve cunho exclusivamente acadêmico, já que nunca se negou a executabilidade da decisão interlocutória concessiva de tutela antecipada, passou a não mais se justificar diante da redação do art. 515, I, do Novo CPC, que prevê a executabilidade das decisões proferidas no processo civil, o que, obviamente, compreende as decisões interlocutórias. A novidade afasta qualquer debate a respeito da natureza de título executivo da decisão interlocutória, tanto aquela que antecipa a tutela como aquela que julga parcialmente o mérito.

Embora diga respeito apenas reflexamente ao princípio ora analisado, é interessante enfrentar o seguinte questionamento: sem título executivo não há execução e com título executivo pode não haver execução, preferindo o pretenso credor o processo de conhecimento?

A pergunta é respondida pelo art. 785 do Novo CPC, que permite à parte optar pelo processo de conhecimento mesmo quando já exista um título executivo extrajudicial em seu favor. Tenho consciência de que o dispositivo se limita a consagrar entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça[6], mas nem por isso deve ser poupado da crítica.

Da análise dos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema notam-se dois fundamentos principais a admitirem o processo de conhecimento mesmo quando já existe título executivo extrajudicial: a inexistência de prejuízo ao réu e a possibilidade de este fazer uma defesa mais ampla e plena de seus direitos. Nenhum dos dois fundamentos convence.

A possibilidade de defesa mais ampla e plena é uma falácia, considerando que nos embargos à execução o executado pode alegar todas as matérias de defesa em processo de conhecimento. A defesa, portanto, tem a mesma dimensão e abrangência na contestação e nos embargos à execução.

Quanto a inexistir prejuízo ao réu, sendo até mesmo vantajosa a ele a escolha do processo de conhecimento, o argumento parte de premissa correta, porque, mesmo sendo admissíveis os embargos à execução sem a garantia do juízo, com uma execução em trâmite a penhora pode ser realizada a qualquer momento. A desvantagem do executado perante o exequente não existe na relação autor e réu, e essa premissa não pode ser ignorada. Ocorre, entretanto, que analisar a questão sob a ótica dos interesses das partes não é o mais correto a fazer, pouco importando se o autor abre mão de uma situação de vantagem em favor do réu. A circunstância deve ser analisada sob a ótica das condições da ação, mais precisamente do interesse de agir (na realidade de sua ausência). Tendo as condições da ação natureza de matéria de ordem pública, é evidente que não podem ceder diante do interesse privado de autor e/ou réu.

A criação de um título executivo judicial por meio de processo de conhecimento quando já existe título executivo extrajudicial em favor do autor demanda um trabalho jurisdicional inútil, ocupando o Poder Judiciário com um processo que não precisaria existir para tutelar o interesse da parte. A questão, portanto, não diz respeito à vontade do autor e à ausência de prejuízo ao réu, mas à perda de tempo, dinheiro e energia exigida do Poder Judiciário para criar um título executivo judicial reconhecendo uma obrigação já consagrada

em título executivo extrajudicial. Trata-se de um verdadeiro atentado ao princípio da economia processual sob seu aspecto macroscópico, permitindo-se um processo inútil por vontade das partes em detrimento do interesse público de se obterem mais resultados com menor atividade jurisdicional.

41.3. PATRIMONIALIDADE

Costuma-se dizer que a execução é sempre real, e nunca pessoal, em razão de serem os bens do executado os responsáveis materiais pela satisfação do direito do exequente[7]. Não existe no direito brasileiro, nem em qualquer ordenamento moderno de que se tenha conhecimento, satisfação na pessoa do devedor, como existia na antiga Lei das XII Tábuas, que choca o leitor ao estabelecer que em determinadas condições seria possível “dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores”. Mesmo a prisão civil, como analisado no Capítulo 47, item 47.4.1., não é forma de satisfação de direito, mas mera medida de pressão psicológica (execução indireta).

Conforme analisado no Capítulo 45, item 45.2. a proibição de que o corpo do devedor responda por suas dívidas, reservando-se tal garantia a seu patrimônio, é vista como representação da humanização que o processo de execução adquiriu durante seu desenvolvimento histórico, abandonando gradativamente a ideia de utilizar a execução como forma de vingança privada do credor. A justificativa da previsão em lei de bens impenhoráveis, bem como sua relação e os devidos comentários são feitos no Capítulo 45, item 45.4.

41.4. DESFECHO ÚNICO

Como ocorre com todos os processos, também o executivo pode ter um final normal ou anômalo. A execução chega ao seu final normal quando é bem-sucedida, ou seja, quando o direito do exequente é satisfeito[8]. No fim normal da execução, o processo é extinto pela sentença prevista no art. 924 do Novo CPC, que é meramente declaratória quanto ao final do procedimento executivo. O final anômalo do processo de execução – aliás, como também o de conhecimento e cautelar – é a sua extinção sem a resolução de mérito, o que ocorrerá por um dos motivos previstos pelo art. 485 do Novo CPC ou com o acolhimento integral dos embargos à execução, cujo fundamento seja a inexistência do direito material exequendo.

O processo de execução se desenvolve com um único objetivo: satisfazer o direito do exequente. Sendo esse o único objetivo da execução, a doutrina aponta para o *princípio do desfecho único*, considerando-se que a única forma de prestação que pode ser obtida em tal processo é a satisfação do direito do exequente, nunca do executado[9]. O executado, na melhor das hipóteses, verá impedida a satisfação do direito com a extinção do processo sem a resolução do mérito, mas jamais terá a possibilidade de obter uma decisão de mérito favorável a ele. Segundo tradicional lição doutrinária, na execução não se discute mérito, busca-se apenas a satisfação do direito, sendo, portanto, impossível uma improcedência do pedido do exequente.

Dentro de um conceito tradicional de execução, a única forma

de o executado obter uma tutela jurisdicional em seu favor é por meio da propositura de uma nova ação, qual seja, os embargos à execução. No processo de execução a única tutela jurisdicional possível seria aquela obtida pelo exequente por meio da satisfação de seu direito.

Ocorre, entretanto, que a partir do momento em que o sistema passa a admitir que o mérito da execução seja discutido incidentalmente na própria execução, o princípio do desfecho único entra em colapso. Porque se o sistema admite tal espécie de defesa não se pode dizer que a extinção da execução diante de seu acolhimento leve a uma extinção anômala do processo. Na realidade, sendo acolhida a defesa de mérito incidental o final será tão normal quanto aquele derivado da satisfação do direito do exequente, mas com a tutela jurisdicional sendo concedida em favor do executado.

Sobre esse assunto, existe interessante debate doutrinário no que se refere ao acolhimento da defesa do executado conhecida pela doutrina como *exceção de pré-executividade*, instituto analisado no Capítulo 54, item 54.4. Sendo o objeto de tal defesa as matérias de mérito da execução, que envolvem invariavelmente a inexistência do direito exequendo (por exemplo, pagamento), o seu eventual acolhimento leva à extinção do processo executivo, havendo notável dissenso a respeito da natureza dessa sentença. Embora seja secular nossa tradição de afirmar que no processo de execução não há resolução do mérito, a partir do momento em que se permite sua solução pelo acolhimento de uma matéria de mérito alegada incidentalmente, haverá uma sentença que rejeita a pretensão

executiva do credor, com a resolução do mérito (art. 487, I, do Novo CPC), inclusive apta a produzir coisa julgada material[10]. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o reconhecimento da prescrição no próprio processo executivo gera decisão que resolve o mérito do processo[11].

Por outro lado, apesar de alguma divergência doutrinária devidamente analisada no Capítulo 54, item 54.3.1, também a impugnação ao cumprimento de sentença é defesa executiva incidental que pode conter matéria de mérito. E nesse caso também será normal a extinção do cumprimento de sentença com tutela jurisdicional em favor do executado na hipótese de acolhimento da defesa.

Conclui-se que a nova realidade executiva colocou em crise o princípio ora analisado. É até possível se questionar se o desfecho único continua efetivamente sendo um princípio executivo. De qualquer forma, deve-se entender que continua a ser possível falar em desfecho único sempre que o executado não puder apresentar defesa de mérito incidentalmente.

41.5. DISPONIBILIDADE DA EXECUÇÃO

Justamente em razão do desfecho único do processo de execução, que não tem como tutelar o direito material do executado, é permitido ao exequente, a qualquer momento, ainda que pendentes de julgamento os embargos à execução, desistir do processo, sendo dispensada a concordância do executado para que tal desistência gere efeitos jurídicos (art. 775, *caput*, do Novo

CPC). Não sendo possível ao executado obter tutela jurisdicional em seu favor, a lei presume sua aceitação com a desistência, já que nesse caso o executado recebeu o máximo possível que o processo poderia lhe entregar, tornando inútil a sua continuidade[12].

A desistência não se confunde com a renúncia, instituto de direito material. Significa dizer que o exequente simplesmente desiste de cobrar executivamente seu direito naquele momento, naquele processo específico, podendo, entretanto, ingressar posteriormente com ação idêntica, desde que comprove o pagamento das custas processuais da primeira ação (art. 486, § 2º, do Novo CPC)[13].

Sendo possível ao exequente desistir de toda a execução, também se admite a desistência de apenas alguma medida executiva específica em execuções, nas quais há uma pluralidade de meios à disposição do exequente. Numa execução de alimentos, cabe ao exequente optar entre executar por expropriação ou pela prisão civil, sendo vedada, inclusive, a determinação de prisão civil de ofício pelo juiz[14]; numa execução de entregar coisa, o exequente pode desistir da aplicação das *astreintes*, limitando-se à busca e apreensão e vice-versa. Nesse caso, o juiz deverá levar em consideração na homologação da desistência a menor onerosidade ao executado (art. 805 do Novo CPC)[15].

Todos os legitimados a propor a execução podem desistir, salvo o Ministério Público, que tem atuação processual orientada pelo *princípio da indisponibilidade*, considerando-se que defende interesse alheio na execução. Parcela doutrinária entende

corretamente que o Ministério Público tem disponibilidade quanto aos meios de execução, sendo legitimado a exigir as medidas executivas que lhe pareçam mais eficazes no caso concreto[16].

A admissibilidade da desistência da execução está condicionada à não realização no processo de atos que não possam ser anulados sem prejuízo do devedor ou de terceiros. Dessa forma, arrematado um bem em leilão judicial não se admitirá a desistência da execução; da mesma forma será inadmissível a desistência se na execução de fazer a obrigação já tiver sido satisfeita por terceiro (art. 817 do Novo CPC)[17].

Na hipótese de desistência do processo de execução, interessante questão surge no tocante aos embargos de execução pendentes de julgamento. É pacífico na doutrina que a pendência de embargos à execução não impede a desistência da execução[18], mas a depender da matéria alegada em sede de embargos variarão os efeitos gerados por essa desistência.

Caso os embargos versem sobre matéria meramente processual (por exemplo, ilegitimidade de parte, falta de liquidez do título etc.), perderão o objeto e serão extintos sem a resolução do mérito, condenando-se o embargado ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios. Nesse caso, a extinção dos embargos à execução é uma conclusão lógica da desistência da ação de execução, considerando-se que no eventual acolhimento da matéria aduzida o embargante conseguiria uma sentença terminativa do processo de execução, exatamente aquilo que já obteve com a homologação da desistência de tal processo. Haverá, portanto,

perda superveniente do interesse de agir, tornando os embargos inúteis, devendo, por isso, ser extintos sem a necessidade de concordância do embargante[19].

Por outro lado, caso os embargos versem sobre matéria de mérito, referente ao direito material alegado pelo exequente (por exemplo, novação, compensação etc.), a extinção dos embargos está condicionada à concordância do embargante. A razão para condicionar a extinção dos embargos à concordância do embargante é nítida: tratando-se de matérias de mérito é possível vislumbrar interesse na continuação dos embargos, com a obtenção de sentença de mérito a seu favor, que demonstraria a inexistência do direito material do embargado. A coisa julgada material que seria formada em tal circunstância impede a propositura do processo de execução novamente, o que não ocorre com a simples desistência do processo[20].

No que concerne à interpretação do art. 775, parágrafo único, do Novo CPC, três observações são necessárias:

(a) não se exige a concordância do embargado, considerando-se que ao desistir do processo de execução, presumidamente o exequente também estará abrindo mão do julgamento dos embargos[21];

(b) não havendo a concordância do embargante, os embargos perdem tal natureza, passando a ser tratado como ação autônoma declaratória[22]. A apelação, portanto, será recebida no duplo efeito (não se aplicará a exceção do art. 1.012, § 1º, III, do Novo CPC);

(c) embargos com fundamento em excesso de execução serão extintos quando o exequente desistir da execução[23].

Como já afirmado, o princípio da disponibilidade da execução decorre logicamente do princípio do desfecho único, sendo lógico que a partir do momento que esse princípio deixa de ser aplicado aquele entre em crise.

O dispositivo no CPC/1973 se limitava a tratar do destino dos embargos diante da extinção da execução por desistência do exequente, deixando de se referir às defesas incidentais (impugnação e exceção de pré-executividade). A solução preconizada pelo art. 569, parágrafo único, do CPC/1973 não podia ser aplicada subsidiariamente a essas espécies de defesa executiva em razão de sua natureza incidental, de forma a ser materialmente impossíveis a extinção da execução e a continuidade da defesa do executado: ou são ambos extintos ou ambos mantidos. Sempre defendi que, se defesa incidental tiver matéria exclusivamente processual, continuará a vigorar o princípio da disponibilidade, devendo o juiz acolher o pedido do autor e extinguir a execução e, consequentemente, a defesa incidental a ela. Afinal, haverá perda superveniente de interesse no julgamento da defesa. Por outro lado, se a defesa versar sobre matéria de mérito, a extinção da execução dependerá da anuência do executado, que, se continuar com interesse no julgamento de sua defesa, impedirá a extinção da execução por desistência.

Nesse sentido, deve ser elogiada a menção dessa situação nos incisos do parágrafo único do art. 775 do Novo CPC, ainda que façam remissão apenas à impugnação e aos embargos. De qualquer forma, a regra reclamada e agora consagrada em lei certamente também se aplicará à exceção de pré-executividade. E ainda que

não tenha sido um primor em termos de redação, os dispositivos devem ser interpretados como exclusão do princípio da disponibilidade quando houver em trâmite defesa incidente de mérito na execução, sendo nesse caso extinta a execução somente se o executado concordar expressamente com a desistência. Não é possível, como pareceu a parte da doutrina[24], que a execução seja extinta e a defesa incidental siga como processo autônomo em razão de sua natureza incidental.

41.6. UTILIDADE

Como todo processo, também o de execução deve servir, efetivamente, para entregar ao vitorioso aquilo que tem direito a receber. Não se justifica, portanto, processo de execução apenas para prejudicar o devedor, sem trazer qualquer proveito prático ao credor, devendo o processo ter alguma utilidade prática que beneficie o exequente.

Em razão desse princípio, a penhora não será realizada quando restar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução (art. 836, *caput*, do Novo CPC)[25].

É também o princípio da utilidade que impede a aplicação das *astreintes* quando o juiz se convence que a obrigação se tornou materialmente impossível de ser cumprida[26]. Somente prejudicaria o executado, sem nenhum proveito ao exequente na busca da satisfação de seu direito, a aplicação de uma medida de natureza coercitiva em situações nas quais a pressão psicológica é inútil, não

dependendo da vontade do executado o cumprimento da obrigação.

Nunca é demais lembrar que atualmente a execução não é forma de vingança privada, como já o foi em remotas épocas. Trata-se de mecanismo judicial para a satisfação do direito do credor, e sempre que se entender que esse direito não pode ser satisfeito não haverá razão plausível para a admissão da execução. O mesmo entendimento se aplica aos meios executivos, que devem ser afastados sempre que se mostrarem inúteis para fins de satisfação do direito.

41.7. MENOR ONEROSIDADE

A execução não é instrumento de exercício de vingança privada, como amplamente afirmado, nada justificando que o executado sofra mais do que o estritamente necessário na busca da satisfação do direito do exequente. Gravames desnecessários à satisfação do direito devem ser evitados sempre que for possível satisfazer o direito por meio da adoção de outros mecanismos. Dessa constatação decorre a regra de que, quando houver vários meios de satisfazer o direito do credor, o juiz mandará que a execução se faça pelo modo menos gravoso ao executado (art. 805 do Novo CPC).

É evidente que tal princípio deve ser interpretado à luz do princípio da efetividade da tutela executiva, sem a qual o processo não passa de enganação. O exequente tem direito à satisfação de seu direito, e no caminho para a sua obtenção, naturalmente criará gravames ao executado. O que se pretende evitar é o exagero desnecessário de tais gravames. Esse é um dos motivos para não

permitir que um bem do devedor seja alienado em leilão judicial por preço vil (art. 891 do Novo CPC).

O estrito respeito ao princípio da *menor onerosidade* não pode sacrificar a *efetividade da tutela executiva*. Tratando-se de princípios conflitantes, cada qual voltado à proteção de uma das partes da execução, caberá ao juiz no caso concreto, em aplicação das regras da razoabilidade e proporcionalidade, encontrar um "meio-termo" que evite sacrifícios exagerados tanto ao exequente como ao executado[27]. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de inexistir preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva[28].

Diante de tal realidade deve ser elogiado o parágrafo único do art. 805 do Novo CPC ao prever que cabe ao executado que alegar ser a medida pretendida pelo exequente a mais gravosa indicar meios mais eficazes e menos onerosos, "sob pena" de manutenção dos atos executivos já determinados.

O elogio, entretanto, é apenas parcial.

É positivo o dispositivo quando deixa expresso que o princípio da menor onerosidade não pode ser considerado em desprezo ao princípio da efetividade da tutela executiva. Também é positiva a determinação do ônus do executado em indicar outros meios que não aquele requerido e/ou determinado pelo juízo.

O aspecto negativo fica por conta da exigência de que esse outro meio, a ser indicado pelo executado, além de menos oneroso

seja também mais eficaz. Parece até mesmo intuitivo que se o executado indicar um meio menos gravoso e tão eficaz quanto aquele pedido pelo exequente e/ou determinado pelo juízo será caso de substituição do meio executivo. Mantendo-se a eficácia é obvio que se prestigia o meio menos oneroso.

Por outro lado, não parece correto descartar em absoluto a substituição do meio executivo mesmo quando aquele que se mostra menos oneroso for menos eficaz. Tudo dependerá de quanto menos oneroso e quanto menos efetivo é o meio indicado pelo executado. Exemplifico com a substituição de penhora de dinheiro pela fiança bancária e de seguro-garantia. Não existe meio mais eficaz para a execução de pagar quantia certa que a penhora de dinheiro, mas nesse caso o próprio legislador, por meio do art. 835, § 2º, do Novo CPC, equiparou o dinheiro à fiança bancária e ao seguro garantia judicial. O fez porque o prejuízo à eficácia da execução, desde que a fiança e o seguro sejam concedidos por instituição idônea, é mínimo, enquanto a menor onerosidade em favor do executado é óbvia.

Conclusivamente, defendo que, apesar da redação do art. 805 do Novo CPC em seu parágrafo único, cabe ao juiz aplicar as regras da razoabilidade e proporcionalidade na análise da substituição do meio executivo, sendo possível que mesmo menos eficaz seja admitido um meio menos oneroso. Basta que proporcionalmente perca-se pouco em termos de efetividade e ganhe-se muito em termos de menor onerosidade.

Também decorrente do princípio ora analisado, tem-se a vedação da aplicação de medidas executivas que notoriamente são

incapazes de gerar qualquer satisfação ao direito do exequente, até porque sua adoção serviria apenas para prejudicar o executado sem contrapartida em favor do exequente, retornando-se ao tempo em que a execução era utilizada como "vingança privada" do exequente.

Nesse sentido, encontra-se pacificado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de serem inaplicáveis as *astreintes* quando o cumprimento específico da obrigação é impossível[29]. Realmente, nesse caso, prejudicar-se-ia a situação econômica do executado sem qualquer perspectiva de satisfação do direito do exequente e, por isso, a medida executiva não pode ser admitida.

41.8. LEALDADE E BOA-FÉ PROCESSUAL

Como ocorre no processo de conhecimento e cautelar, também na execução é exigido das partes o respeito ao dever de lealdade e boa-fé processual, sendo aplicáveis as sanções previstas nos arts. 77, 80 e 81 do Novo CPC. De maior interesse, porque se trata de normas específicas à execução, o art. 774 do Novo CPC, com a previsão dos chamados atos atentatórios à dignidade da justiça. Segundo o art. 774, *caput*, do Novo CPC, essa espécie de ato ou de omissão só pode ser praticado pelo executado, cabendo ao exequente a aplicação das sanções com fundamento nos arts. 77, 80 e 81 do Novo CPC[30].

O ato processual do executado se refere tanto ao processo executivo quanto ao processo de conhecimento, que se instaurará

mediante o ingresso de embargos à execução, incluído aí o próprio ato da propositura de tal demanda (art. 918, III, do Novo CPC) como todos os atos praticados nessa ação autônoma incidental[31]. Também é inegável a aplicação ao cumprimento de sentença, mera fase procedimental de satisfação do direito.

Existem cinco espécies de ato atentatório à dignidade da justiça arroladas pelos incisos do art. 774 do Novo CPC, havendo certa divergência doutrinária a respeito de se tratar de rol exaustivo ou meramente exemplificativo[32]. Entendo que a discussão não tem grandes reflexos práticos, considerando a amplitude interpretativa das causas previstas no dispositivo legal ora comentado.

A questão mais importante que se coloca a respeito do art. 774, I, do Novo CPC é a que envolve a abrangência que se deve dar à locução fraude à execução. Para parte da doutrina, a fraude à execução prevista no dispositivo em comento é o comportamento previsto no art. 792 do estatuto processual[33], enquanto para outra corrente doutrinária deve-se interpretar a expressão de forma mais ampla, abrangendo outros atos que não aqueles referentes à alienação ou oneração de bens previstos pelo artigo de lei *supracitado*[34].

Entendo preferível a interpretação mais ampla e fundamentalmente por dois motivos:

(a) primeiro porque a apuração terminológica não é marca registrada de nosso legislador; e

(b) segundo porque a interpretação ampla atende de maneira mais completa a proteção aos deveres de boa-fé e lealdade processual. Incluem-se, portanto, tanto atos de

> ocultação ou oneração de bens como quaisquer outros que levem a ineficácia ou à criação de dificuldades em obter a efetiva satisfação do direito do exequente.

No art. 774, II, do Novo CPC, é previsto como ato atentatório à dignidade da justiça o ato de oposição maliciosa à execução, com o emprego de ardis e meios artificiosos. A própria redação do dispositivo legal demonstra o desejo do legislador por uma interpretação ampla, mas é importante não exagerar, pois a resistência do executado é a forma que encontra para evitar abusos realizados na execução. Respeita-se a ampla defesa; pune-se o abuso.

É novidade do Novo Código de Processo Civil a previsão contida no inciso III do dispositivo ora analisado: a conduta comissiva ou omissiva que dificulta ou embaraça a realização da penhora. Trata-se de mais uma novidade do rol "do que abunda não prejudica", porque tal conduta inegavelmente pode ser tipificada na hipótese de conduta atentatória prevista no inciso antecedente.

A resistência injustificada às ordens judiciais está prevista como ato atentatório à dignidade da justiça no art. 774, IV, do Novo CPC. Nesse caso, é possível a cumulação da sanção prevista no parágrafo único do artigo ora analisado com a prevista no art. 77, § 2º, do Novo CPC, porque, além de ato atentatório à dignidade da justiça nos termos do dispositivo ora analisado, a resistência injustificada às ordens judiciais também está tipificada no art. 77, IV, do Novo CPC. Assim, o executado seria condenado a pagar até 20% do valor da execução para o exequente (art. 774, parágrafo único, do Novo CPC) e até 20% para o Estado (art. 77, § 2º, do Novo CPC). A diferença de credores afasta o *bis in idem*. Além das

multas, ainda serão devidas eventuais perdas e danos[35]. O Superior Tribunal de Justiça já admitiu a cumulação das multas previstas no art. 523, *caput*, e no parágrafo único do art. 774, ambos do Novo CPC, mesmo havendo nesse caso identidade de credor[36].

Desde a Lei 11.382/2006 configura-se ato atentatório à dignidade da justiça a não indicação ao juiz de onde se encontravam os bens sujeitos à penhora, ou seja, desde a promulgação de tal lei a indicação de bem à penhora pelo executado não pode ser considerada um mero ônus processual do executado, mas sim um dever processual.

O juiz poderá de ofício ou mediante o pedido do exequente determinar a qualquer momento do processo a intimação do executado para que em cinco dias indique quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores, bem como exiba a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa desse ônus. Entendo que nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 841 do Novo CPC essa intimação pode ser realizada na pessoa do advogado e que somente na hipótese em que não foi constituído patrono será realizada pessoalmente[37]. É cabível a determinação por mais de uma vez num mesmo processo, desde que se tenham indícios de mudança patrimonial do executado.

Mesmo quando o executado entenda que só tem bens impenhoráveis, existirá o dever de informar ao juízo, ainda que com a ressalva de impossibilidade legal de penhora; afinal, não cabe ao executado, mas ao juízo, determinar se o bem é ou não impenhorável. Nem sempre será necessária a indicação dos bens

por parte do executado, seja porque a execução é fundada em uma garantia real, seja porque o exequente já tem conhecimento dos bens do executado e os indica na própria petição inicial. Ora, a indicação de bens pelo executado tem como justificativa permitir a realização da penhora, dando-se conhecimento da situação patrimonial do executado ao exequente. A partir do momento em que a penhora já se mostra possível em razão da indicação do bem, feita pelo próprio exequente, falece o sentido em exigir do executado a indicação de bens.

O executado que não dispõe de qualquer bem que possa responder pela execução deverá informar tal situação no prazo de cinco dias. A única resposta que não se admite, gerando a imediata aplicação da multa, é o silêncio do executado diante de sua intimação, já que a sanção alude ao desrespeito do executado com a ordem judicial, e não à inexistência de bens que possam se sujeitar à execução.

Por fim, resta a necessidade de interpretação do conteúdo da informação a ser prestada pelo executado com o princípio da menor onerosidade (art. 805 do Novo CPC). A exigência da indicação dos bens sujeitos à penhora deverá se limitar ao objeto da execução, de forma que o executado não precisará indicar todos os seus bens que estejam sujeitos à execução, mas tão somente bens suficientes para satisfazer o direito do exequente. A informação do executado se limitará pelo valor da execução.

A sanção para os atos atentatórios à dignidade da justiça está prevista no parágrafo único do art. 774 do Novo CPC: aplicação de multa em montante não superior a 20% do valor atualizado do

débito em execução, sem prejuízo de outras sanções processuais ou materiais, sendo tal valor revertido em favor do exequente. Não é mais possível a relevação da multa na hipótese de o executado se comprometer a não voltar a se portar com má-fé e indicar fiador idôneo como vinha previsto no parágrafo único do revogado art. 601 do CPC/1973.

O art. 772, II, do Novo CPC prevê que o juiz pode advertir o devedor no sentido de que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça, havendo doutrina que entende não ser a advertência condição de eficácia da aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 774 do Novo CPC[38], enquanto outra parcela defende que será nula a aplicação da multa sem a prévia advertência[39]. Apesar de interessante do ponto de vista do contraditório, entendo válida e eficaz a multa aplicada independentemente da advertência prévia prevista no art. 772, II, do Novo CPC[40].

41.9. CONTRADITÓRIO

Afirma-se tradicionalmente na doutrina que no processo de execução não se discute o seu mérito, já que o juiz parte de uma presunção de existência do direito do exequente (derivada do título executivo judicial) e busca apenas a satisfação de tal direito. Não se nega que exista mérito no processo de execução, condicionando-se o seu julgamento ao ingresso dos embargos à execução, ação de conhecimento autônoma e incidental ao processo de execução.

Essa ausência de julgamento de mérito no processo de

execução fez com que alguns doutrinadores chegassem a chamar o processo de execução de *processo do credor*, ou ainda de *conjunto de meios materiais colocados à disposição do juiz para satisfazer o direito do credor*. Criou-se até mesmo doutrina, hoje francamente superada, que afirmava ser dispensável o contraditório no processo de execução justamente em razão da ausência de julgamento de mérito ou de qualquer outra atividade cognitiva por parte do juiz. Atualmente, é tranquila a distinção de mérito – e seu julgamento – e contraditório na execução[41].

Apesar da situação especial em que se coloca o processo de execução em razão de suas características próprias, não há como negar a sua natureza jurisdicional, tratando-se indubitavelmente de processo que seguirá sob o crivo do contraditório, garantido constitucionalmente (art. 5.º, LV, da CF) e indispensável num Estado Democrático de Direito[42]. O juiz é chamado no processo executivo a resolver uma série de questões incidentes, sendo absurdo acreditar que em tais situações não haja necessidade de realizar o contraditório. Apesar da função predominantemente material do juiz no processo de execução, é inegável que exista também cognição acerca de questões incidentes no processo, e nesse caso o contraditório é indispensável[43].

Há diversas situações no processo executivo que demonstram o acerto de tal posicionamento. A decisão sobre a natureza do bem penhorado quanto à ordem de penhora dos bens, sobre a modificação ou reforço de penhora, sobre a alienação antecipada de bens, sobre o preço vil na arrematação, sobre a avaliação do bem etc., em todos esses casos, naturalmente, haverá nulidade se não

observado o contraditório.

41.10. ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

É pelos meios executivos que o juiz tenta, no caso concreto, a satisfação do direito do exequente. São variados esses meios previstos em lei: penhora, expropriação, busca e apreensão, *astreintes*, arresto executivo, remoção de pessoas ou coisas, fechamento de estabelecimentos comerciais etc. Apesar de bastante amplo o rol legal, a doutrina é pacífica no entendimento de se tratar de rol meramente exemplificativo, podendo o juiz adotar outros meios executivos que não estejam expressamente consagrados em lei.

A consagração legal do princípio da atipicidade dos meios executivos era encontrada no CPC/1973 em seu art. 461, § 5.º, que, antes de iniciar a enumeração de diferentes meios de execução – tanto de execução indireta como de sub-rogação –, se vale da expressão "tais como", em nítida demonstração do caráter exemplificativo do rol legal. A mesma técnica foi repetida pelo art. 536, § 1º, do Novo CPC.

O Superior Tribunal de Justiça já vinha reconhecendo expressamente a existência do princípio ora analisado fazendo alusão ao art. 461, § 5.º, do CPC/1973, entendendo admissível o bloqueio ou o sequestro de verbas públicas como medida coercitiva para o fornecimento de medicamentos pelo Estado, na hipótese em que a demora no cumprimento da obrigação acarrete risco à saúde e

à vida do demandante[44].

No Projeto de Lei aprovado pela Câmara incluía-se de forma expressa entre os meios executivos a intervenção judicial em atividade empresarial para a obtenção da tutela específica, regra já existente para a hipótese de concorrência desleal. No texto final aprovado pelo Senado, entretanto, essa novidade foi suprimida. Trata-se, à evidência, de supressão inútil, porque pela aplicação do princípio da atipicidade dos meios executivos a medida é plenamente aplicável, ainda que não exista regra expressa que a consagre no novo diploma processual[45].

Há, entretanto, uma novidade significativa quanto ao princípio ora analisado no Novo Código de Processo Civil. Tanto o revogado art. 461, § 5º, do CPC/1973 como o art. 536, § 1º, do Novo CPC são dispositivos que tratam da execução da obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa. Essa limitação sempre foi utilizada pelos refratários à utilização em sua plenitude do princípio da atipicidade dos meios executivos à execução de pagar quantia certa.

O art. 139 do Novo CPC trata dos poderes do juiz, prevendo em seu inciso IV ser um deles a determinação de todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Entendo que esse dispositivo claramente permite a aplicação ampla e irrestrita do princípio ora analisado a qualquer espécie de execução, independentemente da natureza da obrigação. E também que supera o entendimento de que as astreintes não sejam cabíveis

nas execuções de obrigação de pagar quantia certa[46].

Seriam assim admitidas medidas executivas que nunca foram aplicadas na vigência do CPC/1973 e que não estão previstas expressamente no novo diploma legal. Interessantes exemplos são dados pela melhor doutrina[47]: suspensão do direito do devedor de conduzir veículo automotor, inclusive com a apreensão física da CNH, em caso de não pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito (incluo as indenizações por acidentes ocorridos no trânsito); vedação de contratação de novos funcionários por empresa devedora de verbas salariais; proibição de empréstimo ou de participação em licitações a devedor que não paga o débito relativo a financiamento bancário.

Essa liberdade concedida ao juiz naturalmente aumenta sua responsabilidade, não sendo admissível que a utilize para contrariar a lei ou mesmo princípios do Direito. Não pode, por exemplo, determinar a prisão civil fora da hipótese de devedor inescusável de alimentos, nos termos do art. 5.º, LXVII, da CF. Tampouco poderá determinar que banda de música com camisetas com a foto do devedor o persiga cantarolando cantigas relacionando-o à obrigação inadimplida ou outras formas vexatórias de pressão psicológica.

E mesmo nos exemplos dados de meios executivos atípicos em parágrafo anterior, deve o juiz atuar com imparcialidade e razoabilidade. Não pode, por exemplo, determinar a suspensão da habilitação de devedor que tem na condução de automóveis sua fonte de subsistência (taxista, motorista do Uber, motorista de ônibus). Tampouco parece correto proibir a contratação de novos

funcionários de empresa que deve verbas salariais quando a contratação for indispensável ao próprio funcionamento da empresa.

Por outro lado, tais medidas atípicas devem ser aplicadas somente quando as medidas típicas tiverem se mostrado incapazes de satisfazer o direito do exequente[48].

42. SUJEITOS PROCESSUAIS NA EXECUÇÃO

Sumário: 42.1. Introdução – 42.2. Diferentes espécies de legitimidade na execução: 42.2.1. Polo ativo; 42.2.2. Polo passivo – 42.3. Legitimação ativa; 42.3.1. Credor a quem a lei confere título executivo; 42.3.2. Legitimidade do Ministério Público; 42.3.3. Legitimidade do espólio, herdeiros e sucessores; 42.3.4. Legitimidade do cessionário e do sub-rogado – 42.4. Legitimidade passiva; 42.4.1. Sujeito que figura no título como devedor; 42.4.2. Legitimidade passiva do espólio, herdeiros e sucessores; 42.4.3. Novo devedor; 42.4.4. Fiador; 42.4.5. Responsável titular do bem vinculado por garantia real ao pagamento do débito; 42.4.6. Responsável tributário; 42.4.7. Legitimidade do responsável secundário – 42.5. Intervenção de terceiros na execução: 42.5.1. Intervenções típicas; 42.5.2. Intervenções atípicas.

42.1. INTRODUÇÃO

A relação jurídica processual executiva nada tem de substancialmente diferente das demais, sendo formada, ao menos, pelos três principais sujeitos processuais: juiz, demandante e demandado. Também haverá na execução, portanto, um sujeito imparcial, que é o juiz que conduzirá o processo ou a fase executiva, e os sujeitos parciais, que são as partes da demanda. Registre-se desde já que as partes na execução são simplesmente os sujeitos que figuram nos polos ativos e passivos do processo autônomo ou do cumprimento de sentença, sendo irrelevante para

sua classificação de “partes no processo” se esses sujeitos têm ou não legitimidade para figurar na relação jurídica processual.

Fica claro que, apesar da eventual polêmica que envolve o conceito de parte, não deve haver confusão com o fenômeno da legitimação, tradicionalmente lembrado como uma das condições da ação. Determinado que os sujeitos que figuram na demanda executiva são partes – demandante e demandado, chamados de *credor* e *devedor* ou, mais tecnicamente, de *exequente* e *executado* –, deve-se analisar se tais sujeitos têm legitimidade para figurar em tal demanda[49].

Em decorrência da nítida e reconhecida diferença entre os conceitos de parte e de legitimidade, é criticável a opção do legislador no tocante à nomenclatura do Capítulo II do Título I do Livro II da Parte Especial do Novo Código de Processo Civil, que na realidade não trata das partes na execução, e sim de sua legitimidade[50]. Em especial nos arts. 778 e 779 do Novo CPC, o que se encontra é a previsão de quais os sujeitos têm legitimidade para figurar nos polos ativo e passivo da demanda executiva, regras que valem tanto para o processo executivo autônomo como para o cumprimento de sentença.

42.2. DIFERENTES ESPÉCIES DE LEGITIMIDADE NA EXECUÇÃO

42.2.1. POLO ATIVO

No polo ativo é possível encontrar uma *legitimação ordinária primária* ou *originária*, sempre que o sujeito legitimado a propor o

processo executivo ou a dar início à fase de cumprimento de sentença estiver indicado como credor no próprio título executivo. Como se nota, litigando em nome próprio por direito próprio, esse sujeito estará atuando em legitimação ordinária, e o fato de tal legitimidade já ser criada concomitantemente com a criação do título executivo a torna originária ou primária (art. 778, *caput*, do Novo CPC).

Também existe a *legitimação ordinária superveniente* ou *secundária*, na qual o sujeito que demanda, apesar de fazê-lo em nome próprio e em defesa de interesse próprio, só ganha a legitimação para propor a demanda executiva ou nela prosseguir por um ato ou fato superveniente ao surgimento do título executivo (art. 778, § 1º, do Novo CPC). Não bastará o título executivo judicial para conferir ao sujeito, nesse caso, legitimação para participar da demanda executiva. Tanto é assim que, para provar sua legitimidade, deverá juntar à execução a prova de que um ato/fato que lhe dá legitimidade efetivamente ocorreu[51].

O § 2.º do art. 778 do Novo CPC estabelece que a sucessão prevista no § 1.º do mesmo artigo independe de consentimento do executado, em norma aplicável apenas nas hipóteses de já existir execução em trâmite. Afinal, cabe ao diploma processual disciplinar como se dá a alteração do polo passivo da execução em hipótese de legitimação superveniente, cabendo às leis de direito material disciplinar a transferência *inter vivos* e *causa mortis* de bens e direitos.

Por fim, ainda no tocante ao polo ativo da demanda executiva,

poderá existir a *legitimação extraordinária*, pela qual o sujeito litigará em nome próprio na defesa de interesse alheio. Tradicionalmente a doutrina aponta o art. 778, § 1º, I, do Novo CPC, que atribui legitimidade ao Ministério Público, como o dispositivo que permite a legitimação ativa extraordinária na execução, embora seja possível que outros sujeitos também atuem no polo ativo da execução com essa espécie de legitimação, apesar da raridade com que isso ocorre.

É preciso algum cuidado na interpretação do § 1º do art. 778 do Novo CPC ao tratar da legitimidade ativa executiva do Ministério Público. O dispositivo dá a entender que o Ministério Público só terá legitimidade como substituto do credor a quem a lei confere título executivo, o que pode, por exemplo, explicar a legitimidade prevista pelo art. 68 do CPP. Contudo, certamente não consegue explicar a hipótese na qual o Ministério Público participa como parte na fase de conhecimento, sendo o credor indicado pelo título executivo formado. Nesse caso, a legitimação do Ministério Público, apesar de ser extraordinária, não é superveniente porque nasce no momento de formação do título executivo. Não obstante o equívoco legal, entendo que na prática as hipóteses de legitimidade executiva ativa do Ministério Público não serão alteradas.

42.2.2. POLO PASSIVO

No tocante ao polo passivo da demanda o art. 779 do Novo CPC, indica hipóteses de *legitimação ordinária primária* ou *originária* (inciso I), *ordinária superveniente* ou *secundária* (incisos II e III), e *legitimação extraordinária* (incisos IV, V e VI)[52]. É interessante notar que nem sempre a legitimidade constará

expressamente do título executivo, mas a legitimação sempre decorrerá do título, ainda que seja necessária uma expressa previsão legal (legitimação extraordinária) ou o acontecimento de um ato ou fato posterior à formação do título (legitimação ordinária superveniente)[53].

42.3. LEGITIMAÇÃO ATIVA

42.3.1. CREDOR A QUEM A LEI CONFERE TÍTULO EXECUTIVO

A mais comum forma de legitimação ativa na execução vem prevista no art. 778, *caput*, do Novo CPC, atribuindo legitimidade para a propositura do processo executivo autônomo ou para o cumprimento da sentença ao sujeito que figure no título executivo como credor. Ainda que seja tradicionalmente aceita a utilização dos termos "credor" e "devedor" para nomear as partes na execução, o mais adequado é chamá-las de "exequente" e "executado", considerando-se que o exequente nem sempre é *credor* e que o executado nem sempre é *devedor*[54]. O fato de o sujeito ser credor ou não é algo absolutamente irrelevante para a questão da legitimação, bastando que no título seja apontado em tal situação jurídica.

Apesar de o termo "credor" estar tradicionalmente ligado à obrigação de pagar quantia certa, a interpretação do dispositivo ora analisado deve ser feita ampliativamente, englobando qualquer espécie de obrigação – pagar quantia; entregar coisa; fazer/não fazer – além de direitos reais[55].

Parece não haver maiores dificuldades em determinar a legitimação do sujeito que figura no título como credor, bastando que o juiz no caso concreto faça a comparação entre o sujeito que propõe a demanda e aquele indicado no título como o credor da obrigação. Ocorre, entretanto, que em situações excepcionais a própria lei pode atribuir legitimidade ordinária a sujeito que não conste no título executivo como credor. Nessas hipóteses, não é um ato ou fato superveniente que cria a legitimidade, porque com a formação do título executivo o sujeito já é legitimado a propor a demanda executiva ainda que não conste do título como credor. Exemplo típico é a legitimidade do advogado em executar a sentença que fixa seus honorários (art. 23 da Lei 8.906/1994)[56].

42.3.2. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O art. 778, § 1º, I, do Novo CPC permite ao Ministério Público promover a demanda executiva nos casos previstos em lei. Há três situações distintas a respeito da legitimação ativa do Ministério Público para executar, ainda que em todos os casos exista expressa previsão legal atribuindo ao órgão essa legitimação, em consonância com a exigência do art. 778, § 1º, I, do Novo CPC.

Consideravelmente excepcional é a hipótese de *legitimação ordinária* do Ministério Público, figurando no título como credor. Pode se imaginar uma demanda judicial na qual o Ministério Público defende em nome próprio um interesse próprio (apesar de não ter personalidade jurídica tem capacidade de ser parte) com o objetivo de condenar o réu ao cumprimento de uma obrigação. Já tendo feito parte da demanda desde a sua primeira fase cognitiva em legitimação ordinária, constará da sentença como credor, tendo

legitimidade ordinária originária para executá-la[57]. A raridade prática dessa situação é manifesta.

Outra situação possível é o ingresso do Ministério Público com demanda judicial em virtude de *legitimação extraordinária*, defendendo em nome próprio interesse de terceiros, o que fará com que figure no título executivo – sentença condenatória –, ainda que não se possa afirmar categoricamente, a título de credor. Não era o titular do direito material discutido durante a fase de conhecimento e certamente continua a não sê-lo após a formação do título, não obstante figure no título judicial como legitimado extraordinário ativo que promoveu a demanda, e não como credor. Por outro lado, poderá fazer parte de título executivo extrajudicial e ter legitimação extraordinária para executá-lo, como ocorre no termo de ajustamento de conduta.

O simples fato de o Ministério Público constar do título executivo, portanto, não é suficiente para a aplicação do art. 778, § 1º, I, do Novo CPC, que somente será aplicado na primeira hipótese já analisada, qual seja quando o Ministério Público figurar como titular do direito representado no título executivo.

Ainda que figure no título judicial, não o fazendo na figura de credor do direito, a legitimação do Ministério Público será extraordinária para a execução; aliás, exatamente a mesma legitimação que o possibilitou propor a demanda com o objetivo primeiro de condenar o réu, para depois executá-lo. Essa circunstância cria uma espécie de legitimação *sui generis*, porque, apesar de constar do título executivo como autor da demanda, a

legitimação não decorre desse fato, mas sim de expressa previsão legal[58]. São exemplos: a legitimidade para executar a sentença condenatória proferida em ação civil pública que tenha como objeto direito difuso ou coletivo (art. 3.º da Lei 7.347/1985), para executar a sentença de ação de improbidade administrativa, em situações de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública (art. 17 da Lei 8.429/1992), e a execução de sentença penal condenatória quando o credor for pessoa pobre (art. 68 do CPP), ainda que nesse tocante exista dúvida a respeito da constitucionalidade do dispositivo legal[59].

Nas ações coletivas para as quais o Ministério Público tem legitimidade ativa, sua legitimação para a execução independe de sua participação como autor no processo em que foi formado o título executivo. Na realidade, o Ministério Público tem um dever funcional de executar a sentença na hipótese do autor da demanda – ou qualquer outro legitimado – não o fizer no prazo legal, independentemente de sua presença no título executivo.

Deve-se registrar ao menos uma interessante hipótese na qual o Ministério Público tem legitimidade para propor a demanda/fase de conhecimento e para iniciar o cumprimento de sentença, mas sua legitimidade à propositura da execução dependerá da inércia dos titulares do direito. O Ministério Público pode ingressar com ação civil pública fundada em direito individual homogêneo – desde que com relevância social –, mas somente poderá executar a sentença se no prazo de um ano do trânsito em julgado não se habilitarem interessados a executar a sentença individualmente em número compatível com a gravidade do dano (art. 100 do CDC). Trata-se de

legitimação extraordinária condicionada a um evento futuro e incerto, qual seja o desinteresse de grande parte dos titulares do direito.

Por fim, também cumpre lembrar a hipótese na qual o Ministério Público não funcionou no processo como autor em sua fase de conhecimento na qual foi formado o título executivo porque não tinha legitimação ativa, mas terá sua legitimidade executiva reconhecida pela lei, ainda que não faça parte do título executivo para a execução da sentença[60]. Nesses casos, mostra-se com clareza a qualidade de legitimado extraordinário do Ministério Público exclusivamente para a execução, ainda que sua legitimidade esteja condicionada à inércia dos legitimados à propositura da ação de conhecimento. Nesse sentido os arts. 15 da Lei 7.347/1985 e 16 da Lei 4.717/1965[61].

42.3.3. LEGITIMIDADE DO ESPÓLIO, HERDEIROS E SUCESSORES

O art. 779, II, do Novo CPC trata da *legitimação ordinária superveniente* em virtude da sucessão *causa mortis*, atribuindo legitimidade ao espólio, herdeiros e sucessores para dar início à demanda executiva ou assumir o polo ativo no lugar do *de cujus*, quando esta já tiver sido iniciada, em fenômeno de sucessão processual. Os requisitos legais para a admissão dessa legitimidade são diferentes a depender do momento da sucessão:

(i) antes de iniciada a execução, basta a demonstração por provas suficientes da legitimidade; e

(ii) já iniciada a execução, em tese deverá ser instaurado um processo de habilitação incidente (arts. 687 a 692 do Novo CPC), com a consequente suspensão do

processo principal[62].

Fala-se em tese porque na onda sincrética que vem dominando nosso processo civil, desde que o pretendente a assumir o polo ativo prove de maneira suficiente sua legitimidade, é adequada a dispensa do processo incidental[63].

O espólio é a massa patrimonial deixada pelo autor da herança e, apesar de não ter personalidade jurídica, não passando de uma universalidade de bens, tem capacidade de demandar e de ser demandado, sendo representado, nesses casos, pelo inventariante e excepcionalmente pelos herdeiros (art. 75, VII, § 1.º, do Novo CPC)[64]. É natural que a legitimidade do espólio dure tão somente até o momento de partilha dos bens, resultado final do inventário, que dependendo das circunstâncias concretas poderá até mesmo se realizar sem a intervenção do Poder Judiciário. Após o encerramento da partilha, com a distribuição dos bens da herança, será legitimado somente aquele que receber em seu quinhão o crédito representado pela execução, considerando-se, inclusive, a extinção do espólio[65].

Caso o inventariante se negue a ingressar com a demanda executiva ou a suceder o *de cujus*, qualquer herdeiro estará legitimado a tanto, devendo nesse caso intimar o inventariante da existência da demanda ou da sucessão processual. Na realidade, mesmo que o inventariante faça valer sua legitimidade no caso concreto, os herdeiros e sucessores poderão participar do processo como assistentes litisconsorciais[66]. Na hipótese de o inventariante ser dativo, haverá litisconsórcio necessário entre todos os herdeiros

e sucessores, nos termos do art. 75, § 1.º, do Novo CPC.

Afirma-se *sucessor a título universal* o herdeiro com direito à totalidade da herança ou à parte ideal que conserve sua indivisibilidade até o momento da partilha. Tal fenômeno se verifica na sucessão legítima e na testamentária quando ocorrer simples instituição de herdeiro. *Sucessor a título singular* é o que, em razão de testamento, passa a ter direito sobre parte determinada dos bens, individualizada como legado, sendo também chamado, por essa razão, de *legatário*. Essa distinção é importante porque, enquanto na sucessão universal o herdeiro – legítimo ou testamentário – recebe toda a herança ou parte ideal dela, na sucessão singular o legatário é contemplado apenas com determinado bem da herança, devendo primeiro obter dos herdeiros a transferência do bem para ser considerado legitimado à execução[67].

42.3.4. LEGITIMIDADE DO CESSIONÁRIO E DO SUB-ROGADO

Com exclusão das vedações legais – *v.g.*, direitos personalíssimos e verbas relativas a benefícios da Previdência Social –, todo direito poderá ser objeto de cessão, de forma que, devido o crédito pelo credor originário, o sujeito que o recebe passa a ter legitimidade superveniente para executar o título. É natural que para provar sua legitimação o demandante deva juntar à petição inicial (processo executivo) ou ao requerimento inicial (cumprimento de sentença) o instrumento de cessão de crédito[68]. Também haverá legitimidade superveniente na hipótese de sub-rogação, seja ela *legal* (art. 346 do CC) ou *convencional* (art. 347 do CC), mais uma vez sendo necessária ao sub-rogado a prova

desse fenômeno jurídico como condição para que seja admitido como legitimado a propor ou a continuar no polo ativo da demanda executiva.

Registre-se que tanto na hipótese de cessão de crédito como de sub-rogação os novos credores não são obrigados a assumir o polo ativo da demanda judicial já em trâmite, sendo-lhes permitido aguardar o desfecho da demanda para cobrar do antigo credor. Nesse caso, o demandante continua no processo, mas a partir da cessão de crédito ou da sub-rogação sua legitimidade passará a ser extraordinária, considerando-se que estará em nome próprio litigando por um direito que não mais lhe pertence[69].

Mesmo sem previsão expressa no CPC/1973 e com divergência doutrinária[70], o Superior Tribunal de Justiça entendia que na hipótese em que o legitimado superveniente pretendesse assumir o polo ativo da execução, por meio de sucessão processual, não se aplicavam as exigências do art. 42 do CPC/1973 (atual 109 do Novo CPC), próprio ao processo/fase de conhecimento, de forma que o tribunal não exigia a anuência do executado para a sucessão processual no polo ativo[71]. A questão resta pacificada pela previsão do § 2º do art. 778 do Novo CPC, que prevê expressamente a dispensa de consentimento do executado.

42.4. LEGITIMIDADE PASSIVA

42.4.1. SUJEITO QUE FIGURA NO TÍTULO COMO DEVEDOR

O art. 779, I, do Novo CPC aponta como legitimado passivo

na execução o sujeito que figura no título como devedor, sendo irrelevante para fins de fixação da legitimação se o sujeito é realmente devedor. Basta que o título o aponte como tal para que tenha legitimidade ordinária primária para participar no polo passivo da demanda judicial.

Por *devedor* deve-se entender todo sujeito que esteja, à luz da lei civil ou comercial, obrigado a solver a obrigação, ainda que possa afirmar não ser o devedor por não ter participado como parte principal na relação de direito material da qual surgiu a dívida. Dessa forma, além do condenado na sentença judicial e do emitente do título extrajudicial, também são considerados devedores para fins de legitimidade passiva na execução o avalista, o fiador convencional, o endossante, sendo que entre eles há típica hipótese de litisconsórcio passivo facultativo, que somente será criado a depender da vontade do exequente[72].

42.4.2. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESPÓLIO, HERDEIROS E SUCESSORES

A legitimação ordinária superveniente por *causa mortis* vem expressamente prevista no art. 779, II, do Novo CPC, dispositivo que encontra seu paralelo quanto à legitimação ativa no art. 778, § 1º, II, do Novo CPC. Na realidade, todas as observações feitas nos comentários a esse dispositivo legal se aplicam ao presente artigo analisado, em especial as considerações a respeito da partilha dos bens e de sua consequência para fins da legitimação executiva. Assim sendo, uma vez realizada a partilha dos bens do *de cujus*, a legitimação passiva restará tão somente àquele sujeito que ficou em seu quinhão com o débito[73].

Uma importante observação de direito material se impõe. Os herdeiros e sucessores só respondem pelas dívidas do *de cujus* nos limites da herança, de forma que os bens de seu patrimônio que não vieram da herança jamais poderão ser atingidos por dívidas contraídas originariamente pelo *de cujus*. Trata-se do chamado benefício de inventário. Essa regra estabelecida pelo art. 1.792 do CC nada tem a ver com o fenômeno processual da legitimidade passiva, tratando-se de regra de direito material que exclui a responsabilidade civil do espólio, herdeiro ou sucessor, além da herança[74].

42.4.3. NOVO DEVEDOR

A legitimidade ordinária superveniente por ato *inter vivos* encontra-se prevista no art. 779, III, do Novo CPC, que trata do fenômeno da assunção de dívida ou cessão de débito. Essa transferência da dívida a um novo sujeito, que não o devedor originário, exige a concordância expressa do credor (art. 299 do CC) porque a partir do momento em que se modifica o devedor, automaticamente modifica-se o patrimônio que responderá pela dívida. Seria um verdadeiro convite à fraude permitir a assunção de dívida sem a exigência de concordância do credor. Essa é a condição para que a cessão de débito tenha eficácia, sendo indispensável ao exequente demonstrar com sua petição/requerimento inicial que houve um negócio jurídico de cessão de débito que contou com sua expressa concordância[75].

42.4.4. FIADOR

O inciso IV do art. 779 do Novo CPC prevê a legitimidade ativa executiva do fiador do débito constante em título executivo

extrajudicial. O dispositivo substitui o inciso IV do art. 568 do CPC/1973, que previa a legitimidade ativa do fiador judicial.

Embora exista doutrina aplaudindo o novo dispositivo legal quando comparado como o artigo revogado[76], entendo que a mudança foi parcialmente elogiável, porque consagra uma legitimidade do fiador convencional até então não prevista, mas suprimiu de forma injustificável a legitimidade do fiador judicial.

Segundo o art. 784, V, do Novo CPC, o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução é título executivo extrajudicial. Conforme devidamente elogiado no Capítulo 44, item 44.4.6., o dispositivo legal acerta em prever como título executivo extrajudicial o contrato principal e não o contrato acessório de garantia, afinal, o objeto da execução é a obrigação contida naquele contrato.

Nesses termos, a novidade contida no inciso IV do art. 779 do Novo CPC deve ser saudada, porque o fiador não constará do título executivo como devedor, o que afasta a aplicação do inciso I do art. 779 do Novo CPC. Será parte apenas do contrato de garantia que, insista-se, não é título executivo e contém obrigação acessória que não será objeto da execução. Apesar de uma interpretação extensiva do art. 779, I, do Novo CPC resolver o problema de legitimidade passiva do fiador, como ocorreu durante toda a vigência do CPC/1973, a previsão expressa de legitimidade do fiador nessas circunstâncias é positiva.

Por outro lado, ao prever expressamente a legitimidade para a execução de título executivo extrajudicial, o dispositivo legal ora

analisado não altera o entendimento consolidado de que havendo um título executivo judicial – mais precisamente uma sentença condenatória – é imprescindível que o fiador tenha sido réu na fase de conhecimento, constando, portanto, do título executivo, sem o que não haverá legitimidade passiva[77].

Esses aspectos positivos do art. 779, IV, do Novo CPC, entretanto, não compensam o seu equívoco quanto à omissão da previsão de legitimidade passiva do fiador judicial.

O fiador judicial é um terceiro no processo judicial que presta uma garantia em favor de uma das partes, sendo ela *real* ou *fidejussória*. Os exemplos são variados, envolvendo qualquer hipótese em que a lei exija a prestação de uma caução e ela seja prestada por um terceiro em favor da parte. Imagine-se que o autor de um processo pretenda obter uma tutela de urgência liminar, sendo que o juiz condiciona sua concessão à prestação de caução (art. 300, § 1º, do Novo CPC); nesse caso, basta que um sujeito que não seja o autor preste a caução para que esteja configurada a hipótese de fiador judicial. O mesmo ocorrerá na execução provisória (art. 520, IV, do Novo CPC).

Como se pode notar com certa facilidade, o fiador judicial é um terceiro, não existindo qualquer razão jurídica para que faça parte da sentença, que deverá conter apenas as partes da demanda. A ausência do fiador judicial na sentença, entretanto, era irrelevante sob a égide do CPC/1973, porque a lei, por meio do art. 568, IV, do revogado diploma processual, previa expressamente sua legitimidade[78], que naturalmente era extraordinária[79],

considerando-se que responderia em nome próprio – e com bem de seu patrimônio – por dívida que não era sua, e sim de uma das partes do processo no qual a caução foi prestada.

Diante do art. 779 do Novo CPC pergunta-se: como justificar a legitimidade do fiador judicial sem uma expressa previsão nesse sentido? O tema é de extrema relevância porque, não sendo possível retirar de tal dispositivo a legitimidade passiva executiva do fiador judicial, perde qualquer sentido prático a admissão de caução de terceiro a ser prestada em processo judicial. Afinal, se o fiador judicial não tiver mais legitimidade passiva a garantia a ser prestada por ele em juízo na realidade nada garantirá por não ser alcançável em sede executiva.

Parcela da doutrina entende que o fiador convencional continua a ter legitimidade passiva nos termos do inciso IV do art. 779 do Novo CPC, que passaria a abranger todas as hipóteses de fiadores (convencionais, legais e judiciais)[80]. É provável que seja a única forma possível, mas nesse caso haverá uma interpretação consideravelmente extensiva do dispositivo legal. Afinal, o dispositivo prevê expressamente título executivo extrajudicial, sendo que a execução a ser promovida contra o fiador judicial será sempre fundada em título executivo judicial.

Registre-se que o problema levantado não existirá se o fiador judicial prestar uma garantia real no processo, porque nesse caso sua legitimidade está consagrada no inciso V do art. 779 do Novo CPC.

Tanto o fiador convencional quanto o judicial poderão, na

execução, valerse do benefício de ordem (*beneficium excussionis*), indicando à penhora bens do devedor antes que seus próprios bens sejam objeto de constrição judicial (art. 794, *caput*, do Novo CPC). Quanto ao fiador convencional, o benefício de ordem só poderá ser manejado tendo também o devedor participado do processo na fase de formação do título executivo, sendo inclusive hipótese de o fiador demandado isoladamente chamar ao processo o devedor (art. 130, I, do Novo CPC), para que possa na futura execução exercer o direito ao benefício de ordem[81]. O direito ao benefício de ordem é de natureza disponível, sendo legítima a sua renúncia por parte do fiador[82].

Segundo previsão do art. 794, § 2°, do Novo CPC, ocorrendo o pagamento, o fiador – convencional ou judicial – poderá executar o afiançado no mesmo processo em que ocorreu o pagamento. O termo "processo" deve ser interpretado corretamente, até porque, dependendo do caso concreto, a execução do fiador contra o afiançado criará um novo processo, ainda que este possa tramitar nos mesmos autos do processo que se extinguiu com o pagamento. Na realidade, tudo depende da presença ou não do devedor executado na demanda executiva na qual houver o pagamento.

Havendo o litisconsórcio passivo entre fiador e devedor, esse último deverá ser intimado a pagar em três dias (adaptação do art. 829 do Novo CPC), porque já faz parte da relação jurídica processual e desnecessária seria sua citação. Nesse caso, pode-se falar em execução no mesmo processo, que seguirá com uma diminuição subjetiva (o credor satisfeito não mais compõe a relação jurídica processual) e uma nova situação jurídica do fiador (passará

de executado a exequente). Por outro lado, tendo sido o fiador isoladamente executado, realizando o pagamento deverá citar o devedor, integrando-o à relação jurídica processual, o que naturalmente fará surgir um novo processo. Registre-se que, nesse caso, o título executivo só vincula o credor e o fiador em razão da ausência do devedor na fase de conhecimento, de forma que esse novo processo terá natureza cognitiva, não existindo título executivo que habilite o fiador a executar o devedor[83].

42.4.5. RESPONSÁVEL TITULAR DO BEM VINCULADO POR GARANTIA REAL AO PAGAMENTO DO DÉBITO

O adimplemento das obrigações pode ser garantido por hipoteca, penhor, anticrese e alienação fiduciária em garantia. São os chamados direitos reais de garantia, sendo os três primeiros regulamentados pelos arts. 1.419 a 1.430 do CC e o último pelo DL 911/1969 e pela Lei 9.514/1997.

Conforme já afirmado, havendo o inadimplemento da obrigação e a execução, não se executa o contrato de garantia, de natureza acessória, mas o contrato que consagra a obrigação inadimplida, de natureza principal. Nesses termos, o legitimado passivo, nos termos do inciso I do art. 779 do Novo CPC, é o contratante inadimplente, que naturalmente poderá fazer parte do polo passivo da execução.

O terceiro que prestou a garantia real, entretanto, não é devedor e nem figurará como tal no título executivo extrajudicial (contrato principal). É até mesmo intuitivo, entretanto, que o garante deve ter legitimidade passiva para a execução, porque em caso contrário a garantia de nada valeria, não podendo ser atingida

numa execução promovida apenas contra o devedor.

Ainda que essa legitimidade passiva nunca tenha sido seriamente afastada sob a égide do CPC/1973, é correto afirmar que não havia no diploma legal revogado uma previsão específica a esse respeito. Nesse sentido o inciso V do art. 779 do Novo CPC deve ser saudado.

42.4.6. RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO

A responsabilidade secundária do responsável tributário vem prevista tanto no art. 779, VI, do Novo CPC como no art. 4.º, V, da Lei 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais), devendo-se ainda levar em conta as normas atinentes ao tema previstas pelo Código Tributário Nacional (arts. 121 a 138).

Segundo a lei tributária, a responsabilidade pelo crédito tributário pode ser do *contribuinte*, que é o sujeito que tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador (art. 121, parágrafo único, I, do CTN), e o mero *responsável*, que é sujeito que não é o contribuinte, mas que tem obrigação de satisfazer a dívida em decorrência de disposição expressa de lei (art. 121, parágrafo único, II, do CTN). Registre-se desde já que, apesar de a lei tributária mencionar em seu texto "obrigação", o responsável tributário não é obrigado, mas mero responsável patrimonial.

Há no Código Tributário Nacional várias hipóteses de responsabilidade, e, embora não haja uma distinção pelo diploma legal, a melhor doutrina aponta para duas espécies de responsabilidade tributária: *por transferência* e *por substituição*. Na

responsabilidade tributária por transferência o contribuinte deixa de cumprir sua obrigação por alguma razão, mas não é originariamente ignorado, transferindo-se a responsabilidade somente posteriormente por ato superveniente. Já na responsabilidade tributária por substituição o contribuinte é desde logo afastado, não chegando nem mesmo a ser considerado sujeito passivo, sendo que a própria lei, independentemente de um fato posterior, atribui a responsabilidade a quem não é contribuinte[84].

Interesse maior ao tema analisado têm os arts. 134 e 135 do CTN, ainda que uma análise aprofundada desses dispositivos legais extrapole os limites do presente estudo. Em todas as hipóteses previstas nesses dispositivos legais a questão envolvendo a responsabilidade dos sócios é certamente a mais palpitante, em virtude de sua maior frequência na praxe forense.

Grande parcela da doutrina entende que a responsabilidade secundária dos sócios demandaria a inclusão desses sujeitos na certidão da dívida ativa que servirá como título executivo. O raciocínio é de que esse título extrajudicial é formado por meio de um processo administrativo que resulta na inscrição do débito na dívida ativa, sendo essencial a presença dos responsáveis tributários nesse processo para que possa administrativamente exercer o contraditório. Nesse processo o sujeito teria uma oportunidade anterior à execução para demonstrar questões referentes ao débito e, especialmente, demonstrar que não tem a responsabilidade tributária imaginada pelo Fisco[85].

Ainda que louvável a preocupação dessa parcela da doutrina, o

acolhimento do entendimento tornaria o responsável tributário um obrigado, passando a ter legitimidade ordinária originária, já que passaria a figurar como devedor no título executivo, independentemente de não ser propriamente devedor, mas mero responsável patrimonial. E dessa forma seria absolutamente inútil e desnecessária a expressa previsão de legitimação do responsável tributário, porque figurando esse sujeito como devedor no título executivo bastaria aplicar a regra legal prevista no art. 779, I, do Novo CPC[86]. Na jurisprudência, os Tribunais Superiores já pacificaram o entendimento de que não é necessário que o responsável tributário seja expressamente indicado na certidão da dívida ativa[87].

Entender que o sócio-gerente não precisa estar na certidão da Dívida Ativa não significa que os requisitos de sua responsabilidade subsidiária sejam dispensados. Após algumas vacilações, o Superior Tribunal de Justiça fincou o entendimento de que somente quando as obrigações tributárias forem resultantes de “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”, nos exatos termos do art. 135 do CTN, haverá responsabilidade tributária[88]. O entendimento de que o simples inadimplemento da obrigação tributária já seria suficiente para atingir o patrimônio dos sócios é absolutamente contrário às mais elementares lições de direito societário a respeito da diferenciação patrimonial dos sócios e da pessoa jurídica. Registre-se que, na hipótese de dissolução irregular de sociedade, constituída estará a infração à lei, respondendo os sócios-gerentes com seus patrimônios próprios pelas dívidas da sociedade[89].

42.4.7. LEGITIMIDADE DO RESPONSÁVEL SECUNDÁRIO

Registre-se a questão do responsável patrimonial, prevista pelo art. 790 do Novo CPC, que, mesmo não sendo devedor, responde com seus bens pela satisfação da obrigação em juízo. É preciso atentar que, no tocante a pelo menos duas hipóteses de responsabilidade secundária, a questão da legitimidade passiva é totalmente superada pelo próprio art. 779 do Novo CPC, que em seus dois últimos incisos prevê expressamente a legitimidade passiva do responsável titular do bem vinculado por garantia real ao pagamento do débito e do responsável tributário, sendo ambos sujeitos que não são devedores, mas que respondem com seus bens – na primeira hipótese com bem determinado – pela satisfação da obrigação. A questão, entretanto, remanesce relativamente aos demais responsáveis secundários, em especial aqueles indicados pelo art. 790 do Novo CPC.

Parte da doutrina entende que não se deve considerar o responsável patrimonial como parte na demanda executiva, ainda que sejam seus bens que respondam pela satisfação da obrigação, em interpretação que limita a legitimação passiva da execução aos sujeitos previstos no art. 779 do Novo CPC. Por esse entendimento, não se devem confundir a *legitimidade passiva* e a *responsabilidade secundária*, sendo que o sujeito passivo é o executado, enquanto o responsável não é executado, tão somente ficando seus bens sujeitos à execução[90]. Para outra corrente doutrinária, o legislador indevidamente separou o tema da legitimidade passiva da responsabilidade patrimonial, não se podendo admitir que o sujeito que potencialmente perderá seu bem em virtude da expropriação

judicial não seja considerado parte na demanda executiva[91].

Sendo o sujeito responsável por dívida que não é sua – responsabilidade patrimonial secundária –, é natural que seja considerado parte na demanda executiva, visto que será o maior interessado em apresentar defesa para evitar a expropriação de seu bem. O devedor, que também deverá estar na demanda como litisconsórcio passivo, poderá não ter tanto interesse assim na apresentação da defesa, imaginando que, em razão da propriedade do bem penhorado, naquele momento o maior prejudicado será o responsável secundário e não ele.

Trata-se de *legitimação extraordinária*, porque o responsável secundário estará em juízo em nome próprio e na defesa de interesse de outrem, o devedor[92]. Além de extraordinária, parece que tal legitimação permite que os responsáveis secundários sejam demandados já inicialmente, em litisconsórcio inicial com o devedor, em especial quando a própria lei expressamente prevê sua legitimidade, como ocorre com o fiador judicial e o responsável patrimonial. Caso tal litisconsórcio não seja formado no início da demanda, penhorado o bem de sujeito que até então não participa como parte na demanda judicial, a ciência desse ato processual deverá se realizar por meio de sua citação, o que o integrará à relação jurídica executiva supervenientemente[93].

Para os responsáveis patrimoniais que não têm sua legitimidade passiva expressamente prevista em lei, a *legitimação extraordinária* apresenta uma particularidade interessante, considerando-se que para esses sujeitos ela só surgirá no caso

concreto quando ocorrer a efetiva constrição judicial do bem do responsável secundário. Não teria qualquer sentido a citação de todos os sócios da pessoa jurídica se na execução não houver qualquer tipo de constrição judicial, desejada pelo exequente ou efetivamente ocorrida, de bens desses sócios. Há, portanto, uma condição para que a legitimidade extraordinária nesse caso exista: o patrimônio do responsável secundário efetivamente responder no caso concreto pela execução.

Dessa forma, para que seja demonstrada a legitimação do responsável secundário já com a distribuição da petição inicial (processo autônomo executivo) ou com o protocolo do requerimento (cumprimento de sentença), é imprescindível que o exequente indique nessas peças processuais bens do patrimônio do responsável secundário (arts. 524, VII, e 798, II, *c*, ambos do Novo CPC), o que justificará sua presença no polo passivo da demanda[94]. Por outro lado, essa legitimidade poderá se mostrar no caso concreto supervenientemente, com a efetiva constrição de bem que não pertence ao executado. No momento processual da penhora o responsável secundário é um terceiro, mas sofrendo a constrição judicial deverá ser citado na demanda executiva, passando a integrar o polo passivo como parte.

42.5. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NA EXECUÇÃO

42.5.1. INTERVENÇÕES TÍPICAS

Conforme já tratado no Capítulo 8, item 8.1., existem cinco

espécies típicas de intervenção de terceiro no estatuto processual, sendo que o Novo Código de Processo Civil suprimiu duas espécies previstas no diploma processual revogado e incluiu duas novas formas de intervenção no rol legal.

Das intervenções de terceiro típicas que já existiam no diploma processual revogado e que foram mantidas, existe dúvida somente a respeito da assistência, já que a doutrina é uníssona em não admitir as outras duas formas de intervenção (denunciação da lide e chamamento ao processo)[95]. Quanto às novas formas de intervenção entendo que ambas são cabíveis, conforme será mais detidamente explicado a seguir.

É exclusiva do processo de conhecimento a *denunciação da lide*, intervenção consubstanciada em uma ação regressiva de uma das partes contra terceiro, em virtude de possível prejuízo advindo do processo com sua possível derrota. Conforme previsto pelo art. 129 do Novo CPC, a sentença decidirá tanto a demanda principal quanto a demanda acessória da denunciação da lide, em circunstância absolutamente estranha ao processo de execução. Ademais, a denunciação tradicionalmente é feita pelo demandado, e este tem o prazo de contestação para oferecê-la (art. 126 do Novo CPC), em instituto também incompatível com a execução[96].

A exemplo da denunciação da lide, também o *chamamento ao processo* não é admitido na demanda executiva. O art. 131 do Novo CPC prevê que o chamamento ao processo tem por objetivo que o juiz declare, numa mesma sentença, as responsabilidades dos obrigados, o que já seria suficiente para demonstrar a

incompatibilidade dessa espécie de intervenção de terceiro com a execução. Na execução não se declaram responsabilidades, apenas satisfazem-se direitos. No mesmo dispositivo está previsto que o prazo para o chamamento ao processo é o da contestação, defesa típica de demandado no processo de conhecimento. Ainda se devem somar a isso as incompatibilidades procedimentais insuperáveis[97].

Há corrente doutrinária que entende pela inadmissibilidade da assistência na execução, permitindo-a somente quando houver na demanda o ingresso de embargos à execução, sendo esse um processo de conhecimento incidental. A principal alegação decorre do disposto no art. 119, *caput*, do Novo CPC, que ao qualificar o interesse legitimador da assistência faz expressa menção à hipótese de a sentença ser favorável a uma das partes, o que evidentemente não se coaduna com a execução, considerando-se que a sentença prevista pelo art. 925 do Novo CPC apenas declara a extinção do procedimento executivo, diante a satisfação do exequente, não sendo apta a interferir em relação jurídica de direito material mantida entre as partes e terceiros[98].

É superior o entendimento contrário, que defende a interpretação extensiva do art. 119, parágrafo único, do Novo CPC: a assistência é permitida em toda espécie de processo, e não somente em toda espécie de procedimento, conforme a literalidade do dispositivo legal. Dessa forma, a assistência é admitida na execução, independentemente do ingresso de embargos à execução[99].

A melhor doutrina já apontou a circunstância de que diversos

institutos processuais são criados imaginando-se erroneamente que todo o processo civil é constituído tão somente de processo de conhecimento. Normas de teoria geral do processo são disciplinadas levando-se em conta apenas o processo de conhecimento, o que se mostra um grave equívoco do legislador, por óbvias razões. O art. 119, *caput*, do Novo CPC parece ser um desses casos, cabendo ao intérprete fazer as devidas correções do vício legislativo.

O termo "*sentença*", capaz de influir em uma relação jurídica não controvertida mantida entre o terceiro e uma das partes, deve ser entendido na realidade como "*resultado*" do processo. O que importa em termos de geração de efeitos do processo não diz respeito estritamente à sentença, porque não é ela, e sim o resultado da demanda que tem aptidão de afetar a esfera jurídica de terceiros. Dessa forma, deve-se pensar não em termos da sentença na execução, porque esta realmente não tem condições mínimas para afetar relações jurídicas mantidas entre as partes e terceiros, considerando-se sua natureza meramente declaratória do encerramento das atividades executórias. O que interessa são os efeitos que podem afetar juridicamente o terceiro em decorrência do resultado da execução, que é a satisfação ou não do exequente.

Um excelente exemplo de assistência na execução, indiscutível porque previsto expressamente em lei, é do fiador expressamente autorizado a intervir na execução promovida ao afiançado em caso de demora imputável ao exequente (art. 834 do CC). O fundamento do dispositivo legal é evidente, permitindo-se uma atividade supletiva do fiador para que o credor satisfaça sem delongas seu direito, porque essa é a única forma de o fiador se livrar

definitivamente de sua responsabilidade perante ele. Nesse caso específico, a satisfação do direito do exequente afetará a relação jurídica que o terceiro (fiador) mantém com ambas as partes, porque, uma vez extinta a obrigação principal, naturalmente a relação acessória de garantia também será extinta. O fiador, portanto, ingressa na demanda executiva para assistir o credor, porque o resultado positivo da execução lhe interessa, em nítida hipótese de assistência[100].

Nos termos do art. 134 do Novo CPC, o incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. Como se pode notar da redação expressa do dispositivo legal, na execução será cabível essa forma de intervenção de terceiro.

As hipóteses de intervenção de terceiro como *amicus curiae* estão previstas no art. 138, *caput*, do Novo CPC. Não tenho dúvida de que a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia sejam mais comumente verificáveis no processo ou fase de conhecimento, mas entendo não poder descartar *a priori* e de forma absoluta a possibilidade, ainda que rara, de estarem presentes na execução.

Nem me refiro aos embargos à execução, porque nesse caso ter-se-á uma ação incidental que se desenvolverá por processo de conhecimento, mas na execução em si. Basta imaginar uma questão processual altamente complexa que surja incidentalmente na execução coletiva. Haverá especificidade e repercussão social, não

se podendo dizer que a intervenção do *amicus curiae* nesse caso seja inadmissível.

42.5.2. INTERVENÇÕES ATÍPICAS

Ainda que o Código de Processo Civil tenha tentado tipificar as intervenções de terceiro no Título III do Livro III da Parte Geral, é inegável que não o fez de forma exauriente, existindo no sistema outras formas permitidas de intervenção de terceiro, chamadas de intervenções atípicas. Tal fenômeno ocorre no processo executivo e na fase de cumprimento de sentença[101].

Sempre que um terceiro ingressa na demanda executiva durante a fase de expropriação do bem com a intenção de adquiri-lo, estar-se-á diante de uma espécie atípica de intervenção de terceiros. Atualmente, pode-se imaginar essa situação na *adjudicação* por todos os legitimados que não o exequente (art. 876, §§ 5.º e 7.º, do Novo CPC); na alienação do bem realizada pelo próprio exequente ou por corretor especializado, em forma de expropriação criada pela Lei 11.382/2006 – *alienação por iniciativa particular* (art. 880 do Novo CPC); na alienação ocorrida em leilão judicial por meio de *arrematação*, naturalmente por sujeito que não seja o exequente.

Também haverá intervenção anômala sempre que outros credores ingressarem na demanda executiva para discutir o *direito de preferência*. Cada qual participará do incidente processual que se formará (concurso de credores) defendendo interesse próprio à satisfação de seu crédito em primeiro lugar, sendo impossível imaginar que essa situação seja amoldável às espécies de

intervenção de terceiros previstas pelo Código de Processo Civil.

43. COMPETÊNCIA DA EXECUÇÃO

Sumário: 43.1. Competência do cumprimento de sentença (título executivo judicial): 43.1.1. Introdução; 43.1.2. Competência executiva dos tribunais; 43.1.3. Competência do juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição; 43.1.4. Competência para o cumprimento de sentença arbitral, penal condenatória, decisão homologatória de sentença estrangeira e acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo – 43.2. Competência do processo de execução (título executivo extrajudicial).

43.1. COMPETÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA (TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL)

43.1.1. INTRODUÇÃO

A competência para a execução fundada em título executivo judicial vem prevista no art. 516 do Novo CPC. A aplicação das regras de competência de referido dispositivo é aplicável a todos os cumprimentos de sentença, inclusive para aqueles que seguem procedimentos especiais, como é o caso do cumprimento de sentença de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública e o cumprimento de sentença de alimentos.

43.1.2. COMPETÊNCIA EXECUTIVA DOS TRIBUNAIS

Os tribunais, tanto de segundo grau como de superposição,

atuam com dupla competência: recursal e originária. A regra de competência executiva dos tribunais, prevista pelo inciso I do art. 516 do Novo CPC, deve ser aplicada a todas as decisões proferidas pelo tribunal em ações de competência originária que exijam uma fase procedimental posterior à sua prolação para satisfazer o direito material do vencedor. Significa dizer que não só nas decisões condenatórias de pagar quantia certa a regra deve ser aplicada, mas também nas decisões que tenham como objeto obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa.

A exceção à regra de que é o próprio tribunal que executa suas decisões, nas ações de sua competência originária, fica por conta da competência para a execução da decisão proferida no processo de *homologação de sentença estrangeira*, de competência originária do Superior Tribunal de Justiça, mas cuja execução é feita por juízo federal de primeiro grau, conforme expressamente previsto no art. 109, X, da CF[102].

Há interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser de competência do primeiro grau a execução de multa aplicada em julgamento de recurso interposto contra decisão proferida em exceção de suspeição instaurada no curso de apelação distribuída ao Tribunal de Justiça[103]. O tribunal entendeu que exceção de suspeição é um incidente do processo e não do recurso, de forma a ser inaplicável o art. 516, I, do Novo CPC.

A fase procedimental de satisfação do direito, de competência dos tribunais, poderá, entretanto, ter o seu procedimento dificultado em virtude da própria organização interna dos tribunais, que não se

encontra preparada para os atos materiais a serem praticados na busca da satisfação do direito. Dessa forma, é possível a delegação da competência do tribunal para o juízo de primeiro grau, para que este pratique os atos materiais necessários ao bom desenvolvimento da execução. Essa delegação de atribuições, ao menos para o Supremo Tribunal Federal, vem expressamente prevista no art. 102, I, "m", da CF, entendendo a melhor doutrina que, mesmo diante da omissão legal, seja essa regra aplicável para todos os tribunais[104].

A delegação de atividades executivas deve ser interpretada restritivamente, abrangendo tão somente os atos materiais de execução, que são aqueles que dão andamento ao procedimento. Os atos decisórios referentes ao mérito executivo continuam a ser praticados pelo Tribunal, até mesmo para evitar que a decisão proferida por juízo inferior altere o conteúdo do título executivo formado por órgão hierarquicamente superior[105].

43.1.3. COMPETÊNCIA DO JUÍZO QUE PROCESSOU A CAUSA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

A Lei 11.232/2005 alterou tacitamente o art. 575, II, do CPC/1973 ao substituir o termo "decidiu" por "processou", restando competente para a execução da sentença não mais o juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição, mas sim aquele que a processou, conforme previsão do art. 475-P, II, do CPC/1973. Conforme já vinha apontando, a modificação tinha sido extremamente infeliz. Por "processou" deve-se entender o juízo responsável pela condução do processo em primeiro grau, o qual, na maioria dos casos, será o mesmo que decidirá a causa. Ocorre, entretanto, que em situações excepcionais essa identidade entre o

juízo que processa a causa e o que a decide poderá não se verificar, tomando-se como exemplo uma alteração da competência absoluta antes da prolação da decisão. Nesse caso, é evidente que a competência executiva não será do juízo que processou a causa, mas do juízo que era o competente no momento de prolação da decisão, independentemente de ter ou não processado a causa. Nesse sentido deve ser saudada a nova redação do art. 516, II, do Novo CPC, que volta a prever como competente o juízo que *decidiu* a causa e não aquele que a processou.

> Eliane ingressou com ação indenizatória contra a Municipalidade de Catanduva naquela comarca, sendo a ação distribuída para uma das varas comuns, que processou integralmente a causa. No momento em que os autos estão conclusos para a sentença, é criada na Comarca de Catanduva uma vara da Fazenda Pública, com competência absoluta para conhecer as ações movidas pela e contra a Municipalidade. Imediatamente a ação de Eliane será enviada para essa vara especializada, que decidirá a causa. Apesar de a vara comum ter sido a responsável pelo processamento da causa, a competência para a execução passou a ser da vara especializada, que tão somente decidiu a causa.

Há, entretanto, uma importante observação a respeito do tema. O art. 515, V, do Novo CPC passou a prever como título executivo judicial o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial. Conforme devidamente analisado no Capítulo 44, item 44.3.5., no diploma processual revogado referido título executivo era extrajudicial. A partir do momento em que ele passa a figurar no rol dos títulos executivos judiciais a ele se aplicará o art. 516 do Novo CPC, e é justamente nesse ponto que poderemos ter

problemas.

Dos três incisos do art. 516 do Novo CPC parece não haver muita dúvida a respeito de aplicação do inciso II à espécie, mas nesse caso é possível que o juízo que tenha criado o título executivo não seja o mesmo que decidiu a causa, já que o título executivo previsto no inciso V do art. 515 do Novo CPC não é o pronunciamento judicial que decidiu a causa e sim um pronunciamento incidentalmente proferido no processo. Dessa forma, é possível que um juízo incompetente profira a decisão interlocutória nos termos do art. 515, V, do Novo CPC e, tendo reconhecida sua incompetência supervenientemente, não seja o juízo que irá decidir a causa.

Entendo que nessa singular hipótese não tem sentido interpretar literalmente o disposto no art. 516, II, do Novo CPC, mas buscar a competência executiva com base na *ratio* do artigo legal. Dessa forma, deve ser competente o juízo que formou o título e, nesse caso, caso haja diferença entre o juízo que o criou e o que decidiu a causa, deve ser competente o primeiro.

A regra estabelecida no art. 516, II, do Novo CPC consagra a regra geral de competência para os títulos judiciais, estabelecendo ser competente para executá-los o juízo que tenha sido o competente para a fase de conhecimento no processo sincrético, responsável pela prolação da sentença exequenda[106]. Essa regra não é aplicada a todas as espécies de título executivo judicial, conforme percebido pelo legislador, ao prever no art. 516, III, do Novo CPC as quatro exceções à regra. Nos títulos executivos previstos no art.

515, I, II, III e IV, do Novo CPC, aplica-se a regra do art. 516 do mesmo diploma legal. O título executivo previsto no inciso V já teve sua competência devidamente analisada e os títulos executivos judiciais previstos nos quatro últimos incisos do art. 515 têm sua competência fixada pelo art. 516, III, do Novo CPC.

43.1.3.1. Exceções à regra do art. 516, II, do Novo CPC

A regra estabelecida pelo art. 516, II, do Novo CPC é fundada numa crença, que durante muito tempo e de maneira absolutamente equivocada foi considerada como verdade absoluta pelo legislador: o melhor juízo para executar uma sentença é aquele que a formou. Essa crença, entretanto, foi afastada – ao menos parcialmente – com a nova disposição contida no parágrafo único do dispositivo legal ora comentado.

O mandamento contido no art. 575, II, do CPC/1973 era de *competência funcional*, portanto absoluta[107], apresentando-se como justificativa da vinculação obrigatória do juízo que formava o título àquele que o executava a presunção de que o juízo formador do título executivo seria o mais apto a executá-lo. A vinculação do mesmo juízo entre o processo de conhecimento e o de execução estaria fundada, portanto, na expectativa de uma melhor qualidade na prestação da tutela jurisdicional no processo executivo. A aplicação do dispositivo legal, entretanto, nem sempre justificava essa expectativa, muitas vezes, inclusive, trabalhando contra a qualidade da prestação jurisdicional executiva.

A realidade mostrou que muitas vezes a prática de atos materiais executivos é dificultada em virtude de tal vinculação,

mostrando-se muito mais lógico e eficaz permitir que o processo executivo seja proposto no local onde se encontram os bens que servirão de garantia ao pagamento do crédito exequendo, no local em que se encontra a coisa objeto da execução, ou, ainda, no local em que a obrigação de fazer deva ser cumprida. Tratando-se o processo de execução de processo desenvolvido basicamente pela prática de atos materiais que buscam a satisfação do direito do demandante, o ideal seria que a sua competência fosse do foro do local em que tais atos deveriam ser praticados.

Sensível a essa realidade, o legislador, apesar de manter a regra de que o juízo competente para a execução da sentença é aquele que a formou, criou com a Lei 11.232/2005 uma regra de competência concorrente entre esse juízo, o foro onde se encontrem bens sujeitos às contrições judiciais e, ainda, o foro do atual domicílio do executado. E o Novo Código de Processo Civil criou ainda um novo foro competente no parágrafo único do art. 516: o do local onde deva ser executada a obrigação de fazer e de não fazer. A inclusão desse foro entre aqueles que podem ser escolhidos pelo exequente no cumprimento de sentença deve ser elogiada. Afinal, o foro do local dos bens do executado só interessa às execuções de pagar quantia certa e nem sempre o foro do domicílio do executado será o mesmo que o da satisfação da obrigação de fazer e de não fazer.

A criação de foros concorrentes como abstratamente competentes para o cumprimento de sentença deve ser aplaudida, porque a natureza absoluta da competência do juízo que formou o título nunca foi garantia de qualidade da prestação jurisdicional, o

que, na realidade, somente pode ser determinado numa análise do caso concreto, em especial à luz das facilidades ao exequente na busca da satisfação do seu direito[108].

Em ampliação do texto legal especificamente para a execução de alimentos, o Superior Tribunal de Justiça incluiu um quarto foro competente, ainda que incorretamente nomeando-o de juízo: o foro do atual domicílio do alimentante[109]. Ou seja, caso o autor proponha a ação de alimentos no foro de seu domicílio e posteriormente se mude do local, poderá executar a sentença no foro de seu domicílio atual no momento de propositura do cumprimento de sentença, foro esse não contemplado pelo parágrafo único do art. 516 do Novo CPC.

Questão interessante diz respeito à natureza da competência para o cumprimento de sentença. Seria absoluta ou relativa a competência decorrente da conjugação do inciso II e parágrafo único do art. 516 do Novo CPC?

Não tenho dúvida de que sendo aplicado o art. 516, II, do Novo CPC no caso concreto, já que essa é uma das opções que tem o exequente nos termos do parágrafo único do dispositivo ora analisado, a competência será absoluta de caráter funcional[110]. Significa dizer que não pode o exequente pretender uma nova distribuição do cumprimento de sentença se optar por continuar no foro em que tramita o processo, sendo nesse caso absoluta a competência do juízo que formou o título executivo judicial.

Por outro lado, para os outros foros concorrentes consagrados

no parágrafo único do art. 516 do Novo CPC, a competência passa a ser relativa, já que nesse caso o exequente terá a liberdade de escolher entre diferentes foros competentes, o que dificilmente se adéqua a uma regra de competência absoluta funcional. O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que essa regra de competência concorrente derroga a competência funcional do juízo do *decisum*[111].

43.1.3.2. Trâmite dos autos entre diferentes juízos

Segundo o art. 516, parágrafo único, do Novo CPC, na hipótese de o demandante optar por outro juízo que não o atual, no qual foi formado o título executivo, deverá requerer de forma fundamentada a remessa dos autos ao novo juízo. Embora a norma legal seja omissa a esse respeito, a fundamentação é exigida para que o juízo no qual foi protocolado o requerimento analise a efetiva ocorrência de uma das causas previstas em lei para afastar a competência do juízo que formou o título executivo – novo domicílio do executado ou local de seus bens –, condição essencial para ser aceito o pedido do exequente. A exceção, afinal, não é ampla, não dependendo somente da vontade do demandante, sendo preciso o preenchimento dos requisitos legais[112].

Já defendi anteriormente o entendimento de que o legislador optou pelo ingresso do requerimento inicial já no novo juízo, em tese, o foro do local do novo domicílio do executado ou do local em que tenha bens, cabendo a esse novo juízo determinar ao juízo de origem os autos principais[113]. O entendimento, entretanto, não é pacífico, havendo corrente doutrinária que defende que o autor deve peticionar no juízo em que se formou o título, que será o

responsável pelo envio dos autos ao novo juízo[114], sendo esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[115]. Após alguma meditação e diante das maiores facilidades na praxe forense sentidas pela adoção do segundo entendimento, estou inclinado a rever meu posicionamento originário.

Será admitido ao demandado, uma vez intimado no novo juízo escolhido pelo demandante, alegar a incompetência do juízo, demonstrando a impropriedade da escolha. O mérito de tal alegação será composto pela questão do preenchimento ou não dos requisitos legais previstos pelo art. 516, parágrafo único, do Novo CPC. Não obstante se trate de competência territorial, não parece que nesse caso seja necessário ao executado o ingresso de exceção de incompetência, bastando para tanto uma mera petição ou a alegação em sua própria impugnação[116]. Esse entendimento é a consequência natural do já exposto, não havendo sentido em defender o caráter preclusivo de uma exceção de incompetência enquanto se permite o reconhecimento da incompetência de ofício. Como conclusão, a competência é territorial, mas o seu controle deve ser feito à luz do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, instituto de ordem pública que só pode ser excepcionado nos estreitos limites do art. 516, parágrafo único, do Novo CPC, o que permitirá o controle oficioso da competência e a dispensa de forma específica para a sua alegação pelo executado.

43.1.3.3. A regra do art. 516, parágrafo único, do Novo CPC e a perpetuatio jurisdictionis

A vinculação entre o juízo da fase procedimental de conhecimento ao da satisfação do direito deve ser analisada à luz do

princípio consagrado pelo art. 43 do Novo CPC, da *perpetuatio jurisdictionis*, que trata das regras para a perpetuação da competência, e não propriamente da jurisdição, conforme analisado no Capítulo 4, item 4.9. Significa dizer que as modificações de fato e de direito não influenciam, em regra, a competência para o processo executivo/cumprimento de sentença. Esse princípio, entretanto, é excepcionado pelo novo dispositivo que prevê um foro concorrente para a execução de sentença condenatória, porque nesse caso uma mera modificação de fato, p. ex., a mudança de endereço do demandado, já será suficiente, aliada à vontade do exequente, de modificar o juízo competente para a continuidade do processo[117]. E o que é ainda mais interessante: admitir-se-á uma mudança da competência territorial por mero ato de vontade do autor, independentemente de qualquer modificação superveniente de fato e/ou direito.

> Peter ingressou com processo de conhecimento contra Aline, domiciliada em São Paulo, na Comarca de São Sebastião, e não tendo sido excepcionado o juízo, a 1.ª Vara Cível de São Sebastião sentenciou a demanda condenando Aline ao pagamento de R$ 10.000,00. Sabendo Peter que Aline continua domiciliada em São Paulo, e que tem bens em São Caetano do Sul, poderá executar a sentença em qualquer uma dessas Comarcas, ainda que desde o momento do ingresso da demanda Aline não tenha alterado seu domicílio nem o local em que se encontram seus bens. A simples vontade de Peter é suficiente para afastar o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

Admitindo-se o afastamento da regra do art. 43 do Novo CPC, é preciso responder a uma pergunta: é permitida a modificação de competência durante a fase de cumprimento da sentença, verificada

uma das causas previstas pelo dispositivo legal ora comentado, ou uma vez iniciada tal fase procedimental volta-se a aplicar a regra da *perpetuatio jurisdictionis*? Parece que a exceção prevista pelo artigo legal somente se aplica para o momento em que o demandante opta pelo foro competente para a fase do cumprimento da sentença, fixando-se a competência no juízo escolhido e passando, a partir desse momento, a ser irrelevante uma modificação de fato ou de direito que altera a regra de competência fixada para o caso concreto. Dessa forma, caso o executado mude o seu endereço durante a fase de satisfação da sentença, ou adquira bens em local diverso do qual tramita o processo, tais mudanças não serão aptas a modificar novamente a competência do processo[118].

Além das exceções legais previstas pelo art. 516, parágrafo único, do Novo CPC, haverá outras hipóteses nas quais poder-se-ão admitir alterações na vinculação prevista pelo art. 516, II, do Novo CPC, em virtude da ocorrência de alguma circunstância superveniente que também tenha natureza de ordem pública, em especial se determinar uma nova competência absoluta para a fase de execução, diversa daquela apontada pelo artigo ora enfrentado. É a hipótese, por exemplo, do ingresso dos entes federais na fase do cumprimento da sentença do processo, que passará obrigatoriamente a tramitar perante a Justiça Federal, ou mesmo a exclusão superveniente de um desses entes, que fez parte do processo durante a fase de conhecimento, mas não da fase de cumprimento da sentença, como no caso de litisconsórcio entre a União e o particular, tendo sido condenado somente o particular. No primeiro caso, mesmo o processo durante a sua fase de

conhecimento tendo tramitado na Justiça Estadual, a fase de satisfação do direito será de competência da Justiça Federal, enquanto no segundo se dará o contrário[119].

43.1.4. COMPETÊNCIA PARA O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL, PENAL CONDENATÓRIA, DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE SENTENÇA ESTRANGEIRA E ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL MARÍTIMO

O Novo Código de Processo Civil perdeu uma ótima oportunidade para melhorar a redação da regra de competência para os títulos executivos descritos no art. 516, III. Afirmar que a competência será do juízo cível competente para a execução não é suficiente para determinar a competência de coisa alguma. Melhor teria sido se tornasse expresso o entendimento doutrinário já arraigado no sentido de que nesses casos será competente o juízo cível que seria o competente para conhecer o processo de conhecimento se não existisse título executivo. É certo que o autor, em regra, não terá interesse de agir na propositura de um processo de conhecimento nesse caso, porque já tem em seu poder um título executivo judicial, mas a determinação da competência dessa demanda que não existirá será necessária para indicar a competência para a execução dos títulos previstos no art. 516, III, do Novo CPC.

A arbitragem constitui a maior manifestação de disponibilidade de direitos em nosso ordenamento jurídico, considerando-se que as partes abrem mão da promessa constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional para solucionar os seus conflitos em seara diversa da judicial. Não seria

lógico, portanto, exigir que na execução da sentença arbitral sejam as partes obrigadas a seguir regras de competência sem qualquer influência de suas vontades sobre tal fixação. Se podem até mesmo dispensar a intervenção do Poder Judiciário, evidentemente que devem ter ampla liberdade para fixar a competência da execução da sentença arbitral.

Em decorrência do raciocínio desenvolvido acima, é fácil concluir que a competência para a execução da sentença arbitral será sempre relativa, podendo, portanto, ser modificada pelas hipóteses de prorrogação de competência já estudadas, com especial ênfase nesse caso para a cláusula eletiva do foro, que invariavelmente fará parte do compromisso arbitral ou da cláusula compromissória. Dessa forma, e na ausência de qualquer norma expressa no sentido de fixar a competência nesse caso, deve-se aplicar a regra prevista para os títulos executivos extrajudiciais: será competente o juízo que seria o competente para conhecer do processo de conhecimento que não existirá, por desnecessário[120].

A sentença penal condenatória transitada em julgado naturalmente não poderia seguir a regra do art. 516, II, do Novo CPC, considerando-se que o processo no qual o título foi formado tramitou em vara criminal, que não é o órgão jurisdicional competente para a execução civil de tal título executivo. Dessa forma, deve-se buscar a fixação de um juízo cível para executar a sentença penal condenatória transitada em julgado. Basta, para tanto, fazer um exercício de abstração, imaginando-se qual seria o juízo competente na hipótese de necessidade do processo de conhecimento para a formação do título, sendo esse juízo o

competente para executar o título constituído na esfera criminal[121]. Essa regra será igualmente aplicada ao processo de liquidação precedente ao processo executivo.

Não se pode confundir a competência da Justiça Federal com a da Justiça Estadual nas esferas penal e cível, em razão de suas significativas e naturais diferenças. Dessa forma, ainda que a sentença penal tenha sido proferida perante a Justiça Federal, a execução civil de tal sentença só será mantida em tal Justiça se presente no caso concreto uma das hipóteses previstas pelo art. 109 da CF. Em regra, portanto, até mesmo pela competência residual da Justiça Estadual, o processo de execução civil da sentença penal, mesmo que proferida em vara federal, será de competência da Justiça Estadual[122]. Quanto à competência territorial, me parece que deve ser aplicada a regra do *forum comissi delictio* (art. 53, V, do Novo CPC), havendo concorrência entre o foro do local em que foi cometido o ilícito e o foro do domicílio do exequente.

Quanto ao acórdão proferido pelo tribunal marítimo, entendo que a determinação da competência seguirá a técnica já adotada para a sentença penal condenatória transitada em julgado e a sentença arbitral. Num juízo de abstração finge-se que não existe título executivo, sendo necessário um processo de conhecimento para sua formação; a competência para esse processo, que não precisa concretamente existir em razão da existência do título executivo, será utilizada para a execução de tais títulos executivos.

A sentença estrangeira, para que tenha eficácia em território nacional, deve passar por um processo de homologação perante o

Superior Tribunal de Justiça, não sendo dele, entretanto, a competência para executá-la, conforme dispõe o art. 109, X, da CF, que atribui a competência para a Justiça Federal de primeiro grau. Dessa forma, inaplicável a tal espécie de título executivo a regra funcional prevista no art. 516, II, do Novo CPC. A competência para a execução desse título, conforme estipulação do art. 965, *caput*, do Novo CPC, seguirá as "regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza". Registre-se que a mesma regra se aplica à sentença arbitral estrangeira.

Entendo, nesse caso, que a competência para a execução da homologação da sentença estrangeira segue as regras do art. 516, III, do Novo CPC, já que é essa a regra de competência aplicável à sentença nacional de mesma natureza. Dessa forma, como é impossível atribuir competência para o juízo que formou o título – já que a competência para a execução é da Justiça Federal de primeiro grau, tendo sido o título formado no Superior Tribunal de Justiça –, o exequente deve optar entre o foro de domicílio do executado e o foro no qual se encontram seus bens.

Importante novidade do Novo Código de Processo Civil é a previsão de que os foros concorrentes previstos no parágrafo único do art. 516 também são competentes para o cumprimento de sentença dos títulos executivos previstos no inciso III do mesmo dispositivo legal. Dessa forma, além da competência já analisada também serão competentes, concorrentemente, o foro do domicílio atual do executado, do local de seus bens e do local onde deva ser executada a obrigação de fazer e de não fazer.

43.2. COMPETÊNCIA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO (TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL)

O Novo Código de Processo Civil inova no tema da competência executiva ao regular expressamente a matéria quanto ao processo de execução nos arts. 781 e 782, ainda que repita várias daquelas regras previstas na parte geral (arts. 42-53).

Segundo o art. 781, I, do Novo CPC, a execução poderá ser proposta no foro do domicílio do executado, de eleição constante em cláusula no título ou de situação dos bens sujeitos à execução. Há competência concorrente apenas entre o foro do domicílio do réu e o da situação dos bens, considerando-se que, havendo cláusula de eleição de foro no título executivo extrajudicial, esse foro prevalece sobre os demais, independentemente da vontade do exequente.

Embora exista decisão do Superior Tribunal de Justiça ainda na vigência do CPC/1973 a entender pela concorrência dos foros indicados no inciso I do art. 781, I, do Novo CPC para o processo de execução[123], sendo tal entendimento prestigiado por parcela da doutrina[124], não parece correto afastar a prevalência do foro indicado na cláusula de eleição de foro. Nesse caso a vontade do exequente já foi expressa e em conjunto com a vontade do executado o foro já foi pré-determinado, não se podendo admitir que a vontade unilateral do exequente ao propor a ação executiva se sobreponha ao acordo de vontades já existente entre as partes.

O que escapa à doutrina que vem defendendo serem todos os foros indicados pelo inciso I do art. 781 do Novo CPC concorrentes é que se realmente o exequente pode escolher se valer da cláusula de eleição de foro, o acordo previamente celebrado entre ele e a parte contrária terá sempre sua eficácia dependente da vontade do exequente, unilateralmente, manter o acordado. Seria um acordo de vontade condicionado à vontade ulterior de uma das partes, o que, à evidência, não pode ser admitido.

No inciso II do artigo ora comentado repete-se a regra geral consagrada no art. 46, § 1.º, do Novo CPC para a hipótese de pluralidade de domicílios do executado: qualquer um deles é competente, à escolha do exequente, em típico caso de competência concorrente. O mesmo ocorre com o inciso III, ao repetir a regra do art. 46, § 2.º, do Novo CPC no sentido de, se incerto ou desconhecido o domicílio do demandado (executado), a ação (execução) poderá ser proposta no lugar onde for encontrado ou no foro do domicílio do demandante (exequente). E finalmente o inciso IV, ao repetir o art. 46, § 4.º, do Novo CPC prevendo que, se houver dois ou mais demandados (executados), a competência será do foro do domicílio de qualquer um deles à escolha do demandante (exequente).

Há novidade no art. 781, V, do Novo CPC ao prever a competência do foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem ao título, independentemente de o executado não mais residir no local. Trata-se de outro foro concorrente, que deve se juntar àqueles previstos no inciso I do dispositivo ora comentado, salvo no caso de cláusula de eleição de foro, que

sempre prevalece à vontade unilateral do exequente.

A possibilidade de o oficial de justiça praticar atos além do foro em que atua já vinha prevista no art. 230 do CPC/1973. No entanto, o dispositivo previa apenas a realização de atos de citação e intimação. O art. 782, § 1.º, do Novo CPC passa a admitir ao oficial de justiça a prática de atos executivos determinados pelo juiz também nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana.

Numa mostra clara de previsão em local inadequado, o § 3.º do art. 782 do Novo CPC prevê que, a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes. Trata-se, evidentemente, de medida de execução coercitiva, que por meio de ameaça de piora na situação do executado busca convencê-lo a cumprir a obrigação. Efetuado o pagamento, garantida a execução, ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo, o § 4.º indica o cancelamento imediato da inscrição. A razão de tais regras estarem consagradas no capítulo referente à competência na execução é uma incógnita. O tema é tratado no Capítulo 40, item 40.3.

No tocante à competência específica da execução de títulos de crédito, a existência de protesto não tem o condão de modificar a regra de competência, considerando-se o protesto como mera providência de natureza administrativa[125]. Existe dissenso doutrinário a respeito da competência para a execução hipotecária, parecendo ser o melhor entendimento o que aponta para as aplicações das regras gerais já analisadas, e não a competência

absoluta do foro do local do imóvel hipotecado. Deve-se recordar que a demanda executiva nesse caso é pessoal, tendo como objeto uma obrigação de pagar quantia certa, servindo o bem hipotecado tão somente como garantia à satisfação do direito de crédito[126]. Há, inclusive, posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de que mesmo havendo cláusula de eleição de foro em relação consumerista, caberá ao juiz anular a cláusula e determinar a remessa da execução hipotecária para o domicílio do executado[127], o que demonstra não ser o foro do local do imóvel absolutamente competente para a execução.

44. TÍTULO EXECUTIVO

Sumário: 44.1. Introdução – 44.2. Requisitos formais da obrigação exequenda – 44.3. Títulos executivos judiciais: 44.3.1. Sentença proferida no processo civil que reconheça a exigibilidade de uma obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; 44.3.2. Decisão homologatória de autocomposição judicial; 44.3.3. Decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; 44.3.4. Formal e certidão de partilha; 44.3.5. Crédito de auxiliar da justiça quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial; 44.3.6. Sentença penal condenatória transitada em julgado; 44.3.7. Sentença arbitral; 44.3.8. Sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; 44.3.9. Decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça – 44.4. Títulos executivos extrajudiciais: 44.4.1. Introdução; 44.4.2. Letra de câmbio, nota promissória, duplicata, debênture e cheque; 44.4.3. Escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; 44.4.4. Documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; 44.4.5. Instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal; 44.4.6. Contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução; 44.4.7. Contrato de seguro de vida em caso de morte; 44.4.8. Crédito decorrente de foro e laudêmio; 44.4.9. Crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; 44.4.10. Certidão de dívida ativa da fazenda pública da União, Estado, Distrito Federal, território e município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; 44.4.11. Crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio

edilício, previstas em convenção de condomínio ou aprovadas em assembleia-geral, desde que documentalmente comprovadas; 44.4.12. Certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; 44.4.13. Todos os demais títulos, aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

44.1. INTRODUÇÃO

Existem duas espécies de título executivo: judicial e extrajudicial.

O título executivo judicial é formado pelo juiz, por meio de atuação jurisdicional, enquanto o título executivo extrajudicial é formado por ato de vontade das partes envolvidas na relação jurídica de direito material (ou somente de uma delas, como excepcionalmente ocorre na certidão da dívida ativa – art. 784, IX, do Novo CPC e na certidão expedida por serventia notarial ou de registro, relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei – art. 784, XI, do Novo CPC), sem nenhuma intervenção jurisdicional.

Essa regra tem uma exceção, porque a lei considera a *sentença arbitral* (art. 515, VII, do Novo CPC) título executivo judicial, não obstante não ser produzido perante o Poder Judiciário.

A distinção dessas duas espécies de título é atualmente essencial, em razão das diferentes formas de executá-los: cumprimento de sentença do título executivo judicial e processo

autônomo de execução de título executivo extrajudicial, ainda que exista parcial identidade procedimental nessas duas formas de execução em razão da previsão do art. 513 do Novo CPC.

Só existe título criado pela lei, sendo inadmissível que as partes, por vontade própria, criem título executivo à margem da previsão legal (*nullus titulus sine lege*), regra justificada pela gravidade das medidas executivas que podem ser praticadas na execução, em especial os atos de invasão patrimonial e de restrição de direitos[128].

Há intenso debate a respeito da natureza jurídica do título executivo. Três principais correntes doutrinárias se formaram em torno do tema: a do *título como documento*, *como ato jurídico* e a *teoria mista*.

Segundo Carnelutti, o título executivo seria um documento representativo da existência do crédito exequendo, ou seja, seria uma prova legal da existência do crédito, já que previsto em lei. O título seria uma prova documental, prova legal; documento com a forma e conteúdo predeterminados pela lei.

Liebman critica tal pensamento por estar muito ligado ao direito material, afirmando que, se só há execução com título executivo, e este representa a existência do crédito, só haveria ação de execução quando efetivamente existente o crédito, o que não se mostra correto, considerando-se que mesmo sendo constatada a inexistência do direito exequendo no julgamento dos embargos à execução/impugnação, terá existido a execução. O doutrinador italiano formulou a tese do título como ato jurídico, em que o título

representa tão somente a via adequada para o início do processo de execução, por meio da imposição da sanção processual consistente na responsabilidade patrimonial. O documento seria apenas a materialização do ato jurídico (forma representativa)[129].

A teoria mista procura demonstrar que o título ao mesmo tempo pode ser visto como ato e documento, sendo a lei a responsável pela determinação de qual característica será a predominante no caso concreto. Para essa corrente doutrinária, ora a lei dá predominância ao próprio documento (nota promissória, letra de câmbio, documento particular), ora ao negócio jurídico ou à própria obrigação (foro, aluguel, despesas condominiais). O título seria um *fato complexo*, porque há de considerar os requisitos formais e os requisitos substanciais, ou seja, o título há de satisfazer uma certa forma e um certo conteúdo[130].

Não obstante o Novo Código de Processo Civil tenha preferido separar o tratamento das diferentes espécies de título executivo, com previsão dos títulos judiciais no capítulo do cumprimento de sentença, e dos títulos extrajudiciais no capítulo do processo de execução, a matéria é de teoria geral da execução, e assim será tratada.

44.2. REQUISITOS FORMAIS DA OBRIGAÇÃO EXEQUENDA

O art. 786 do Novo CPC determina que a obrigação contida no título executivo deva ser certa, líquida e exigível, afastando-se do entendimento de que esses requisitos seriam do título, e não da

obrigação que se busca satisfazer por meio da execução[131].

A doutrina não tem entendimento uníssono no que tange à definição dos três requisitos da obrigação contida no título executivo previstos pelo art. 786 do Novo CPC, embora alguns pontos de contato possam ser identificados. A divergência maior encontra-se na definição do requisito da certeza.

A certeza prevista pelo artigo legal em nenhuma hipótese pode ser considerada como a indiscutibilidade da existência da obrigação, visto que em qualquer espécie de título executivo é permitido o ingresso de embargos à execução ou impugnação, que pode vir a demonstrar que até mesmo o mais idôneo dos títulos não representa qualquer obrigação[132]. Mesmo a sentença condenatória transitada em julgado, apesar de ser título executivo, pode não expressar qualquer obrigação a ser cumprida quando do ingresso da execução, bastando para tanto a satisfação voluntária da obrigação por parte do derrotado após a prolação da decisão e antes do início do cumprimento de sentença. Nesse caso, apesar de existir título (sentença civil condenatória), não há obrigação (já satisfeito anteriormente à execução).

Para Cândido Rangel Dinamarco, a certeza deve ser entendida como a necessária definição dos elementos subjetivos (sujeitos) e objetivos (natureza e individualização do objeto) do direito exequendo representado no título executivo. A certeza, portanto, teria por finalidade identificar os legitimados ativos e passivos na execução, precisar a espécie de execução – quantia certa, fazer, não fazer, entrega de coisa – e determinar sobre qual bem se farão

incidir os atos executivos[133]. Na visão de Araken de Assis, a certeza vem da adequação do título aos requisitos extrínsecos previstos em lei[134]. Para Leonardo Greco, a certeza diz respeito tão somente à existência do crédito no momento de sua formação, ou seja, o título atesta que o crédito foi constituído[135]. No entendimento de Humberto Theodoro Jr., a certeza encontra-se presente quando não há controvérsia quanto à sua existência. Para o jurista mineiro, tal certeza refere-se ao órgão jurisdicional e não às partes, decorrendo da perfeição formal do título e da ausência de reservas à sua plena eficácia[136].

A liquidez não é a determinação, mas a mera determinabilidade de fixação do *quantum debeatur,* ou seja, o "quanto se deve" ou "o que se deve". Não é necessário que o título indique com precisão o *quantum debeatur*, mas que contenha elementos que possibilitem tal fixação[137]. A necessidade de elaboração de meros cálculos aritméticos não tira a liquidez do título, na expressa previsão do art. 786, parágrafo único, do Novo CPC, sendo nesse sentido elogiável o novo diploma processual ao retirar do rol de espécies de liquidação a pseudoliquidação por mero cálculo aritmético.

Por exigibilidade entende-se a inexistência de impedimento à eficácia atual da obrigação, que resulta do seu inadimplemento e da ausência de termo, condição ou contraprestação[138]. A prova de exigibilidade dá-se geralmente pelo simples transcurso da data de vencimento ou da inexistência de termo ou condição. Se necessária a prova do advento do termo, do implemento da condição ou do

cumprimento da contraprestação, ela deve ser pré-constituída – invariavelmente documental –, não podendo ser produzida durante a execução[139].

Interessante notar que a exigibilidade não é um elemento intrínseco do título executivo como são a liquidez e a certeza, dependendo para existir de atos que não compõem o objeto do título; no plano do interesse de agir, a exigibilidade refere-se à necessidade, enquanto a liquidez e a certeza referem-se à adequação.

44.3. TÍTULOS EXECUTIVOS JUDICIAIS

44.3.1. SENTENÇA PROFERIDA NO PROCESSO CIVIL QUE RECONHEÇA A EXIGIBILIDADE DE UMA OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA, DE FAZER, DE NÃO FAZER OU DE ENTREGAR COISA

O art. 584, I, do CPC/1973, revogado pela Lei 12.232/2005, determinava ser título executivo judicial a sentença civil condenatória, confirmando expressamente e de maneira indiscutível o entendimento majoritário na doutrina de que, diante da clássica concepção de classificação das sentenças (*teoria ternária*), apenas a condenatória seria título executivo, dado que tanto a meramente declaratória quanto a constitutiva são satisfeitas sem a necessidade de execução[140]. No primeiro caso, a certeza jurídica buscada pelo autor é obtida com a própria decisão de procedência, enquanto no segundo o máximo que se pode fazer, se necessário e ainda assim em alguns casos específicos, é a expedição de algum ofício para órgão competente (como o caso de expedição de ofício para averbar

o divórcio), como forma de tornar a decisão pública perante terceiros.

Em razão da Lei 12.232/2005 o tema passou a ser tratado no CPC/1973 pelo art. 475-N, I, que não mais utilizava a expressão "sentença civil condenatória", passando a prever a "sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de uma obrigação", o que fez ressurgir o debate a respeito de qual espécie de sentença deve ser considerada título executivo judicial.

Uma primeira corrente apontava para a modificação meramente redacional do dispositivo, afirmando que as sentenças declaratórias e constitutivas não seriam títulos executivos judiciais[141]. A exclusão do termo "sentenças condenatórias" deu-se simplesmente em razão da adoção pelo legislador da corrente quinária das sentenças, que diferencia as sentenças condenatórias das executivas *lato sensu* e das mandamentais. Como todas elas são títulos executivos judiciais, permitindo a prática de atos materiais de execução, ainda que de diferentes formas, uma redação mais genérica como a do art. 475-N, I, do CPC/1973 evitaria debates inúteis a respeito de ser somente a sentença condenatória – com exclusão das executivas *lato sensu* e mandamentais – título executivo judicial.

Para essa corrente doutrinária, as sentenças declaratórias e constitutivas não eram título executivo antes da Lei 11.232/2005, e continuam a não ser depois dela. O entendimento seria corroborado pela própria Lei 11.232/2005, em razão da expressa menção à existência de condenação (e não mera declaração ou constituição)

para o início do cumprimento de sentença, conforme expressamente previsto no art. 475-J, *caput*, do CPC/1973 (“Caso o devedor, condenado...”).

Uma segunda corrente doutrinária defendia, mesmo antes da modificação legal, o entendimento de que a sentença declaratória constituiria um título executivo judicial sempre que determinasse a existência de uma obrigação certa, líquida e exigível (declaração da exigibilidade da prestação devida)[142]. Além de obter a certeza jurídica a respeito da existência da obrigação, para essa corrente doutrinária o autor também poderia executar a sentença, exigindo pelos meios executivos o cumprimento da prestação já declarada como existente e devida.

Essa corrente doutrinária tinha basicamente dois fundamentos para alicerçar seu entendimento:

(a) o princípio da economia processual não se compatibilizaria com a exigência da propositura de uma segunda demanda, de natureza condenatória, na qual, em razão dos efeitos positivos da coisa julgada da sentença meramente declaratória, o juiz estará obrigado a considerar existente a obrigação do réu, o que evidentemente o obrigará a condená-lo ao seu cumprimento. Essa segunda demanda seria um desperdício de tempo, energia e dinheiro, pois terá um resultado já conhecido, tendo o juiz uma mera atuação de agente carimbador de eficácia executiva, o que não se justifica;

(b) sendo a função do título demonstrar a existência de uma grande probabilidade do direito existir, ficaria claro que a sentença meramente declaratória cumpria plenamente tal função, sendo até mesmo mais provável a existência de direito declarado em sentença do que o representado pelos títulos executivos extrajudiciais.

O importante a ser notado nessa segunda corrente doutrinária é

que a conclusão de ser a sentença declaratória um título executivo judicial nada tinha a ver com a modificação legal, sendo fundada em razões de economia processual e de segurança jurídica. Para essa corrente, a sentença declaratória já era título executivo judicial antes da Lei 11.232/2005 e continuava a ser depois dela.

Uma terceira corrente doutrinária entendia que a modificação legal teve papel essencial na mudança do *status* executivo da sentença declaratória. Para os doutrinadores que defendiam esse pensamento, a expressa menção à sentença civil condenatória contida no revogado art. 584, I, do CPC/1973 não permitia a execução de nenhuma outra espécie de sentença que não a condenatória, com nítida exclusão da sentença meramente declaratória. A redação do art. 475-N, I, do CPC/1973, entretanto, ao prever que a sentença deveria apenas reconhecer a existência de uma obrigação para ser considerada título executivo judicial, o que ocorre na sentença declaratória, afastava qualquer impedimento à conclusão de se tratar de um título executivo[143]. Aparentemente, para essa corrente doutrinária, a sentença meramente declaratória só passou a ser título executivo judicial em razão da modificação operada pela Lei 11.232/2005.

Sempre rejeitei de plano essa terceira corrente em razão de um dado objetivo referente ao trâmite legislativo do projeto de lei que veio a se tornar a Lei 11.232/2005, percebido por atenta doutrina[144]. Quando aprovado na Câmara, o art. 475-N, I, do CPC/1973 tinha redação idêntica ao do revogado art. 584, I, (“sentença civil condenatória”), tendo sido no Senado Federal realizada a modificação para a redação atual. Após a aprovação no Senado, o

projeto de lei seguiu para a sanção presidencial, o que efetivamente ocorreu. O que se conclui é:

(a) a mudança teria sido meramente redacional e, portanto, o trâmite legislativo foi correto e a norma era constitucional, ou

(b) a mudança foi de conteúdo, de maneira que o projeto de lei, após a aprovação no Senado, deveria ter retornado à Câmara, sendo a norma formalmente inconstitucional.

Em razão do verificado no procedimento legislativo, a afirmação de que a sentença meramente declaratória se tornou um título executivo judicial em razão da Lei 11.232/2005 era amparada numa inconstitucionalidade formal. Tal objeção de caráter formal desapareceu com o art. 515, I, do Novo CPC.

Apesar de concordar com a primeira corrente doutrinária, que afasta a natureza de título executivo judicial da sentença meramente declaratória, não se pode deixar de reconhecer os méritos dos fundamentos da segunda corrente doutrinária, em especial sua preocupação com a economia processual. Entendo que, excepcionalmente, a sentença meramente declaratória poderá servir como título à execução, como na hipótese amplamente consagrada no Superior Tribunal de Justiça de sentença meramente declaratória proferida em demanda movida pelo contribuinte contra o Fisco. Nesse caso, a sentença meramente declaratória é preferível à sentença condenatória, que levará o credor à fila dos precatórios, com imprevisível demora na satisfação de seu direito. Com a sentença meramente declaratória, torna-se possível a compensação no âmbito administrativo, permitindo-se que o contribuinte deixe de recolher tributos até o valor da obrigação declarada em juízo.

Ocorre, entretanto, que por vezes essa compensação torna-se impossível, hipótese na qual, levando-se em conta a hipossuficiência do contribuinte, permite-se a execução da sentença meramente declaratória[145].

No Superior Tribunal de Justiça, a primeira sinalização de que a sentença meramente declaratória poderia ser considerada um título executivo veio com a Súmula 461, que expressamente permite a execução de sentença meramente declaratória de repetição de indébito tributário. Há, inclusive, posicionamento no sentido de se entender como título executivo judicial a decisão meramente declaratória de obrigação ilíquida, hipótese em que o valor devido será fixado em liquidação de sentença[146].

Na realidade, o entendimento sumulado equacionava a única hipótese justificável de pedido meramente declaratório quando possível o pedido condenatório. Não que seja vetada pelo sistema tal opção, mas a praxe forense demonstra claramente que, salvo a hipótese sumulada, podendo o autor pedir a condenação do devedor, não se limita a pedido meramente declaratório.

Por outro lado, há uma outra hipótese bem mais frequente na praxe forense na qual o tema ora analisado tem indiscutível relevância. É processo bastante comum o movido por consumidor com pedido de declaração de inexistência de dívida. Sendo o pedido julgado improcedente, haverá uma declaração de existência da dívida discutida. Pergunta-se: poderá o réu executar essa sentença para cobrar a dívida declarada?

De antemão, deve-se lembrar que as ações declaratórias são

dúplices, de forma que mesmo sem pedido contraposto ou reconvenção a sentença pode entregar o bem da vida em disputa ao réu vencedor. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema admitindo que o réu nesse caso execute a sentença na parte em que declara a existência de dívida cuja inexistência era pedida pelo autor[147]. Com tal decisão, parece que o tribunal sacramentou que a sentença meramente declaratória de dívida é título executivo judicial em qualquer hipótese.

O inciso I do art. 515 do Novo CPC aparentemente toma partido nessa considerável polêmica doutrinária. Ao substituir o termo "existência" por "exigibilidade", o legislador parece ter consagrado o entendimento de que a sentença meramente declaratória é título executivo judicial desde que reconheça a exigibilidade de uma obrigação[148].

Confesso que tenho certa resistência em admitir que a sentença de improcedência proferida numa ação meramente declaratória de inexistência de débito, ao declarar a existência de uma obrigação inadimplida em razão da natureza dúplice dessa espécie de ação, seja um título executivo judicial em favor do réu. Minha resistência diz respeito à limitação das matérias alegáveis num eventual cumprimento de sentença, porque o autor não tem o dever de cumular em sua petição inicial todas as causas de pedir, não sendo a ele aplicável o princípio da eventualidade existente para o réu e consagrado nos arts. 336 e 342 do Novo CPC.

A demonstração mais cabal de que em nosso sistema não se aplica o princípio da eventualidade ao autor, exigindo-se dele a

alegação de todas as causas de pedir que fundamentam seu pedido na petição inicial vem do art. 1.072, VI, do Novo CPC, que revogou a única norma nesse sentido, existente no art. 98, § 4º, da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência).

Não me parece viável impedir que o executado nessas circunstâncias alegue matéria em sede de defesa que poderia ter sido causa de pedir na fase de conhecimento, mas não foi alegada. E nem se fale em eficácia preclusiva da coisa julgada, considerando-se que a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge tão somente as alegações referentes à causa de pedir que fez parte da primeira demanda, porquanto alegado outro fato jurídico ou outra fundamentação jurídica, não presentes na primeira demanda, afasta-se do caso concreto a *tríplice identidade*, considerando-se tratar de nova causa de pedir[149].

Tomo um exemplo para concretizar meus receios. O consumidor ingressa com ação alegando não ser devedor de determinado valor por ter encerrado sua conta-corrente. A ação é julgada improcedente, o que, pelo aspecto apenas do pedido, significa que o consumidor é devedor do valor cobrado. Ocorre, entretanto, que o consumidor não alegou a abusividade dos juros cobrados, a ilegalidade das taxas e outras matérias que poderiam tutelá-lo. Uma vez que a instituição financeira inicie o cumprimento de sentença, essas matérias não poderão ser alegadas em sua defesa, considerando a limitação cognitiva dessa defesa imposta pelo art. 525, § 1.º, do Novo CPC.

Naturalmente, tratar-se-á de inadmissível cerceamento de

defesa, mas, pelo sistema sugerido, é a conclusão possível. Tornar a sentença de improcedência título executivo judicial é pensar somente no pedido, esquecendo-se da causa de pedir. Ao menos poderia haver uma regra legal que admitisse ao executado alegar como matéria de defesa na execução causa de pedir não alegada por ele na fase de conhecimento. Não se perderia a força executiva da sentença e, por outro lado, não seria cerceado o direito do executado.

A natureza condenatória de uma sentença não se restringe àquelas proferidas em ações de conhecimento condenatórias, importando para a fixação do título a parte dispositiva da sentença que obrigue qualquer das partes ao cumprimento de uma obrigação. Numa ação meramente declaratória a parte derrotada será condenada a pagar honorários advocatícios, servindo esse capítulo da decisão como título executivo para a parte vencedora, embora não seja título executivo o capítulo principal dessa sentença[150]. O mesmo ocorre em ações em que se somam pedidos de diferentes naturezas, por exemplo, no caso de rescisão contratual (constitutiva negativa, não cabendo execução) e condenação em perdas e danos (condenatória, permitindo o ingresso do cumprimento de sentença).

Por fim, é interessante notar que o legislador não fez menção ao trânsito em julgado nesse inciso, o que abre a possibilidade do cumprimento provisório da sentença, sempre que da sentença condenatória estiver pendente julgamento de recurso que não tenha sido recebido no efeito suspensivo. O mesmo não ocorre em relação à sentença penal condenatória, em razão da aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência do réu, inexistente no

âmbito civil[151].

44.3.2. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE AUTOCOMPOSIÇÃO JUDICIAL

Autocomposição é forma consensual de solução de conflitos, de forma que nesse caso as partes resolvem o conflito pelo exercício de suas vontades, cabendo ao juiz a tarefa de homologá-la, formando-se assim um título executivo judicial. O art. 515, II, do Novo CPC prevê que qualquer decisão – e não somente a sentença – ao homologar autocomposição torna-se título executivo judicial, não havendo dúvida, portanto, da executabilidade da sentença, de decisão interlocutória e de decisão monocrática do relator (art. 932, I do Novo CPC).

A utilização do termo "judicial" para qualificar a autocomposição promete gerar polêmica. Significa autocomposição realizada em juízo ou autocomposição realizada quando já estiver em trâmite processo judicial? Como a decisão homologatória de acordo extrajudicial também é título executivo, previsto no inciso III do art. 515 do Novo CPC, a polêmica felizmente não acarretará consequências práticas.

Se autocomposição judicial for aquela realizada em juízo ter-se-á em regra como título executivo a decisão interlocutória (que resolve parcialmente o mérito) e a sentença, proferidas em audiência. Mas mesmo nos tribunais, pode haver excepcionalmente a possibilidade de autocomposição na presença do juízo, como ocorre nas sessões de conciliação realizadas em alguns tribunais, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo. Nesse caso, o título executivo será a decisão monocrática do relator.

Prefiro o entendimento de que a autocomposição judicial seja aquela realizada quando já existir processo judicial em trâmite, de forma que mesmo que realizada extrajudicialmente sua homologação pelo juízo para extinção do processo em trâmite a torna judicial. Também nesse caso o termo *decisão* utilizado pelo art. 515, II, do Novo CPC representará decisão interlocutória que resolve parcialmente o mérito, sentença e decisão monocrática do relator.

Defendo que a autocomposição depende de algum sacrifício de vontade de uma ou de ambas as partes envolvidas no conflito. As soluções que decorrem de exercício unilateral de vontade e que geram sacrifício total do interesse da parte que exerce tal vontade são conhecidas por serem "formas altruístas" de conflito, já que o sacrifício do interesse decorre da vontade da parte. Em juízo o autor pode renunciar ao seu direito e o réu pode reconhecer juridicamente o pedido do autor, sendo a sentença homologatória de tais atos de vontade título executivo judicial, nos termos do art. 515, II, do Novo CPC. O exercício bilateral de vontade, que gera sacrifícios recíprocos dos interesses das partes envolvidas no conflito, resulta na transação.

Ainda que não entenda ser a mediação espécie de autocomposição, pois diferente daquela forma consensual de solução dos conflitos nessa não existe sacrifício de interesses, não tenho qualquer dúvida do alcance do art. 515, II do Novo CPC à decisão que a homologa. Não teria realmente qualquer sentido atribuir eficácia executiva à decisão que homologa uma transação e não fazer o mesmo com a que homologa uma mediação.

Nos termos do § 2º do art. 515 do Novo CPC, a autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo. Significa dizer que o objeto da autocomposição pode ser mais amplo que o objeto do processo e que é viável incluir um terceiro que não seja autor nem réu, desde que, naturalmente, haja a concordância de todos. O propósito de aumentar a potencialidade de solução de lides é excelente, aproximando-se da solução integral da lide imaginada por Carnelutti.

44.3.3. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE AUTOCOMPOSIÇÃO EXTRAJUDICIAL DE QUALQUER NATUREZA

Esse título executivo judicial só pode ser formado havendo acordo de vontades entre as partes, distinto daquele que permitiu a produção do documento que se leva ao Poder Judiciário. Uma coisa é concordar em celebrar um acordo extrajudicial, outra bem diferente é concordar em tornar esse acordo um título executivo judicial. Como essa espécie de título só pode ser obtida pela atuação jurisdicional, caso as partes concordem com a formação do título executivo judicial, serão obrigadas a levar a juízo o acordo celebrado extrajudicialmente. Trata-se de procedimento de *jurisdição voluntária*[152], nos termos do art. 725, VIII, do Novo CPC, porque nesse caso as partes pretendem obter um mesmo bem da vida (título executivo judicial), que só pode ser entregue pelo Poder Judiciário.

A natureza de jurisdição voluntária afasta qualquer dúvida a respeito da existência de interesse de agir das partes quando o

acordo já for um título executivo extrajudicial. O interesse de agir nesse caso é a obtenção de bem da vida que só pode ser conseguido com a atuação jurisdicional, pouco importando nesse caso se já existe um título executivo extrajudicial. E mesmo para aqueles que não concordarem com a natureza voluntária da jurisdição, o interesse de agir estará presente em razão do previsto no art. 785 do Novo CPC.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, ainda na vigência do art. 475-N, V, do CPC/1973, vinha criando obstáculos à formação desse título executivo ao exigir para sua homologação a pendência judicial do conflito sob o argumento de que homologar acordo extrajudicial sem tal exigência seria transformar o Poder Judiciário em mero cartório, já que sua cognição a respeito do conflito seria sumaríssima e parcial[153]. Nada indica que no Novo Código de Processo Civil o entendimento será modificado.

44.3.4. FORMAL E CERTIDÃO DE PARTILHA

O pronunciamento judicial que encerra o processo de arrolamento ou inventário, contendo a adjudicação do quinhão sucessório aos herdeiros, é considerado título executivo pelo diploma processual, apesar de não ser, naturalmente, sentença condenatória. A certidão substituirá o formal nos pequenos inventários ou arrolamentos, quando o quinhão resultante da sucessão hereditária não ultrapassar cinco salários-mínimos (art. 655, parágrafo único, do Novo CPC).

A particularidade desse título é que ele tem eficácia executiva exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos

sucessores a título universal ou singular. Significa dizer que, se qualquer desses sujeitos pretender a obtenção de quantia certa ou a entrega de bem em face de pessoas não arroladas pelo artigo legal supramencionado, será obrigatória a demanda de cognição, não podendo o interessado fazer uso do formal ou certidão de partilha para executar terceiros, considerando que contra estes tal ato estatal não tem eficácia executiva[154].

Segundo a melhor doutrina, o título que ora se analisa somente poderá ensejar execução por quantia certa (quando o bem pretendido for dinheiro) ou para entrega de coisa. Não se admite a execução de obrigação de fazer ou não fazer baseada no título ora comentado[155].

44.3.5. CRÉDITO DE AUXILIAR DA JUSTIÇA QUANDO AS CUSTAS, EMOLUMENTOS OU HONORÁRIOS FOREM APROVADOS POR DECISÃO JUDICIAL

O inciso V do art. 515 do Novo CPC, ao prever como título executivo judicial a decisão judicial que aprova o crédito de auxiliar da justiça referente a custas, emolumentos e honorários, transforma a natureza de um título executivo que no CPC/1973 estava previsto entre os títulos executivos extrajudiciais, atendendo a entendimento de parcela da doutrina[156].

Trata-se de dispositivo de pouca aplicação prática em razão das características da praxe forense. Custas judiciais e emolumentos geralmente não são objeto de decisão judicial, já vindo previstas em leis de organização judiciária. Sem a decisão judicial a respeito de tal crédito, não existirá o título executivo. Por outro lado, os

honorários dos auxiliares eventuais do Juízo geralmente são depositados *a priori*, não se realizando o trabalho (perícia, tradução etc.) sem o devido depósito prévio do valor acertado pelo juiz[157].

Apesar de raro, quando existir, não se deve confundir tal decisão judicial com a sentença, visto que a relação processual da qual surgiu a condenação não é do serventuário, e sim do autor e réu. Essa distinção é importante para fins de competência do cumprimento de sentença, conforme devidamente analisado no Capítulo 43, item 43.1.

44.3.6. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO

Um dos efeitos secundários da sentença penal condenatória transitada em julgado é a criação de um título executivo na esfera civil, ainda que nenhuma referência tenha sido feita a esse respeito pelo juízo penal[158]. Existe tradicional entendimento doutrinário de que a sentença penal não é propriamente um título executivo, sendo na realidade um título hábil ao ingresso da liquidação de sentença, visto que o *quantum debeatur* jamais será debatido ou fixado no âmbito do processo criminal. Nessa opinião doutrinária, o título torna certa a obrigação de reparar a vítima, mas o valor de tal reparação obrigatoriamente deverá ser fixado em liquidação de sentença, sendo que somente depois de tal fixação a vítima terá condições de iniciar a execução.

O entendimento de que a sentença penal condenatória não é genuinamente um título executivo porque nunca tem liquidez deve ser repensado em razão das alterações no processo penal resultantes

da Lei 11.719/2008. Interessam à presente exposição as novas disposições dos arts. 63, parágrafo único, e 387, IV, do CPP.

Segundo previsão do art. 387, IV, do CPP, o juiz penal ao proferir a sentença condenatória fixará um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Apesar da utilização do termo "fixará", que passa uma ideia de imperatividade, acredito não ser um dever do juízo penal a fixação de valor mínimo dos danos sofridos pelo ofendido em sentença condenatória, não sendo cabível o recurso de embargos de declaração diante de sua omissão e tampouco a anulação da sentença por ser *citra petita*.

O juízo penal está preocupado com questões diversas daquelas referentes à responsabilidade civil, não sendo legítimo nem benéfico que passe, a partir de agora, a se preocupar com tais questões. Significa dizer que para a fixação do valor mínimo dos prejuízos do ofendido o juiz penal não deve se desviar da condução tradicional do processo penal, voltada à análise dos elementos necessários para a condenação ou absolvição do acusado. Se porventura nessa análise tiver condições de fixar o valor mínimo, assim o fará, mas não reunindo tais condições, parece ser aconselhável o entendimento de que não haverá qualquer vício procedimental em sua omissão.

Uma vez fixado o valor mínimo, entendo que as partes terão interesse recursal para discuti-lo, não servindo a alegação de que por não ser definitivo o valor não haverá interesse recursal. Como prevê o art. 63, parágrafo único, do CPP, transitada em julgado a sentença, o ofendido poderá ingressar com execução do valor

mínimo, o que evidentemente trará benefícios ao ofendido e prejuízos ao ofensor, que poderão por meio recursal aumentar ou diminuir o âmbito dessa execução pela discussão do valor mínimo fixado em sentença.

Aduz o art. 63, parágrafo único, do CPP que, transitada em julgado a sentença condenatória, o ofendido poderá ingressar imediatamente com execução pelo valor mínimo fixado em sentença e concomitantemente com liquidação de sentença, que provavelmente será realizada por artigos, sendo possível, ainda que improvável, a conclusão de que o valor efetivo do dano seja inferior ao valor mínimo fixado pelo juízo penal.

Nesse caso, não há que se falar em *coisa julgada material penal*, porque a sentença penal nesse capítulo que fixa o valor mínimo, apesar de ser sentença de mérito, foi proferida mediante cognição sumária, não sendo apta a gerar coisa julgada material. Uma vez transitada em julgado a decisão proferida em sede de liquidação que determinou como efetivamente devido um valor inferior ao fixado como mínimo pela sentença penal, haverá redução imediata da execução em trâmite e, já tendo a execução chegado ao final com a satisfação do credor, caberá ação de repetição de indébito.

Justamente para evitar essa contradição, apesar de não ser vedado pelo texto legal, é recomendável que o juízo penal se abstenha de incluir em sua sentença um valor mínimo de suposto dano moral suportado pela vítima. A fixação do valor do dano moral é extremamente subjetiva, sem os parâmetros objetivos existentes para a fixação do valor do dano material, o que aumenta

a chance de o juízo cível entender que o valor real do dano moral é inferior aquele indicado como valor mínimo pelo juízo penal.

A par de todas as questões que podem ser levantadas a respeito da interpretação e aplicação desses dispositivos legais, fato é que, havendo a fixação de um valor mínimo dos danos suportados pelo ofendido, ao menos com relação a esse capítulo da sentença, haverá indiscutivelmente um título executivo, independentemente de qualquer liquidação. Essa constatação já é suficiente para a revisão do entendimento de que a sentença penal condenatória não é título executivo porque depende sempre de liquidação.

Por outro lado, não há necessidade de liquidação de sentença penal nas hipóteses de cobrança de multa penal quando essa for a sanção aplicada ao réu (art. 51 do CP), ou quando imposta por sentença penal a devolução à vítima do produto do crime (art. 91, II, *b*, do CP), porque nesses casos haverá liquidez[159]. Nessas excepcionais situações de execução civil da sentença penal é correto entender que a sentença penal condenatória transitada em julgado é efetivamente um título executivo.

De qualquer forma, aparentemente continua a ser, em regra, necessária a liquidação da sentença penal condenatória. A liquidação nesse caso é mais completa que as tradicionais, visto que o juiz cível deverá investigar, antes da fixação do *quantum debeatur*, se de fato houve alguma espécie de dano, sendo possível imaginar um ilícito penal sem o dano, situação em que será impossível falar-se em responsabilidade civil[160].

A eficácia civil da sentença penal só atinge a pessoa do

condenado na esfera criminal, não podendo a liquidação de sentença e posteriormente a execução serem propostas em face de corresponsáveis à reparação do dano na esfera civil. Assim, não serão partes legítimas passivas os preponentes, patrões, pais etc. Caso a vítima deseje lhes acionar na esfera cível, será obrigada a ingressar com processo de conhecimento contra eles buscando a formação do título (sentença civil condenatória)[161]. O título é formado exclusivamente contra o condenado, e ninguém mais.

Problema interessante surge no caso de *revisão criminal* que declare a absolvição daquele que fora anteriormente condenado por sentença passada em julgado. Nesse caso, parece necessário o enfrentamento de diferentes alternativas tomando-se por base o momento em que se dá a desconstituição da sentença penal condenatória transitada em julgado: se a execução ainda não se iniciou ou está em curso, com a perda do título executivo, no primeiro caso o processo não poderá mais ser proposto (não há mais título executivo) e no segundo deverá ser extinto (perda superveniente do título executivo). No caso de execução já extinta com a satisfação do credor, deve-se atentar para as razões da absolvição em sede de revisão criminal[162]:

(i) se fundada em causa que não exclui a responsabilidade civil (por exemplo, estado de necessidade, prescrição penal, fato não ser considerado crime), não será possível a repetição de indébito;

(ii) se fundada em causa de exclusão da responsabilidade civil (por exemplo, legítima defesa ou descoberta de que o condenado não foi o autor do fato delituoso), haverá a possibilidade da cobrança do valor executado por meio de ação de repetição de indébito.

Outro debate se coloca diante da possibilidade de julgamentos contraditórios no juízo penal e civil, em especial quando a ação civil for julgada improcedente e transitada em julgado, e na ação penal o acusado for condenado, também com sentença transitada em julgado. Seria possível ao executado alegar ofensa à coisa julgada numa execução fundada na sentença penal condenatória? Parcela da doutrina entende corretamente que a resposta deve ser dada negativamente, considerando-se que a sentença penal é um título executivo idôneo independentemente do resultado do processo cível[163]. Mas existem doutrinadores com entendimento contrário, no sentido de que deve valer na esfera cível a sentença de improcedência transitada em julgada, o que impediria a execução da sentença penal[164].

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que, salvo nas hipóteses previstas no art. 65 do CPP, que expressamente prevê a coisa julgada cível da sentença penal, a sentença cível tem eficácia executiva autônoma, não sendo desconstituída por sentença penal absolutória transitada em julgado[165].

44.3.7. SENTENÇA ARBITRAL

A Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) conferiu eficácia executiva, sem a necessidade de homologação pelo Poder Judiciário, à sentença arbitral, entendida como o provimento final do árbitro que resolve um conflito de interesses (sobre direitos patrimoniais disponíveis) entre particulares que optaram pela resolução extrajudicial do conflito em que se viram envolvidos. O art. 31 de referida lei equipara a sentença arbitral à sentença

judicial, constituindo-se em título executivo judicial sempre que tiver natureza condenatória[166].

Como corretamente lembrado pelo Superior Tribunal de Justiça, no ordenamento jurídico pátrio, o árbitro não foi contemplado com o poder de império, de coerção, capaz de determinar a execução de suas sentenças, motivo pelo qual, não adimplida voluntariamente a obrigação, deve o credor recorrer ao Poder Judiciário, requerendo o cumprimento da sentença arbitral[167]. Apesar da proximidade entre a sentença condenatória e a sentença arbitral, na execução da segunda será possível, além das alegações de defesa previstas no art. 525, § 1º, do Novo CPC, as nulidades previstas no art. 32 da Lei 9.307/1996, referentes à validade formal da sentença, matérias que não podem ser alegadas na impugnação ao cumprimento de sentença condenatória[168].

É possível também imaginar situação em que a sentença arbitral, embora condenatória, não tenha fixado o *quantum debeatur*. Nesse caso, o interessado deverá promover o devido processo sincrético, com o início pela liquidação de sentença antes de ingressar com o processo executivo[169], conforme analisado no Capítulo 24, item 24.3.

44.3.8. SENTENÇA ESTRANGEIRA HOMOLOGADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para que produza efeitos em território nacional, a sentença estrangeira – judicial ou arbitral – deve obrigatoriamente passar por um processo de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 961 do Novo CPC c/c o art. 105, I, “i”, da CF). O

procedimento da ação de homologação de sentença estrangeira é regulado pelos arts. 960 a 965 do Novo CPC, devidamente analisado no Capítulo 61.

Além da sentença judicial estrangeira, será homologável pela ação indicada no art. 960, *caput*, do Novo CPC a decisão não judicial definitiva que, pela lei brasileira, teria natureza jurisdicional (art. 961, § 1.º, do Novo CPC). O dispositivo copia a previsão contida no art. 216-A, § 1.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

A melhor interpretação do dispositivo é a possibilidade de homologação de atos que substituam a sentença no país de origem, como já ocorre com a homologação de atos administrativos que substituem a sentença em caso de divórcio em determinados países[170].

Quanto à homologação de sentença arbitral estrangeira, o art. 960, § 3.º, do Novo CPC prevê que sua homologação obedecerá ao disposto em tratado e na lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Capítulo referente à homologação de sentença estrangeira. Registre-se que, nos termos do art. 35 da Lei 9.307/1996, a sentença arbitral estrangeira depende de homologação pelo órgão competente, ou seja, pelo Superior Tribunal de Justiça, para ser reconhecida e executada no Brasil[171].

A decisão homologatória, com nítido caráter constitutivo, torna a decisão proferida em estado estrangeiro executável em território nacional, ocorrendo na linguagem de autorizada doutrina uma

"nacionalização da sentença"[172]. Ainda que todas as sentenças estrangeiras só passem a gerar efeitos em território nacional após a sua homologação, somente aquelas que tenham natureza condenatória serão executadas, de forma que nem toda decisão de homologação de sentença estrangeira (de natureza meramente declaratória ou constitutiva) é um título executivo judicial[173].

No Superior Tribunal de Justiça é tranquilo o entendimento de que não cabe ao tribunal nacional a análise do mérito da sentença estrangeira, ressalvado o exame dos aspectos atinentes à ordem pública, soberania nacional, contraditório, ampla defesa e devido processo legal[174]. O tribunal já teve a oportunidade de negar homologação de sentença estrangeira em que havia ordem de desistência de ação em trâmite no Brasil, sob pena de responsabilização civil e criminal, por ofender o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV da CF)[175]. Como também é pacificado o entendimento pela rejeição do pedido sem que haja prova de regular citação do réu, seja no território prolator da decisão ou no Brasil, mediante carta rogatória[176].

Há certa divergência na doutrina quanto ao que de fato é o título executivo nesse caso. Para parcela da doutrina o título executivo é a *carta de sentença* extraída dos autos da homologação de sentença estrangeira[177] e para outra é o ato estatal brasileiro de reconhecimento da sentença estrangeira[178]. A divergência não gera consequências práticas relevantes.

No caso de execução fundada nesse título executivo, a

alegação em sede de impugnação de nulidade da citação (art. 525, § 1º, I, do Novo CPC) refere-se ao processo de homologação da sentença e não ao processo de conhecimento que teve trâmite perante o juízo estrangeiro. Eventual alegação de vício na citação do processo estrangeiro deve ser feita no processo de homologação, operando-se com relação a essa matéria a eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508 do Novo CPC). Diferentemente quanto às causas extintivas do direito do exequente supervenientes à sentença que se referem à sentença estrangeira, dado que tais matérias não são enfrentadas na homologação[179].

Somente a sentença estrangeira demanda a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo, nos termos do § 2º do art. 784 do Novo CPC, possível a execução de título extrajudicial estrangeiro diretamente em território nacional sem nenhuma necessidade de homologação. Segundo o art. § 3.º de referido dispositivo, para que o título tenha eficácia executiva basta que satisfaça os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e que haja indicação do Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação.

44.3.9. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA ESTRANGEIRA, APÓS A CONCESSÃO DO *EXEQUATUR* À CARTA ROGATÓRIA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos termos do § 1º do art. 960 do Novo CPC, a decisão interlocutória estrangeira pode ser executada no Brasil por meio de carta rogatória. O dispositivo tem essencial relevância nas decisões interlocutórias concessivas de tutela de urgência.

Da mesma forma que a sentença estrangeira homologada pelo

Superior Tribunal de Justiça é título executivo judicial, não teria qualquer sentido não o ser a decisão homologatória de decisão interlocutória estrangeira. O inciso IX do art. 515 do Novo CPC consagra expressamente essa homogeneidade. Tenho dúvida se era realmente necessária a criação de um novo inciso, porque seria mais técnico incluir a decisão interlocutória estrangeira no inciso que já trata da sentença estrangeira (VIII).

44.4. TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS

44.4.1. INTRODUÇÃO

O Brasil é pródigo na relação de títulos executivos extrajudiciais, que são essencialmente documentos particulares ou públicos aos quais a lei empresta força executiva. O Código de Processo Civil de 1973 deu aos títulos executivos extrajudiciais a mesma eficácia executiva dos títulos judiciais, sendo todos eles aptos à instauração da execução, realidade mantida pelo Novo Código de Processo Civil. A distinção é importante porque, ainda que ambas as espécies de título permitam a prática de atos materiais de execução, o procedimento executivo será parcialmente distinto no cumprimento de sentença (*título judicial*) e no processo autônomo de execução (*título extrajudicial*), mesmo que o art. 513 do Novo CPC determine a aplicação subsidiária das regras deste àquele.

Mais uma vez é importante registrar que são títulos executivos extrajudiciais somente aqueles documentos que a lei federal expressamente prevê como tal, não havendo no direito nacional a

possibilidade de criação de título extrajudicial fundado apenas na vontade das partes envolvidas na relação jurídica de direito material (*nulla titulus sine lege*). O contrato, por exemplo, para ter eficácia de título executivo extrajudicial, necessita em regra da assinatura de duas testemunhas, de nada adiantando que as partes dispensem tais assinaturas e façam constar do contrato que ambas o consideram título executivo extrajudicial. O contrato, nesse caso, será apto a instruir, no máximo, a ação monitória; jamais uma execução.

No Novo Código de Processo Civil é o art. 784 que descreve o rol dos títulos extrajudiciais, ainda que existam outros previstos em leis extravagantes.

44.4.2. LETRA DE CÂMBIO, NOTA PROMISSÓRIA, DUPLICATA, DEBÊNTURE E CHEQUE

O art. 784, I, do Novo CPC indica como títulos executivos extrajudiciais os títulos cambiais e cambiformes, ou seja, os títulos de crédito regulados inteiramente pelo direito material, mais precisamente pelo direito empresarial. A letra de câmbio e a nota promissória são reguladas pelo Decreto 2.044/1908 e pela Convenção de Genebra aprovada pelo Decreto 57.663/1966. A duplicata, criação nacional, é regulada pela Lei 5.474/1968. A debênture encontra-se regulada na Lei 6.404/1976 (em especial nos arts. 52 a 74). O cheque rege-se pela Convenção de Genebra e pela Lei 7.357/1985. Em todos os casos se aplicam subsidiariamente as normas constantes no Código Civil (art. 903 do CC).

Os títulos de crédito descritos no dispositivo legal ora analisado não necessitam de protesto para que sejam considerados como título executivo extrajudicial. Somente em situações

específicas, quando o documento não puder ser considerado um título executivo em razão da ausência de algum requisito formal, a lei pode exigir o seu protesto, como é o caso da duplicata sem aceite[180].

Em razão do princípio da *circulabilidade* dos títulos de crédito, para o ingresso da ação executiva exige-se a instrução da petição inicial com o título original, não sendo permitida a juntada de fotocópias, ainda que autenticadas. É claro que em situações nas quais o título esteja instruindo outro processo (como uma ação penal de estelionato), e sendo impossível o seu desentranhamento, bastará ao exequente a juntada de fotocópia e certidão de objeto e pé do processo em que se encontra o original do título[181].

Registre-se interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu ser título executivo extrajudicial duplicatas virtuais – emitidas por meio magnético ou de geração eletrônica, não se exigindo, para o ajuizamento da execução judicial, a exibição do título[182]. Também os boletos de cobrança bancária vinculados ao título virtual devidamente acompanhados dos instrumentos de protesto por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação dos serviços suprem a ausência física do título cambiário eletrônico e constituem, em princípio, títulos executivos extrajudiciais[183].

Já o mero borderô (contrato de desconto bancário) não é considerado por si só um título executivo extrajudicial. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a executabilidade nesse caso dependerá do título de crédito dado em garantia ou à

assinatura do devedor e de duas testemunhas[184]. Temática importante no que tange aos títulos de crédito é a prescrição. Deve-se observar que uma coisa é a prescrição da ação executiva, e outra é a prescrição referente à própria obrigação. Assim, o documento pode, em razão do não ingresso da execução, perder sua eficácia executiva, mas, ainda assim, ser documento hábil para a instauração de um processo monitório ou de conhecimento. É o caso, por exemplo, do cheque, que, após seis meses contados do esgotamento do prazo de apresentação (30 a 60 dias), perde sua eficácia executiva, mas nem por isso o crédito representado no título deixará de poder ser cobrado pelo credor por outras vias processuais.

44.4.3. ESCRITURA PÚBLICA OU OUTRO DOCUMENTO PÚBLICO ASSINADO PELO DEVEDOR

A primeira parte do art. 784, II, do Novo CPC trata da confissão de dívida, que pode ser realizada por meio de escrita pública, documento público assinado pelo devedor ou particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas. O documento nesse caso representa o reconhecimento expresso de dívida pelo próprio devedor ou mandatário com poderes específicos. É necessário, ainda, que o documento indique obrigação certa, líquida e exigível, sem o que o contrato não será considerado título executivo. Não há nenhuma limitação no que tange à natureza da obrigação assumida pelo devedor, podendo indistintamente tratar-se de pagar quantia certa, fazer, não fazer ou entregar coisa[185].

A diferença entre escritura pública e documento público é que a primeira é espécie do segundo. Enquanto a escritura pública é ato privativo do tabelião de notas, o documento público pode ser

produzido por qualquer agente público no exercício de suas funções. Geralmente é função do tabelião de notas a documentação de confissões de dívida, não havendo nesse caso a necessidade de assinatura do devedor, bastando a participação desse sujeito no ato. Os demais documentos públicos somente serão considerados títulos executivos se contiverem a declaração escrita e assinada do devedor reconhecendo a dívida[186].

44.4.4. DOCUMENTO PARTICULAR ASSINADO PELO DEVEDOR E POR DUAS TESTEMUNHAS

No instrumento particular exige-se, além da assinatura do devedor, a de duas testemunhas. Não tem nenhuma validade para fins executivos a chamada *assinatura a rogo*, exigindo-se do devedor analfabeto ou que esteja impossibilitado de assinar o instrumento a constituição de mandatário por escritura pública. Como os advogados não demonstram o desinteresse próprio das testemunhas, sua assinatura não vale para os fins de transformar a confissão de dívida em título executivo judicial[187]. Embora o artigo de lei não indique a necessidade da presença das testemunhas no ato de celebração do contrato, elas devem estar preparadas para confirmar que o devedor assumiu responsabilidade de forma livre e consciente, concordando de espontânea vontade com a criação do título[188]. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, dispensa a presença das testemunhas no momento de formação do título executivo[189]. As testemunhas deverão ser pessoas capazes, isentas, idôneas e identificadas no título, sendo dispensada a autenticação de suas assinaturas.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento,

defendido pela maioria da doutrina, de que o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato de conta corrente, não é um título executivo, cabendo apenas a propositura de ação monitória ou de cobrança[190]. Também se encontra pacificado o entendimento de que contrato de renegociação de dívida, ainda que oriundo de contrato de abertura de crédito, em tese é título executivo extrajudicial apto a aparelhar processo de execução[191].

44.4.5. INSTRUMENTO DE TRANSAÇÃO REFERENDADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA DEFENSORIA PÚBLICA, PELA ADVOCACIA PÚBLICA, PELOS ADVOGADOS DOS TRANSATORES OU POR CONCILIADOR OU MEDIADOR CREDENCIADO PELO TRIBUNAL

O instrumento de transação extrajudicial, referendada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados devidamente constituídos, ou por conciliador e mediador credenciado por tribunal, é título executivo extrajudicial, reconhecendo-se a idoneidade desses sujeitos em atestar a ocorrência do ato livre de vícios.

Ainda que a participação do Ministério Público na área civil esteja condicionada a direitos indisponíveis e coletivos e a atuação da Defensoria Pública à defesa dos economicamente necessitados, parece não existir vício na homologação que extrapole tais limites[192]. Há divergência doutrinária a respeito da homologação realizada perante os “advogados devidamente constituídos”, sendo mais adequado não interpretar literalmente o dispositivo (no plural), admitindo-se ser a homologação realizada perante um só advogado constituído por ambas as partes[193].

Tradicional atuação do Ministério Público na formação de títulos executivos extrajudiciais se dá na elaboração do termo de ajustamento de conduta. Apesar de o art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985 atribuir legitimidade para qualquer órgão público na tomada dos interessados do compromisso de ajustamento de conduta, é inegável a prevalência do Ministério Público nessa atuação.

Quanto ao conciliador e mediador credenciados pelo tribunal, evidentemente o dispositivo legal não se refere à sua atuação perante o Centro Consensual de Solução de Conflitos, porque nesse caso a conciliação ou mediação será homologada judicialmente, formando-se título executivo judicial, nos termos do art. 515, II, do Novo CPC. Trata-se de mais uma vantagem para o conciliador e mediador credenciados, que estarão habilitados a atuar fora do juízo na atividade consensual dos conflitos, sendo capaz de referendar a solução criando um título executivo extrajudicial.

A transação nesse caso é mais ampla do que aquela prevista pelo direito civil, visto que não há necessidade de concessões mútuas. O inciso abrange também, portanto, as hipóteses de renúncia ou de reconhecimento de direito da parte contrária, ou seja, deve ser interpretado amplamente como a homologação de qualquer ato de autocomposição do litígio, desde que tenha como conteúdo uma prestação[194].

44.4.6. CONTRATO GARANTIDO POR HIPOTECA, PENHOR, ANTICRESE OU OUTRO DIREITO REAL DE GARANTIA E AQUELE GARANTIDO POR CAUÇÃO

O contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese, outro direito real de garantia (como, por exemplo, a alienação fiduciária

em garantia) e caução são contratos de garantia, confundindo o legislador o gênero “caução” com algumas de suas espécies. Assim, havendo caução em razão de contrato, seja ela real (hipoteca, penhor ou anticrese) ou fidejussória (fiança), será possível a execução forçada da dívida. Registre-se que qualquer espécie de fiança – judicial, legal ou convencional – permite o ingresso do processo executivo[195].

Esses contratos de garantia podem ser celebrados por terceiros, não devedores, que a partir de então passam a ter responsabilidade patrimonial – sempre no limite da garantia – perante o credor. Há, portanto, responsabilidade de quem não é o obrigado, no plano do direito material, a satisfazer a obrigação. O exequente, nesse caso, pode mover a ação de execução exclusivamente contra o devedor, contra o garante, ou contra ambos (*litisconsórcio facultativo*).

44.4.7. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM CASO DE MORTE

Segundo a literalidade do dispositivo legal, o único contrato de seguro a ser título executivo é o de seguro de vida[196], não sendo título executivo extrajudicial o contrato de seguro de acidentes pessoais, e tampouco o contrato de seguro de automóvel[197], que demandarão para a cobrança do prêmio não pago pela seguradora a propositura de processo de conhecimento pelo rito comum.

Entendo, entretanto, que uma interpretação sistêmica permita a conclusão de que também o contrato de seguro de acidentes pessoais do qual resulte morte possa ser compreendido como título executivo[198], porque nesse caso não existem as dificuldades

referentes à prova da existência e extensão da incapacidade, motivo que aparentemente retirou o contrato de seguro de acidentes pessoais do rol dos títulos executivos.

Por ser o contrato de seguro uma espécie de contrato aleatório, dependendo o direito do segurado de evento futuro e incerto, é necessário que se instrua a peça inicial do processo de execução com o contrato e a prova pré-constituída do evento coberto pelo seguro, sendo indispensável a instrução da petição inicial com a certidão de óbito[199]. Registre-se tendência ampliativa na interpretação do dispositivo, que aponta para a possibilidade de execução mesmo sem a apólice de seguro, desde que devidamente comprovada a relação jurídica de direito material, o que poderá ser feito, por exemplo, por meio de recibo emitido pela seguradora[200].

Há uma sutil diferença entre o art. 585, III, do CPC/1973 e o art. 784, VI, do Novo CPC: o dispositivo em vigência aponta a exigência de morte para que o seguro de vida seja um título executivo judicial. Para parcela da doutrina a inclusão teve somente o condão de demonstrar a exigibilidade da obrigação contida nessa espécie de título[201]. Para outra corrente doutrinária o objetivo do legislador teve como objetivo afastar por completo a executabilidade de seguro de acidentes pessoais de que resulte morte[202].

Não tenho como saber qual foi a intenção do legislador, mas entendo que a inclusão da exigência da morte como condição de executabilidade da obrigação contida em contrato de seguro de vida terá importantes consequências em modernos contratos de seguro

de vida que também funcionam como investimento. Caso o segurado morra durante o prazo contratual, o beneficiário não precisa mais pagar as parcelas e recebe o prêmio; não morrendo o segurando e vencido o contrato, a seguradora deverá devolver uma quantia contratualmente acertada para o segurado. No primeiro caso caberá execução, no segundo não, cabendo a cobrança diante de eventual inadimplemento da seguradora por meio de processo de conhecimento.

44.4.8. CRÉDITO DECORRENTE DE FORO E LAUDÊMIO

O foro e o laudêmio são espécies de rendas imobiliárias, decorrentes da enfiteuse, regulados por leis de direito material. O foro é a pensão anual certa e invariável que o enfiteuta paga ao senhorio direto pelo direito de usar, gozar e dispor do imóvel objeto do direito real de enfiteuse. O laudêmio é a compensação que é devida ao senhorio direto pelo não uso do direito de preferência, quando o enfiteuta aliena onerosamente o imóvel foreiro. Nos casos de foro e laudêmio, o senhorio é o sujeito ativo da execução e o passivo é o enfiteuta ou foreiro, no caso de foro, ou o ex-enfiteuta que cedeu o seu direito a terceiro, no caso de laudêmio. No caso de várias pessoas serem enfiteutas de um mesmo imóvel, deverão os vários enfiteutas eleger entre eles um cabecel com a função de representar todos perante o senhorio, sendo esse cabecel a parte legítima no processo de execução.

Registre-se que a enfiteuse é instituto de rara aplicação prática, nunca tendo obtido grande relevância no mundo jurídico. Por essa razão, o art. 2.038 do CC proibiu a constituição de enfiteuses e de subenfiteuses, restando somente as já existentes à época de entrada

de vigência do atual Código Civil até sua extinção. É instituto jurídico, portanto, com tempo de vida limitada.

44.4.9. CRÉDITO, DOCUMENTALMENTE COMPROVADO, DECORRENTE DE ALUGUEL DE IMÓVEL, BEM COMO DE ENCARGOS ACESSÓRIOS, TAIS COMO TAXAS E DESPESAS DE CONDOMÍNIO

O aspecto mais importante do inciso VIII do art. 784 do Novo CPC diz respeito à desnecessidade de contrato escrito de locação, sendo suficiente a existência de uma prova documental que ateste a existência da locação e dos encargos[203]. A expressa menção a taxas e despesas de condomínio como encargos da locação é meramente exemplificativa, como demonstra a utilização da locução "tais", admitindo-se a execução de outras espécies de encargos da locação, como as despesas de telefone e de consumo de força, luz, água e esgoto.

44.4.10. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA DA UNIÃO, ESTADO, DISTRITO FEDERAL, TERRITÓRIO E MUNICÍPIO, CORRESPONDENTE AOS CRÉDITOS INSCRITOS NA FORMA DA LEI

Apesar de a execução fiscal – execução da dívida ativa da Fazenda Pública – ser regulada pela Lei 6.830/1980, o título executivo que permite tal execução vem previsto no Código de Processo Civil. A Lei 6.830/1980 indica que dívida ativa é qualquer valor cuja cobrança seja atribuída por lei à Fazenda Pública, sejam representativos de créditos tributários ou não. A inscrição de contrato ou de dívida é feita por meio de procedimento administrativo regular, com os requisitos formais previstos pelo art. 202 do CTN e art. 2.º, § 5.º, da Lei 6.830/1980, conferindo liquidez e certeza à dívida.

As autarquias também podem inscrever créditos na dívida

ativa e formar o título executivo ora comentado. O mesmo não ocorre com empresas públicas, sociedades de economia mista ou entidades privadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos ou que exerçam funções delegadas do Poder Público.

A certidão da dívida ativa diz respeito tão somente às dívidas de pagar quantia certa. Engloba o principal, juros, correção monetária, multa e outros encargos legais ou contratuais. Outros tipos de obrigação como de fazer, não fazer e entrega de coisa, não podem ser inscritas na dívida ativa da Fazenda Pública, exigindo do ente público um processo de conhecimento ou de execução, desde que existente um dos títulos previstos nos outros incisos do art. 784 do Novo CPC.

Há interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser a decisão do Tribunal de Contas da União título executivo nos termos do art. 23, III, "b", da Lei 8.443/1992, podendo dessa forma ser executado independentemente de sua inclusão na Dívida Ativa. A diferença será procedimental, já que, com a inscrição, a execução segue o procedimento da Lei 6.830/1980 e, sem tal inscrição, o Código de Processo Civil[204].

Há uma interessante especialidade desse título executivo, já que ele será formado sem nenhuma participação do devedor ou de terceiro, atuando em sua formação apenas o credor[205]. Tal característica vem assentada na *boafé* do Estado e na presunção de legalidade do ato administrativo, permitindo ao Estado ser o único capaz de formar títulos executivos de forma unilateral, embora por vezes e de forma indesejada abuse de tal liberdade com indevidas e

injustas inscrições na dívida ativa, gerando infundadas ações de execução por quantia certa.

44.4.11. CRÉDITO REFERENTE ÀS CONTRIBUIÇÕES ORDINÁRIAS OU EXTRAORDINÁRIAS DE CONDOMÍNIO EDILÍCIO, PREVISTAS EM CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO OU APROVADAS EM ASSEMBLEIA-GERAL, DESDE QUE DOCUMENTALMENTE COMPROVADAS

Apesar da divergência doutrinária sob a égide do CPC/1973 a respeito da executabilidade do documento previsto no inciso X do art. 784 do Novo CPC, o melhor entendimento era de que a cobrança promovida pelo condomínio em face do condômino exigia o ingresso de processo de conhecimento, não podendo o condomínio executar o condômino, em especial em razão da inexistência de contrato escrito reconhecido pelo devedor quanto ao débito, não servindo para tanto a convenção condominial.

Haveria executabilidade somente quando os encargos de condomínio viessem expressamente previstos em contrato escrito, como ocorre no contrato de locação, quando o locatário se compromete a pagar as verbas do condomínio e quando não o fazia permitia que o locador, em poder do contrato de locação ou outra prova documental que comprovasse a relação jurídica de direito material locatícia, ajuizasse um processo de execução[206].

A novidade do Novo Código de Processo Civil muda tal cenário, passando agora a ser executável documento que comprove o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas em Convenção de Condomínio ou

aprovadas em Assembleia-Geral. A previsão do art. 784, X, do Novo CPC vem no sentido do art. 12, § 2º, da Lei 4.591/1964, que prevê que cabe ao síndico arrecadar as contribuições competindo-lhe promover, por via executiva, a cobrança judicial das quotas atrasadas.

Em novidade evidentemente voltada à proteção dos condôminos adimplentes, que têm que se cotizar para cobrir o inadimplemento do condômino devedor, garantindo assim o pagamento dos funcionários do condomínio e de despesas como de água e luz, dentre outras, o inciso X do art. 784 do Novo CPC cria título executivo que não dependerá da participação do devedor em sua elaboração e muito menos de sua assinatura. No caso ora analisado bastará ao condomínio edilício ingressar com processo de execução contra o condomínio devedor instruindo sua petição inicial com cópia da convenção condominial e da ata da assembleia que estabeleceu o valor das cotas condominiais, ordinárias ou extraordinárias.

44.4.12. CERTIDÃO EXPEDIDA POR SERVENTIA NOTARIAL OU DE REGISTRO RELATIVA A VALORES DE EMOLUMENTOS E DEMAIS DESPESAS DEVIDAS PELOS ATOS POR ELA PRATICADOS, FIXADOS NAS TABELAS ESTABELECIDAS EM LEI

O inciso XI do art. 784 do Novo CPC é novidade no sistema jurídico, passando a atribuir eficácia executiva à certidão expedida por serventia notarial ou de registro, relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados. Dessa forma, passa ser possível ao credor, de forma unilateral, criar título executivo judicial[207], como tradicionalmente

ocorre na certidão da dívida ativa. Certamente também aqui o legislador considerou a presunção de legalidade do ato praticado pela serventia notarial ou de registro (art. 3º da Lei 8.935/1994).

A segurança quanto à liquidez da obrigação exequenda está garantida pelo dispositivo legal ora comentado quando exige que as certidões contenham o valor fixado nas tabelas estabelecidas em lei.

O título ora comentado pode ser formado pelo Tabelionato de Notas, pelo Tabelionato de Protesto de Títulos, pelo Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e de Interdições e de Tutela, pelo Cartório de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas e pelo Cartório de Registro de Imóveis.

44.4.13. TODOS OS DEMAIS TÍTULOS, AOS QUAIS, POR DISPOSIÇÃO EXPRESSA, A LEI ATRIBUIR FORÇA EXECUTIVA

O dispositivo legal permite expressamente que leis federais extravagantes criem títulos executivos extrajudiciais, mas impossibilita que as partes realizem o chamado “pacto executivo”, conforme já comentado. A Lei Federal pode criar quantos títulos desejar, as partes, não. São inúmeros os títulos formados por leis extravagantes, como créditos da OAB contra os inscritos (Lei 8.906/1994, art. 46); cédulas de crédito rural (Decreto-lei 167/1967, art. 41), cédulas de crédito industrial (Decreto-lei 413/1969); cédulas de exportação (Lei 6.313/1975); cédulas de crédito comercial (Lei 6.840/1980); cédula hipotecária (Decreto-lei 70/1966, art. 29); cédula de produto rural (Lei 8.929/1990, art. 211); decisão do plenário do CADE impondo multa ou obrigação de fazer ou não fazer (Lei 8.884/1994, art. 60; ver Lei 12.529/2011,

art. 93); honorários do árbitro no compromisso arbitral (Lei 9.307/1996, art. 11, parágrafo único); prêmios dos contratos de seguro previstos na Lei do Sistema Nacional dos Seguros Privados (Decreto-lei 73/1966, art. 27), cédula de produto rural (Lei 11.076/2004), entre outros.

45. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Sumário: 45.1. Obrigação e responsabilidade patrimonial – 45.2. Inexistência de responsabilidade pessoal – 45.3. Bens que respondem pela satisfação na execução – 45.4. Impenhorabilidade de bens: 45.4.1. Patrimônio mínimo e dignidade humana; 45.4.2. As hipóteses específicas de impenhorabilidade no direito brasileiro – 45.5. Responsabilidade patrimonial de imóvel submetido ao regime do direito de superfície – 45.6. Responsabilidade patrimonial secundária: 45.6.1. Bens do sucessor a título singular; 45.6.2. Bens do sócio, nos termos da lei; 45.6.3. Bens do devedor, ainda que em poder de terceiros; 45.6.4. Bens do cônjuge e do companheiro, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação, respondem pela dívida; 45.6.5. Bens alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução; 45.6.6. Bens cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores; 45.6.7. Bens do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica – 45.7. Fraudes do devedor: 45.7.1. Fraude contra credores; 45.7.2. Fraude à execução.

45.1. OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

A responsabilidade patrimonial é indiscutivelmente instituto de direito processual[208], compreendida como a possibilidade de sujeição de um determinado patrimônio à satisfação do direito

substancial do credor. Por outro lado, a obrigação é instituto de direito material, representado por uma situação jurídica de desvantagem. Contraída a obrigação, uma parte tem o dever de satisfazer o direito da outra, e quando isso não ocorre surge a dívida, instituto atinente ao direito material. Também existe a responsabilidade patrimonial para o caso de inadimplemento, ou seja, quando a dívida não é satisfeita voluntariamente pelo devedor, surge a possibilidade de sujeição do patrimônio de algum sujeito – geralmente o próprio devedor – para assegurar a satisfação do direito do credor na execução[209]. Em razão dessa distinção, fala-se que a obrigação é *estática*, gerando uma mera expectativa de satisfação, enquanto a responsabilidade patrimonial é *dinâmica*, representada pela forma jurisdicional de efetiva satisfação do direito[210].

A distinção é interessante e ganha importância sempre que existe dívida e não responsabilidade e vice-versa[211]. Tome-se como exemplo a dívida de jogo, situação em que existe a dívida, mas o patrimônio do devedor não responde por sua satisfação. É certo que existe dívida, tanto que se houver quitação voluntária não caberá ação de repetição de indébito, mas não haverá responsabilidade patrimonial do devedor derivada do inadimplemento. Por outro lado, por exemplo, em determinadas situações expressamente previstas em lei, o sócio pode ter seu patrimônio afetado por uma dívida da sociedade, justamente por ter responsabilidade patrimonial, mesmo que o devedor seja outrem (no caso a sociedade).

Registre-se que o fiador, apesar de não ser o devedor principal,

é considerado coobrigado perante o credor no plano do direito material, de forma que passa mesmo no plano do direito material a ter responsabilidade primária pela satisfação do crédito[212]. Nesse caso, a questão da responsabilidade patrimonial só terá interesse diante da existência ou não do benefício de ordem, preferindo-se anteriormente o patrimônio do devedor principal ao do fiador, o que cria uma singular *responsabilidade patrimonial primária subsidiária*. No plano material, entretanto, ambos são considerados obrigados perante o credor, devendo nesse caso se falar em responsabilidade patrimonial primária subsidiária do fiador.

45.2. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PESSOAL

Atualmente, o direito pátrio, seguindo tendência mundial, ao menos nos países juridicamente mais avançados, não admite que a pessoa do devedor responda por sua dívida na execução civil. Tempos remotos em que o devedor poderia ser morto, esquartejado ou escravizado colidem de maneira clara e insuportável com o princípio da dignidade da pessoa humana, não existindo nenhuma possibilidade de admissão atual dessa forma de responsabilização[213]. A responsabilidade pela satisfação das dívidas é meramente patrimonial, nunca pessoal, não havendo nenhuma possibilidade de o corpo do responsável responder pela satisfação do direito do credor.

Registre-se que nem mesmo a prisão civil permitida pela Constituição Federal (devedor voluntário e inescusável de alimentos) pode ser considerada uma exceção a esse princípio, já

que o encarceramento não é forma de satisfação da obrigação, e sim mero *meio de coerção* (o mais violento de todos eles) para o cumprimento da obrigação[214]. O devedor de alimentos que deve três meses e fica preso por um mês, sai da cadeia devendo quatro meses de alimentos, exatamente porque a privação corporal que suportou não gera satisfação do direito.

45.3. BENS QUE RESPONDEM PELA SATISFAÇÃO NA EXECUÇÃO

O art. 789 do Novo CPC tenta fixar, com redação rica em dubiedade e pobre em clareza, quais os bens que respondem dentro do patrimônio do responsável pela satisfação da dívida. O primeiro equívoco do dispositivo legal é indicar que os bens do devedor respondem, quando na realidade são os bens do responsável patrimonial que respondem pela satisfação da dívida. O problema maior, entretanto, é ausência de indicação clara do *momento presente*, única forma de determinar quais são os bens passados e futuros[215].

Considerando-se que o momento presente é o do surgimento da obrigação, restaria indevidamente "congelado" todo o patrimônio do responsável patrimonial, ainda que em valor muito superior ao da dívida. Não seria prudente a aquisição de bens do responsável patrimonial nessas condições, porque, mesmo mantendo-se em seu patrimônio bens suficientes para a satisfação da obrigação, aqueles que tivessem sido alienados no lapso temporal compreendido entre o surgimento da obrigação e da execução continuariam a responder pela dívida. A insegurança

generalizada nos negócios jurídicos e as dificuldades na transferência de patrimônio são razões suficientes para afastar esse entendimento.

Por outro lado, não é correto dar-se simplesmente como momento presente o de instauração da execução, excluindo-se da responsabilidade patrimonial todos os bens que existiam no patrimônio do obrigado à época do surgimento da obrigação e que no momento da execução já tenham sido transferidos. A razão é óbvia: bastaria ao obrigado dilapidar todo o seu patrimônio antes da execução, frustrando a satisfação do direito do credor. Esse entendimento, como claramente se nota, incentivaria as fraudes contra o credor, diminuindo ainda mais as expectativas de satisfação por meio da execução.

A melhor interpretação do texto legal é aquela que dá como momento inicial a ser considerado para fixação dos "bens presentes" o da instauração do processo executivo e para bens futuros aqueles que forem adquiridos durante o seu trâmite, não se excluindo, entretanto, "bens passados" alienados em fraude, quando então importará o momento em que foi contraída a obrigação. Fala-se, então, em *bens passados*, que não estão mais no patrimônio do executado no momento da propositura da demanda, mas que respondem ainda assim por suas obrigações, sempre que tiver ocorrido a alienação em fraude[216], além dos *bens futuros*, adquiridos após a constituição da dívida e mesmo após a propositura da execução. Outra forma de dizer exatamente o mesmo é entender-se por "bens presentes" aqueles existentes à época do surgimento da dívida e "bem futuros" todos os que forem

adquiridos até a satisfação do direito do credor, salvo os bens alienados nesse período sem fraude.

45.4. IMPENHORABILIDADE DE BENS

45.4.1. PATRIMÔNIO MÍNIMO E DIGNIDADE HUMANA

É indubitável que as regras de impenhorabilidade de determinados bens têm estreita ligação com a atual preocupação do legislador em criar freios à busca sem limites da satisfação do exequente na execução, mantendo-se a mínima dignidade humana do executado. Nem sempre, entretanto, foi assim. No direito romano a execução era extremamente violenta, permitindo-se a privação corporal e até mesmo a morte do devedor. A famosa Lei das XII Tábuas choca ao estabelecer que em determinadas condições seria possível “dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores”.

O próprio direito romano passou por uma tímida, mas nítida, humanização da execução a partir do momento em que passou a regular limites à atuação do exequente, em especial a limitação à morte e divisão do corpo do devedor[217]. Apesar de certos avanços, enquanto não abandonou a ideia de vingança privada o direito romano não conseguiu se desvincular do excesso nos meios executivos para a satisfação na execução.

A doutrina que enfrentou o tema é unânime em apontar que a *Lex Poetelia Papiria*, do ano 326 a.C., representou o início da transformação da responsabilidade pessoal para a patrimonial[218]. Passou-se a proibir a morte e o acorrentamento do devedor, a prever

de forma institucionalizada a satisfação do crédito mediante a prestação de trabalhos forçados; o que hoje em dia parece inaceitável à época representou grande avanço. A ideia de vingança privada, entretanto, ainda continuava fortemente arraigada na mentalidade romana da época.

É interessante notar que, mesmo dentro da responsabilidade patrimonial, que veio a se firmar mais concretamente no período clássico e pós-clássico do direito romano, houve uma evolução. Basta lembrar que a *bonorum venditio* representava uma execução universal e coletiva, na qual o devedor respondia por sua dívida com a integralidade de seu patrimônio, em procedimento muito parecido com a atual falência e insolvência civil.

A partir do advento do período clássico (com os novos institutos aí previstos), passou a incidir em alguns casos a limitação patrimonial, com o valor dos bens expropriados correspondente ao valor da dívida, o que se aproxima de nosso atual esquema de responsabilidade patrimonial.

É nessa fase do direito romano que se passa a notar os primeiros traços de preocupação do legislador com a preservação do mínimo necessário para a manutenção do devedor[219]. Ainda que de forma embrionária, percebe-se algo próximo à impenhorabilidade de certos bens como previsto atualmente.

Como se nota, a impenhorabilidade de bens é a última das medidas no trajeto percorrido pela “humanização da execução”. A garantia de que alguns bens jamais sejam objeto de expropriação judicial é a tentativa mais moderna do legislador de preservar a

pessoa do devedor, colocando-se nesses casos sua dignidade humana em patamar superior à satisfação do direito do exequente. É corrente na doutrina a afirmação de que razões de cunho humanitário levaram o legislador à criação da regra da impenhorabilidade de determinados bens. A preocupação em preservar o executado – e quando existente também sua família – fez com que o legislador passasse a prever formas de dispensar o mínimo necessário à sua sobrevivência digna.

45.4.2. AS HIPÓTESES ESPECÍFICAS DE IMPENHORABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O art. 833 do Novo CPC prevê o rol dos bens absolutamente impenhoráveis, entendidos como aqueles bens que em nenhuma hipótese responderão pela satisfação da dívida.

Apesar de entender o salário e demais vencimentos previstos no art. 833, IV, do Novo CPC como bens absolutamente impenhoráveis, o art. 833, § 2.º, do Novo CPC abre duas exceções ao permitir a penhora no tocante à execução de alimentos, em percentual que possibilite a subsistência do executado-alimentante[220] e no valor excedente a 50 salários mínimos mensais. Registre-se que por expressa previsão legal essa exceção à impenhorabilidade não depende da origem do direito de alimentos, aplicando-se àqueles derivados da relação familiar, de casamento ou união estável, verbas trabalhistas *lato sensu* e decorrentes de ato ilícito.

Também existe permissão para tal excepcional penhora no art. 14, § 3º, da Lei 4.717/1965 ao prever que na ação popular, quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por

desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado. Entendo que tal norma possa ser aplicável a todas as espécies de ação coletiva e não só na ação popular.

Também o art. 833, § 1.º, do Novo CPC abre exceção à regra de impenhorabilidade absoluta ao admitir a penhora em execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição. Sem previsão no Código de Processo Civil, mas na mesma situação está o bem de família, considerado absolutamente impenhorável ainda que excepcionalmente passível de penhora nas hipóteses legais (art. 3.º da Lei 8.009/1990).

Há dois entendimentos consolidados em Súmulas do Superior Tribunal de Justiça a respeito da impenhorabilidade do bem de família. Nos termos da Súmula 449, a vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora. Nos termos da Súmula 364, o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

No tocante ao bem de família, o Superior Tribunal de Justiça entende que, independentemente do valor do imóvel, a impenhorabilidade será mantida[221], o que é lamentável e não encontra qualquer justificativa à luz do princípio do patrimônio mínimo e da dignidade humana. Por outro lado, já decidiu que imóvel desocupado pode ser penhorado, ainda que seja o único do devedor[222].

O tema da renúncia da impenhorabilidade por ato processual é polêmico no Superior Tribunal de Justiça.

Há decisões que entendem que qualquer impenhorabilidade absoluta não pode ser objeto de renúncia, de forma que mesmo quando o próprio executado tiver indicado o bem à penhora poderá alegar posteriormente a impenhorabilidade para afastar a constrição judicial sobre o bem[223] e até mesmo para anular a alienação judicial em sede de embargos à arrematação.

Outro entendimento consagrado no tribunal é a possibilidade de renúncia, contanto que contemple patrimônio disponível e tenha sido indicado à penhora por livre decisão do executado, ressalvados os bens inalienáveis e os bens de família[224].

É mais tranquilo o entendimento quanto à não admissão da renúncia da proteção legal conferida ao bem de família[225], e justamente em razão dessa realidade o mesmo tribunal entende justificável a recusa do exequente a tal indicação[226].Mas mesmo nesse tema colhe-se decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não prestigiar o executado que agir em descompasso com o princípio *nemo venire contra factum proprium*, adotando comportamento contraditório, num momento ofertando o bem à penhora e, no instante seguinte, arguindo a impenhorabilidade do mesmo bem, o que evidencia a ausência de boa-fé[227]. Entendo que esse entendimento prestigia o art. 5º do Novo CPC.

45.4.2.1. Bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução (art. 833, I, do Novo CPC)

A penhora é ato preparatório da expropriação, de forma que não faz sentido permitir a penhora de um bem que não possa ser objeto de alienação ou adjudicação. A inalienabilidade pode ser

tanto *direta*, quando proveniente da lei, como ocorre com os bens fora de comércio e os bens públicos, como *indireta*, quando decorrente de um acordo de vontade entre as partes e eficaz perante terceiros, como ocorre com os bens doados ou alienados com cláusula de inalienabilidade, comuns em testamentos. Registre-se que, nesse caso, a cláusula não afasta a permissão de penhora sobre o bem na satisfação de dívidas do *de cujus*[228].

45.4.2.2. Móveis, pertences e utilidades domésticas (art. 833, II, do Novo CPC)

O tema versado pelo art. 833, II, do Novo CPC também é objeto de tratamento por outras normas legais, quais sejam os arts. 1.º, parágrafo único, e 2.º da Lei 8.009/1990.

Parece haver uma plena compatibilidade entre as normas, considerando-se a singeleza do dispositivo da Lei 8.009/1990, que não especifica quais são os móveis que guarnecem a casa que podem ser objeto de penhora. Apesar da utilização de critérios indeterminados, o dispositivo processual ora comentado busca uma maior determinação, evitando-se que bens de alto valor e que não correspondam a um "médio padrão de vida" sejam excluídos da penhora. Realmente a questão envolvendo a penhora de bens que guarnecem a residência é tormentosa, devendo ser saudada a tentativa do legislador de uma maior sistematização da matéria.

É temeroso o entendimento de alguns doutrinadores de que as restrições patrimoniais estabelecidas pelo Código de Processo Civil e leis extravagantes se prestam a garantir a manutenção do padrão de vida do executado[229]. Nada mais equivocado, já que é

absolutamente natural que o devedor, no cumprimento de sua obrigação – voluntário ou forçado –, sofra sensível diminuição patrimonial e por consequência algumas privações, que podem ser temporárias ou definitivas[230]. O que não se admite é a agressão demasiada à própria dignidade humana do executado, e tão somente isso.

O ponto de partida, portanto, não deve ser a manutenção da condição do executado, mas apenas a preservação de sua dignidade humana. Tal entendimento, entretanto, não torna menos tortuosa a escolha dos bens móveis encontrados em sua residência que podem ou não ser penhorados. O problema reside justamente no exato limite da legitimidade na impenhorabilidade de determinado bem[231]. Ainda que por meio de norma de conteúdo indeterminado, a nova redação do art. 833, II, do Novo CPC procura contribuir para a solução desse problema.

A jurisprudência atual, na interpretação do art. 1.º, parágrafo único, da Lei 8.009/1990 vem se inclinando a incluir entre os bens impenhoráveis aqueles que, apesar de não serem imprescindíveis ao funcionamento da residência, já que é plenamente possível a continuação da vida sem eles, mostram-se necessários ao lazer do executado[232]. A justificativa estaria na própria Constituição Federal, que em seu art. 6.º prevê o lazer como um direito social do cidadão.

O problema, entretanto, persiste. Ainda que se admita que o lazer do executado e de sua família deva ser preservado, presume-se que se trata do lazer mínimo, significando aquele normalmente desfrutado na maioria das residências. Dessa forma, são corretas as

decisões que excluem da penhorabilidade geladeira, fogão, televisões e aparelhos de som[233], desde que tais bens não se mostrem com a característica de suntuosidade, como televisores de tela plana que atingem valores estratosféricos ou ainda aparelhagem de som típica de casas noturnas, e não de residências. Diante de tais situações, e levando-se em conta o alto valor de tais bens, não resta dúvida de que a penhora deve ser realizada.

A situação se agrava quando se trazem à discussão outros bens, sobre os quais ainda não há posição pacificada nas decisões judiciais: videocassete, DVD, lava-louças, secadora, *freezer* etc. O que deve nortear o julgador nesses casos será sempre a garantia mínima de dignidade do executado, e não a manutenção de seu padrão de vida, já que o cumprimento de obrigações pode gerar – e inevitavelmente gera – certas privações e sacrifícios. Nesse sentido, parece fundamental a previsão legal quando se refere a um "padrão médio de vida", o que só pode significar o padrão médio de vida da sociedade brasileira, sujeitos passivos da aplicação normativa.

Objetivando contribuir com o tema, fonte de eterna insegurança, há interessante proposta doutrinária a respeito de dados objetivos que poderiam ser levados em conta na determinação de quais bens móveis que guarnecem o imóvel podem ser penhorados. Nesse entendimento, seria possível estabelecer uma "média nacional de conforto" representativa do padrão médio da sociedade brasileira, tomando-se por base as conclusões dos índices apontados pelo IBGE[234]. A proposta busca evitar que devedores mais abastados tenham proteção excessiva, com a manutenção de bens móveis que, embora incorporados ao seu dia adia, não passam

de um sonho distante para a grande maioria das famílias brasileiras.

45.4.2.3. Vestuários e pertencentes de uso pessoal (art. 833, III, do Novo CPC)

Quando o inciso III do art. 833 do Novo CPC consagra a impenhorabilidade de vestuários e de pertences de uso pessoal certamente se preocupa com as roupas e bens necessários à própria sobrevivência digna do devedor. Sem roupas, escova de dentes, produtos de higiene pessoal em geral etc., é realmente difícil garantir-se uma manutenção digna do devedor.

Sendo esse o propósito do legislador, não se deve interpretar literalmente o dispositivo legal, em especial quanto aos vestuários. Tudo aquilo que não for essencial à manutenção da dignidade mínima do devedor deve ser objeto de penhora para garantir o direito fundamental do credor à satisfação de seu crédito. Assim, acredito que sejam penhoráveis, por exemplo, casacos voltados a temperaturas extremas que só justificam sua utilização em viagens ao exterior. Realmente seria um exagero em foros de clima quente, como é a maioria das comarcas e seções judiciárias no Brasil, tal impenhorabilidade. Ou ainda roupas apropriadas a determinados esportes, como o esqui.

Mas não é só a manutenção de vida minimamente digna do devedor que deve ser preservada com a impenhorabilidade ora analisada. Também bens de uso pessoal que tenham valor sentimental devem ser preservados. Não se pode, por exemplo, negar que efetivamente exista, ao menos na maioria dos casos, um valor sentimental no anel de núpcias, sendo entendimento praticamente uníssono na doutrina que os laços afetivos

representados pelo anel nupcial e assemelhados, com as agradáveis lembranças que o mesmo traz, e ainda seu significado sentimental para o casal, sejam razões mais do que suficientes para a manutenção de sua impenhorabilidade. Assim, sendo mantidos os laços afetivos entre os contraentes do matrimônio, o anel de núpcias deve ser impenhorável[235]. Com um pouco de esforço é possível entender que o anel nupcial é um dos pertences de uso pessoal do executado, como é o relógio que coloca em seu pulso todo dia ao acordar. Dessa forma, desde que não seja um anel propositalmente cravado de diamantes ou outras pedras preciosas para criar uma artificial impenhorabilidade[236], será impenhorável.

O legislador foi feliz ao indicar que, sendo de elevado valor, tanto o vestuário como os pertences de uso pessoal deverão ser penhorados. É natural que essa análise caberá ao juiz no caso concreto, que deverá valer-se do princípio da razoabilidade para a determinação de quais bens podem ser penhorados, até porque mesmo sendo de elevado valor pode ser indispensável ao devedor. Basta imaginar um terno de marca famosa para o devedor que assim deve se vestir para o exercício de seu ofício.

45.4.2.4. Ganhos aptos a manter a subsistência do executado (art. 833, IV, do Novo CPC)

Apesar de o inciso IV do art. 833 do Novo CPC ser tradicionalmente lembrado como o dispositivo que proíbe a penhora do salário, a norma legal é bem mais ampla que isso, prevendo também a impenhorabilidade dos vencimentos, subsídios, soldos, remunerações, proventos da aposentadoria, pensões, pecúlios, montepios, as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e

destinadas aos sustento do devedor e de sua família, os ganhos do trabalhador autônomo e os honorários do profissional legal.

Vencimentos são todos os valores que compõem a remuneração do funcionário público, sendo, portanto, desnecessária a indicação individualizada do juiz de direito, que também é funcionário público. Soldos são os vencimentos dos militares, e salários incluem toda a remuneração advinda de uma relação empregatícia, abrangendo-se os adicionais, percentuais, participações, verbas em atraso etc.[237]

Também são impenhoráveis as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, bem como os ganhos do trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal. Na proteção do trabalhador autônomo e profissional liberal consagra-se a irrelevância da espécie de relação mantida pelo trabalhador para a obtenção de seus ganhos.

A justificativa para a impenhorabilidade prevista no dispositivo legal ora comentado reside justamente na natureza alimentar de tais verbas, donde a penhora e a futura expropriação significariam uma indevida invasão em direitos mínimos da dignidade do executado, interferindo diretamente em sua manutenção, no que tange às necessidades mínimas de habitação, transporte, alimentação, vestuário, educação, saúde etc.[238]

Registre-se, mais uma vez, o art. 833, § 2.º, do Novo CPC, que prevê a inaplicabilidade da impenhorabilidade tratada pelo inciso IV desse dispositivo legal para o pagamento das prestações

alimentícias, havendo decisão do Superior Tribunal de Justiça admitindo a penhora em execução de honorários advocatícios em razão de sua natureza alimentar[239]. O Superior Tribunal de Justiça entende que a excepcional penhorabilidade atinge também a gratificação de férias e natalina (décimo terceiro salário)[240].

Também deve ser lembrada como exceção a previsão contida no art. 14, § 3.º, da Lei 4.717/1965, que admite na ação popular que o réu condenado que perceber dos cofres públicos tenha desconto em sua folha de pagamento, se assim mais convier ao interesse público. Dependendo da disposição em se aceitar a ideia de microssistema coletivo, a norma poderá até mesmo ser aplicada a outras espécies de ação coletiva, como a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa.

Sempre critiquei de forma severa a impenhorabilidade de salários consagrada no art. 649, IV, do CPC/1973, que contrariava a realidade da maioria dos países civilizados, que, além da necessária preocupação com a sobrevivência digna do devedor, não se esquecem que salários de alto valor podem ser parcialmente penhorados sem sacrifício de sua subsistência digna. A impenhorabilidade absoluta dos salários, portanto, diante de situações em que um percentual de constrição não afetará a sobrevivência digna do devedor, era medida injusta e derivada de interpretação equivocada do princípio do patrimônio mínimo.

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo que tenha decisões que desconsiderem qualquer circunstância fática e limitem-se a aplicar a impenhorabilidade legal ora analisada, oferece interessantes

exemplos de flexibilização da rigidez legal. E assim o faz ao analisar no caso concreto a inexistência de ofensa à dignidade mínima do devedor na hipótese de penhora de percentual de seu salário.

No caso de restituição de imposto de renda, ainda que reconhecida sua natureza salarial, determina que se analise concretamente o destino dos valores recebidos; caso se mostrem indispensáveis ao pagamento de necessidades básicas do devedor, serão impenhoráveis, e caso se mostrem apenas um reforço financeiro, serão penhoráveis[241]. Em sentido aparentemente contrário, o mesmo tribunal já entendeu impenhoráveis verbas provenientes de rescisão de contrato de trabalho, ainda que alocadas em fundo de investimento[242], embora haja decisão em sentido oposto, admitindo a penhora nesse caso[243].

Os honorários advocatícios, ainda que tenham reconhecidamente natureza alimentar, já foram considerados pelo Superior Tribunal de Justiça passíveis de penhora quando a verba devida ao advogado ultrapassar o razoável para o seu sustento e de sua família[244].

Outra tese que encontra repercussão no Superior Tribunal de Justiça é a da penhorabilidade do saldo do salário não gasto pelo devedor no momento em que recebe o salário seguinte. Segundo esse entendimento, caso o provento de índole salarial se mostre, ao final do período – isto é, até o recebimento de novo provento de igual natureza –, superior ao custo necessário ao sustento do titular e de seus familiares, essa sobra perde o caráter alimentício e passa a

ser uma reserva ou economia, tornando-se, em princípio, penhorável[245].

Não é pacífico o tema, porque também existem decisões do mesmo tribunal que apontam a manutenção da natureza alimentar do salário mesmo quando aplicado em poupança ou qualquer outro fundo de investimento, como forma de o devedor se resguardar contra a inflação e se acautelar contra infortúnios[246].

Ainda que de inegável relevância para a efetividade da execução as exceções apontadas, as decisões do Superior Tribunal de Justiça que mais chamam a atenção são aquelas que admitem a penhora de percentual de salário com o fundamento de que a constrição não afetará a dignidade humana do devedor e que tal medida extrema decorre de obstáculos criados pelo próprio executado ao bom andamento da execução e consequente frustração da satisfação do direito do exequente[247].

Havendo expressa pactuação em contratos bancários, é possível o desconto por consignação de até 30% das verbas salariais, situação diversa da penhora de salário[248]. Há inclusive permissão de penhora nesse caso se, por falha, o valor não tiver sido retido pelo órgão pagador nem voluntariamente entregue ao credor pelo mutuário[249].

Poderia se alegar que, se uma instituição financeira pode se valer de parte do salário do devedor para satisfazer seu direito de crédito, com muito mais razão poderia o Estado-juiz determinar medida executiva no mesmo sentido.

Entendo que a analogia é imperfeita, porque, na hipótese do crédito consignado, o desconto decorre de um ato de vontade do devedor, que expressamente anui com tais descontos ao contrariar o empréstimo[250]. No caso de penhora de salário, o ato é impositivo, independentemente da vontade do devedor, o que parece definitivamente afastar as duas circunstâncias de forma a impedir uma interpretação por extensão. Naturalmente, entretanto, que, concordando o devedor com tal desconto, não há qualquer empecilho para a adoção de tal medida executiva no caso concreto[251].

Com relação ao tema há interessante novidade no art. 833, § 2º, do Novo CPC. A inovadora possibilidade de penhora de salários acima de 50 salários mínimos mensais vem de encontro à percepção já presente em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça de ser plenamente compatível tal espécie de penhora e a preservação do princípio do patrimônio mínimo. Assim se satisfaz o direito de crédito do exequente e preserva-se a dignidade humana do devedor.

Pode-se criticar o valor indicado pelo art. 833, § 2.º, do Novo CPC, afinal, são poucos devedores que recebem valor superior a 50 salários mínimos por mês. Ainda assim, é inegável o avanço da norma legal, que inclui o Brasil no rol dos países civilizados, tanto de tradição da *civil law* (por exemplo, Argentina, Uruguai, Chile, Portugal, Espanha, Alemanha e Itália), como da *common law* (por exemplo, Estados Unidos e Inglaterra). É um começo, que com o passar do tempo poderá ser aperfeiçoado.

Quem sabe num futuro próximo o Brasil possa caminhar para

uma penhorabilidade escalonada como a prevista na legislação processual espanhola, em sistema que me parece o mais adequado.

Na Espanha existe interessante disposição na *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que define uma progressão de percentagens dos vencimentos, determinando-se a penhora dependendo do valor do salário do executado[252]. O art. 607 cria um valor mínimo, absolutamente impenhorável, e a partir desse valor estabelece a possibilidade de penhora de 30 a 90%, dependendo da faixa em que se verifica o valor total dos vencimentos. Assim, por exemplo, um executado que ganhe um salário mínimo, possui a garantia de impenhorabilidade absoluta, mas aquele que ganha até dois salários mínimos, poderá ter penhorado 30% do valor que supere um salário mínimo, e outro devedor, que receba três salários mínimos, terá, com relação ao valor do "segundo" salário mínimo, a penhora de 30% e, com relação ao "terceiro" salário mínimo, a penhora de 50%.

O sistema leva em consideração a garantia mínima, já que torna absolutamente impenhorável um valor teto (claro que no Brasil seria irrisório fixar tal teto em tão somente um salário mínimo), e considera também o valor do salário e dos vencimentos, elevando a percentagem de penhorabilidade conforme o valor aumenta. Preserva-se, dessa forma, um mínimo para a sobrevivência do devedor, mas ao mesmo tempo entrega-se a prestação jurisdicional pleiteada pelo exequente. Todos os interesses são preservados, é claro que com certo sacrifício do devedor, o que é natural do processo executivo efetivo.

Técnica semelhante de escalonamento em faixas foi utilizada pelo Novo Código de Processo Civil para a fixação do valor de condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios.

Além da impenhorabilidade dos ganhos advindos do trabalho, o art. 833, IV, do Novo CPC prevê como impenhoráveis os proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o saldo de depósito em fundo de previdência privada complementar (PGBL) também é, ao menos em princípio, impenhorável[253].

45.4.2.5. Bens necessários ou úteis ao exercício profissional (art. 833, V, do Novo CPC)

Mais uma vez, a preocupação do legislador é com a manutenção de meios para que o executado possa continuar a viver com mínima dignidade humana. Retirar-lhe os meios pelos quais produz o resultado de seu trabalho seria o mesmo que impedi-lo de obter o necessário para sua manutenção. Ainda referente ao próprio sustento do executado, a preservação de tais bens em seu patrimônio permite que o mesmo continue com seu trabalho, recebendo naturalmente os proventos de tal atividade que, por consequência, o manterão vivendo com a dignidade humana que se procurou preservar com a norma. Além da necessária manutenção de instrumentos que gerem a receita mínima para a sobrevivência do executado, parte da doutrina aponta outro motivo para a preservação de tais bens em seu patrimônio: a realização pessoal[254].

Ainda que se admitam esses dois naturais reflexos na

manutenção de bens necessários ou úteis ao exercício da profissão no patrimônio do executado, deve-se mais uma vez atentar que a generalidade da previsão legal pode criar situações totalmente inapropriadas, com excessiva proteção do executado em injusto detrimento do exequente. Os problemas advêm da opção legislativa de não limitar a impenhorabilidade aos bens necessários, estendendo a limitação patrimonial também aos bens úteis ao exercício da atividade laborativa, ou seja, os instrumentos que ajudam, mas que sem eles o trabalho ainda poderia ser feito da mesma forma. Uma interpretação muito extensiva de tal utilidade poderá atentar até mesmo contra os motivos que levaram o legislador a criar tal proteção patrimonial[255].

É importante limitar a abrangência de referido dispositivo às pessoas físicas, e, quando muito, como faz o Superior Tribunal de Justiça, às microempresas e empresas de pequeno porte, sempre que a atividade destas se confundir com a do próprio sócio[256]. Essa é uma limitação que se faz necessária, sob pena de a norma beneficiar indevidamente pessoas jurídicas inadimplentes que não merecem tal proteção, levando-se em conta as motivações do legislador ao estabelecer tal limitação patrimonial.

Quanto ao problema de determinar quais os instrumentos necessários ou úteis que não devem ser penhorados, Araken de Assis fixa critérios objetivos para tal aferição. Seriam quatro os critérios: uso total, quantidade razoável, utilidade ou necessidade e trabalho pessoal[257].

Os instrumentos primeiramente devem ser utilizados no dia a

dia profissional do executado, e não apenas de forma esporádica e rara. A ideia está intimamente ligada à manutenção do trabalho nos moldes do realizado à época da penhora, e, sendo o instrumento muito raramente utilizado, não parece correto que, sendo valioso e podendo satisfazer o direito do exequente, fique alheio à penhora. Nesses casos, os bens valiosos e pouco utilizados deverão ser penhorados, já que representam bens supérfluos à continuação da atividade laborativa do executado[258].

Nessa situação encontram-se as bibliotecas de profissionais liberais, em especial aquelas de elevado valor e pouca utilidade na prática diária. Muitas vezes, a biblioteca mais serve para impressionar a conhecidos e à clientela ou, ainda, para mera satisfação pessoal, resultado não de uma necessidade premente na prática profissional, mas sim de compras feitas durante toda a carreira, ou algumas vezes até fruto de herança. Sem grande utilidade no dia a dia forense, parece admissível a sua penhora e futura expropriação[259]. É claro que se deve atentar para a profissão principal do profissional executado, não se podendo admitir a penhora no caso daquele profissional que, apesar de ser membro ativo da Ordem dos Advogados, reserva maior parte de seu tempo para a vida acadêmica. Esses verdadeiros professores, que produzem ciência e ensinam os iniciantes na matéria servem-se da biblioteca como forma direta de trabalho, não podendo nesse caso sofrer a penhora.

A quantidade razoável também deve ser levada em consideração, sendo inviável que a impenhorabilidade abranja uma série de bens do devedor quando este possuiu vários bens do

mesmo gênero. É o que ocorre, por exemplo, com taxista que tenha diversos carros e tenha formado uma frota, alugando alguns deles – todos na verdade que não estejam com ele – e recebendo pagamento de seus "empregados" por tal atividade[260]. Não resta dúvida de que nesse caso a impenhorabilidade deverá se limitar ao carro objeto de trabalho direto do executado.

Imagine-se ainda, de forma exemplificativa, um número excessivo de computadores, num escritório de advocacia, ou ainda um número de suplementos de escritório bem superior às necessidades básicas de trabalho (caixas de canetas esferográficas, papel, disquetes de computador, *toners* etc.)[261]. A lembrança que deve seguir o aplicador da norma é de que esta não foi feita para brindar excessos, e sim para manter o devedor com o mínimo necessário para que possa continuar seu trabalho, como forma de geração de riqueza e de ocupação.

Outro aspecto a ser levado em consideração é a imprescindível ligação entre os bens e a profissão exercida pelo devedor. Deve restar devidamente comprovado que a utilização de tais bens se presta à realização das tarefas compreendidas em seu trabalho, de forma direta. Assim, uma televisão ou um aparelho de som existente em escritório de advocacia ou consultório médico, geralmente voltados a momentos de lazer e relaxamento do profissional, devem ser normalmente penhorados, já que a sua ausência em absolutamente nada afetará seu exercício profissional. Trata-se na verdade de bem supérfluo, inexistente na avassaladora maioria dos escritórios e consultórios de profissionais liberais.

Por outro lado, deve-se também atentar que o trabalho deve ser o principal meio de sustento do devedor. A doutrina dá interessante exemplo de funcionário público que nas horas vagas exerce, como "bico", o ofício de músico, sendo que os valores obtidos como funcionário público já são suficientes para a manutenção de um bom padrão de vida. Faz a ressalva, entretanto, que quando os valores obtidos com a atividade paralela forem necessários para o seu sustento, os instrumentos de trabalho deverão restar impenhoráveis[262].

Parece que a limitação da responsabilidade patrimonial somente poderá atingir os bens adquiridos antes do surgimento da dívida, já que entendimento em sentido contrário significaria a criação de um porto seguro aos devedores na pretensão de livrar seus bens da constrição judicial. Sabendo-me devedor, adquiro mais alguns computadores para meu escritório, ou então compro diversos livros para minha biblioteca etc. Não parece que tal ato reste tipificado por nosso Código de Processo Civil como fraude à execução, mas seria absurdo retirar tais bens do âmbito da penhora, ainda que ao menos nesse momento se mostrem úteis ou até mesmo necessários para o trabalho do executado.

45.4.2.6. Seguro de vida (art. 833, VI, do Novo CPC)

O seguro de vida se presta a criar em favor do beneficiado um fundo alimentar, sendo decorrência dessa natureza a sua impenhorabilidade[263]. E nem se fale que essa impenhorabilidade prejudica os credores ao desfalcar o patrimônio do falecido, porque o seguro de vida não é herança, não chegando a fazer parte do patrimônio do *de cujus*[264].

45.4.2.7. Materiais necessários para obras em andamento (art. 833, VII, do Novo CPC)

A impenhorabilidade desse bem exige que o material já esteja afetado à obra, ou seja, que haja demonstração clara e inequívoca de que os materiais serão utilizados naquela obra. Existe exceção no próprio art. 833, VII, do Novo CPC, admitindo-se a penhora desse material sempre que a própria obra tenha sido objeto de penhora. Além disso, também se aplica ao dispositivo o art. 833, § 1.º, do Novo CPC, admitindo-se a penhora na execução de dívida contraída na própria aquisição do material.

45.4.2.8. Pequena propriedade rural trabalhada pela família (art. 833, VIII, do Novo CPC)

O problema para a aplicação do art. 833, VIII, do Novo CPC é a definição do que se deve entender por pequena propriedade, problema que não diz respeito propriamente ao Código de Processo Civil, mas à própria regulamentação da Constituição Federal.

A Constituição Federal em ao menos dois dispositivos refere-se expressamente à "pequena propriedade rural" – arts. 5.º, XXVI, e 185, I – sendo que ao menos em uma delas há previsão expressa de impenhorabilidade da pequena propriedade rural. A norma legal ora analisada é mais abrangente em termos de proteção ao executado do que a norma constitucional, visto que a única exigência para que a pequena propriedade rural seja impenhorável é que ela seja trabalhada pela família, pouco importando a natureza da dívida contraída pelo executado.

Segundo a Lei 8.629/1993, no seu art. 4.º, II, *a*, a pequena propriedade rural é a área compreendida entre um e quatro módulos

fiscais, sendo que o cálculo do módulo fiscal é definido pelo Incra, em cada município, tomando-se por base o art. 4.º do Decreto 84.685/1980. Por sua vez, o art. 4.º, II, da Lei 4.504/1964, prevê ser a "propriedade familiar" o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiros. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de afirmar que a primeira definição, dirigida a desapropriação para reforma agrária, é imprestável para determinar o alcance da impenhorabilidade ora analisada, preferindo adotar o conceito de "propriedade familiar"[265].

45.4.2.9. Recursos públicos ligados à aplicação compulsória em educação, saúde e assistência social (art. 833, IX, do Novo CPC)

O dispositivo legal ora comentado torna impenhoráveis os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social, o que demonstra uma escolha do legislador entre dois valores: o direito de satisfação do exequente e o direito coletivo de sujeitos indeterminados que serão favorecidos pela aplicação dos valores na área da educação, saúde ou assistência social.

Como se nota da própria literalidade do dispositivo legal, a escolha do legislador foi pelo prestígio do direito coletivo, já tendo o Superior Tribunal de Justiça a oportunidade de afirmar que essa restrição à responsabilidade patrimonial do devedor justifica-se em razão da prevalência do interesse coletivo em relação ao interesse

particular e visa garantir a efetiva aplicação dos recursos públicos nas atividades elencadas, afastando a possibilidade de sua destinação para a satisfação de execuções individuais promovidas por particulares[266].

O que certamente norteou o legislador nessa escolha foi a natureza dos recursos recebidos pela instituição privada e a obrigatoriedade de sua aplicação em importantes áreas, tais como a educação, saúde e assistência social. Ainda que esses valores estejam temporariamente em poder da instituição privada, o legislador levou em conta que essa instituição é meramente intermediária entre o governo e a população que precisa de seus serviços. Esse sistema criado pela nova visão de ajuda das instituições privadas em atender às demandas que deveriam ser cumpridas diretamente pelo Estado faz com que os valores que tenham esse fim não possam ser penhorados, sendo nesse sentido o dispositivo legal ora comentado.

45.4.2.10. Valores depositados em caderneta de poupança (art. 833, X, do Novo CPC)

Não feliz com a impenhorabilidade total de valores prevista no art. 833, IV, do Novo CPC, o legislador prevê no inciso X do mesmo diploma legal mais uma impenhorabilidade de valores, agora de forma relativa. Segundo esse dispositivo legal, o valor de até 40 salários-mínimos mantido em caderneta de poupança é impenhorável, o que cria uma estranha e injustificável proteção a uma espécie determinada de investimento financeiro, que, se não é o mais lucrativo entre todos os oferecidos no mercado atualmente, não passa de uma forma de fazer render dinheiro que não está sendo

utilizado naquele momento pelo poupador.

A opção do legislador parece ter atendido a interesses governamentais, considerando-se ser a poupança a forma de investimento mais vantajosa para o Estado na medida em que, no mínimo, 65% dos recursos captados devem ser direcionados para operações de financiamento habitacional, sendo 80% desse percentual em operações ligadas ao Sistema Financeiro da Habitação. A injustificável distinção consagrada pelo dispositivo ora analisado foi afastada pelo Superior Tribunal de Justiça ao decidir que a impenhorabilidade aproveita a qualquer reserva financeira existente[267].

É natural que, mantendo o devedor mais de uma poupança, a proteção limitar-se-á ao valor de 40 salários mínimos na soma de todas elas, e nunca individualmente, sob pena de a norma legal transformar-se em arma de devedores pouco afeitos ao cumprimento de suas obrigações[268]. E mesmo sem disposição expressa nesse sentido, a impenhorabilidade ora tratada é afastada para a satisfação de execução alimentar[269].

Nos termos do § 2º do art. 833 do Novo CPC, a impenhorabilidade ora analisada não se aplica na execução de alimentos, independentemente da origem da obrigação alimentar, bem como para importâncias excedentes a 50 salários mínimos mensais.

Quanto à possibilidade de penhora de valores inferiores a 40 salários mínimos mantidos em caderneta de poupança na execução

de alimentos não há qualquer dificuldade de compreensão, devendo o dispositivo ser interpretado no sentido de penhora integral do valor para o pagamento do crédito do alimentante.

A tranquilidade interpretativa, entretanto, não se estende à possibilidade de penhora na hipótese de o executado receber vencimentos *lato sensu* superiores a 50 salários mínimos mensais. Não fica clara a vontade do legislador nesse caso, mas para se dar efetividade ao dispositivo legal deve se entender que o devedor com altos vencimentos não precisa ter a garantia de impenhorabilidade de valores mantidos em conta poupança, que passariam a ser totalmente penhoráveis.

45.4.2.11. Recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político (art. 833, XI, do Novo CPC)

A impenhorabilidade prevista no inciso XI do art. 833 do Novo CPC adota o entendimento de que os recursos públicos recebidos pelos partidos políticos do fundo partidário não perdem a natureza pública, porque teoricamente são empregados para o funcionamento dos partidos políticos, organismos essenciais ao bom funcionamento do Estado democrático de Direito. Parece ser a mesma justificativa da impenhorabilidade prevista no art. 833, IX, do Novo CPC. A impenhorabilidade absoluta alcança, inclusive, valores que tenham origem nas atividades previstas no art. 44 da Lei 9.096/1995[270].

O sacrifício do credor seria justificado por vantagens à coletividade com o bom emprego dos valores existentes no fundo partidário. Evidentemente que em decorrência da notória “falência” dos partidos políticos em nosso país, que mais parecem um

agrupamento de aproveitadores e larápios sempre prontos para tungar o erário público, a impenhorabilidade pode não parecer muito simpática. Num país sério, seria plenamente justificável, mas o Brasil, definitivamente, não é um país sério.

45.4.2.12. Créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra (art. 833, XII, do Novo CPC)

O último inciso do art. 833 do Novo CPC busca proteger o direito dos consumidores que adquirem imóveis pelo regime de incorporação imobiliária. A incorporadora recebe os pagamentos para a execução e regularização da construção no Registro de Imóveis, sendo assim vinculados tais créditos a essas finalidades.

Diante dessa realidade, uma eventual penhora desse crédito levaria a interrupção da obra ou a inviabilidade de sua regularização, em detrimento dos interesses dos consumidores adquirentes que em nada contribuíram para a dívida exequenda da incorporadora.

45.5. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DE IMÓVEL SUBMETIDO AO REGIME DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

O direito real de superfície, regulamentado pelos arts. 1.369 a 1.377 do Código Civil é uma concessão – gratuita ou onerosa - atribuída pelo proprietário a outrem do direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura

pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

A partir do momento da constituição do direito de superfície passam a existir dois direitos reais sobre o imóvel, conforme bem apontado pelo Enunciado 321 do CJF: “Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um de seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel”.

O art. 791 do Novo CPC, que não tem correspondente no diploma processual revogado, trata da penhora sobre bem imóvel sujeito ao regime do direito de superfície, reafirmando a autonomia entre o direito de propriedade e o direito de superfície. No *caput* do dispositivo ora analisado está estabelecido que, se a execução tiver como objeto obrigação de que seja sujeito passivo o proprietário de terreno submetido ao regime do direito de superfície os atos de constrição devem se limitar à penhora do terreno, enquanto que, sendo o obrigado o superficiário, a penhora deve recair sobre a construção ou plantação.

O § 1.º do dispositivo prevê que os atos de constrição no caso analisado serão averbados separadamente na matrícula do imóvel, no Registro de Imóveis, com a identificação do executado, do valor do crédito e do objeto sobre o qual recai o gravame, devendo o Oficial destacar o bem que responde pela dívida, se o terreno ou a construção ou a plantação, de modo a assegurar a publicidade da responsabilidade patrimonial de cada um deles pelas dívidas e obrigações que a eles estão vinculadas. O objeto do dispositivo é

claramente individualizar a responsabilidade patrimonial do proprietário e do superficiário.

O § 2º do art. 791 do Novo CPC prevê que a responsabilidade patrimonial limitada ao titular do direito de propriedade e do direito de superfície, com o reconhecimento de sua autonomia, também se aplica à enfiteuse, à concessão de uso especial para fins de moradia e à concessão de direito real de uso. A premissa é a mesma: a autonomia desses direitos reais diante do direito de propriedade.

Dessa forma, sendo executado o proprietário, somente o terreno responderá pela satisfação do direito do exequente, enquanto que, sendo executado o titular dos direitos reais descritos no art. 791, § 2º do Novo CPC, somente esses direitos poderão ser penhorados.

45.6. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL SECUNDÁRIA

É o patrimônio do devedor que geralmente responde por sua dívida, mas em algumas situações específicas, mesmo aquele que não participou da relação de direito material obrigacional se vê responsável por sua satisfação. Seguindo as lições de Liebman, a doutrina nacional qualifica tal situação como “responsabilidade executória secundária”, prevista no art. 790 do Novo CPC. Dessa forma, a responsabilidade patrimonial do devedor é primária, enquanto nas situações previstas em lei, a responsabilidade do sujeito que não é obrigado (plano do direito material) é secundária[271].

45.6.1. BENS DO SUCESSOR A TÍTULO SINGULAR

Atualmente, o art. 790, I, do Novo CPC, além das ações fundadas em direito real, também tutela a "obrigação reipersecutória". Essa espécie de obrigação é objeto de um processo no qual se pleiteia a restituição de bens que estejam fora do patrimônio do autor, ou em poder de terceiros. Trata-se de ação que tende a pedir a restituição daquilo que é do autor ou do que é devido a ele, e se ache fora de seu patrimônio.

A redação do dispositivo legal, mantida pelo Novo Código de Processo Civil (art. 592, I, do CPC/1973), manteve as principais dúvidas referentes ao âmbito de sua aplicação, em especial, sobre qual seria a sua ligação com o art. 792, I, do Novo CPC, que considera fraude à execução a alienação ou oneração de bens quando sobre eles pender ação fundada em direito real ou pretensão reipersecutória.

Parcela doutrinária defende uma distinção temporal entre os dois dispositivos, entendendo que, havendo a alienação judicial durante a fase de conhecimento, se aplicará o art. 792, I, do Novo CPC, enquanto se a alienação ocorrer após a prolação da sentença, aplicar-se-á o art. 790, I, do Novo CPC[272]. Tal distinção parece gerar uma situação paradoxal, dado que, havendo a alienação após o reconhecimento da obrigação em sentença, parece clara também a ocorrência da fraude à execução, de forma que também a essa hipótese seria aplicável o art. 792, I, do Novo CPC[273].

Diante dessa crítica, parcela da doutrina busca uma distinção entre os dois dispositivos legais mencionados, afirmando que o art.

790, I, do Novo CPC deve ser aplicado exclusivamente ao sucessor a título singular por sucessão *causa mortis*, hipótese na qual notoriamente não se poderia falar em fraude à execução, sendo, portanto, inaplicável o art. 792, I, do Novo CPC. A divergência doutrinária, entretanto, não gera consequências práticas relevantes, porque, independentemente da tese adotada, todos concordam que a transferência do bem não impede a prática de atos executivos em favor do credor[274].

Crítica antiga na doutrina diz respeito à falsa impressão que o dispositivo legal transmite, qual seja a de que todo o patrimônio do terceiro adquirente do bem objeto da ação real ou obrigação reipersecutória responde pela dívida. A interpretação literal leva à falsa conclusão de que os bens do sucessor a título singular ficam sujeitos à execução, quando na realidade a responsabilidade patrimonial secundária desse terceiro estará limitada ao próprio bem que era objeto da demanda, jamais sendo crível que possa responder com outros bens de seu patrimônio[275].

45.6.2. BENS DO SÓCIO, NOS TERMOS DA LEI

A responsabilidade primária pelas dívidas da sociedade empresarial é naturalmente da própria sociedade, e somente de forma excepcional responderão seus sócios por tais dívidas com os seus próprios patrimônios. Tal aspecto é uma das consequências da personalidade jurídica própria da sociedade, que não se confunde com a de seus sócios. Segundo o art. 790, II, do Novo CPC, o sócio responde com o seu patrimônio pela satisfação da dívida da sociedade empresarial nos termos da lei, sendo possível encontrar em leis de diferentes naturezas essa responsabilidade secundária.

Nas leis societárias é possível a criação de regras que criem a responsabilidade patrimonial do sócio, existindo atualmente determinadas espécies de sociedade, nas quais o sócio responde com o seu patrimônio pelas dívidas da sociedade em qualquer situação de inadimplemento. É o caso da sociedade em nome coletivo (art. 1.039 do CC) e do sócio comanditado na sociedade em comandita simples (art. 1.045, *caput*, do CC). Ocorre, entretanto, que nesse caso não parece ser a responsabilidade dos sócios secundária, porque o texto legal é claro ao prever uma solidariedade passiva entre o sócio e a sociedade pelas dívidas contraídas por essa. Parece tratar-se, portanto, de *responsabilidade primária subsidiária*. O mesmo fenômeno verifica-se nas hipóteses de sociedade irregular e de sociedade de fato, nas quais a responsabilidade do sócio é solidária e ilimitada (art. 990 do CC)[276].

Outra situação em que o sócio poderá responder pelas dívidas da sociedade se dá quando ocorre a desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), consagrada nos arts. 50 do CC, 28 do CDC e em outras diversas normas presentes em legislação extravagante. Existem duas espécies de desconsideração da personalidade jurídica:

(a) teoria menor, que se dá pela simples prova de insolvência diante de tema referente ao direito ambiental (art. 4.º da Lei 9.605/1998) ou ao direito do consumidor (art. 28, § 5.º, da Lei 8.078/1990)[277];

(b) teoria maior, que exige o abuso de gestão, ou seja, quando a sociedade é utilizada como instrumento de fraude pelos sócios, referindo-se o art. 50 do CC expressamente a "desvio de finalidade ou confusão patrimonial"[278], não bastando, portanto, a mera inadimplência da pessoa jurídica[279].

O Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica entre empresas do mesmo grupo econômico[280], bem como a desconsideração da personalidade jurídica inversa[281], inclusive atribuindo legitimidade ativa para tal pedido à companhia prejudicada em sua meação pela fraude, ainda que na condição de sócia minoritária na sociedade empresarial[282]. São interessantes posicionamentos que partem da *ratio* das normas que consagram em nosso ordenamento a desconsideração da personalidade jurídica para empregá-la extensivamente.

Interessante também, notar que, uma vez realizada a desconsideração da personalidade jurídica, não haverá qualquer restrição de a execução contra os sócios ser limitada às suas quotas sociais, de forma que qualquer dos sócios poderá responder pela integralidade da dívida, independentemente de sua participação societária[283].

Qualquer que seja a razão para responsabilizar secundariamente o sócio, haverá a possibilidade do exercício do direito do *benefício de ordem* (art. 795, § 1.º, do Novo CPC), podendo o sócio indicar bens da sociedade para que respondam à satisfação da dívida antes que seus bens sejam atingidos.

A desconsideração da personalidade jurídica se desenvolve, ao menos em regra, por meio de incidente processual regulamentado pelos arts. 133 a 137 do Novo CPC e devidamente analisado no Capítulo 8, item 8.6.

45.6.3. BENS DO DEVEDOR, AINDA QUE EM PODER DE

TERCEIROS

Tal disposição é absolutamente desnecessária porque o local ou com quem estejam os bens não interfere na sua propriedade. Assim sendo, os bens permanecem no patrimônio do devedor, respondendo por suas obrigações, esteja onde estiver e com quem estiver[284]. Estando o bem penhorado no exercício de posse contratual legítima, como é o caso da locação, o adquirente do bem se sub-roga na posição do executado, devendo respeitar o contrato de locação até a sua extinção[285].

45.6.4. BENS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO, NOS CASOS EM QUE OS SEUS BENS PRÓPRIOS, RESERVADOS OU DE SUA MEAÇÃO, RESPONDEM PELA DÍVIDA

A primeira situação possível no tocante ao tema ora enfrentado é a constituição de dívida por ambos os cônjuges ou companheiros. Note-se que a constituição da dívida, fenômeno de direito material, antecede ao próprio processo, daí falar em parte em sentido material. Celebrado contrato por marido e mulher ou companheiros, e gerado o inadimplemento, são ambos devedores no plano material, e, como tais, ambos poderão ser demandados na ação competente para o ressarcimento do credor, tendo responsabilidade patrimonial primária.

Registre-se, nesse momento, a nova realidade trazida pelos arts. 1.643 e 1.644 do CC, normas criadoras de especial espécie de solidariedade entre os cônjuges, apontando para a *responsabilidade primária* daquele que, apesar de não fazer parte da relação de direito material, responde como se dela tivesse sido integrante.

Trata-se da dívida contraída para compra de coisas necessárias à economia doméstica ou de empréstimos para a aquisição de tais coisas. Nessas dívidas existe solidariedade entre os cônjuges, que têm no plano processual responsabilidade primária.

Sendo ambos os cônjuges ou companheiros devedores e tendo responsabilidade patrimonial primária, haverá uma similaridade entre os sujeitos da relação de direito material e os sujeitos da relação de direito processual, sendo dispensadas aos cônjuges ou companheiros as defesas típicas de parte (embargos à execução, exceção de não executividade, objeção de não executividade). Não é possível falar em embargos de terceiro, dada a condição de devedores (parte no sentido material) e executados (parte no sentido processual) de ambos os cônjuges[286].

Questão interessante pode ser suscitada quando o credor, apesar da inegável qualidade de parte em sentido material de ambos os cônjuges ou companheiros, deixa de colocar um deles no polo passivo da execução, uma vez que ao credor, diante de dívida solidária, é possível a escolha de quais devedores (ou devedor) pretende ver compondo o polo passivo. E nesse caso, somente figurando um dos cônjuges no polo passivo, que posição assumiria o outro diante da penhora de um bem imóvel, sendo imprescindível sua intimação?

Para determinada corrente doutrinária, o cônjuge ou companheiro não executado é um “terceiro”, pois, não tendo sido incluído pelo exequente no polo passivo da execução, não faz parte da relação jurídica processual, e, sendo uma mera intimação exigida

em razão da penhora – e não citação –, continua a ser considerado terceiro na relação processual, a par de sua condição de titular da relação de direito material[287]. Tal conclusão, entretanto, se mostra equivocada. O simples fato de o cônjuge ou companheiro ser parte no sentido material e, mais que isso, constar do título executivo, faz com que, apesar de não indicado na petição inicial da execução, ao ingressar na demanda, o faça como parte, e jamais como terceiro, qualidade incompatível com a sua presença na relação de direito material, consolidada no título executivo[288].

Uma vez contraída a dívida apenas por um dos cônjuges ou um dos companheiros, somente ele será o devedor e terá legitimidade para figurar no polo passivo da execução[289]. É curioso que, ainda que o outro cônjuge ou companheiro não seja parte no sentido material, pode perfeitamente ser parte no campo processual, bastando para tanto que o exequente o inclua no polo passivo da execução. Evidentemente que a não participação do cônjuge ou companheiro no endividamento no plano material lhe retira a legitimidade de figurar como executado numa ação judicial, mas o simples fato de ter sido acionado já o torna parte no sentido processual. Parte ilegítima, mas ainda assim parte.

Não é isso, entretanto, o que rotineiramente acontece, considerando que nesses casos o credor, atento à relação de direito material, ingressa com demanda executiva contra o cônjuge ou companheiro que deve ser considerado parte no sentido material e parte legítima no sentido processual. Os problemas começam a surgir a partir do momento em que um bem imóvel do casal é penhorado, já que nesse caso se deve aplicar o previsto no art. 842

do Novo CPC, que exige a intimação do cônjuge não devedor.

Há corrente doutrinária que defende o entendimento de que nada pode ser pedido contra o cônjuge ou companheiro meramente intimado, pois ele não se torna parte na demanda[290], servindo a intimação somente para permitir eventuais reações desse terceiro. Sua legitimidade para embargar à execução com a alegação de matérias típicas de devedor decorre da especial natureza da relação jurídica que envolve os cônjuges ou companheiros. A ideia é de que a derrota do cônjuge executado influenciará negativamente de forma tão profunda a família que, para evitar essa geração certa e inevitável de efeitos maléficos, permite a lei que o cônjuge ou companheiro não devedor, mesmo não sendo parte e não defendendo direito próprio, possa auxiliar o cônjuge executado, evitando assim sua derrota e os efeitos maléficos sobre a condição primeiramente dele, e depois, por via reflexa, de toda a entidade familiar[291]. E, sendo terceiro, naturalmente tem legitimidade também para os embargos de terceiro.

Já tive a oportunidade de defender esse entendimento, mas em reflexões posteriores percebi meu equívoco. Parece mais acertada a parcela doutrinária que defende que com a intimação prevista no art. 842 do Novo CPC – que para alguns inclusive se trata de citação – o cônjuge ou companheiro passa a ser parte no processo de execução, numa espécie de litisconsorte ulterior[292], daí advindo sua legitimidade extraordinária (defenderá em nome próprio o interesse do outro cônjuge) para ingressar com embargos do devedor[293]. A legitimidade desse cônjuge ou companheiro não devedor de também ingressar com embargos de terceiro decorre da

especial situação criada com sua intimação, por meio da qual o cônjuge torna-se simultaneamente parte e terceiro, justificando-se esse duplo papel nos diferentes títulos jurídicos que fundamentam sua dupla atuação no processo[294]. Apesar de parte na execução, sua legitimação extraordinária não permite que seus bens sejam afetados pela demanda, o que legitima o ingresso de embargos de terceiro (art. 674, § 2º, I, do Novo CPC).

É pacífica a doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao entendimento de que o cônjuge ou companheiro não devedor tem legitimidade para os embargos à execução e embargos de terceiro, o que parece confirmar o entendimento de condição simultânea de parte e terceiro desse sujeito[295]. Apesar de poder ingressar com embargos à execução e embargos de terceiro, tanto os prazos como as matérias de cada uma dessas ações devem ser respeitados[296]. Os embargos à execução devem ser opostos no prazo de 15 dias da juntada do mandado de citação cumprido aos autos, cabendo ao cônjuge ou companheiro não devedor alegar as matérias típicas de defesa do executado (arts. 917 do Novo CPC), enquanto os embargos de terceiro poderão ser interpostos até cinco dias após a arrematação, adjudicação ou remição (art. 675 do Novo CPC), versando exclusivamente sobre a proteção da meação.

Nos embargos de terceiro será discutida a responsabilidade secundária do cônjuge ou companheiro não devedor, que existirá sempre que o produto da dívida tiver beneficiado o casal ou a família. Caso reste comprovado que não houve tal benefício, o cônjuge não devedor não terá responsabilidade patrimonial, preservando, assim, sua meação. Não que essa proteção signifique

que a penhora será retirada sobre 50% ideal do imóvel, o que manteria sua propriedade sobre essa fração ideal do imóvel.

Segundo o art. 843 do Novo CPC, havendo penhora de bem indivisível, o bem será inteiramente alienado, mesmo que pertença a devedor casado ou em união estável ou exista coproprietário não devedor. Trata-se de uma sensível inovação, porque, nos termos da nova regra, qualquer coproprietário que não seja devedor não terá como excluir da constrição judicial e futura expropriação sua cota-parte do imóvel.

Há duas razões para a existência dessa regra: (a) a notória dificuldade de se alienarem judicialmente cotas-partes de imóveis; (b) a constituição de um condomínio forçado entre o adquirente da cota e o coproprietário não devedor, que fatalmente será resolvido por uma ação de dissolução de condomínio[297].

É certamente a segunda razão que motivou o legislador a ampliar a regra além das pessoas casadas, atingindo quaisquer coproprietários. Como a ação de dissolução de propriedade resulta na alienação do bem, com a entrega de valores correspondentes às cotas-partes para cada coproprietário, o legislador imaginou poupar todo esse esforço com a alienação integral do bem penhorado.

As novidades, entretanto, não param por aí. Segundo o art. 843, § 2.º, do Novo CPC, não se admitirá a expropriação do bem por preço inferior ao da avaliação que não seja capaz de garantir ao coproprietário ou cônjuge “alheio” (não devedor nem responsável patrimonial) o correspondente à sua cota-parte calculado sobre o valor da avaliação.

A única interpretação possível do dispositivo legal é de que o coproprietário não devedor e o cônjuge ou companheiro não devedor nem responsável patrimonial secundário têm direito a receber sua cota-parte tomando por base o valor da avaliação do bem, e não o valor da expropriação. E, caso a expropriação não atinja sequer o valor que deve ser entregue a esses sujeitos, não deverá ser realizada.

Não é preciso muito esforço para compreender que a regra busca proteger os sujeitos descritos no *caput* do art. 843 do Novo CPC, considerando que ter a quantia a que tem direito calculado com base no valor da expropriação invariavelmente acarreta perda patrimonial, reputando ser, em regra, esse valor inferior ao da avaliação. O problema óbvio é que essa proteção se dará à custa do credor, que deixará de receber metade do valor da expropriação, tendo seu crédito satisfeito apenas com o saldo.

Entendo, inclusive, que nesse caso os 50% do valor da avaliação é o menor valor permitido para a alienação judicial, porque se o imóvel for alienado por valor inferior, além de o credor nada receber, o coproprietário não devedor ou o cônjuge não responsável ficará com menos de 50% do valor da avaliação, em flagrante desrespeito ao art. 843, § 2º, do Novo CPC.

O Superior Tribunal de Justiça entende que o ônus da prova dos beneficiados pelo produto da dívida é do credor, salvo na hipótese de aval concedido pelo cônjuge devedor, hipótese na qual caberá ao cônjuge não devedor demonstrar que a dívida não reverteu em benefício do casal ou da família[298].

Apesar dessa nítida distinção – procedimental e material – entre as duas espécies de embargos (execução e de terceiro), admite-se, com fundamento nos princípios da *economia processual* e da *instrumentalidade das formas*, o uso de um embargo por outro, desde que respeitados os requisitos formais. Dessa forma, nenhum impedimento haverá ao cônjuge ou companheiro não devedor em alegar em sede de embargos à execução a defesa da meação[299].

45.6.5. BENS ALIENADOS OU GRAVADOS COM ÔNUS REAL EM FRAUDE DE EXECUÇÃO

O art. 790, V, do Novo CPC prevê hipótese de fraude à execução, espécie de fraude patrimonial.

45.6.6. BENS CUJA ALIENAÇÃO OU GRAVAÇÃO COM ÔNUS REAL TENHA SIDO ANULADA EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO, EM AÇÃO AUTÔNOMA, DE FRAUDE CONTRA CREDORES

No inciso VI do art. 790 do Novo CPC vem a previsão da sujeição de bens cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores. Como se pode notar do dispositivo legal, o legislador consagra o entendimento de ser o ato de fraude contra credores anulável, preferindo parcela da doutrina que defende o previsto no Código Civil[300] em detrimento de outra corrente doutrinária que entende ser o ato ineficaz[301]. O tema é desenvolvido no Capítulo 45, item 45.7.1.

Justamente em razão da tomada de posição na polêmica a respeito da natureza do vício do ato praticado em fraude contra credores é curiosa a previsão do art. 790, VI, do Novo CPC. Sendo

o ato anulado o bem retorna ao patrimônio do devedor, de forma que passa a responder por suas obrigações, mas não por meio de responsabilidade secundária, já que o responsável patrimonial nesse caso é o devedor. O dispositivo só teria sentido se o ato fosse considerado ineficaz, porque nesse caso o bem de propriedade do adquirente, que obviamente não é devedor, responderia pelas obrigações deste.

45.6.7. BENS DO RESPONSÁVEL, NOS CASOS DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Nos termos do art. 790, VII, do Novo CPC, é responsável secundário o responsável pela dívida da sociedade empresarial na hipótese da desconsideração de sua personalidade jurídica.

O art. 137 do Novo CPC prevê que, sendo acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente. Como se pode notar do dispositivo legal, somente após o acolhimento do pedido de desconsideração haverá fraude à execução, em previsão que aparentemente contraria o disposto no art. 792, § 3.º, do Novo CPC, que estabelece haver fraude à execução nos casos de desconsideração da personalidade jurídica a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

Essa contrariedade foi minha primeira impressão, mas numa análise mais cuidadosa entendo viável a convivência dos dois dispositivos legais. Para tanto deve se entender que o art. 137 do Novo CPC não prevê o termo inicial da fraude à execução, limitando-se a afirmar que somente haverá tal espécie de fraude se o pedido de desconsideração for acolhido. A questão do termo

inicial de tal fraude, portanto, seria resolvida exclusivamente pelo § 3º do art. 792 do Novo CPC.

E esse dispositivo não parece ter fixado o termo inicial mais adequado ao prever que haverá fraude à execução a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar. Não se trata, portanto, da citação dos "réus" no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim do demandado originário[302].

O que, entretanto, não parece o mais correto, porque nesse caso cria-se uma presunção absoluta de ciência dos sujeitos que serão atingidos pela desconsideração da personalidade jurídica que não deveria existir. A norma protege o credor, mas deixa o terceiro em grande risco, bastando pensar na hipótese de um terceiro adquirir um imóvel sem qualquer gravame, de vendedor sem qualquer restrição, mas que venha muito tempo depois a ser atingido pela desconsideração da personalidade jurídica. É realmente legítimo falar-se nesse caso de fraude à execução?

O legislador teria sido mais técnico se tivesse se aproveitado do disposto no art. 134, § 1º, do Novo CPC, que prevê a comunicação da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica ao distribuidor para as anotações devidas. Nesse momento os nomes dos sujeitos que poderão ser afetados pela desconsideração se tornarão públicos, sendo esse o momento mais adequado para se configurar a fraude à execução. Infelizmente, entretanto, não foi essa a opção do legislador.

De qualquer forma, pode surgir questionamento a respeito da necessidade desse dispositivo legal já que a responsabilidade

patrimonial do sócio já está consagrada no art. 790, II, do Novo CPC (cópia do art. 592, II, do CPC/1973). Entendo que o dispositivo foi criado visando às espécies atípicas de desconsideração da personalidade jurídica criadas pelo Superior Tribunal de Justiça, porque tanto na desconsideração entre sociedades do mesmo grupo econômico como na desconsideração inversa a responsabilidade patrimonial secundária não é do sócio, não sendo tais situações, portanto, contempladas no inciso II do art. 790 do Novo CPC.

Outra interpretação possível é deixar que o inciso II do art. 790 do Novo CPC cuide de toda responsabilidade patrimonial de sócio que não derive da desconsideração da personalidade jurídica, enquanto o inciso VI do mesmo dispositivo cuidaria de todas as espécies de desconsideração da personalidade jurídica[303]. É viável, e quem sabe para aqueles que estudarão somente o novo diploma processual, sem se preocupar com o passado, parece até a solução mais lógica. Mas será o reconhecimento tácito de que durante toda a vigência do CPC/1973 não havia regra de responsabilidade patrimonial secundária de sócio em razão da desconsideração da personalidade jurídica.

45.7. FRAUDES DO DEVEDOR

As chamadas fraudes do devedor são divididas em duas espécies:

(a) fraude contra credores;

(b) fraude à execução.

45.7.1. FRAUDE CONTRA CREDORES

O instituto da fraude contra credores é regulamentado por normas previstas no Código Civil (arts. 158 a 165 do CC), mas em razão de seus reflexos processuais na definição da responsabilidade patrimonial será brevemente analisado.

Para que se configure a fraude contra credores, dois requisitos são exigidos: um de caráter objetivo, qual seja que a alienação tenha conduzido a uma diminuição patrimonial do devedor que tenha piorado ou criado um estado de insolvência (*eventus damni*); e outro de caráter subjetivo, ligado à intenção do devedor de provocar sua redução patrimonial até o estado de insolvência (*consilium fraudis*). Quanto a esse segundo requisito, quando o ato for praticado a título gratuito, o intuito fraudulento presume-se de forma absoluta. Já nos casos de atos onerosos é preciso demonstrar que o devedor tinha ao menos o potencial conhecimento de que seu ato o levaria à insolvência (não é necessária a intenção deliberada de fraudar) e que o terceiro adquirente tinha conhecimento – efetivo ou presumido – de que a alienação levaria o alienante a esse estado[304].

É interessante observar que, nos termos do art. 158, *caput*, do CC, somente o devedor pode praticar atos de fraude contra credores, de forma que a alienação que vela ou acentua a insolvência do alienante só se constitui fraude se realizada após o inadimplemento da obrigação. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, tem entendimento de que a fraude pode ser reconhecida mesmo antes do inadimplemento, com a relativização da anterioridade do crédito quando ela se mostrar predeterminada em

detrimento de futuros credores[305].

É bastante discutida em sede doutrinária a natureza do vício do ato praticado em fraude contra credores. Para a doutrina civilista mais antiga[306], e mesmo para parcela da doutrina processualista[307], seguindo a disposição do Código Civil (arts. 158, 159, 165 e 171, II, do CC), o ato é anulável, de forma que a sentença de procedência na ação pauliana desconstitui o negócio jurídico, com o retorno do bem ao patrimônio do devedor fraudador. Sugere a mesma conclusão o art. 790, VI, do Novo CPC ao prever que são sujeitos à execução os bens cuja alienação ou oneração real tenha sido anulada em razão da fraude contra credores.

Para outros, o ato é válido, porém inoponível ao credor, o que significa dizer que não gera efeitos relativamente a ele (ineficácia parcial), a exemplo do que ocorre na fraude à execução, sendo essa a corrente de processualistas[308], com adeptos entre os civilistas[309].

A discussão não é meramente acadêmica, tendo importantes efeitos práticos. Na realidade, o reconhecimento de que o ato praticado em fraude contra credores é parcialmente ineficaz e não anulável impede algumas injustiças práticas incompreensíveis e não desejáveis.

Considerando ser o ato de alienação anulável, a sentença da ação pauliana desfaz por completo o ato jurídico celebrado entre o devedor e terceiro, e como consequência o bem retorna ao patrimônio do devedor, servindo, portanto, não só de garantia para a dívida do autor da ação pauliana, mas de qualquer outro credor,

mesmo aqueles que não sofreram qualquer espécie de fraude[310]. Ademais, uma vez expropriado o bem e obtido valor superior ao da dívida, o saldo remanescente é devolvido ao devedor, já que o terceiro adquirente não tem nenhum direito a esse valor em razão da anulação da transmissão do bem. Tratando-se de anulação de ato jurídico, exige-se a formação de litisconsórcio necessário entre os contratantes (devedor e terceiro) na ação pauliana (ou revocatória)[311].

Por outro lado, entendendo ser válido o ato praticado em fraude contra credores, mas ineficaz perante o credor que obtém sentença favorável na ação revocatória (ou pauliana), o devedor não pode de maneira nenhuma ser favorecido por tal sentença. Dessa forma, mantém-se a validade do negócio jurídico entre o devedor e o terceiro adquirente, mas sem nenhuma eficácia perante o credor, que poderá, após tal sentença, invadir o patrimônio do terceiro para satisfazer seu direito. Gerando somente ineficácia, e não anulação, o bem não retorna ao patrimônio do devedor, sendo, portanto, o credor autor da ação pauliana o único beneficiado com a decisão. Na hipótese de o valor da expropriação ser superior ao da dívida, a quantia remanescente deverá ser entregue ao terceiro adquirente, e não ao devedor, já que entre eles o negócio jurídico mantém-se válido e eficaz[312]. O polo passivo da ação pauliana, com a adoção desse entendimento, será formado exclusivamente pelo devedor, não havendo nenhum interesse do terceiro em tal decisão[313].

O Superior Tribunal de Justiça parece estar atento aos problemas derivados da anulação do ato cometido em fraude contra credores, posicionando-se contra a previsão expressa do Código

Civil a respeito do tema para decidir que a ação pauliana tem como objetivo a declaração de ineficácia do ato fraudulento[314]. E há outro posicionamento, ainda não preparado para desconsiderar a previsão expressa do Código Civil de que o ato é anulável, mas preocupado com as repercussões práticas de tal solução. Dessa forma, a Corte já teve oportunidade de decidir que o ato é anulável, mas a invalidade só aproveita ao credor que for autor da ação pauliana. Se academicamente a solução é salomônica, ao menos o problema prático mais sério estará equacionado[315].

Não se admite o reconhecimento de fraude contra credores incidentalmente em outros processos, inclusive em sede de embargos de terceiro[316], sendo indispensável a propositura de uma ação específica para esse fim. Nesse sentido, o art. 790, VI, do Novo CPC exige ação autônoma para a anulação do ato cometido em fraude contra credores. Trata-se da chamada ação pauliana ou revocatória, sendo a ação adequada para o credor que pretende se desincumbir do ônus de provar a ocorrência do *consilium fraudis* e do *eventus damni*[317]. Como bem asseverado pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo que o bem alienado em fraude seja imóvel, a ação pauliana será sempre ação pessoal, dada sua natureza anulatória do negócio jurídico[318].

Aspecto também controvertido na doutrina diz respeito à natureza da sentença de procedência proferida na ação pauliana (a de improcedência, como todas, será declaratória negativa). Para aqueles doutrinadores que defendem ser o ato de fraude contra credores anulável, a sentença será constitutiva negativa, tendo como

efeito principal a criação de uma nova situação jurídica em consequência da desconstituição do ato jurídico fraudulento.

Já para os doutrinadores que defendem ser o ato ineficaz em relação ao credor, existe corrente doutrinária que entende ter a sentença natureza meramente declaratória, não havendo modificação da situação jurídica entre as partes, mas uma mera novidade no plano processual, passando a ser possível a realização da penhora após a declaração da ineficácia. Para essa corrente doutrinária, o efeito previsto em lei de penhorabilidade de bens não é o suficiente para a configuração da sentença como constitutiva[319]. Outra parcela doutrinária entende tratar-se de sentença constitutiva com a justificativa de que com o retorno do bem alienado ao âmbito da responsabilidade patrimonial do alienante-devedor estar-se-ia criando uma nova situação jurídica[320].

45.7.2. FRAUDE À EXECUÇÃO

Enquanto a fraude contra credores é instituto tratado pelo Código Civil, sendo o único prejudicado pelo ato fraudulento o credor, a fraude à execução – criação tipicamente nacional – é instituto tratado pelo Código de Processo Civil. Trata-se de espécie de ato fraudulento que, além de gerar prejuízo ao credor, atenta contra o próprio Poder Judiciário, dado que tenta levar um processo já instaurado à inutilidade. Assim, o ato fraudulento prejudica por um lado o credor, e por outro a própria função jurisdicional do Estado-juiz[321], sendo tal ato considerado atentatório à dignidade da justiça e apenado, nas execuções por quantia certa, com uma multa que pode atingir até 20% do valor do débito exequendo (arts. 774, I e parágrafo único, do Novo CPC).

Somente haverá fraude à execução se a alienação tiver sido realizada pelo devedor, não se constituindo tal espécie de fraude na alienação judicial do bem[322]. Também não há fraude à execução na alienação de bem impenhorável[323], porque nesse caso mesmo tendo o devedor patrimônio suficiente para responder pela dívida, a impenhorabilidade impede que o bem seja utilizado para tal finalidade, de forma que sua alienação não frustrará qualquer direito de satisfação do credor.

A doutrina nesse ponto é pacífica em aceitar que o ato cometido em fraude à execução é válido, porém ineficaz perante o credor, ou seja, o ato não lhe é oponível, sendo nesse sentido o § 1º do art. 792 do Novo CPC. Faltou dizer que a oneração também. Na realidade, o melhor teria sido dizer que o ato praticado em fraude à execução é ineficaz.

Não é necessário o ingresso de qualquer ação judicial por parte do credor (como ocorre no caso de fraude contra credores), bastando uma mera petição no processo já pendente para que o juiz reconheça a fraude[324]. A exceção fica por conta de alegação de fraude à execução após a alienação judicial do bem, quando será necessário o ingresso de ação anulatória, inclusive com a formação de litisconsórcio necessário entre o adquirente e as partes do processo no qual ocorreu a alienação judicial[325].

Doutrina minoritária defende a exigibilidade de uma sentença transitada em julgado em processo de conhecimento com ampla possibilidade de defesa do terceiro adquirente e do devedor alienante, única forma de preservação do devido processo legal[326].

Parece mais adequado entender que o contraditório se estabelece incidentalmente, exigindo-se a oitiva do terceiro adquirente antes de acolhida a alegação de fraude à execução[327].

Contrariando o que atualmente ocorre na praxe forense, o § 4.º do art. 792 do Novo CPC prevê que, antes de ser declarada a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 dias.

A praxe forense mostra que o juiz não intima o terceiro da alegação de fraude à execução, em posição que encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[328], primeiro acolhendo o pedido e determinando a penhora do bem para somente depois intimá-lo do ato de constrição de judicial, abrindo-lhe a oportunidade de ingressar com embargos de terceiro.

Parece não haver dúvida de que a nova disciplina afasta o contraditório diferido utilizado atualmente. Segundo o dispositivo, o terceiro é intimado do pedido do exequente, podendo ingressar com embargos de terceiro em 15 dias. Concluo que o terceiro não pode simplesmente se manifestar nos autos, devendo ingressar com embargos de terceiro preventivo. Pela lógica do sistema, o juiz não pode determinar a penhora do bem antes do prazo de 15 dias, nem durante o trâmite dos embargos de terceiro.

E é justamente nesse ponto que a regra não parece ser a mais adequada, postergando em demasia o ato de constrição judicial. Nesse caso parece ser um exagero exigir o contraditório tradicional, ainda mais quando a reação do demandado se desenvolve por meio de uma ação incidental (embargos de terceiro).

Questão relevante que deve ser enfrentada é a consequência de o terceiro não ingressar com os embargos de terceiro no prazo de 15 dias previsto pelo art. 792, § 4º, do Novo CPC. Acredito que o prazo se preste apenas a permitir ao terceiro evitar a constrição judicial enquanto se defende da alegação de ter praticado ato em fraude à execução. Significa dizer que o prazo previsto no art. 675, *caput*, do Novo CPC não é afastado nesse caso, podendo o terceiro se valer de tal prazo, bem mais extenso, caso não tenha ingressado com os embargos de terceiro preventivos para evitar o ato de constrição judicial[329].

Importante característica da fraude à execução é a dispensa de prova do elemento subjetivo do *consilium fraudis*, pouco importando se havia ciência ou não de que o ato levaria o devedor à insolvência. A intenção fraudulenta nesse caso é presumida, sendo irrelevante para os fins de configuração da fraude se o ato é real ou simulado, de boa ou má-fé[330]. A prova do *eventus damni*, evidentemente, é indispensável[331].

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, entende que o terceiro adquirente de boa-fé deve ser protegido, não havendo ineficácia no ato praticado em fraude à execução se o adquirente demonstrar sua boa-fé no negócio jurídico[332]. Dessa forma, apesar de tal dispensa, para considerar ineficazes os atos de disposição ou oneração, exige-se que o adquirente saiba da existência da ação ou apresente razões que demonstrem ser impossível ignorá-la, tais como o registro da ação perante o cartório de imóveis, ampla divulgação na imprensa etc.[333]

O entendimento encontra-se consagrado pela Súmula 375/STJ, que estabelece que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente, cabendo ao credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha ciência de que havia a constrição ou demanda contra o vendedor capaz de levá-lo à insolvência.[334] Prestigiou-se nesse entendimento sumulado a milenar parêmia de que a boa-fé se presume e a má-fé se prova[335].

Apesar de o entendimento consagrado no verbete sumular mencionar apenas o registro da penhora, o que efetivamente interessa é a eficácia *erga omnes* gerada pela inclusão da existência do processo ou da situação do bem em algum registro. Assim, além do registro da penhora, também as averbações e registros previstas nos três primeiros incisos do art. 792 do Novo CPC. E também o protesto da sentença previsto no art. 517 do Novo CPC.

Entendo que o entendimento está parcialmente superado pela previsão contida no § 2º do art. 792 do Novo CPC. A questão é apenas definir a abrangência dessa superação parcial. Nos termos do dispositivo legal mencionado, no caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor.

O sentido a ser dado a “bem não sujeito a registro” definirá a abrangência do dispositivo legal. Se for considerado sob uma ótica abstrata, significará bens que nunca poderão ser objeto de registro, simplesmente porque não existe cadastro daquela espécie de bem,

como ocorre com a maioria dos bens móveis. Nesse caso pouco importará se o bem já está penhorado. Se for considerado sob uma ótica concreta, significará, além dos bens impossíveis de serem registrados por ausência de cadastro, aqueles bens que poderiam ser registrados, mas que no caso concreto não podem pela simples razão de não terem ainda sido penhorados. Nesse caso o exequente só teria o ônus da prova se por descaso – ou qualquer outro motivo – tiver deixado de registrar a penhora.

Em minha percepção, o termo deve ser interpretado sob a ótica concreta, porque a premissa da distribuição do ônus da prova da boa ou má-fé do terceiro que pratica ato em fraude à execução ser do exequente ou do terceiro independe da espécie de bem, mas sim de sua penhora ter sido registrada ou, ainda, quando possível, ter o exequente deixado de realizar tal registro.

Não abala minhas conclusões o art. 54 da Lei 13.097/2015, em especial em razão de seu parágrafo único. Enquanto o *caput* do dispositivo sugere uma solução absoluta em benefício do terceiro adquirente, o parágrafo único volta a consagrar a distinção entre terceiro de boa-fé e de má-fé, tutelando apenas o primeiro deles.

Prevê o dispositivo ora comentado que os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as informações previstas em seus três incisos: (I) registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias; (II) averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de

sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil (substituído pelo art. 828 do Novo CPC); (III) averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e (IV) averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil (substituído pelo art. 792, IV do Novo CPC).

A conjugação do *caput* e dos incisos do art. 54 da Lei 13.097/2015 sugere claramente que sem o registro ou a averbação nas hipóteses previstas em lei o terceiro adquirente estaria sempre protegido. Seria algo como: “não está no registro não está no mundo”. Essa interpretação, entretanto, incorre no mesmo equívoco dos incisos II e III do art. 792 do Novo CPC, de confundir a existência de fraude à execução com as diferentes formas de se gerar eficácia *erga omnes* da situação do bem e, assim, afastar a alegação do terceiro de ter atuado de boa-fé.

O entendimento é corroborado pelo parágrafo único do art. 54 da Lei 13.097/2015, ao prever que não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da

propriedade que independam de registro de título de imóvel.

A interpretação *a contrario sensu* que deve ser feita desse dispositivo legal é: que se não podem ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, é porque podem ser opostas ao terceiro de má-fé. Ou seja, mesmo que não haja qualquer registro na matrícula do imóvel, sua alienação ou oneração ainda poderá ser considerada em fraude, desde que comprovada a má-fé do terceiro adquirente[336].

Tanto o entendimento sedimentado na Súmula 375/STJ como a noviça previsão do art. 792, § 2º, do Novo CPC não devem abalar a singular realidade existente quanto às dívidas fiscais. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que o enunciado da súmula não se aplica às execuções fiscais em razão do previsto no art. 185 do CTN, de forma que, na hipótese de crédito tributário em favor da Fazenda Pública, os atos de alienação fraudulenta serão considerados fraude à execução desde a inscrição do débito na Dívida Ativa[337].

O art. 792 do Novo CPC prevê em seus quatro primeiros incisos quatro situações que configurariam fraude à execução, sendo tal rol meramente exemplificativo em razão do previsto em seu último inciso (“nos demais casos previstos em lei”).

O inciso IV do art. 792 do Novo CPC, que substancialmente repete a redação do art. 593, II, do CPC/1973, prevê haver fraude à execução na oneração ou alienação quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo

à insolvência. É o dispositivo que mais se aproxima do conceito clássico de fraude à execução, mas ainda assim com sérios equívocos.

Primeiro, é importante esclarecer a confusa redação do artigo legal ora analisado. Não é a demanda que deve ser capaz de levar o devedor à insolvência, e sim o ato de alienação – gratuita ou onerosa – de seu patrimônio. Assim, se, no momento em que é proposta uma ação cobrando R$ 50.000,00, o devedor possuir um patrimônio de R$ 500.000,00, poder-se-ia imaginar não ser aplicável o dispositivo comentado, já que nunca essa ação será capaz de levar o devedor à insolvência. Ocorre, entretanto, que, se alienar bens no valor de R$ 480.000,00, já não mais conseguirá honrar o crédito cobrado, restando em insolvência e sendo caracterizada a fraude à execução.

Segundo, a ação apontada no dispositivo ora comentado não é necessariamente de execução, sendo plenamente admissível que o ato de fraude à execução ocorra na constância do processo/fase de conhecimento, de processo cautelar antecedente e da ação probatória autônoma. Nesse caso, a previsão legal fica ainda mais sem sentido. Não é preciso muito esforço hermenêutico para concluir que a única ação/fase capaz de gerar insolvência é a execução, o que inadequadamente afastaria a amplitude interpretativa sugerida e já consagrada.

Registre-se que, mesmo sendo possível ocorrer fraude à execução durante qualquer espécie de processo, ela é reconhecida somente na execução, mesmo que perpetrada antes desse processo ou fase procedimental. O reconhecimento da fraude à execução terá

caráter declaratório, com *eficácia ex tunc* (desde o momento em que a fraude ocorreu)[338].

Terceiro, a configuração de fraude à execução não depende apenas do trâmite da ação judicial, mas, como ato de desrespeito à própria função jurisdicional do Estado-juiz, da ciência do devedor da existência de ação judicial capaz de levá-lo à insolvência a depender da dilapidação patrimonial. Fraude à execução, portanto, somente se configura após a inequívoca ciência do demandado acerca da existência de ação judicial, por meio da citação, sendo os atos fraudulentos cometidos antes desse momento processual considerados, em regra, como fraude contra credores.

A necessidade de citação do demandado em ação judicial dá-se em razão da necessidade de que tenha ciência da demanda judicial. Dessa forma, apesar de não ser a regra geral, pode o credor provar que, apesar da inexistência de citação, o demandado já tinha ciência inequívoca da existência da ação, quando então se poderá configurar a fraude à execução. O mais importante, nesse tema, é a prova de que o demandado tinha plena ciência da existência de processo judicial movido contra ele quando alienou bens de seu patrimônio[339]. Os três primeiros incisos do art. 792 do Novo CPC dão bons exemplos de registros e averbações que podem anteceder a citação do devedor e que se prestam a dar ciência a ele da existência do processo em trâmite.

Conforme já afirmado, apesar dos sérios equívocos do inciso IV do art. 792 do Novo CPC, ele é o que mais se aproxima do conceito clássico de fraude à execução.

Aparentemente, nos demais incisos do art. 792 do Novo CPC o legislador inovou ao prever hipóteses de fraude à execução que dispensam qualquer outro requisito que não aquele previsto no dispositivo legal. Ou seja, passa a admitir fraude à execução independentemente do *eventus damni*[340].

O inciso I do dispositivo legal é necessário porque prevê uma espécie de fraude à execução singular, dissociada do *eventus damni*. É o único elogio que se pode fazer ao dispositivo legal. A fraude nesse caso não depende da insolvência do devedor, mas tão somente da alienação ou da oneração do bem imóvel (ação fundada em direito real) ou bem móvel (pretensão reipersecutória). Haverá fraude à execução nesse caso porque sendo o objeto da execução determinado, frustra-se a satisfação do direito do exequente por um ato de má-fé do devedor. Ou seja, o devedor frauda a execução.

O art. 792, I, do Novo CPC, entretanto, cria um requisito injustificável para que exista fraude à execução na hipótese ora analisada: a averbação da pendência do processo no registro público, se houver. Aqui há uma confusão indevida, porque mesmo sem a averbação é possível que haja fraude à execução, desde que o devedor, à época da alienação ou da oneração do bem, tivesse ciência da existência da ação. A averbação nesse caso é somente uma forma de criar uma presunção absoluta de ciência *erga omnes* da existência da ação – inclusive do devedor – e não um requisito indispensável para que haja fraude à execução.

Essa confusão consagrada no inciso I do art. 792 do Novo CPC é também notada nos dois incisos seguintes. Segundo o inciso II, haverá fraude à execução quando tiver sido averbada, no registro

do bem, a pendência do processo de execução. E nos termos do inciso III a fraude à execução ocorrerá quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário onde foi arguida a fraude. Os dispositivos seguiram a mesma equivocada técnica adotada pelo art. 54 da Lei 13.097/2015.

Insista-se, nos dois dispositivos legais o que se tem são medidas adotadas pelo credor para a criação de uma presunção absoluta de ciência *erga omnes* da situação do bem. Serve para provar a ciência do devedor da existência do processo e para afastar suposta boa-fé do terceiro adquirente. Não são, entretanto, requisitos indispensáveis para que haja fraude à execução.

Nesses casos, havendo a situação tipificada em lei haverá fraude à execução, independentemente do *eventus damni*, mas mesmo sem tal tipificação poderá haver fraude à execução se for demonstrada a ciência do executado da existência do processo e a alienação ou oneração do bem levar ou agravar sua insolvência.

Já na vigência do CPC/1973, a melhor doutrina entendia que tendo ocorrido penhora, arresto, depósito ou qualquer outra espécie de constrição judicial, o bem passava a estar vinculado diretamente e de forma individualizada à demanda judicial da qual emanou o ato constritivo. Dessa maneira, a alienação ou oneração mostrava-se em total e absoluto desrespeito à função jurisdicional. Tal gravidade afasta o preenchimento de qualquer requisito, de forma que a mera alienação ou oneração de bem constrito judicialmente já é suficiente para a configuração dessa espécie de fraude, mesmo sem o *eventus*

damni.[341] Os incisos II e III do Novo CPC apenas ampliaram esse entendimento para a averbação da execução e para a hipoteca judiciária.

1 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp. 700.114/MT, rel. Min. Luiz Fux, j. 27.03.2007, *DJ* 14.05.2007, p. 251.

2 (Voltar) Dinamarco, *Execução*, n. 299, p. 457-458.

3 (Voltar) *Informativo* 395/STJ, 1.ª Turma, REsp 879.046-DF, rel. Denise Arruda, j. 19.05.2009.

4 (Voltar) Medina, *A execução*, p. 509/535; Marinoni, *Tutela*, p. 22 e ss.

5 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 10, p. 99-100; Shimura, *Título*, p. 209; Lucon, *Eficácia*, p. 228-229.

6 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no AREsp 197.026/DF, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27.11.2012, *DJe* 19.12.2012;

STJ, 4.ª Turma, REsp 981.440/SP; rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12.4.2012, *DJe* 2.5.2012.

7 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 22, p. 64.

8 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 12, p. 101; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 51; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 149.

9 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.336, p. 54; Theodoro Jr., *Processo*, n. 22, p. 67.

10 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 931.340/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 19.2.2009, *DJe* 25.3.2009; Camiña Moreira, *Defesa*, n. 24, p. 214-215.

11 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 1.030.066/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 15.05.2008; STJ, 4.ª Turma, REsp 666.637/RN, rel. Jorge Scartezzini, j. 04.05.2006.

12 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 97; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 47-48.

13 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 22, p. 67; Zavascki, *Processo*, p. 98; STJ, 2.ª Turma, REsp 715.692/SC, rel. Min. Castro Meira, j. 16.06.2005.

14 (Voltar) *Informativo* 391/STJ: 3.ª Turma, HC 128.229-SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 23.04.2009.

15 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 100.

16 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 13, p. 104; Zavascki, *Processo*, p. 101.

17 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 102-103.

18 (Voltar) Fux, *Curso*, p.1.255; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 149.

19 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 104.

20 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, p. 287; Fux, *Curso*, p. 1.256.

21 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 105-106.

22 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, p. 286-287; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 149-150.

23 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 13, p. 105; Zavascki, *Processo*, p. 106-107.

24 (Voltar)*Câmara, O novo, p. 317.*

25 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 22, p. 65.

26 (Voltar) *Informativo* 426/STJ: 3.ª Turma, REsp 743.185/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.03.2010.

27 (Voltar) Dinamarco, *A nova*, p. 290-291; Greco, *O processo*, n. 3.5.9, p. 307; STJ, 2.ª Turma, REsp 1.032.086/CE, rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.11.2008; REsp 860.411/SP, 1.ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.10.2007 (*Informativo* 344/STJ).

28 (Voltar) STJ, REsp 1.337.790/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 12.6.2013, *DJe* 7.10.2013; REsp repetitivo, tema 578.

29 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1.351.033/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 20.03.2014, *DJe* 26.03.2014; STJ, 3.ª Turma, REsp 1.230.174/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, *DJe* 13.12.2012; STJ, 4.ª Turma, REsp 949.509/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08.05.2012, *DJe* 16.04.2013.

30 (Voltar) Mendonça Lima, *Comentários*, p. 486; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.346, p. 70; *Execução*, p. 178; Araken de Assis, *Manual*, n. 71, p. 328-329.

31 (Voltar) Pontes de Miranda, *Comentários*, p. 487; Mendonça Lima, *Comentários*, p. 488.

32 (Voltar) Pelo rol restritivo: Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 62. Contra: Araken de Assis, *Manual*, n. 72, p. 330.

33 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 72, p. 330; Costa Machado, *Código*, p. 1.106.

34 (Voltar) Dinamarco, *Execução*, n. 105, p. 179; Amílcar de Castro, *Comentários*, p. 108; Dias, *Fraude*, p. 143-144; Camiña Moreira, *Ato*, p. 22.

35 (Voltar) Dinamarco, *A nova*, p. 294; Neves, *Nova*, p. 45-48.

36 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.101.500/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.5.2011, *DJe* 27.5.2011.

37 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 38.

38 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 614.

39 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 71, p. 329; Carmona, *Código*, p. 1.763.

40 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.192.155/MG, rel. Min. Raul Araújo, j. 12.8.2014, *DJe* 1.9.2014; STJ, 3ª Turma, REsp 1.101.500/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.5.2011, *DJe* 27.5.2011.

41 (Voltar) Carmona, *Em torno*, p. 17.

42 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 3.5.3, p. 267; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 147.

43 (Voltar) Dinamarco, *Execução*, n. 101, p. 173.

44 (Voltar) *Informativo* 532/STJ, 1.ª Seção, REsp 1.069.810-RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23.10.2013.

45 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 425.

46 (Voltar) Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1.º, I e II"; Enunciado 48/ENFAM: "O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais".

47 (Voltar) Gajardoni, *A revolução*, http://jota.info/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia, acessado em 4.10.2015, às 8:43.

48 (Voltar) Enunciado nº 12 do FPPC: "A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e

coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II".

49 (Voltar) Shimura, *Título*, p. 41.

50 (Voltar) Costa Machado, *Código*, 2006, p. 1.050.

51 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 32, p. 78.

52 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 101, p. 388; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 180. Contra: Dinamarco, *Instituições*, n. 1.396, p. 134; Greco, *O processo*, n. 4.3.3.2, p. 330.

53 (Voltar) Shimura, *Título*, p. 42; Araken de Assis, *Manual*, n. 97, p. 382.

54 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.410, p. 153.

55 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 158.

56 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 159; Theodoro Jr., *Processo*, n. 33, p. 79; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.400, p. 138. Contra, Araken de Assis, *Manual*, n. 104.2, p. 395, entendendo tratar-se de legitimação extraordinária.

57 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 4.3.3.1, p. 329.

58 (Voltar) Contra: Araken de Assis, *Manual*, n. 102, p. 391, p. 248, para quem a legitimação na execução é ordinária.

59 (Voltar) Defendendo a constitucionalidade do dispositivo, Shimura, *Título*, p. 49-50; Carmona, *Código*, p. 1.673. Pela inconstitucionalidade, Dinamarco, *Instituições*, v. 4, p. 150-151, e Câmara, *Lições*, v. 2, p. 166-167. Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento: STF, Tribunal Pleno, REext 135.328/SP, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 20.04.2001, permitindo a atuação do Ministério Público somente "enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública". No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça: STJ, Corte Especial, REsp 232.279/SP, rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* 04.08.2003, p. 205.

60 (Voltar) Zavascki, *Processo*, n. 160.

61 (Voltar) Neves, *Manual de processo coletivo*, n. 16, pp. 343-358.

62 (Voltar) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. IX, p. 90-91; Theodoro Jr., *Processo*, n. 38, p. 84.

63 (Voltar) Carmona, *Código*, p. 1.675.

64 (Voltar) Amorim-Oliveira, *Inventários*, p. 32.

65 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 36, p. 82; Araken de Assis, *Manual*, n. 103.2, p. 391-392; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.389, p. 125.

66 (Voltar) Fidélis dos Santos, *Manual*, 9. ed., p. 82.

67 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 37, p. 83; Araken de Assis, *Manual*, n. 103.2, p. 392.

68 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 103.3, p. 392; Zavascki, *Processo*, p. 169.

69 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 39, p. 84; Costa Machado, *Código*, p. 1.053.

70 (Voltar) Pela dispensa do consentimento do executado: Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 181-182. Contra: Dinamarco, Instituições, n. 1.420, p. 166.

71 (Voltar) *Informativo* 507/STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.214.388-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 23.10.2012.

72 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 158-160.

73 (Voltar) Rodrigues, *Direito*, p. 277-278; Venosa, *Direito*, p. 394; Theodoro Jr., *Processo*, n. 45, p. 89; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 182.

74 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.389, p. 125; Theodoro Jr., *Processo*, n. 45, p. 90.

75 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 46, p. 91.

76 (Voltar) Scarpinella, *Novo*, p. 480.

77 (Voltar) *Informativo* 544/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.423.083-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 6.5.2014; Theodoro Jr., *Processo*, n. 48, p. 92-94; Shimura, *Título*, p. 59; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.396, p. 134-135; Zavascki, *Processo*, p. 184-185.

78 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 47, p. 92.

79 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 107.1, p. 399. Contra: Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 183, entende tratar-se de legitimação ordinária.

80 (Voltar) Wambier, Conceição, Ribeiro, Mello, *Primeiras*, p. 1.122.

81 (Voltar) Fadel, *Código*, p. 771.

82 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp 174.654/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 3.6.2014, *DJe* 20.6.2014.

83 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.395, p. 133. Contra: Carlos Alberto Carmona, *Código*, p. 1.756, entende tratar-se de ação executiva regressiva.

84 (Voltar) Faria, *Código*, p. 572.

85 (Voltar) Theodoro Jr., *Lei*, p. 38-40; Carmona, *Código*, p. 1.678-1.679. Fidélis dos Santos, *Manual*, 9. ed., p. 86.

86 (Voltar) Amaro de Souza, Responsabilidade, apud Araken de Assis, *Manual*, n. 107.3, p. 403.

87 (Voltar) Negrão-Gouvêa, *Código*, p. 1.444-1.450.

88 (Voltar) Faria, *Código*, p. 606; Theodoro Jr., *Lei*, p. 52-58; STJ, 2.ª Turma, AgRg no Ag. 677.730/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 15.02.2007, *DJ* 28.02.2007; STJ, 1.ª Turma, REsp 885.124/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 12.12.2006, *DJ* 08.02.2007. *Informativo* 353/STJ, 1.ª Seção, EAG 494.887-RS, rel. Humberto Martins, 23.04.2008.

89 (Voltar) Faria, *Código*, p. 610-611.

90 (Voltar) Liebman, *Processo*, p. 68; Shimura, *Título*, p. 79-81; Greco Filho, *Direito*, p. 17.

91 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 107, p. 398-399; Carmona, *Código*, p. 1.751. Fux, *Curso*, p. 1.288, e Nolasco, *Responsabilidade*, p. 214-215, têm entendimento híbrido, em razão da possibilidade de ingresso de embargos à execução e embargos de terceiro.

92 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 107, p. 398.

93 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 107, p. 398; Greco, *O processo*, n. 4.3.3.2.1, p. 334. Contra, Dinamarco, *Instituições*, n. 1.402, p. 141, afirma tratar-se de litisconsórcio necessário.

94 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 43, p. 88.

95 (Voltar) Greco, *O processo*, p. 343.

96 (Voltar) Oliveira Neto, *A defesa*, p. 147-148, com ampla indicação bibliográfica; Dinamarco, *Intervenção*, p. 139; Scarpinella Bueno, *Partes*, p. 274-275.

97 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, p. 96-100; Agrícola Barbi, *Comentários*, p. 260;

Arruda Alvim, *Manual*, p. 191-192; Oliveira Neto, *A defesa*, p. 149-152.

98 (Voltar) Baptista da Silva, *Comentários*, p. 263-264; Gusmão Carneiro, *Intervenção*, p. 142; Arruda Alvim, *Manual*, p. 47; Theodoro Jr., *Processo*, n. 34, p. 80.

99 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.418, p. 163; Leonardo Greco, *O processo*, n. 4.4, p. 343; Araken de Assis, *Manual*, n. 108, p. 406-407; Agrícola Barbi, *Comentários*, p. 215.

100 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.418, p. 163; Araken de Assis, *Manual*, n. 108, p. 407; Zavascki, *Processo*, p. 156-157.

101 (Voltar) Tratam do tema Araken de Assis, *Manual*, p. 244; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.419, p. 164-165; Shimura, *Título*, p. 85.

102 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 759.

103 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 1.405.629/AM, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 25.2.2014, *DJe* 11.3.2014.

104 (Voltar) Neves, *Competência*, p. 237; Dinamarco, *Execução*, p. 210-211; Zavascki, *Processo*, p. 123-124. Araken de Assis, *Manual*, n. 81.1, p. 351.

105 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 125; Fux, *Curso*, p. 1.303.

106 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 759; Araken de Assis, *Manual*, n. 81.2., p. 351.

107 (Voltar) Dinamarco, *Execução*, p. 207-208; Zavascki, *Processo*, p. 127-128; Fux, *Curso*, p. 1.303.

108 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 81.2, pp. 352-353; Wambier-Wambier-Medina, *Breves 2*, p. 193; Scarpinella Bueno, *A nova 2*, p. 165.

109 (Voltar) *Informativo* 531/STJ, 2.ª Seção, CC 118.340/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.09.2013.

110 (Voltar) STJ, 3ª Seção, CC 112.219/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 27.10.2010, *DJe* 12.11.2010.

111 (Voltar) STJ, CC 108.684/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 8.9.2010, *DJe* 22.9.2010.

112 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova 2*, p. 165.

113 (Voltar) Neves, *Reforma*, p. 275; Araken de Assis, *Manual*, n. 81.2, p. 353; Nery-Nery, *Código*, p. 760; Wambier-Wambier-Medina, *Breves 2*, p. 193.

114 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova 2*, p. 164; Câmara, *Lições*, v. 3, p. 152.

115 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, CC 101.138/DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.02.2009, *DJe* 04.03.2009.

116 (Voltar) Contra, pelo cabimento de exceção de incompetência, Araken de Assis, *Cumprimento*, p. 189-190.

117 (Voltar) Oliveira Neto, *Novas*, p. 198.

118 (Voltar) Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 493. Contra, Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 166.

119 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 128-130; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 494-495.

120 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 132; Theodoro Jr., *Processo*, p. 529, p. 619; Greco, *O processo*, n. 5.6, p. 388.

121 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 5.7, p. 389; Pizzol, *A competência*, p. 439; Theodoro Jr., *Processo*, n. 530, p. 619.

122 (Voltar) Zavascki, *Processo*, n. 132; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.373, p. 104; Araken de Assis, *Manual*, n. 81.4, p. 354.

123 (Voltar) STJ, 2ª Seção, CC 107.769/AL, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.8.2010, *DJe* 10.9.2010.

124 (Voltar) Araújo, *Breves*, p. 1.791; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.124; Amaral, *Comentários*, p. 815.

125 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 782.384/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.12.2006, *DJ* 19.03.2007, p. 333; Zavascki, *Processo*, p. 137-138.

126 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 138; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.380, p. 112. Contra, Araken de Assis, *Manual*, n. 82.1., p. 356; Greco, *O processo*, n. 5.9, p. 392.

127 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no Ag 465.114/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 20.02.2003, *DJ* 31.03.2003, p. 232. Consultar também *Informativo* 464/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.048.937/PB, rel. Min. Massami Uyeda, j. 22.02.2011.

128 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.438, p. 192.

129 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.441, p. 195-197; Câmara, *Lições*, v. 3, p. 162-166.

130 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 262-263; Shimura, *Título*, n. 2.2.5, p. 139; Theodoro

Jr., *Processo*, n. 68, p. 117.

131 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 7.4.2.3.1, p. 122; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.447, p. 207-209; Shimura, *Título*, 2.3, p. 139. Contra, Araken de Assis, *Manual*, n. 25, p. 149.

132 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.449, p. 210-211.

133 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.450, p. 211-212.

134 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 25.1, p. 150.

135 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 7.4.2.3.1, p. 122.

136 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 95, p. 151.

137 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 25.2, p. 151; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.452, p. 213.

138 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 7.4.2.3.2, p. 124; Câmara, *Lições*, v. 3, p. 191.

139 (Voltar) *Informativo* 506/STJ, 4.ª Turma, REsp 986.972-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.10.2012; Araken de Assis, *Manual*, n. 25.3, p. 152.

140 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.462, p. 227; Greco, *O processo*, n. 7.4.2.3.3.1.1, p. 133.

141 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 27.1, p. 156-157; Nery-Nery, *Código*, p. 749-750; Talamini, *Sentença*, p. 90-91.

142 (Voltar) Zavascki, *Processo*, n. 8.1, p. 307-313; Didier, *A sentença*, p. 245-250; STJ, 2.ª Turma, REsp 890.631/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 04.09.2007, *DJ* 18.09.2007.

143 (Voltar) Theodoro Jr., *As novas*, 5.1.6, p. 158-160; Marcelo Abelha, *Manual*, p. 127.

144 (Voltar) Talamini, Sentença, p. 91-92; Nery-Nery, *Código*, p. 749.

145 (Voltar) *Informativo* 422/STJ: 1.ª Seção, REsp 1.114.404-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.02.2010; STJ, 1.ª Seção, REsp 609.266/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 23.08.2006, *DJ* 11.09.2006; STJ, 1.ª Turma, REsp 526.655, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.02.2004, *DJ* 14.02.2005.

146 (Voltar) *Informativo* 504/STJ, 1.ª Turma, REsp 1.100.820-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 18.09.2012.

147 (Voltar) *Informativo* 487/STJ: 1.ª Seção, REsp 1.261.888/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 09.11.2011.

148 (Voltar) Wambier, Conceição, Ribeiro, Mello, *Primeiras*, pp. 514/515; Scarpinella Bueno, *Novo*, p. 344.

149 (Voltar) Barbosa Moreira, A eficácia, p. 103-108; Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 709; Dinamarco, *Instituições*, n. 966, v. IV, p. 325; Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 571-573; STJ, 1.ª Turma, REsp 875.635/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.10.2008; REsp 861.270/PR, 2.ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 5.10.2006.

150 (Voltar) Greco, *O processo*, 7.4.2.3.3.1.1, p. 135.

151 (Voltar) Abelha, *Manual*, p. 130.

152 (Voltar) Theodoro Jr., *As novas*, p. 169; Araken de Assis, *Manual*, n. 27.7, p. 168.

153 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.184.151/MS, rel. Min. Massami Uyeda, rel. p/ acórdão Nancy Andrighi, j. 15.12.2011, *DJe* 9.2.2012.

154 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.475, p. 240.

155 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 3, p. 176.

156 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.516, v. IV, p. 305; Zavascki, *Processo*, p. 341.

157 (Voltar) Abelha, *Manual*, p. 143; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.516, p. 304; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 185.

158 (Voltar) *Informativo* 487/STJ: 4.ª Turma, REsp 947.518/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 8.11.2011; Araken de Assis, *Manual*, n. 27.2, p. 162; Zavascki, *Processo*, p. 290-291.

159 (Voltar) Abelha, *Manual*, p. 128; Zavascki, *Processo*, p. 291, quanto ao art. 91, II, *b*, do CP. Contra, Greco, *O processo*, 7.4.2.3.3.1.2, p. 142-143, entendo que no caso do art. 91, II, *b*, do CP, a competência da execução é do juízo penal.

160 (Voltar) Greco, *O processo*, 7.4.2.3.3.1.2, p. 141-142.

161 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.471, p. 234; Zavascki, *Processo*, p. 292; Greco, *O processo*, 7.4.2.3.3.1.2, p. 139.

162 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, v. 3, n. 3.5.2, p. 26. Araken de Assis, *Manual*, n. 27.2, p. 163, Shimura, *Título*, n. 3.5.2.8, p. 327, entendem ser possível a ação de repetição de indébito e a reconvenção como forma de reação do réu para provar a continuidade da responsabilidade civil.

163 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 293; Greco, *O processo*, n. 7.4.2.3.3.1.2, p. 143.

164 (Voltar) Shimura, *Título*, n. 3.5.2.9, p. 329-330.

165 (Voltar) *Informativo* 437/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.117.131-SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1..6.2010.

166 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.476, p. 241; Abelha, *Manual*, p. 133.

167 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 1.312.651/SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 18.02.2014, *DJe* 25.02.2014.

168 (Voltar) Greco, *O processo*, 7.4.2.3.3.1.4, p. 153; Zavascki, *Processo*, p. 296; Shimura, *Título*, n. 3.5.6, p. 358-359.

169 (Voltar) Wambier, *Sentença*, n. 3.7.3, p. 211-212. Contra, Araken de Assis, *Manual*, n. 27.6, p. 167-168.

170 (Voltar) STJ, Corte Especial, SE 7312/EX, rel. Min. Humberto Martins, j. 5.9.2012, *DJe* 18.9.2012.

171 (Voltar) STJ, Corte Especial, SEC 9880/EX, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.5.2014, *DJe* 27.5.2014.

172 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 513, p. 603; Shimura, *Título*, n. 3.5.4.3, p. 346.

173 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 27.4, p. 165; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.474, p. 238.

174 (Voltar) *Informativo* 468/STJ: Corte Especial, SEC 3.932-GB, rel. Min. Felix Fischer, j. 06.04.2011.

175 (Voltar) *Informativo* 533/STJ: Corte Especial, SEC 854-US, rel. originário Min. Massami Uyeda, rel. p/ acórdão Min. Sidnei Beneti, j. 16.10.2013.

176 (Voltar) *Informativo* 543/STJ: Corte Especial, SEC 10.154-EX, rel. Min. Laurita Vaz, j. 1.º.07.2014.

177 (Voltar) Shimura, *Título*, n. 3.5.4.3, p. 346; Theodoro Jr., *Processo*, n. 513, p. 603.

178 (Voltar) Abelha, *Manual*, p. 132; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.474, p. 240.

179 (Voltar) Greco, *O processo*, 7.4.2.3.3.1.5, p. 166.

180 (Voltar) Shimura, *Título*, n. 3.6.5.4, p. 381; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 177. Em sentido crítico, Theodoro Jr., *Processo*, n. 75, p. 123-125.

181 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 323.

182 (Voltar) *Informativo* 467/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.024.691/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.03.2011.

183 (Voltar) *Informativo* 502/STJ, 2.ª Seção, EREsp 1.024.691-PR, Rel. Min. Raul Araújo, j. 22.08.2012.

184 (Voltar) *Informativo* 506/STJ, 4.ª Turma, REsp 986.972-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.10.2012.

185 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.500, p. 272; Zavascki, *Processo*, p. 329; Greco, *O processo*, 7.4.2.3.3.2.2, p. 193.

186 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1501, p. 274; Greco, *O processo*, 7.4.2.3.3.2.2, p. 194.

187 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 28.2.2, p. 176.

188 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 332; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 429; Greco, *O processo*, 7.4.2.3.3.2.2, p. 196.

189 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, EDcl no REsp 541.267/RJ, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 12.12.2005, *DJ* 13.02.2006, p. 803.

190 (Voltar) Súmula 233/STJ.

191 (Voltar) Súmula 300/STJ.

192 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.504, p. 279. Contra, Greco, *O processo*, 7.4.2.3.3.2.2, p. 200.

193 (Voltar) Araken de Assis, *Processo*, n. 28.2.3, p. 177; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 180. Contra, Greco, *O processo*, 7.4.2.3.3.2.2, p. 201.

194 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.503, p. 278.

195 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 28.3, p. 178. Contra, limitando o dispositivo legal às garantias convencionais, Greco, *O processo*, 7.4.2.3.3.2.4, p. 203.

196 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 18; Wambier-Wambier-Medina, *Breves* 3, p. 51.

197 (Voltar) *Informativo* 553/STJ, 3ª Turma, REsp 1.416.786-PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 2.12.2014, *DJe* 9.12.2014.

198 (Voltar) Theodoro Jr., *A reforma*, p. 19.

199 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 28.3, p. 179; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.510,

p. 292; Zavascki, *Processo*, p. 338.

200 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 430.

201 (Voltar) Araújo, *Breves*, p. 1.799.

202 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.131.

203 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 19.

204 (Voltar) *Informativo* 530/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.390.993/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.09.2013.

205 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 431; Abelha, *Manual*, p. 143; Araken de Assis, *Manual*, n. 28.7, p. 182; Greco, *O processo*, 7.4.2.3.3.2.9, p. 218.

206 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 430; Theodoro Jr., *A reforma*, p. 20; Abelha, *Manual*, p. 141-142.

207 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Novo*, p. 484; Bastos, *Comentários*, p. 1.123.

208 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 606; Zavascki, *Processo*, p. 190; Fux, *Curso*, p. 1.284. Contra, entendendo ser instituto de direito material: Greco, *O processo*, n. 6.3, p. 7-8.

209 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 103, p. 160; Greco, *O processo*, n. 6.3, p. 6.

210 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.523, p. 325.

211 (Voltar) Chaves de Farias-Rosenvald, *Direito*, n. 10.10.7, p. 453.

212 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.509, p. 287; Theodoro Jr., *Processo*, n. 102, p. 160; Greco, *O processo*, n. 6.3, p. 6.

213 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 1.284-1.285.

214 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 102, p. 159.

215 (Voltar) Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 71-72.

216 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 102, p. 160; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.527, p. 328.

217 (Voltar) Dinamarco, *Execução*, p. 33; Azevedo, *Da penhora*, p. 137-138, faz interessante análise histórica de tal evolução.

218 (Voltar) Lucon, *Embargos*, p. 18.

219 (Voltar) Dinamarco, *Execução*, p. 46; Greco, *O processo*, n. 6.5, p. 13.

220 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 770.797/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2006; Araken de Assis, *Manual*, n. 43.4, p. 229-230.

221 (Voltar) *Informativo* 456/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.178.469-SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 18.11.2010.

222 (Voltar) *Informativo* 453/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.005.546-SP, rel. originário Min. Sidnei Beneti, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 26.10.2010.

223 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.381.709/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 5.9.2013, *DJe* 11.9.2013; STJ, 2ª Turma, REsp 864.962/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 4.2.2010, *DJe* 18.2.2010.

224 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 1.365.418/SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 4.4.2013, *DJe* 16.4.2013; STJ, 3ª Turma, AgRg no AgRg no REsp 1.294.384/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26.6.2012, *DJe* 29.6.2012.

225 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 714.858/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 8.11.2011, *DJe* 25.11.2011; STJ, 4ª Turma, REsp 875.687/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 9.8.2011, *DJe* 22.8.2011.

226 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 1.500.550/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 19.3.2015, *DJe* 6.4.2015.

227 (Voltar) *Informativo* 558/STJ, 3ª Turma, REsp 1.461.301-MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 5.3.2015, *DJe* 23.3.2015.

228 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 998.031/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 11.12.2007.

229 (Voltar) Vasconcelos, *A impenhorabilidade*, p. 53.

230 (Voltar) Wambier, *A crise*, p. 146.

231 (Voltar) Lima Guerra, *Direitos*, p. 167.

232 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 198.370/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 16.11.2000. Criticam tal posicionamento Azevedo, *Da penhora*, p. 134; Greco, *Processo*, p. 24.

233 (Voltar) Com ampla análise jurisprudencial Villaça Azevedo, *Bem*, p. 180-181;

Vasconcelos, *A impenhorabilidade*, p. 55.

234 (Voltar) Wambier, *A crise*, p. 146. Tal fixação objetiva encontra crítica: Lima Guerra, *Direitos*, p. 167; Araken de Assis, *Processo*, p. 398.

235 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.547, p. 349, nota de rodapé 14.

236 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 43.3, p. 227.

237 (Voltar) Dinamarco, *Instituições* n. 1.548, p. 350; Teixeira, *A penhora*, p. 125-126.

238 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 195, p. 257.

239 (Voltar) *Informativo* 488/STJ, 3.ª Turma, REsp 948.492-ES, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 1.º.12.2011.

240 (Voltar) *Informativo* 417/STJ, 2.ª Seção, REsp 1.106.654-RJ, rel. Min. Paulo Furtado, j. 25.11.2009.

241 (Voltar) *Informativo* 409/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.059.781/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01.10.2009; *Informativo* 435/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.150.738/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.05.2010.

242 (Voltar) *Informativo* 485/STJ, 4.ª Turma, REsp 904.774/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.10.2011.

243 (Voltar) *Informativo* 523/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.330.567/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.05.2013.

244 (Voltar) Informativo 553/STJ, 2ª Turma, REsp 1.264.358-SC, Rel. Min. Humberto Martins, j. 25.11.2014, *DJe* 5.12.2014.

245 (Voltar) *Informativo* 554/STJ, 2ª Seção, EREsp 1.330.567-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.12.2014, *DJe* 19.12.2014; STJ, 3.ª Turma, REsp 1.330.567/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.05.2013, *DJe* 27.05.2013; STJ, 2.ª Seção, REsp 1.230.060/PR, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 13.08.2014, *DJe* 29.08.2014.

246 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 1.164.037/RS, rel. Min. Sérgio Kukina, rel. p/ acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 20.02.2014, *DJe* 09.05.2014.

247 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.285.970/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27.05.2014, *DJe* 08.09.2014; STJ, 3.ª Turma, REsp 1.326.394/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.03.2013, *DJe* 18.03.2013.

248 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, EDcl no REsp 1.284.388/MT, rel. Min. Luis Felipe Salomão,

j. 24.04.2014, *DJe* 30.04.2014.

249 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1.394.463/SE, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17.12.2013, *DJe* 05.02.2014.

250 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, RMS 37.990/DF, rel. Min. Isabel Gallotti, j. 03.12.2013, *DJe* 03.02.2014.

251 (Voltar) Enunciado 59/FONAJE: "Admite-se o pagamento do débito por meio de desconto em folha de pagamento, após anuência expressa do devedor e em percentual que reconheça não afetar sua subsistência e a de sua família, atendendo sua comodidade e conveniência pessoal".

252 (Voltar) Llobregat, *El proceso*, p. 452.

253 (Voltar) *Informativo* 535, 2.ª Seção, EREsp 1.121.719/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.02.2014.

254 (Voltar) Cambi, *Tutela*, p. 269.

255 (Voltar) Azevedo, *Da penhora*, p. 69.

256 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 760.283/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 12.08.2008; Araken de Assis, *Manual*, n. 43.5, p. 231-232; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.551, p. 353-354; Theodoro Jr., *Processo*, n. 195, p. 259.

257 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 43.5, p. 231.

258 (Voltar) Pontes de Miranda, *Comentários*, p. 290.

259 (Voltar) Dinamarco, *Instituições* n. 1.549, p. 353; Greco, *Processo*, n. 6.5.3, p. 23. Em sentido contrário: Araken de Assis, *Manual*, n. 43.5, p. 231.

260 (Voltar) Dinamarco, *Instituições* n. 1.549, p. 352-353.

261 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 43.5, p. 231.

262 (Voltar) Cambi, *Tutela*, p. 270-271.

263 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 195, p. 259.

264 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.554, p. 355.

265 (Voltar) *Informativo* 488/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.018.635-ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.11.2011.

266 (Voltar) *Informativo* 512/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.324.276-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012.

267 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, REsp 1.230.060/PR, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 13.08.2014, *DJe* 29.08.2014.

268 (Voltar) *Informativo* 501/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.231.123-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.08.2012.

269 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.218.118/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 12.08.2014, *DJe* 25.08.2014.

270 (Voltar) *Informativo* 562/STJ, 3ª Turma, REsp 1.474.605-MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 7.4.2015, *DJe* 26.5.2015.

271 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 104, p. 161; Zavascki, *Processo*, p. 193-195; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 606.

272 (Voltar) Araken de Assis, *Comentários*, p. 234; Nolasco, *Responsabilidade*, p. 224.

273 (Voltar) Essa crítica já havia sido feita por Zavascki, *Comentários*, p. 264-265. Para Dinamarco, *Instituições*, p. 362/363, a regra do art. 592, I, do CPC, aplica-se tanto antes como depois da prolação da sentença.

274 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 197.

275 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.561, p. 362; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 101.

276 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 36.3.1, p. 206; Theodoro Jr., *Processo*, n. 106, p. 164.

277 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 1.111.153/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.12.2012, *DJe* 04.02.2013; STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 1.342.443/PR, rel. Min. Massami Uyeda, j. 15.05.2012, *DJe* 24.05.2012; *Informativo* 356/STJ: 4.ª Turma, REsp 744.107-SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 20.05.2008.

278 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.311.857/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.5.2014, *DJe* 2.6.2014.

279 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 588.587/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 21.5.2015, *DJe* 22.6.2015.

280 (Voltar) *Informativo* 513/STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp 1.229.579-MG, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 18.12.2012; STJ, 4.ª Turma REsp 1.071.643/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 2.4.2009, *DJe* 13.4.2009.

281 (Voltar) *Informativo* 440/STJ, 3.ª Turma, REsp 948.117/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.6.2010.

282 (Voltar) *Informativo* 533/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.236.916/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2013.

283 (Voltar) *Informativo* 463/STJ, 3.ª Turma, REsp. 1.169.175/DF, rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.02.2011.

284 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.563, p. 367.

285 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 107, p. 165.

286 (Voltar) Fidelis dos Santos, *Dos procedimentos*, p. 367; Figueiredo Teixeira, *Código*, p. 709; Marcato, *Procedimentos*, p. 272.

287 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.806, p. 737.

288 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, p. 1134; Lucon, *Embargos*, p. 279; Greco, *O processo*, p. 615, para quem será sempre terceiro o cônjuge não incluído no polo passivo da execução.

289 (Voltar) Contra: Greco, *O processo*, n. 4.3.3.2.1.4, p. 339, entendendo tratar-se de litisconsórcio necessário.

290 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.805, p. 738; Lucon, *Embargos*, p. 280; Fidélis dos Santos, *Dos procedimentos*, p. 370-371.

291 (Voltar) Fidélis dos Santos, *Dos procedimentos*, p. 370-371.

292 (Voltar) STJ, Corte Especial, EREsp 306.465/ES, rel. Min. Laurita Vaz, j. 20.3.2013, *DJe* 4.6.2013.

293 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 555.1.4, p. 1.202; Castro, *Comentários*, p. 255; Greco, *Processo*, n. 4.3.3.2.1.4, p. 339.

294 (Voltar) Moraes e Barros, *Comentários*, p. 365; Araken de Assis, *Manual*, n. 555.1.4, p. 1.202; Theodoro Jr., *Processo*, n. 108, p. 165-166.

295 (Voltar) Súmula 134/STJ: “Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação”.

296 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 740.331/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.11.2006.

297 (Voltar) Neves, *Reforma*, p. 300-304.

298 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 702.569/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 25.08.2009, *DJe* 09.09.2009.

299 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 108, p. 166; Figueiredo Teixeira, *Código*, p. 709.

300 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 6.6.1, p. 32; Fux, *Curso*, p. 1.296; Marinoni-Arenhart, *Curso*, v. 3, Execução, p. 259-260; Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 999-1.000.

301 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.579, v. IV, p. 376-379; Zavascki, *Processo*, p. 212-213; Câmara, *Lições*, p. 195-199; Theodoro Jr., *Fraude*, p. 191-192.

302 (Voltar) Enunciado 52 da ENFAM: "A citação a que se refere o art. 792, § 3º, do CPC/2015 (fraude à execução) é a do executado originário, e não aquela prevista para o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 135 do CPC/2015) ". Contra: Medina, *Novo*, p. 1070.

303 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.140.

304 (Voltar) Farias-Rosenvald, *Direito*, n. 10.10.7, p. 455.

305 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.324.308/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.08.2014, *DJe* 08.09.2014.

306 (Voltar) Rodrigues, *Direito*, p. 238; Caio Mário, *Instituições*, p. 346.

307 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 6.6.1, p. 32; Fux, *Curso*, p. 1.296; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 259-260; Nery-Nery, *Código*, p. 999-1.000.

308 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.579, p. 376-379; Zavascki, *Processo*, p. 212-213; Câmara, *Lições*, p. 195-199; Theodoro Jr., *Fraude*, p. 191-192.

309 (Voltar) Cahali, *Fraude*, p. 374 e ss.; Farias-Rosenvald, *Direito*, n. 10.10.7, p. 455; Senise Lisboa, *Manual*, n. 44.5, p. 596-597.

310 (Voltar) Não admitindo tal circunstância: STJ, 1.ª Turma, REsp 506.312/MS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.08.2006.

311 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 242.151/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.09.2008; Greco, *O processo*, n. 6.6, p. 33.

312 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.570, p. 377; Theodoro Jr., *Fraude*, p. 193.

313 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.576, p. 388. Contra, Farias-Rosenvald, *Direito*, p. 458.

314 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 1.100.525/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.

16.4.2013, *DJe* 23.4.2013.

315 (Voltar) *Informativo* 467/STJ, 3.ª Turma, REsp 971.884/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 22.03.2011.

316 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no AREsp 347.562/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.09.2013, *DJe* 24.09.2013.

317 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 260.

318 (Voltar) *Informativo* 469/STJ, 3.ª Turma, REsp 750.135/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.04.2011.

319 (Voltar) Theodoro Jr., *Fraude*, p. 238-240; Carmona, *Código*, p. 1.752.

320 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.576, p. 387; Zavascki, *Processo*, p. 214; Câmara, *Lições*, p. 200.

321 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 799.440/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15.12.2009, *DJe* 2.2.2010; Fux, *Curso*, p. 1.295; Zavascki, *Processo*, p. 211.

322 (Voltar) STJ, 4ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp 135.104/SC, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 11.2.2014, *DJe* 21.2.2014.

323 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 1.227.366/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.10.2014, *DJe* 17.11.2014.

324 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 215; Theodoro Jr., *Processo*, n. 109, p. 167; Greco Filho, *Direito*, n. 5, p. 42.

325 (Voltar) *Informativo* 494/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.219.093-PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27.03.2012.

326 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 6.6, p. 35-37.

327 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 49, p. 261.

328 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.182.385/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 6.11.2014, *DJe* 11.11.2014; STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.459.831/MS, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 21.10.2014, *DJe* 28.10.2014. Contra: STJ, 4.ª Turma, RMS 29.697/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 23.4.2013, *DJe* 1.8.2013.

329 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.147. Contra: Enunciado 54 da ENFAM: “A ausência de oposição de embargos de terceiro no prazo de 15 (quinze) dias prevista no art. 792, § 4º, do CPC/2015 implica preclusão para fins do art.

675, *caput*, do mesmo código" e Enunciado 191 do FPPC: "O prazo de quinze dias para opor embargos de terceiro, disposto no § 4.º do art. 792, é aplicável exclusivamente aos casos de declaração de fraude à execução; os demais casos de embargos de terceiro são regidos pelo prazo do *caput* do art. 675"; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 487.

330 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 6.6, p. 38; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 260.

331 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 1.057.724/SP, rel. MIn. Sidnei Beneti, j. 27.10.2009, *DJe* 06.11.2009.

332 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 638.664/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 07.04.2005, *DJ* 02.05.2005; Theodoro Jr., *Processo de execução*, n. 109, p. 167.

333 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.579, p. 393-394.

334 (Voltar) *Informativo* 395/STJ, 3.ª T., REsp 804.044-GO, rel. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Massami Uyeda, j. 19.05.2009.

335 (Voltar) *Informativo* 551/STJ, Corte Especial, REsp 956.943/PR, rel. originária Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 20.08.2014, Recurso Especial Repetitivo tema 243.

336 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 1.071.

337 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, REsp 1.141.990/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 10.11.2010, *DJe* 19.11.2010.

338 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 1.296-1.297; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 261; Carmona, *Código*, p. 1.753.

339 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.578, p. 392; Carmona, *Código*, p. 1.753; *Informativo* 420/STJ: 4.ª Turma, REsp 799.440-DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15.12.2009; STJ, 4.ª Turma, REsp 824.520, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 20.11.2008; AgRg no Ag 985.009/MG, 2.ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 19.08.2008. Contra, entendendo bastar a propositura da demanda: Fux, *Curso*, p. 1.297.

340 (Voltar) Câmara, *O novo*, pp. 342/343; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 1.145.

341 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 262; Theodoro Jr., *Processo*, p. 169; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.584, p. 398-399.

46. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA

Sumário:46.1. Conceito – 46.2. Caução na execução provisória: 46.2.1. Função; 46.2.2. Natureza jurídica; 46.2.3. Requisitos formais; 46.2.4. Momento de prestação da caução; 46.2.5. Atuação de ofício? – 46.3. Dispensa da caução – 46.4. Responsabilidade objetiva do exequente; 46.5. Formalização dos autos da execução provisória – 46.6. Cabimento de multa pelo não pagamento – 46.7. Execução provisória contra a Fazenda Pública – 46.8. Honorários advocatícios.

46.1. CONCEITO

Execução provisória é a execução fundada em título executivo judicial provisório[1], ou seja, a decisão judicial que pode ser modificada ou anulada em razão da pendência de um recurso interposto contra ela. O recurso, naturalmente, não pode ser recebido no efeito suspensivo, pois tal circunstância retira a executabilidade da decisão e, consequentemente, cria um impedimento à execução. Com a pendência de um recurso que não tem efeito suspensivo, a decisão passa a gerar seus efeitos, inclusive podendo ser executada, mas, como ainda existe recurso pendente de julgamento, é possível a sua anulação ou reforma, sendo, portanto, tal execução provisória.

Proferida uma decisão judicial executável e não havendo a

interposição de recurso, verifica-se o seu trânsito em julgado, passando a partir desse momento a ser cabível a execução definitiva. Havendo a interposição do recurso cabível e sendo este recebido no seu efeito suspensivo, a decisão não poderá gerar efeitos, impedindo-se o início da execução. A terceira alternativa – única apta a gerar a execução provisória – é a interposição do recurso cabível, não recebido no efeito suspensivo.

Como no Novo Código de Processo Civil toda execução de título executivo judicial passa a ser feita por meio de cumprimento de sentença, inclusive a execução de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública e a de alimentos, o novo diploma processual deixa de utilizar o termo "execução provisória" e passa a adotar "cumprimento de sentença provisório". Independentemente dessa novidade, cumprimento de sentença é forma de execução, de maneira que chamar o fenômeno de execução provisória não prejudica e tampouco contraria o novo nome consagrado no Código de Processo Civil de 2015.

No CPC/1973 havia uma esdrúxula execução provisória de título executivo extrajudicial. O art. 587 do CPC/1973 previa a provisoriedade da execução de título extrajudicial na pendência de apelação contra a sentença de improcedência proferida nos embargos à execução, desde que estes tenham sido recebidos no efeito suspensivo. Pelo dispositivo legal, a interposição dos embargos à execução e a concessão do efeito suspensivo – que dependeria (como continua a depender) do preenchimento dos requisitos legais – impedia a continuidade da execução até o julgamento da apelação interposta contra a sentença que decidia os

embargos à execução. Sendo o julgamento de improcedência, o efeito suspensivo atribuído ao recurso estaria imediatamente revogado, ainda que contra a decisão fosse interposto recurso de apelação, que seria recebido sem o efeito suspensivo (art. 520, V, do CPC/1973). A execução, portanto, prosseguiria, mas a partir desse momento procedimental seguiria as regras da execução provisória.

O dispositivo conseguia tornar uma execução que começava definitiva em provisória, contrariando a própria lógica que determina que o provisório se torna definitivo e não o contrário. Apesar de atender parcela da doutrina[2], contrariava o entendimento majoritário[3] e a jurisprudência[4]. Felizmente o Novo Código de Processo Civil não repete tal regra, de forma que a execução de título executivo extrajudicial passa a ser sempre definitiva, durante todo seu iter procedimental.

46.2. CAUÇÃO NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

46.2.1. FUNÇÃO

Sendo o cumprimento de sentença voluntário, a decisão exequenda pode ser anulada ou reformada em razão do provimento do recurso interposto contra ela pendente de julgamento. Nesse caso a execução provisória terá se mostrado injusta ou ilegal. Tendo o executado suportado danos, o exequente será objetivamente responsável por seu ressarcimento, nos termos do art. 520, I, do Novo CPC.

A prestação da caução tem por objetivo criar uma garantia em

favor do executado de que tal ressarcimento efetivamente ocorra. Trata-se de equilibrar as posições das partes na execução provisória, admitindo-se a satisfação do direito do exequente e garantindo-se materialmente o ressarcimento de futuro e eventual dano indenizável do executado.

É justamente essa função de criar certo equilíbrio na execução provisória que faz com que o Superior Tribunal de Justiça não admita medidas cautelares com o objetivo de impedir a execução provisória, por mais chances de sucesso que o executado tenha no recurso pendente de julgamento[5].

46.2.2. NATUREZA JURÍDICA

Existe debate na doutrina a respeito da natureza jurídica dessa caução, havendo parcela doutrinária que entende não se tratar de medida de natureza cautelar, colocando-a entre as hipóteses de caução não cautelar, designadas por garantias legais. Segundo esse entendimento, tratando-se de caução não cautelar, o juiz não deve apreciar o risco de dano, nem exigir a probabilidade do direito existir, considerando-se que o juiz está vinculado à lei para a sua concessão[6]. Para outra parcela da doutrina, sem levar em conta a distinção entre a caução cautelar e não cautelar, a caução prevista pelo art. 520, IV, do Novo CPC tem natureza cautelar, considerando-se que a caução serve para garantir a eficácia da futura e eventual execução a ser movida pelo executado em caso de reforma ou anulação da decisão exequenda[7].

Não resta qualquer dúvida a respeito da função exercida pela caução no processo executivo, servindo como garantia ao efetivo

ressarcimento de danos gerados por execução indevida, enquanto a decisão exequenda ainda não era definitiva. Isso não se discute, sendo característica de qualquer espécie de caução. A opção doutrinária que afasta tal caução da natureza cautelar leva corretamente em consideração outros aspectos do instituto processual, mais precisamente a desnecessidade de, no caso concreto, ser provada a existência dos requisitos fundamentais da tutela cautelar: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Dessa maneira, a caução é decorrência natural da expressa previsão legal, não cabendo ao juiz qualquer grau de discricionariedade ao analisar o seu cabimento. Ainda que o executado nitidamente não tenha qualquer razão em se opor ao exequente, tampouco sofra um risco de grave dano, irreparável ou de difícil reparação, a caução será devida, em especial no tocante ao levantamento de dinheiro e à alienação de bem penhorado[8].

Dos três diferentes momentos previstos em lei para a prestação da caução, no levantamento do dinheiro e na alienação de propriedade, a tese defendida significa que em nenhuma hipótese caberá ao juiz, diante do pedido de prestação de caução a ser feito pelo executado, analisar o preenchimento de qualquer requisito no caso concreto, bastando para tanto que o momento procedimental seja aquele previsto em lei. No terceiro momento – qualquer ato "dos quais possa resultar grave dano ao executado" –, pode-se imaginar que a caução passaria a ter natureza cautelar, porque exigida a análise do juiz a respeito da aptidão do ato de gerar risco de grave dano. O entendimento, entretanto, não é o mais correto, considerando-se que, apesar de a previsão legal conter um conceito indeterminado, que aproxima o juiz da análise do *periculum in*

mora, não se exige qualquer análise a respeito do *fumus boni iuris*, o que é suficiente para afastar tal caução do âmbito cautelar.

46.2.3. REQUISITOS FORMAIS

Segundo o art. 520, IV, do Novo CPC, a caução deve ser "suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos". É de extrema importância a exata compreensão do que representa a suficiência e idoneidade da caução, bem como o que significa a exigência de que ela seja arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

A primeira questão diz respeito à suficiência e à idoneidade da caução, não havendo nenhuma indicação a respeito de sua espécie, o que permite concluir pela possibilidade de ser real ou fidejussória, sendo prestada pelo executado ou terceiro (fiador judicial)[9]. A idoneidade, apesar de ser altamente subjetiva, não traz maiores dificuldades à análise, cabendo ao juiz apontar no caso concreto se a garantia prestada é séria o suficiente para fazer frente a um eventual prejuízo do executado, desempenhando concretamente o seu papel de garantia. Essa seriedade deve ser formal, exigindo-se uma caução formalmente perfeita e material, representando uma real perspectiva de ser capaz de ressarcir os eventuais prejuízos suportados pela parte adversa. Trata-se, portanto, da credibilidade da caução de ser capaz de efetivamente cumprir seu papel.

A questão da suficiência já é um pouco mais complexa, considerando-se que o valor do eventual prejuízo é absolutamente ilíquido, não sendo possível no momento da concessão da caução já aferir qual será o valor do futuro e eventual prejuízo do executado.

Caberá ao juiz, dentro de certa razoabilidade, fazer uma previsão, estimando o valor dos eventuais danos a serem suportados pelo executado, ainda que tal tarefa se mostre significativamente difícil no caso concreto.

Como se nota, ao afastar a suficiência da caução do valor da execução, aproximando-a de um valor do dano que ainda não ocorreu – e na verdade nem se sabe se ocorrerá –, o legislador tenta simplificar algo que no caso concreto pode não se mostrar tão simples assim. Tudo fica ainda mais complicado no momento em que o dispositivo ora analisado prevê que a caução deva ser prestada de plano, o que permite a conclusão de que o juiz possa fixá-la sem a oitiva das partes, ao menos do exequente. Ocorre, entretanto, que em razão da dificuldade na fixação do valor da caução – e até mesmo diante da subjetividade envolvida nessa atividade do juiz – é natural que as partes sejam previamente ouvidas, abrindo-se o contraditório em prestígio ao princípio da cooperação. Não significa dizer que será necessária a propositura de ação de caução, mas é interessante a formação do contraditório no próprio processo executivo.

46.2.4. MOMENTO DE PRESTAÇÃO DA CAUÇÃO

O art. 520, IV, do Novo CPC prevê a necessidade de prestação de caução no momento de levantamento de depósito em dinheiro, prática de atos que importem alienação de propriedade ou de outro direito real, transferência da posse, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado. Como se pode notar da mera leitura do dispositivo legal, não há qualquer necessidade da prestação de caução no momento da propositura da execução provisória, ficando

reservada a necessidade de sua prestação a outros momentos procedimentais, mais próximos da efetiva satisfação do exequente, o que, naturalmente, não ocorre com a mera propositura da execução.

Assim, dos três diferentes momentos indicados pelo dispositivo legal ora em comento para a prestação da caução, todos eles poderão se verificar na execução de pagar quantia certa, sendo certo que tanto o levantamento do dinheiro quanto a alienação do bem penhorado são momentos procedimentais exclusivos dessa espécie de execução. Cabe inclusive uma crítica ao legislador, porque a satisfação nessa execução ocorre com o levantamento de dinheiro, e não com a expropriação do bem. Seria mais adequado se a previsão legal permitisse a alienação do bem, condicionando o levantamento do dinheiro obtido com tal alienação à prestação de caução, além, é claro, da adjudicação, na qual não haveria depósito de qualquer numerário[10]. De qualquer forma, a norma é clara ao exigir a prestação da caução para que seja alienado o bem penhorado.

Nas execuções de fazer/não fazer e de entrega de coisa, somente é possível imaginar a terceira hipótese legal para a prestação de caução: a prática de atos dos quais possa resultar grave dano ao executado. Nessas execuções, nas quais não existe levantamento de dinheiro ou alienação de bem penhorado – aliás, não há penhora –, são outros atos, geralmente ligados à efetiva satisfação do direito do exequente, que exigem a prestação de caução para que possam ser praticados.

46.2.5. ATUAÇÃO DE OFÍCIO?

Note-se que o contraditório exigido para a fixação do valor da caução não afasta o entendimento de que o juiz não pode determinar de ofício a prestação de caução. Segundo correto entendimento doutrinário, a caução presta-se à garantia do executado, não tendo qualquer função de ordem pública na demanda executiva, de forma que interessa tão somente ao executado a sua prestação no caso concreto. Sendo assim, caso o executado não requeira a prestação da caução no momento previsto em lei, não deve o juiz determiná-la de ofício, dando normalmente andamento ao procedimento executivo, ainda que isso gere um prejuízo irreparável ao executado[11].

Registre-se que na praxe forense é comum a atuação de ofício do juiz nesse tocante, determinando ao exequente a prestação de caução independentemente do pedido do executado. Apesar de que tecnicamente o juiz não deva assim proceder, a verdade é que uma vez praticado de ofício o ato pouco poderá fazer o exequente. Ainda que consiga uma anulação por falta de provocação, o executado terá tomado conhecimento de que o momento para a prestação da caução chegou e que o juiz quer exigi-la do exequente, o que o motivará a fazer o pedido expresso que regularizará formalmente a situação processual.

46.3. DISPENSA DA CAUÇÃO

O art. 521 do Novo CPC prevê quatro hipóteses de dispensa da caução, o que não significa que a execução nesses casos se torna definitiva. O título executivo continua a ser provisório, de forma que a execução permanece com tal natureza, ainda que a satisfação

do direito do exequente ocorra sem a necessidade de prestação de caução, exatamente como ocorreria numa execução definitiva. A natureza provisória da execução, entretanto, mantém aplicável ao caso a responsabilidade objetiva do exequente na hipótese de reforma ou anulação da decisão que serviu como título executivo judicial. Importante lembrar que execução provisória pode ser completa ou incompleta, mas não deixa de ser provisória, considerando-se que a provisoriedade da sentença que serve como título executivo diz respeito à sua imutabilidade, e não à eficácia[12].

Preliminarmente, é preciso observar que o rol do art. 521 do Novo CPC é exauriente, não podendo o juiz dispensar a prestação da caução no caso concreto por analogia em outras hipóteses além daquelas expressamente previstas em lei[13]. O balanceamento de valores e dos interesses das partes foi feito pelo legislador, não cabendo ao intérprete a ampliação das hipóteses legais, sob pena de grave ofensa ao princípio da segurança jurídica.

A primeira hipótese de dispensa da caução é o cumprimento provisório de sentença de crédito de natureza alimentar. Nos termos do art. 521, I, do Novo CPC, dispensa-se a caução independentemente da origem da dívida alimentar. Não interessa, portanto, se o crédito decorre de relação de parentesco, matrimônio, remunerações por trabalho ou de responsabilidade civil; basta que tenha natureza alimentar, ainda que para as dívidas alimentares referentes ao direito de família existam procedimentos mais adequados à imediata satisfação do alimentado, como o pedido de alimentos provisórios e a ação cautelar de alimentos provisionais.

O dispositivo legal ora analisado não seguiu a tradição do revogado art. 475-O, § 2º, I, do CPC/1973, que previa um limite máximo de 60 salários mínimos para a dispensa da caução. Ainda que jurisprudencialmente a exigência tenha se tornado algo exótico, porque a limitação a tal valor passou a ser considerada em termos mensais[14], fica clara a opção do legislador em não criar limites econômicos para a proteção do exequente provisório de alimentos. Dessa forma, qualquer que seja o valor dos alimentos dispensa-se a caução no cumprimento provisório de sentença.

Também se dispensa a prestação de caução se o credor demonstrar situação de necessidade, ou seja, provar a imprescindibilidade de satisfação imediata do direito exequendo sob pena de suportar graves danos de difícil ou incerta reparação e a sua incapacidade de prestar a caução exigida em lei[15]. A dispensa nesse caso independe da origem ou valor do crédito exequendo, sendo aplicável em cumprimento provisório de sentença independentemente da natureza da obrigação exequenda.

As duas últimas hipóteses de dispensa da caução levam em conta a grande probabilidade de o título executivo exequendo ser confirmado de forma definitiva. Ainda que seja possível a reforma ou a anulação da decisão, entendeu o legislador que as chances disso ocorrer são pequenas, de forma que vale a pena correr o risco da dispensa da caução[16]. Ocorre, entretanto, que o risco a ser assumido dependerá do caso concreto, sendo cabível a prestação da caução sempre que o executado fizer tal pedido e demonstrar que a dispensa pode manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

Pelo inciso III do art. 521 do Novo CPC é dispensada a caução quando o recurso pendente de julgamento for o agravo contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial e extraordinário previsto no art. 1.042 do Novo CPC. Interessante notar que naquelas hipóteses em que tal decisão só pode ser recorrida por agravo interno para o próprio tribunal de segundo grau (art. 1.030, § 2º, do Novo CPC)não se admitirá durante o trâmite desse recurso a dispensa da caução. Fortalecendo tendência do direito processual brasileiro de prestigiar os precedentes, o inciso IV do dispositivo analisado prevê a dispensa da caução quando a sentença executada provisoriamente tiver como fundamento súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal ou estiver em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

O parágrafo único do art. 521 do Novo CPC prevê que a exigência de prestação de caução será mantida quando da dispensa puder resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação. A qualificação do risco como manifesto demonstra a vontade do legislador de que a exceção às regras de dispensa seja realmente excepcional.

É criticável a opção legislativa de não fazer qualquer distinção das hipóteses de dispensa ao prever o parágrafo único do art. 521 do Novo CPC. Os dois primeiros incisos do dispositivo ora comentado têm como premissa a proteção do exequente, garantindo-lhe uma subsistência digna, enquanto os dois últimos têm como razão de ser o pequeno risco de uma anulação ou reforma do título executivo provisório.

A partir do momento em que o legislador cria uma regra que prestigia e protege o exequente provisório, garantindo sua subsistência digna, não tem sentido criar uma exceção protetiva ao executado. Basta imaginar uma situação em que o exequente demonstre situação de necessidade e que não tendo a satisfação imediata de seu direito sem a prestação de caução sofrerá graves danos de difícil e incerta reparação. Nesse caso, mesmo que o executado prove que tal dispensa lhe acarretará a mesma ordem de problemas, não há justificativa de se impor o sacrifício ao exequente provisório.

Diferentes são as hipóteses de dispensa fundadas no risco mínimo de reforma ou anulação do título executivo provisório. Nesse caso é possível não querer correr tal risco, ainda que mínimo, se o cumprimento provisório de sentença gerar o risco descrito no parágrafo único do art. 521 do Novo CPC. Contrapondo os riscos, o legislador permite ao juiz prestigiar o risco que prejudica o executado, determinando excepcionalmente a prestação da caução.

Registre-se que a crítica ora exposta não poderia ser feita na vigência do revogado Código de Processo Civil de 1973. Nesse diploma legal havia a distinção abandonada pelo Novo Código de Processo Civil, porque o seu art. 475-O, § 2º, II, previa que a prestação de caução mesmo quando presente hipótese de sua dispensa em razão do risco de o executado sofrer grave dano, de difícil ou incerta reparação, era limitada à hipótese de dispensa fundada no risco mínimo de anulação ou reforma do título executivo provisório. Nas hipóteses de dispensa que tinha como razão de ser a proteção do exequente provisório, o possível dano do

executado, ainda que grave e de difícil ou incerta reparação, era irrelevante para fins da dispensa da caução no caso concreto.

O tratamento homogêneo para situações distintas tem levado parcela da doutrina a defender uma interpretação restritiva ao parágrafo único do art. 521 do Novo CPC, que passaria a ser aplicável somente nas hipóteses de dispensas previstas nos incisos III e IV do artigo ora comentado[17].

Além disso, não parece legítimo que em tais hipóteses o legislador só leve em consideração o perigo causado pela dispensa, não havendo nenhuma exigência de que o direito alegado pelo executado provisório no recurso pendente de julgamento seja provável, admitindo-se a prestação de caução mesmo em recurso flagrantemente protelatório, contrário ao entendimento consolidado e até mesmo sumulado dos tribunais superiores[18].

Também não deve ser desprezado o fato de que com tal previsão legal é criada uma hipótese de decisão interlocutória que certamente ensejará a interposição de agravo de instrumento[19], recurso tradicionalmente lembrado como o grande vilão da paralisação de alguns tribunais de segundo grau.

Além das hipóteses previstas no art. 521 do Novo CPC, o art. 356, § 2º, do mesmo diploma legal prevê mais uma hipótese de dispensa da caução no cumprimento provisório de sentença: execução de decisão interlocutória que julga de forma antecipada parcela do mérito.

46.4. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EXEQUENTE

Prevê o art. 520, I, do Novo CPC que a execução provisória corre por conta e responsabilidade do exequente, em nítida aplicação da *teoria do risco-proveito*. Significa dizer que a execução provisória é uma opção benéfica ao exequente, já que permite, senão a sua satisfação, ao menos o adiantamento da prática de atos executivos. Mas os riscos de tal adiantamento são totalmente carreados ao exequente, que estará obrigado a ressarcir o executado por todos os danos (materiais, morais, processuais) advindos da execução provisória na hipótese de a sentença ser reformada ou anulada pelo recurso pendente de julgamento. A responsabilidade, nesse caso, é objetiva, de forma que o elemento "culpa" é irrelevante para a sua configuração, bastando ao executado provar a efetiva ocorrência de danos em razão da execução provisória[20].

É claro que não existe responsabilidade civil sem dano, de forma que caberá ao executado demonstrar concretamente a sua ocorrência, o que exigirá a propositura de uma liquidação de sentença incidental. Segundo o art. 520, II, do Novo CPC, a execução provisória fica sem efeito no caso de anulação ou modificação da sentença que serviu como título executivo, restituindo-se as partes ao estado anterior. Sendo a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução (art. 520, III, do Novo CPC). A expressa menção de retorno ao estado anterior das

partes permite que os atos de expropriação sejam realizados mesmo no cumprimento provisório de sentença, protegendo-se o terceiro adquirente do bem penhorado, que não retornará ao patrimônio do executado[21], entendendo-se que o "estado anterior" diz respeito à situação patrimonial do executado antes da execução provisória.

No mesmo dispositivo vem prevista a exigência da liquidação dos danos, com desenvolvimento nos mesmos autos da frustrada execução provisória. Deve ser elogiada a redação do dispositivo, que não faz qualquer menção à espécie de liquidação, como fazia indevidamente o art. 475-O, II, do CPC/1973, que previa expressamente a liquidação por arbitramento. Como apontava a melhor doutrina, a liquidação não se daria obrigatoriamente por arbitramento, porque sempre que fosse necessária a alegação e prova de fato novo a forma adequada da liquidação seria por artigos[22].

Ao indicar que a execução do antigo executado provisório ocorrerá nos mesmos autos, o dispositivo pretendeu prever que a liquidação e a futura execução dar-se-ão no mesmo processo, de maneira que a liquidação será um incidente processual e a execução seguirá o procedimento do cumprimento de sentença. Essa realidade é decorrência da existência de um título executivo a favor do antigo executado provisório, considerando-se que a decisão do recurso – monocrática ou acórdão – substitui a sentença que servia como título executivo. Seguir nos próprios autos ou em autos próprio é questão meramente cartorial sem qualquer consequência processual.

46.5. FORMALIZAÇÃO DOS AUTOS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Sendo, em regra, uma execução que tramita enquanto encontra-se pendente de julgamento recurso interposto pelo executado, é presumível que os autos principais estejam no tribunal competente para tal julgamento, o que impede a utilização dos autos principais para instrumentalizar a execução provisória. É elogiável a dispensa da instrução nos autos eletrônicos prevista no parágrafo único do art. 522 do Novo CPC, porque nesse caso os autos principais não estarão fisicamente no tribunal competente para decidir o recurso pendente de julgamento.

Tradicionalmente, a execução provisória era instrumentalizada por meio da carta de sentença, formada pelo cartório e eterna fonte de atritos entre advogados e cartorários; os primeiros exigindo a urgência em sua expedição, e os segundos alegando o excesso de trabalho para não confeccionar a carta de sentença no prazo desejado pelos advogados.

A carta de sentença, ao menos como tradicionalmente era considerada, não existe mais, passando o art. 522 do Novo CPC a prever que o exequente, ao requerer o início da execução provisória – requerimento inicial –, instruirá a petição com cópias de peças do processo previstas em lei, podendo o advogado declará-las autênticas, o que inclusive pode ser dispensado no caso concreto se não existir qualquer dúvida a respeito de sua autenticidade.

O legislador percebeu que a necessidade produz atividade, e

que não havia nenhum sentido em exigir do cartório judicial a formação da carta de sentença para o início da execução provisória. Sendo o exequente o maior interessado em agilizar o início da execução provisória, nada melhor que ele mesmo, por meio de seu advogado, instrua o requerimento inicial com as peças necessárias.

Segundo o dispositivo legal, o exequente deve instruir o requerimento inicial com cópias da:

(a) decisão exequenda;

(b) certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo;

(c) procurações outorgadas pelas partes;

(d) decisão de habilitação, se for o caso;

(e) facultativamente, outras peças processuais consideradas necessárias para demonstrar a existência do crédito.

É natural que possa existir divergência entre o advogado e o juiz no tocante às peças necessárias que a lei faculta ao advogado juntar com o requerimento inicial, mas essa divergência deve ser contornada com a determinação de emenda do requerimento inicial, dando-se ao exequente prazo razoável para juntar aos autos as peças faltantes. Essa postura, inclusive, à luz da instrumentalidade das formas, deve ser adotada até mesmo diante da ausência de uma peça objetivamente indicada pela lei como indispensável, não havendo nenhum sentido o indeferimento liminar do requerimento inicial[23].

Em inteligente inovação, o art. 522, parágrafo único, do Novo CPC dispensa a instrução do requerimento no cumprimento de sentença provisória quando os autos forem eletrônicos. Tem sentido

tal dispensa porque nesse caso o órgão de primeiro grau terá acesso aos autos eletrônicos, ainda que o “processo” esteja no tribunal em razão do recurso pendente de julgamento.

46.6. CABIMENTO DE MULTA PELO NÃO PAGAMENTO

Nos termos do art. 523, *caput* e § 1º, do Novo CPC, o executado será intimado a pagar o valor exequendo no prazo de 15 dias, “sob pena” de ser acrescido a tal valor 20%, metade correspondente à multa e outra metade correspondente aos honorários advocatícios do patrono do exequente. Será tal regra aplicável ao cumprimento provisório de sentença?

Há fartos exemplos na história de péssimas previsões legislativas amparadas nas melhores intenções. Acredito que os §§ 2.º e 3.º do art. 520 do Novo CPC possam ser incluídos nesse rol. Contrariando posicionamento pacificado do Superior Tribunal de Justiça[24] e de volumosa doutrina[25], o § 2.º prevê que a multa e os honorários pela ausência de pagamento de quinze dias são aplicáveis na execução provisória.

Enquanto parcela da doutrina comemora a previsão legal, apontando a sua dupla finalidade de encurtar o cumprimento de sentença, evitando-se a prática de atos executivos, atendendo aos princípios da duração razoável do processo e da economia processual[26], noto um injustificável descompasso nas medidas de execução indireta (pressão psicológica) no cumprimento voluntário de sentença.

O protesto da sentença, previsto no art. 517 do Novo CPC, exige que o cumprimento de sentença seja definitivo, enquanto a multa de 10% sobre o valor exequendo é cabível no cumprimento provisório de sentença. Exatamente por que o protesto, medida menos gravosa ao devedor, depende da definitividade da execução enquanto a aplicação da multa pode ocorrer na execução provisória?

Além desse curioso descompasso, o maior e mais óbvio problema de aplicar a multa do art. 523, § 1.º, do Novo CPC na execução provisória é sua natureza jurídica de sanção processual. Não parece lógico que, enquanto o executado ainda discute a decisão exequenda por via recursal, sofra uma sanção por não cumprir uma obrigação provisória. Por outro lado, o pagamento do valor exequendo para evitar a aplicação da multa naturalmente tornará o recurso pendente de julgamento prejudicado. Afinal, qualquer ato de concordância expressa ou tácita da decisão extingue o direito de recorrer (aquiescência) e causa incompatibilidade lógica com o julgamento do recurso. Não consigo pensar num ato de maior concordância do que o pagamento de uma condenação.

A única forma de tornar a regra menos ruim é compreender que o depósito previsto no art. 520, § 3º, do Novo CPC não se confunde com o pagamento previsto no art. 523, § 1º, do Novo CPC, ainda que o § 2º do art. 520 do Novo CPC faça remissão expressa a tal dispositivo[27]. Nessa interpretação, a aplicação da multa passaria a ser regida por diferentes regras a depender da definitividade ou não do cumprimento de sentença.

Tratando-se de cumprimento definitivo de sentença somente o pagamento livrará o executado da aplicação da multa, já no cumprimento voluntário o depósito do valor em juízo já será o suficiente para a geração de tal efeito. O depósito, portanto, não significará a aquiescência do executado com a sentença, não podendo, portanto, servir como pagamento da dívida e causar a extinção da execução. O valor ficará depositado em juízo à espera da decisão do recurso pendente do julgamento.

Nesse sentido há doutrina, inclusive, que admite o levantamento do dinheiro, desde que o exequente preste em juízo caução suficiente e idônea[28].

46.7. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Segundo a atual previsão do art. 100 da CF, a expedição do precatório depende de a sentença ter transitado em julgado, passando a jurisprudência a entender que na hipótese de sentença condenatória de pagar quantia certa não caberá execução provisória contra a Fazenda Pública[29]. E mesmo nas execuções de pequeno valor, que dispensam a expedição de precatório, a redação do art. 100, § 3.º, da CF é suficientemente clara ao dispor sobre a exigência de a sentença ter transitado em julgado, o que também exclui a possibilidade de execução provisória[30].

Interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a expedição de precatório e, consequentemente, o início de execução, ainda que a sentença seja provisória, quando houver

no caso concreto parcela incontroversa da pretensão do exequente[31]. Existe ainda parcela da doutrina que defende a existência de execução provisória até a fase de embargos, ficando suspensa a partir desse momento a execução à espera do trânsito em julgado[32].

Não dependendo da expedição de precatório, tampouco estando tuteladas pelo art. 100, § 3.º, da CF, as sentenças que contêm obrigação de natureza diversa da obrigação de pagar quantia certa poderão normalmente ser objeto de execução provisória. Dessa forma, a execução provisória de fazer, não fazer e entregar coisa é incontestavelmente cabível contra a Fazenda Pública[33]. Registre-se que a execução provisória, nesse caso, será cabível sempre que existir recurso sem efeito suspensivo pendente de julgamento, não sendo suficiente a mera existência de reexame necessário. Entende-se que o reexame necessário não impede a execução provisória, mas tão somente o trânsito em julgado da sentença[34]. Prova incontestável dessa afirmação encontra-se no art. 14, § 3.º, da Lei 12.016/2009 ao prever que a sentença de procedência no mandado de segurança, apesar de estar sujeita ao duplo grau de jurisdição, admite a execução provisória, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar (art. 7.º, § 2.º, da Lei 12.016/2009).

46.8. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Sempre defendi o cabimento de fixação de honorários advocatícios em execução provisória, exatamente como ocorre na execução definitiva. Tal conclusão tem amparo legal, porque o art.

520, *caput*, do Novo CPC prevê que o cumprimento provisório de sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que o cumprimento definitivo, e, da mesma forma que o trabalho do advogado do exequente é remunerado na execução definitiva, deve ser também na execução provisória. Afinal, independentemente da definitividade ou provisoriedade do título, existe trabalho advocatício que deve ser remunerado, sendo exatamente essa a função dos honorários sucumbenciais.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, caminhava em sentido contrário, em aplicação absolutamente equivocada do princípio da causalidade[35]. O tema está superado pelo Novo Código de Processo Civil, porque o cabimento de honorários advocatícios no cumprimento provisório de sentença está expressamente consagrado nos arts. 85, § 1º, e 520, § 2º, do Novo CPC, sendo devidos se não houver o pagamento pelo executado no prazo de 15 dias de sua intimação para pagar o débito exequendo (art. 520, § 2º, do Novo CPC).

47. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER

Sumário: 47.1. Introdução – 47.2. Aspectos procedimentais – 47.3. Tutela específica e conversão em perdas e danos: 47.3.1. Vontade do exequente; 47.3.2. Impossibilidade de obtenção da tutela específica ou resultado prático equivalente; 47.3.3. Onerosidade excessiva; 47.3.4. Procedimento da conversão em perdas e danos – 47.4. Atipicidade das formas executivas: 47.4.1. Prisão civil – 47.5. Multa coercitiva: 47.5.1. Introdução; 47.5.2. Valor da multa; 47.5.3. Beneficiado pela multa; 47.5.4. Fazenda Pública em juízo; 47.5.5. Alteração do valor e periodicidade da multa; 47.5.6. Exigibilidade da multa; 47.5.7. Termo inicial da multa e intimação do devedor.

47.1. INTRODUÇÃO

Sob o título "Do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer ou de Não Fazer", os arts. 536 e 537 do Novo CPC confirmam a tendência inaugurada pela combinação dos arts. 475-I e 461 do CPC/1973 no sentido de consagração suprema da tutela diferenciada.

Como se pode notar de uma simples leitura do art. 536 do Novo CPC, sua redação não prevê um procedimento executivo para

o cumprimento da sentença, limitando-se a indicar os meios materiais à disposição do juízo para efetivar o direito do credor[36]. O art. 537 do Novo CPC se limita a tratar dos aspectos procedimentais da multa (*astreintes*), forma executiva que mereceu uma posição de destaque em razão de sua relevância para a efetivação das decisões judiciais e de sua frequência na praxe forense. Entendo que por opção de política legislativa deixou-se de prever um procedimento específico para o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer e de não fazer para libertar o juiz na criação, caso a caso, do procedimento que melhor se adequar às exigências do caso concreto. Trata-se, conforme já analisado no Capítulo 1, item 1.8.4.2. do auge da tutela diferenciada.

47.2. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Havendo sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer e de não fazer ainda não transitada em julgado, eventual execução provisória dependerá de requerimento expresso do demandante, considerando-se que a execução provisória é uma mera faculdade do credor. Com o trânsito em julgado, entretanto, parece mais adequado o entendimento de que o juiz pode dar início de ofício ao cumprimento de sentença, determinando as medidas executivas que entender necessárias à satisfação do direito do credor, em aplicação da regra do impulso oficial[37].

Entendo que esse entendimento é confirmado pelo art. 536, *caput* do Novo CPC, que ao prever a determinação das medidas necessárias à satisfação do direito do exequente aponta que essas

podem ser adotadas mediante requerimento ou de ofício. Não descarto a possibilidade de se interpretar o dispositivo legal em momento procedimental posterior ao da provocação do exequente, mas não havendo previsão expressa a respeito da necessidade de tal provocação, como ocorre no art. 523, *caput*, do Novo CPC para o cumprimento de sentença de pagar quantia, parece mais adequada a aplicação do princípio do impulso oficial.

Na hipótese de manifestação do demandante pleiteando o início da fase de cumprimento de sentença, basta um mero requerimento com os dados mínimos para que o juiz compreenda a sua pretensão. A petição inicial é dispensável porque não se está criando um novo processo, mas somente dando-se início a uma fase procedimental de satisfação do direito já reconhecido em sentença.

Convém ao juiz determinar um prazo para que a obrigação seja cumprida, levando em conta as particularidades do caso concreto, em especial a complexidade da obrigação. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que, em respeito ao princípio da coisa julgada material, uma vez tendo sido estabelecido o prazo para o cumprimento da obrigação na sentença condenatória transitada em julgado, não se admitirá a alteração desse prazo no momento do cumprimento de sentença.

Não resta dúvida de que determinando um prazo para o cumprimento da obrigação caberá a intimação do devedor, havendo divergência doutrinária a respeito da forma dessa intimação. Apesar de a obrigação ser da parte e não de seu patrono, e de o ato de cumprir a obrigação não ser um ato postulatório, entendo possível a

intimação do devedor na pessoa do advogado[38], pelas mesmas razões que defendo essa possibilidade no cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia certa, expostas no Capítulo 49, item 49.5.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que não cabem embargos à execução no cumprimento de sentença de obrigação de fazer, mas não admitir os embargos à execução não significa impedir a manifestação do executado, o que seria inviável à luz do *princípio do contraditório*. Admite-se, portanto, a apresentação de defesa por meio de mera petição exposta de forma incidental, inclusive quando o executado for a Fazenda Pública[39]. No eventual ingresso dos embargos à execução caberá ao juiz, em aplicação do *princípio da fungibilidade*, receber a petição inicial como mera petição, a ser autuada nos próprios autos principais[40].

47.3. TUTELA ESPECÍFICA E CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS

Não há dúvida de que a tutela específica tenha mais qualidade do que a tutela pelo equivalente em dinheiro, apontando a melhor doutrina que a execução é mais bem-sucedida quando entrega ao credor exatamente o que o cumprimento voluntário da obrigação lhe entregaria. Todas as formas executivas previstas exemplificativamente no art. 536, § 1º, do Novo CPC se prestam justamente para instrumentalizar a obtenção da tutela específica.

Ocorre, entretanto, que a tutela específica nem sempre é obtida no caso concreto, sendo possível a obrigação de fazer e não fazer

ser convertida em prestação pecuniária quando essa for a vontade do exequente ou pela impossibilidade material ou jurídica de obtenção da tutela específica. Apesar de existir opinião doutrinária no sentido de que a conversão também se justifica quando a tutela específica se mostra excessivamente onerosa[41], entendo que essa não é uma das justificativas para o sacrifício da tutela específica no caso concreto. A onerosidade será resultante da própria natureza da obrigação, e, sendo a vontade do credor de que seja efetivada a tutela específica, basta ser possível o cumprimento para não se justificar a conversão a perdas e danos.

47.3.1. VONTADE DO EXEQUENTE

Esse ideal do legislador de melhor qualidade na prestação jurisdicional invariavelmente converge com a própria vontade do exequente, que, uma vez em juízo para obter a satisfação de uma obrigação de fazer ou de não fazer, verá com bons olhos as medidas adotadas pelo juiz, ainda que de ofício, almejando que o ato seja feito ou deixe de ser feito. O que se afirma, até com ares de obviedade, é que o resultado eficaz da execução, entregando ao exequente exatamente aquilo que receberia se não precisasse do processo, além de fonte de prestígio ao Poder Judiciário, será também fonte de plena satisfação do próprio exequente. Significa dizer que, ao menos em regra, há uma identidade entre a boa prestação jurisdicional, entendida como a entrega da *tutela específica*, e a pretensão do exequente.

Ocorre, entretanto, que o exequente pode preferir a prestação pecuniária, ainda que a obtenção da tutela específica seja concretamente alcançável. Nessa hipótese, ter-se-á de um lado o

autor abrindo mão da melhor tutela jurisdicional possível a ser obtida naquele processo e se contentando com uma satisfação subsidiária (já que distante de seu direito material), e de outro o juiz ciente de que poderia, ainda que agindo de ofício, entregar ao credor exatamente aquilo que está representado no título executivo.

Tratando-se de direito disponível, entendo que a mera vontade do exequente vincula o juiz, ainda que em sacrifício da melhor qualidade da prestação jurisdicional que poderia ser obtida no caso concreto[42]. Se o direito discutido é disponível, podendo o autor abrir mão dele a qualquer momento, sem nenhuma interferência do juiz, seria absurdo prestigiar a atuação oficiosa do juiz em detrimento de sua vontade. Não é correta a doutrina que exige resistência à pretensão do exequente durante a execução para que se admita a conversão pela vontade do exequente[43], ou ainda a necessidade de concessão de uma última chance ao devedor por meio de sua intimação para cumprir a prestação[44]. Se já existem as condições para o cumprimento de sentença, é porque não houve o cumprimento voluntário, ou seja, já houve resistência do devedor e o consequente inadimplemento.

Basta para chegar a essa conclusão o princípio da disponibilidade da execução, consagrado no art. 775, *caput*, do Novo CPC, que admite a desistência do credor de algumas medidas executivas, mantendo-se a execução. Sendo a satisfação da tutela específica obtida somente por meio da realização no caso concreto das medidas de execução forçada e indireta que se encontram à disposição do juiz, caso o exequente não deseje mais essa espécie de tutela, basta desistir de tais medidas, tornando a conversão em

perdas e danos a única forma viável de prosseguimento da execução.

Tratando-se de direito indisponível, a mera vontade do autor não será suficiente, admitindo-se a conversão em perdas e danos somente quando a tutela específica se tornar impossível. Fala-se, nesse caso, de indisponibilidade do resultado específico[45], como ocorre nas execuções coletivas. É importante ressaltar, entretanto, que mesmo tratando-se de direito indisponível, a vontade do exequente continua a ser determinante no tocante aos meios executivos, desde que a opção não frustre a tutela específica passível de obtenção no caso concreto. Tome-se como exemplo a execução de alimentos, na qual o exequente pode optar entre a penhora e a prisão civil, porque em ambas o direito de crédito tutelado é pretensamente passível de satisfação.

A conversão da tutela específica em perdas e danos por vontade do credor independe de expressa previsão no título executivo, já tendo, na vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça corretamente entendido que a transformação em sede executiva da obrigação de fazer ou não fazer em obrigação de pagar quantia certa não afronta os arts. 141 e 492 do Novo CPC[46].

47.3.2. IMPOSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE

A *impossibilidade material* afeta a pessoa do devedor na hipótese de obrigação de fazer infungível, de forma que fisicamente torna-se impossível o cumprimento da obrigação. Basta imaginar a morte do devedor ou a perda da habilidade específica que

determinou a contratação do devedor, como na hipótese de um professor que tenha perdido a voz. Como é analisado no Capítulo 40, item 40.3, também quando se nota uma inviabilidade de convencer o executado a cumprir essa espécie de obrigação haverá uma impossibilidade material de obtenção da tutela específica. A diferença é que na primeira hipótese a conversão em perdas e danos é automática, e na segunda resulta da frustração dos meios de pressão psicológica adotados no caso concreto.

Entendo que essa espécie de impedimento não atinge, ao menos em regra, a obrigação de fazer fungível, sendo sempre possível a obtenção da tutela específica pelo cumprimento da obrigação por terceiro. Somente no caso de demonstração objetiva de perda de interesse do exequente na tutela específica haverá uma espécie de impossibilidade material derivada da inutilidade que a tutela específica geraria nesse caso[47].

> Marina contratou uma empresa de iluminação que lhe forneceria seus serviços para uma festa de aniversário que ela promoveu no jardim de sua casa. Tendo ocorrido a festa e não tendo sido prestado o serviço, naturalmente não há qualquer sentido prático na execução da obrigação de fazer, até porque depois da festa a iluminação, apesar de possível, tornou-se inútil.

A *impossibilidade jurídica* deriva de alguma regra de direito que torna inviável o cumprimento da obrigação de fazer, como uma regra que, garantindo a inviolabilidade profissional, proíba o devedor da prática de determinado ato. Nesse caso materialmente será possível e provavelmente útil ao exequente a tutela específica, mas norma jurídica impedirá a execução dessa forma.

47.3.3. ONEROSIDADE EXCESSIVA

Outra hipótese de conversão da tutela específica em perdas e danos é a excessiva onerosidade da primeira (art. 805 do Novo CPC). Nesse caso, ainda que a tutela específica seja material e juridicamente possível, sua efetivação gera tamanha onerosidade ao executado que proporcionalmente será mais adequada a sua conversão em perdas e danos.

Como a obtenção da tutela específica continua a ser material e juridicamente possível, o exequente pode não concordar com a conversão ora analisada, mas nesse caso cabe ao juiz a aplicação das regras da proporcionalidade e razoabilidade no caso concreto, sendo sua a última palavra sobre a adequação da conversão – sujeita ao recurso de agravo de instrumento, naturalmente.

47.3.4. PROCEDIMENTO DA CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS

Sendo a conversão fruto da vontade do exequente, basta uma mera petição informando o juízo para que se passe à fixação do valor das perdas e danos, o que será feito por meio de liquidação de sentença incidental. Como defendo que a mera vontade do exequente já é suficiente para legitimar a conversão da obrigação em perdas e danos, não há necessidade de intimação do executado para a decisão sobre o pedido de conversão, até mesmo porque a oitiva seria inútil, considerando-se que o juiz está vinculado ao pedido do exequente.

Na hipótese de impossibilidade de obtenção da tutela específica ou de resultado prático equivalente, qualquer das partes poderá pedir ao juiz a conversão em perdas e danos, ainda que

nesse caso o interesse maior seja do exequente. O executado poderá, entretanto, fazer tal pedido para justificar a inaplicabilidade de uma medida de coerção psicológica, tal como as *astreintes*. Havendo pedido de uma das partes, o juiz, em respeito ao *contraditório*, intimará a parte contrária para manifestação no prazo de cinco dias, proferindo sua decisão. O próprio juiz poderá determinar a conversão de ofício se entender pela impossibilidade da obtenção da tutela específica ou de resultado prático equivalente, mas nem por isso justifica-se o sacrifício ao *contraditório*, devendo intimar as partes para manifestação no prazo comum de cinco dias antes de proferir a decisão.

A decisão que defere o pedido ou determina de ofício a conversão em perdas e danos tem natureza interlocutória, sendo recorrível por agravo de instrumento. Na liquidação incidental, por arbitramento ou pelo procedimento comum, a depender do caso concreto, além de todos os prejuízos advindos ao exequente pelo não cumprimento da obrigação por tutela específica, também se calculará o valor da multa fixada para pressionar o executado a cumprir a obrigação (art. 500 do Novo CPC), sempre que tiver sido aplicada pelo juiz. A decisão judicial que fixa o *quantum debeatur* é título executivo judicial, seguindo-se a ela a execução de obrigação de pagar quantia certa pelo procedimento do *cumprimento de sentença*[48].

47.4. ATIPICIDADE DAS FORMAS EXECUTIVAS

Prevê o art. 536, § 1.º, do Novo CPC que o juiz poderá, de

ofício ou a requerimento do exequente, determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, enumerando exemplificativamente a aplicação de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

A doutrina é tranquila no entendimento de que o rol de formas executivas previsto pelo dispositivo legal é exemplificativo[49], o que é corroborado pela utilização da expressão "tais como" antes da descrição específica das formas executivas constantes do texto legal[50]. Essa interpretação é a única possível à luz da preocupação em municiar o juiz de todos os instrumentos necessários para que a tutela específica ou o resultado prático equivalente sejam efetivamente obtidos no caso concreto.

Esse amplo poder concedido ao juiz na execução da obrigação de fazer e não fazer evidentemente não é irrestrito ou incondicionado, cabendo na aplicação das medidas executivas sempre levar o juiz em consideração o princípio da *razoabilidade* e da *menor onerosidade* ao executado (art. 805 do Novo CPC)[51]. Ainda que a efetivação da tutela seja desejada pelo sistema e o juiz tenha liberdade em sua atuação prática para que isso ocorra, é natural que as medidas não sejam adotadas sem preocupação com as garantias básicas do executado.

Admitindo o entendimento de não compor as medidas previstas no art. 536, § 1.º, do Novo CPC um rol exaustivo, o

Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento pela admissão de bloqueio de verbas públicas para efetivar a execução de uma ordem de fornecimento de medicamento, considerando que a proteção constitucional à saúde, à vida e à dignidade humana prevalece sobre os princípios de direito financeiro e administrativo[52].

A doutrina aponta a intervenção judicial para a realização de atividades específicas que incumbia à sociedade realizar, prevista na Lei Antitruste (Lei 12.529/2011), como forma de execução para a efetivação de tutela de obrigação de fazer e não fazer não prevista no rol do art. 536, § 1.º, do Novo CPC[53].

Na realidade, não só em questões tuteladas pela Lei Antitruste permite-se a nomeação de fiscal ou interventor para fazer ou não fazer aquilo a que a sociedade-devedora estaria obrigada[54], bastando imaginar a relevância dessa medida numa demanda na qual se busca evitar o sacrifício do meio ambiente saudável. Nesse sentido, não deve gerar consequência prática a retirada do texto final do Novo Código de Processo Civil da previsão de tal medida executiva dentre os meios típicos consagrados no art. 536, § 1º, do Novo CPC.

47.4.1. PRISÃO CIVIL

Tanto as medidas de execução indireta como por sub-rogação podem ser adotadas pelo juiz no caso concreto para a efetivação da tutela executiva de fazer e não fazer, sendo a principal forma de execução indireta a multa coercitiva, que em razão da inegável posição de destaque será analisada em tópico próprio. A prisão civil

é outra forma tradicionalmente lembrada de execução indireta, mas essa forma de pressão psicológica está restrita ao devedor de alimentos, que sabidamente não tem uma obrigação de fazer ou não fazer, mas de pagar quantia certa.

Parcela da doutrina defende que na interpretação do art. 5.º, LXVII, da CF – que excepciona a prisão civil por dívida – não há vedação para a prisão civil como meio de coerção psicológica, considerando-se que, ao qualificar a espécie de prisão civil que estaria proibida, a Constituição Federal não vedou expressamente outras espécies de prisão civil[55]. Para fundamentar esse entendimento, o termo "dívida" utilizado no dispositivo constitucional deve ser entendido como "obrigação de pagar quantia certa", de forma que a prisão civil poderia ser utilizada como forma de pressão psicológica no adimplemento de outras espécies de obrigação, como a de fazer e não fazer[56].

A tese é rejeitada por parcela considerável da doutrina, que interpreta o termo "dívida" constante do texto constitucional como inadimplemento de qualquer espécie de obrigação, inclusive de fazer e não fazer[57], tese corroborada pelo recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que não cabe prisão civil do depositário infiel. Interessante notar que alguns doutrinadores, apesar de concordarem com a interpretação mais ampla dada ao termo "dívida" – qualquer espécie de obrigação –, entendem que a Constituição Federal veda a prisão que tem origem em dívida, ou seja, estabelecida para cumprimento de liame obrigacional, não afetando a multa prevista para o cumprimento de ordem judicial, que não tem caráter obrigacional, derivando do *imperium* estatal[58].

Salvo na hipótese de dívida alimentar inescusável, a tese da prisão civil como forma de execução indireta não vem sendo aceita na praxe forense, o que tem levado alguns juízes a determinar a prisão em flagrante do devedor pelo crime de desobediência, forma de prisão-sanção que não se confunde com a execução indireta. Registre-se, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado de que não cabe ao juízo cível a decretação dessa prisão, devendo oficiar o Ministério Público para que tome as providências devidas[59].

Interessante lembrar que já houve tentativa de incluir em texto legal a prisão civil como forma de *contempt of court*, com a inclusão de um § 2.º ao revogado art. 14 do CPC/1973, que determinaria a prisão civil da parte que reiterasse o descumprimento de ordem judicial por não mais do que 30 dias[60]. A tentativa foi frustrada e a Lei 10.358/2001 incluiu no sistema somente a multa de até 20% do valor da causa na hipótese de ato atentatório à dignidade da justiça, sanção mantida no 77, § 2º, do Novo CPC.

47.5. MULTA COERCITIVA

47.5.1. INTRODUÇÃO

Apesar de não existir uma gradação entre as medidas executivas à disposição do juízo para efetivar a tutela das obrigações de fazer e não fazer, a multa como forma de pressionar o executado a cumprir sua obrigação parece ter merecido posição de destaque, sendo também medida de extrema frequência na praxe forense. A valorização da multa pode ser percebida pela expressa menção a ela feita pelo diploma processual em seu art. 537.

A exclusão pelo Novo Código de Processo Civil dos termos “diária” ou “por tempo de atraso” como qualificativos da multa ora analisada é um avanço e deve ser elogiada. A multa, afinal, nem periódica precisa ser, em especial quando aplicada para pressionar psicologicamente o devedor a cumprir uma obrigação instantânea que não pode ser repetida. Seja como for, a interpretação é de que cabe multa, e que sua qualificação – única, periódica, por ato ilícito praticado – é tarefa do juiz no caso concreto, e não do legislador.

Apesar de ser a periodicidade diária a mais frequente na aplicação da multa coercitiva, o juiz poderá determinar outra periodicidade – minuto, hora, semana, quinzena, mês –, bem como determinar que a multa seja fixa, única forma logicamente aceitável de multa nas violações de natureza instantânea.

Aduz o art. 537, *caput*, do Novo CPC que o juiz poderá, inclusive de ofício, impor multa ao réu, podendo tal multa ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória, na sentença ou na fase de execução. Além de uma repetição, já que o dispositivo poderia ter se limitado a prever o cabimento da multa a qualquer tempo do processo, há uma omissão injustificável: o processo autônomo de execução. Não obstante a intrigante omissão legal, tratando-se de medida executiva, qualquer que seja a forma de execução, será cabível a aplicação da multa.

No mesmo dispositivo está previsto que cabe ao juízo, na aplicação da multa, determinar prazo razoável para cumprimento do preceito. Acredito que esse prazo não seja o de duração da aplicação da multa, mas sim o prazo de cumprimento voluntário (não espontâneo) que poderá impedir a sua incidência no caso

concreto. Não posso concordar que o juiz deve indicar um prazo para o cumprimento, porque nesse caso o executado pode fazer previamente cálculos e decidir que vale a pena descumprir a obrigação, mesmo que lhe venha a ser aplicada a multa. Entendo que a multa deve durar enquanto se mostrar útil a seu fim, qual seja, o cumprimento da obrigação, cabendo ao juiz fazer a análise temporal de sua eficácia durante sua aplicação, e não fixando um termo final antes mesmo de sua aplicação.

A multa coercitiva passou a ser conhecida pelos operadores de direito como *astreintes*, em razão de sua proximidade com instituto processual do direito francês de mesmo nome. Não cumpre nesse momento a análise comparativa entre a multa cominatória do direito brasileiro e as *astreintes* do direito francês, que resultaria na constatação de que, apesar de próximas, têm diferenças importantes. A constatação empírica é que a utilização do termo "astreintes" se presta a designar a multa cujas características principais serão neste capítulo analisadas.

Registre-se que, mesmo sendo a obrigação cumprida a destempo, a multa continua a ser exigível pelo período de atraso no cumprimento da obrigação, de forma que somente o cumprimento dentro do prazo exime a parte do pagamento[61].

47.5.2. VALOR DA MULTA

Não existe nenhuma previsão legal referente ao valor da multa coercitiva, apenas mencionando o art. 537, *caput*, do Novo CPC a exigência de que seja suficiente e compatível com a obrigação, e é melhor que assim seja. Tratando-se de medida de pressão

psicológica, caberá ao juiz analisar as particularidades do caso concreto para determinar um valor que seja apto a efetivamente exercer tal influência no devedor para que seja convencido de que a melhor alternativa é o cumprimento da obrigação. Essa é uma das razões para negar a natureza coercitiva à multa prevista no art. 523, § 1º, do Novo CPC, como demonstrado no Capítulo 40, item 40.3.

A tarefa do juiz no caso concreto não é das mais fáceis. Se o valor não pode ser irrisório, porque assim sendo não haverá nenhuma pressão sendo efetivamente gerada, também não pode ser exorbitante, considerando-se que um valor muito elevado também desestimula o cumprimento da obrigação. Valendo-se de uma expressão poética revolucionária, *tem-se que endurecer sem perder a ternura*.

> Daniel tem contrato de exclusividade com um curso jurídico, mas passa a ministrar aulas também no concorrente. O curso com o qual Daniel tem contrato de exclusividade ingressa com ação judicial para proibi-lo de continuar ministrando aulas em outros lugares, obtendo a concessão de liminar com a imposição de multa de R$ 10,00 por aula. Apesar de Daniel ficar em dúvida se vale a pena continuar dando aula nos cursos de graduação, fatalmente concluirá que o valor é irrisório, não servindo como forma de pressioná-lo a cumprir a decisão. Por outro lado, se o juiz fixar a multa no valor de R$ 100.000,00 por aula, provavelmente Daniel pensará que a ameaça do juiz foi tão exagerada que não terá estímulo para o cumprimento da decisão.

Essa responsável liberdade concedida ao juiz na determinação do valor da multa faz com que não exista nenhuma vinculação entre o seu valor e o valor da obrigação descumprida[62], podendo, portanto, superá-lo[63]. Se tivesse natureza sancionatória ou

compensatória, como ocorre com a cláusula penal, seria o valor limitado ao da obrigação principal por expressa previsão do art. 412 do CC. Inclusive nos Juizados Especiais Estaduais existe entendimento no sentido de que as *astreintes* não se limitam ao valor-teto de 40 salários mínimos, que se refere somente à pretensão principal do autor[64], ainda que em decisão recente o Superior Tribunal de Justiça tenha entendido que o valor da multa está limitado ao teto previsto em lei[65].

47.5.3. BENEFICIADO PELA MULTA

Tendo natureza coercitiva, as *astreintes* sempre beneficiarão a parte que pretende o cumprimento da obrigação. É evidente que, na hipótese de a multa funcionar em sua tarefa de pressionar o obrigado, a parte contrária será beneficiada por sua aplicação, porque conseguirá a satisfação de seu direito em razão do convencimento gerado no devedor em razão da aplicação da multa. Ocorre, entretanto, que nem sempre a multa surte os efeitos pretendidos, e sempre que isso ocorre será criado um direito de crédito no valor da multa fixada. Nesse caso, não parece correto falar em quem será o beneficiado pela multa para aferir quem é o credor desse valor; melhor será falar em beneficiado pela frustração da multa e a consequente criação de um crédito.

Apesar da crítica de parcela da doutrina[66], o legislador nacional entende que o credor do valor gerado pela frustração da multa será a parte para a qual não foi determinado o cumprimento da obrigação, conforme expressa previsão do § 2º do art. 537. Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[67]. Costuma-se afirmar que o beneficiado, nesse caso, é o demandante,

mas não se pode descartar a possibilidade de o demandado ser credor, o que ocorrerá sempre que o demandante descumprir uma determinação para o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer com aplicação de multa[68]. De qualquer forma, a multa não é revertida para o Estado, mas para uma das partes, geralmente o demandante.

Realmente a opção do legislador não deve ser elogiada, em especial quando considerada a previsão do art. 500, do Novo CPC, que determina que a multa não impede a indenização por perdas e danos. Nota-se que, tendo tido um efetivo dano em razão do descumprimento da obrigação, caberá à parte pedir a devida indenização, tendo que provar a existência do dano. Tornando-se credor do valor da multa frustrada, a parte tem um ganho patrimonial em detrimento do patrimônio da parte contrária, sem nenhum respaldo jurídico para legitimar tal locupletamento.

47.5.4. FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

Há doutrina minoritária que defende a inaplicabilidade das *astreintes* perante a Fazenda Pública, com o argumento principal de que o agente público, não tendo interesse direto na demanda, e sabendo que uma eventual aplicação de multa não atingirá seu patrimônio, não sofre pressão psicológica alguma diante da aplicação de uma *astreinte*. Sendo a função da multa coagir o devedor a cumprir a obrigação, essa corrente doutrinária entende que a sua aplicação é injustificável diante da Fazenda Pública[69].

A sugerida inaplicabilidade encontra-se superada, sendo entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça a

aplicabilidade das *astreintes* quando o devedor da obrigação de fazer ou não fazer é a Fazenda Pública[70], mesmo posicionamento da doutrina amplamente majoritária[71]. Concordo com a maioria, mas não deixo de me preocupar com as consequências da aplicação das *astreintes* à Fazenda Pública, porque, uma vez cobrado o valor da multa frustrada, o único contribuinte feliz com tal situação será o credor desse valor. As dívidas da Fazenda Pública são todas quitadas pelos contribuintes, sendo extremamente injusto que todos nós paguemos pelo ato de descumprimento pelo agente público de decisão judicial[72]. É claro que, se nossos agentes públicos atuassem em conformidade com os princípios da *legalidade* e da *moralidade administrativa*, consagrados no art. 37, *caput*, da CF, a discussão nem seria posta, mas pela crise ética que passa não só o Poder Público, mas a sociedade em geral, é mera utopia acreditar na desnecessidade da aplicação da multa.

Essa preocupação que tenho, entretanto, não é suficiente para legitimar a aplicação das *astreintes* ao próprio agente público. Parcela da doutrina entende que nesse caso a pressão psicológica aumentaria significativamente, porque o agente público passaria a temer pela perda de seu patrimônio particular[73]. Não se duvida de que a pressão aumentaria, mas as *astreintes* só podem ser dirigidas ao obrigado, reconhecido como tal na decisão que se executa. O agente público não é parte no processo, e dirigir as *astreintes* a ele caracteriza afronta aos princípios da *ampla defesa* e do *contraditório*, o que o Superior Tribunal de Justiça não admite, podendo o agente público, entretanto, ser sancionado com a multa prevista no art. 77, § 2º, do Novo CPC por ato atentatório à

dignidade da justiça[74].

47.5.5. ALTERAÇÃO DO VALOR E PERIODICIDADE DA MULTA

O art. 537, § 1º, do Novo CPC menciona a possibilidade de alteração do valor e/ou da periodicidade das astreintes prevendo as causas que justifiquem tal alteração.

A causa prevista no inciso I do dispositivo legal não traz maiores complicações, sendo a hipótese clássica de alteração do valor da multa: a percepção pelo juiz de que se tornou insuficiente ou excessiva. A fixação do valor adequado não é tarefa simples, devendo o juiz se afastar dos extremos, já que um valor ínfimo não permite que a multa cumpra sua função (de pressão psicológica do devedor) e um valor exorbitante desestimula o devedor no cumprimento da obrigação. Dessa forma, caso o juiz note que o valor fixado originariamente se mostrou insuficiente para pressionar efetivamente o devedor a cumprir a obrigação, ou excessivo a ponto de não estimular o devedor a tal cumprimento, deve, inclusive de ofício, modificar o valor da multa.

O inciso II justifica a alteração ora analisada no cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. Acredito que na hipótese de cumprimento parcial superveniente a multa deva ser readequada em termos de valor porque a inadimplência terá objetivamente diminuído. Já no caso de justa causa para o descumprimento, vejo com dificuldade diminuir o valor da multa, porque não sendo materialmente possível cumprir a obrigação a multa simplesmente não pode ser aplicada, como devidamente analisado no Capítulo 41, item 41.7.

Entendo que a previsão do § 1º do art. 537 do Novo CPC seja dirigida ao próprio juiz que fixou originariamente o valor e a periodicidade da multa, com o que se afasta do caso concreto a preclusão judicial, indevidamente chamada de preclusão *pro iudicato*. Alguma segurança jurídica, entretanto, deve-se exigir, de forma que a modificação do valor e/ou da periodicidade deve ser justificada por circunstâncias supervenientes, sendo o reiterado descumprimento da obrigação robusto indicativo de que a multa não está cumprindo com a sua função[75]. O inciso II do dispositivo ora analisado é no sentido de que a mudança sem circunstância superveniente que a justifique não deve ser admitida.

Apesar de não haver preclusão nesse caso, a parte terá o direito de recorrer contra a decisão que fixa a multa, podendo a revisão do valor ser realizada pelo tribunal em grau recursal. Inclusive o Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial vem alterando o valor da multa quando o entende irrisório ou exorbitante[76].

Havendo valor da multa fixado no título executivo extrajudicial, o juiz só poderá diminuí-lo se tal valor se mostrar excessivo, nos termos do art. 814, parágrafo único, do Novo CPC[77]. Dessa forma, mesmo que a multa não se mostre efetiva no caso concreto, não poderá o juiz aumentar seu valor. Realidade diferente se verifica com a multa fixada em sentença (título executivo judicial), mesmo que transitada em julgado, já que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que as *astreintes* não produzem coisa julgada material por serem apenas meio de coerção indireta, de forma que podem ter seu valor modificado e até

mesmo ser suprimidas no momento executivo[78].

Questão interessante diz respeito à modificação do valor e/ou periodicidade da multa fixada em sentença transitada em julgado. Uma falsa compreensão da natureza e da função das *astreintes* pode levar o intérprete a acreditar que nessa hipótese haverá uma vinculação do juiz que conduz o cumprimento de sentença ao estabelecido em sentença em virtude do fenômeno da coisa julgada material. O equívoco de tal percepção é manifesto, porque a multa é apenas uma forma executiva de cumprir a obrigação reconhecida em sentença, naturalmente não fazendo parte do objeto que se tornará imutável e indiscutível em razão da coisa julgada material[79].

Outro tema de extrema relevância diz respeito à possibilidade de mudança do valor final da multa, no momento em que a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente tornarem-se impossíveis ou a vontade do credor for a conversão em perdas e danos. Pode o juiz reduzir o valor que será executado pela parte? Seria possível aplicar o art. 537, § 1º, do Novo CPC a essa situação, ou o dispositivo legal limita-se a tutelar as situações em que a multa ainda está sendo aplicada?

Há defensores da impossibilidade de o juiz diminuir o valor final gerado pela frustração da multa. Alguns doutrinadores simplesmente afirmam que não há base legal para o juiz retroativamente eximir parcial ou totalmente o devedor[80], enquanto outros defendem a impossibilidade de o juiz fazer tal revisão com fundamento no direito adquirido da parte beneficiada com o direito de crédito advindo da frustração da multa[81]. O entendimento é

interessante, mas não deve ser admitido, ao menos não em sua integralidade.

Em meu entendimento, enquanto a multa mostrou concreta utilidade em pressionar o devedor, o valor obtido é realmente um direito adquirido da parte, não podendo o juiz reduzi-lo, ainda que instado a tanto pela parte contrária. Mas isso não significa que o valor calculado durante todo o tempo de vigência da multa seja efetivamente devido, porque a partir do momento em que a multa teve o seu objetivo frustrado, perdendo a sua função, a sua manutenção passaria a ter caráter puramente sancionatório, com nítido desvirtuamento de sua natureza. O mais adequado é o juiz determinar, com eficácia *ex tunc*, a partir de quando a multa já não tinha mais utilidade, revogando-a a partir desse momento e calculando o valor somente relativamente ao período de tempo em que a multa se mostrou útil. Reconheço que a determinação exata do momento a partir de quando a multa passou a ser inútil pode ser extremamente difícil, mas caberá ao juiz determiná-lo valendo do *princípio da razoabilidade*.

> Fernanda ingressou com demanda judicial contra a corretora Esquilo da Fontana, determinando o juiz o cumprimento de uma obrigação de fazer com a imposição de multa diária de R$ 100,00. A obrigação é descumprida e Fernanda, depois de longo lapso temporal, informa o juízo que diante da recusa da corretora pretende converter em perdas e danos a obrigação. Ao calcular o valor da multa, chega ao valor de R$ 1.000.000,00. Caberá ao juiz notar que o exagero do valor final decorre do longo período de inatividade das partes, o que é o suficiente para entender que a partir de algum momento em passado distante a multa perdeu a sua função coercitiva, sendo mantida como mera sanção. A diminuição significativa do valor pretendido por

> Fernanda se impõe, sob pena de desvirtuamento da natureza das *astreintes*.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o valor final da multa frustrada pode ser reduzido pelo juiz para evitar o *enriquecimento sem causa da parte*[82], mas esse entendimento não é correto porque o enriquecimento sem causa não depende do valor da multa, verificando-se pela simples posição de credor da parte, como já afirmado. Há parcela doutrinária que entende que a diminuição de valor final exorbitante, decorrente do longo lapso temporal de vigência da multa, justifica-se no princípio da *boa-fé* e da *lealdade processual*, considerando haver abuso de direito na atitude do credor que deixa de requerer a conversão da obrigação de fazer e/ou não fazer em perdas e danos em tempo razoável, quando notar que a multa não está funcionando[83].

O tema, entretanto, passa longe de ser tranquilo, existindo tanto doutrina[84] quanto decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça[85] entendendo que se o não cumprimento da decisão do juiz deu-se por resistência injustificada da parte, não há sentido em se minorar o valor final da multa. Nesse entendimento, se o valor é alto, isso decorre da postura de afronta ou desleixo adotada pela parte, e em razão disso diminuir o valor da multa é contrariar a própria natureza da multa cominatória.

E, ainda, uma terceira corrente jurisprudencial que, apesar de admitir a redução do valor da multa, entende que o valor total fixado a título de *astreintes* somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à

própria prestação que ela objetiva compelir o devedor a cumprir, nunca em razão do simples valor total da dívida, mera decorrência da demora e inércia do próprio devedor[86].

A modificação do valor consolidado da multa pode ser feita de ofício ou mediante pedido do executado. O mais comum é que tal alegação seja veiculada por meio da defesa típica do executado, ou seja, a impugnação, considerando que a execução da multa dar-se-á por meio de cumprimento de sentença. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já teve oportunidade de admitir tal alegação em sede de exceção de pré-executividade, considerando tratar-se de matéria de ordem pública que dispensa a instrução probatória[87].

47.5.6. EXIGIBILIDADE DA MULTA

A multa coercitiva pode ser aplicada tanto para pressionar o devedor a cumprir uma decisão interlocutória que concede tutela de urgência quanto para cumprir uma sentença que julga procedente o pedido do autor. Questão que causa séria divergência na doutrina pátria refere-se ao momento a partir do qual a multa torna-se exigível. Em outras palavras, a partir de qual momento a parte beneficiada com o crédito gerado pela frustração da multa poderá executá-lo?

Para parcela da doutrina, a multa é exigível a partir do momento em que a decisão que a fixa torna-se eficaz, ou porque não foi recorrida ou porque foi impugnada por recurso sem efeito suspensivo[88]. Essa exigibilidade permitiria a execução imediata de crédito decorrente da multa frustrada fixada em decisão ainda não definitiva, inclusive a decisão interlocutória que concede a tutela

antecipada, o que só pode ser compreendido com a possibilidade de execução provisória do crédito[89].

Para essa corrente doutrinária, a necessidade de exigibilidade imediata resulta da própria função coercitiva da multa, porque a necessidade de aguardar a definitividade da decisão, que só ocorrerá com o advento da coisa julgada material, seria extremamente contrária à necessidade de pressionar efetivamente o devedor a cumprir a obrigação. Uma perspectiva de remota execução não seria suficiente para exercer a pressão psicológica esperada das *astreintes*[90].

Para outra corrente doutrinária, deve-se aguardar o trânsito em julgado para que se possa exigir o crédito gerado pela frustração da multa. Essa corrente doutrinária entende que a mera ameaça de aplicação da multa, independentemente do momento em que o crédito gerado por sua frustração passará a ser exigível, já é suficiente para configurar a pressão psicológica pretendida pelo legislador[91]. Por outro lado, como só deve pagar a multa a parte definitivamente derrotada na demanda judicial – o que só será conhecido com o trânsito em julgado –, cabe aguardar esse momento procedimental para admitir a execução da multa[92].

Numa tentativa de se achar um meio termo entre a executabilidade imediata, fundada na maior eficácia da multa, e a executabilidade condicionada ao trânsito em julgado, em prestígio à segurança jurídica, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que a multa fixada em sede de tutela antecipada só poderia ser executada após a sua confirmação em sentença, e desde que o

recurso contra essa decisão não tenha efeito suspensivo[93]. Registre-se que a ausência do efeito suspensivo não chegava a ser um problema, porque ele só poderia ser obtido excepcionalmente no caso concreto (efeito suspensivo *ope iudicis*). O equilíbrio buscado entre a eficácia da multa e a segurança jurídica foi alcançado de outra forma pelo art. 537, § 3º, do Novo CPC.

Inicialmente, a previsão do dispositivo legal deve ser saudada por duas razões. Primeiro, porque consagra expressamente a eficácia imediata da multa, em nítido prestígio da efetividade desse meio executivo[94]. Segundo, porque deixa claro que a execução definitiva dessa multa depende do trânsito em julgado da sentença, afastando indevida confusão entre executabilidade e provisoriedade sentida em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça.[95]

Apesar de consagrar a eficácia imediata da multa, o § 3º do art. 537 do Novo CPC consagra um cumprimento de sentença incompleto, já que exige para o levantamento dos depósitos realizados em juízo o trânsito em julgado de sentença favorável à parte.

O único ato vedado pela norma comentada na execução provisória da multa é o levantamento de valores, de forma que, sendo penhorado qualquer outro bem que não seja dinheiro, deverá ocorrer normalmente sua expropriação, permanecendo o valor recebido depositado em juízo à espera do trânsito em julgado.

O legislador aparentemente encontrou uma solução que prestigia a efetividade e a segurança jurídica. A executabilidade

imediata reforça o caráter de pressão psicológica da multa porque o devedor sabe que, descumprida a decisão em tempo breve, poderá sofrer desfalque patrimonial. Por outro lado, ao exigir para o levantamento de valores em favor do exequente o trânsito em julgado o legislador prestigia a segurança jurídica.

Tenho sérias dúvidas a respeito da aplicabilidade da norma legal ora comentada no processo coletivo, considerando que o microssistema coletivo tem regra a respeito do tema em outro sentido, exigindo o trânsito em julgado para que a multa fixada durante o processo possa ser executada. Dessa forma, na ação civil pública (art. 12, § 2.º, da Lei 7.347/1985), nas demandas regidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (art. 213, § 3.º, da Lei 8.069/1990) e nas demandas reguladas pelo Estatuto do Idoso (art. 83, § 3.º, da Lei 10.741/2003), a multa só será exigível após o trânsito em julgado da decisão.

Não posso deixar de registrar minha profunda lamentação por tal solução, porque no processo coletivo, no qual se tutelam direitos indisponíveis e disponíveis com repercussão social, a eficácia da multa é ainda mais relevante. Condicionar sua executabilidade ao trânsito em julgado é em grande medida frustrar a expectativa de que a multa cumpra sua função de pressionar psicologicamente o devedor a cumprir a obrigação. As regras presentes no microssistema coletivo, entretanto, não deixam margem a outra interpretação.

Conforme consta do dispositivo ora analisado, é possível o levantamento do dinheiro antes do trânsito em julgado, bastando para isso estar pendente de julgamento o agravo contra recurso

especial e recurso extraordinário. A permissão legal dá-se em razão das chances mínimas de sucesso de tal recurso, assumindo o legislador nesse caso o risco por um levantamento antes do trânsito em julgado.

Apesar de raro, é possível que tal recurso seja provido e tal situação deve ser considerada. Sendo por meio de decisão definitiva demonstrado não assistir razão à parte que teria sido beneficiada pela multa, na hipótese de a multa ainda não ter sido cobrada, esta perderá seu objeto. Já tendo sido executada, com a satisfação do credor, caberá a repetição de indébito. Ainda que existisse uma decisão do juiz à época da fixação da multa que deveria ter sido cumprida, se posteriormente essa decisão mostrou-se contrária ao direito, não há mais nenhuma justificativa para a manutenção das consequências do inadimplemento da obrigação[96].

47.5.7. TERMO INICIAL DA MULTA E INTIMAÇÃO DO DEVEDOR

Na vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça vinha tratando de modo diferente a forma de intimação no cumprimento de sentença a depender da espécie de obrigação exequenda. Sendo de pagar quantia certa, a intimação se dava em regra na pessoa do advogado, mas no caso de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, a intimação deveria ser necessariamente pessoal[97].

Esse tratamento diferenciado parece não se sustentar mais diante do art. 513, § 2º, do Novo CPC, que ao prever as diferentes formas de intimação do devedor não discrimina a espécie de

obrigação exequenda, permitindo a conclusão de que em qualquer delas deve ser aplicado o dispositivo legal ora comentado[98].

48. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR COISA

Sumário: 48.1. Introdução – 48.2. Aspectos procedimentais.

48.1. INTRODUÇÃO

No tocante à execução de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de entregar coisa, o art. 538, *caput*, do Novo CPC prevê tão somente o procedimento inicial, em especial para a hipótese de entrega de coisa incerta. Novamente o legislador deixou de prever um procedimento específico para a fase de cumprimento de sentença – como já havia feito no cumprimento de sentença de obrigação de fazer e não fazer. Caberá ao juiz adotar o procedimento que parecer mais adequado no caso concreto para a efetiva satisfação do direito do credor, em nítida adoção das técnicas de tutela diferenciada.

Aduz o art. 538, § 3.º, do Novo CPC que se aplicam ao cumprimento de sentença de obrigação de entregar coisa as disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer. Dessa forma, aplicam-se a essa espécie de execução todas as considerações feitas no Capítulo 47, item 47.3. a respeito da

conversão em perdas e danos, da atipicidade dos meios executivos e da multa coercitiva. Também se aplicam a essa execução os comentários a respeito do direito de defesa do executado, feitos no mesmo capítulo.

Como o dispositivo prevê a aplicação naquilo que couber, não se aplica ao cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de entregar coisa a regra do art. 536, *caput*, do Novo CPC, porque na hipótese de execução para entrega de coisa é inviável a obtenção de resultado prático equivalente[99], e, uma vez inviável a obtenção da tutela específica no caso concreto, a conversão em perdas e danos será a única alternativa restante.

48.2. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Segundo o art. 498, *caput*, do Novo CPC, o juiz, ao conceder tutela específica de entregar coisa, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação, não sendo a omissão quanto a esse prazo um vício suscetível de anular a decisão. Uma vez descumprida a regra prevista no dispositivo legal, caberá ao juiz, no início do cumprimento de sentença, fixar o prazo para a entrega da coisa, levando em conta as particularidades do caso concreto, em especial a complexidade da obrigação.

O parágrafo único do art. 498 do Novo CPC prevê que, sendo a coisa incerta – determinada pelo gênero e quantidade –, o autor a individualizará na petição inicial se lhe couber a escolha; e sendo do devedor a escolha, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. Não cabe ao devedor apenas individualizar a coisa sem entregá-la, de forma que a mera individualização não impede

que o direito de escolha passe a ser do credor. Apesar da omissão legal, não sendo entregue a coisa pelo devedor, a escolha será devolvida ao credor, e diante de sua inércia o cumprimento de sentença será extinto sem a resolução de mérito.

O termo “petição inicial” utilizado pelo dispositivo legal não deve ser interpretado literalmente, sob pena de imaginar a obrigatoriedade do autor de individualizar o bem já na própria petição inicial da fase de conhecimento, o que impediria a elaboração de pedido alternativo. Dessa forma, a individualização constará do requerimento inicial no cumprimento de sentença[100], momento no qual será imprescindível a individualização da coisa para o início da execução.

As medidas de execução por sub-rogação, típicas da execução de obrigação de entrega de coisa, estão previstas no art. 538, *caput*, do Novo CPC, que determina que, uma vez não cumprida a obrigação no prazo estabelecido na sentença, o juízo expedirá um mandado de busca e apreensão (bem móvel) ou de imissão na posse (bem imóvel). Como também se aplica a essa espécie de execução o art. 536, § 1º, do Novo CPC, nada impede que o juiz adote outras formas executivas, em especial a aplicação da multa coercitiva. Pode até ao mesmo tempo expedir o mandado e aplicar a multa, sendo que satisfeita a obrigação por uma dessas formas a outra automaticamente perderá o objeto. Por outro lado, o credor poderá se valer do art. 499 do Novo CPC e requerer a conversão da obrigação de entregar coisa em perdas e danos.

49. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA

Sumário: 49.1. Introdução – 49.2. Necessidade de provocação do credor na instauração da fase de cumprimento de sentença – 49.3. Requerimento inicial – 49.4. Aparente excesso dos cálculos – 49.5. Intimação do executado – 49.6. Cumprimento da obrigação – 49.7. Não pagamento no prazo de 15 dias: 49.7.1. Introdução; 49.7.2. Fixação de honorários advocatícios; 49.7.3. Aplicação de multa de 10% sobre o valor exequendo; 49.7.4. Protesto extrajudicial da sentença; 49.7.5. Inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes; 49.7.6. Expedição do mandado de penhora e avaliação; 49.7.7. Termo inicial da contagem de prazo para impugnação.

49.1. INTRODUÇÃO

O cumprimento de sentença que tenha como objeto uma condenação de pagar quantia certa tem procedimento previsto pelos arts. 520, 521 e 522 do Novo CPC, sendo aplicáveis subsidiariamente, no que couber, as normas que regem o processo de execução, nos termos do art. 513, *caput*, do Novo CPC. Esse procedimento será adotado sempre que a quantia for certa, seja como consequência direta da fase de conhecimento, seja como resultado da fixação em fase de liquidação de sentença.

49.2. NECESSIDADE DE PROVOCAÇÃO DO CREDOR NA INSTAURAÇÃO DA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

O art. 523, *caput*, do Novo CPC exige a iniciativa da parte para o início da fase de cumprimento da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, afastando pontualmente o princípio do impulso oficial, de forma que, mesmo não sendo iniciado um novo processo, mas uma mera fase procedimental, o juiz não poderá atuar de ofício.

A exigência de manifestação expressa do demandante agrada parcela da doutrina que se manifestou a respeito do tema, sob a justificativa de que caberá ao demandante analisar as reais chances que tem de satisfazer o seu direito diante da situação patrimonial do demandado, sendo exclusivamente sua a decisão a respeito de dar início ou não à fase de satisfação[101]. Há corrente doutrinária, entretanto, que entendeu inadequada a criação de uma exceção ao princípio do *impulso oficial*[102], que inclusive continua a nortear o cumprimento de sentença nas obrigações de fazer/não fazer e entregar coisa certa.

Sem uma expressa previsão no art. 475-J, *caput*, do CPC/1973, criou-se uma divergência doutrinária a respeito da possibilidade de o juiz intimar de ofício o executado para o pagamento no prazo legal, sendo exigido do exequente o requerimento somente após o esgotamento desse prazo sem a satisfação do direito.

Acredito que a divergência está superada diante do texto do art. 523, *caput*, do Novo CPC, que prevê que o cumprimento de sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado a pagar o débito em 15 dias, e somente após essa manifestação inicial do exequente. Registre-se que já era nesse sentido, mesmo sem previsão legal clara, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[103].

Em vez de indicar como uma petição inicial a forma de manifestação do demandante, requerendo o início da fase de cumprimento de sentença, preferiu o legislador utilizar o termo "requerimento". Apesar de parcela doutrinária minoritária entender que o cumprimento de sentença começa com uma petição inicial, a exemplo do que ocorre no processo de execução[104], o objetivo do legislador foi deixar claro, mais uma vez, a inexistência de um novo processo, com a dispensa de petição inicial[105].

49.3. REQUERIMENTO INICIAL

O requerimento tem seus requisitos formais previstos nos incisos do art. 524 do Novo CPC, notando-se ser uma petição formalmente menos rigorosa que a petição inicial.

Na realidade a grande preocupação do legislador se refere aos cálculos dos quais resulta o valor exequendo, indicando o dispositivo legal ora analisado que o exequente está dispensado de juntar com o requerimento um memorial descritivo de cálculos, mas não de indicar como chegou ao valor do cumprimento de sentença. Deve, no próprio requerimento, indicar o índice de correção

monetária adotado (II), os juros aplicados e as respectivas taxas (III), o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados (IV), a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso (V) e a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados (VI).

Naturalmente que para elaborar o memorial de cálculos o exequente deve ter em seu poder todos os dados necessários para chegar ao valor que será indicado no requerimento inicial. Isso, entretanto, não sempre ocorre.

É possível que o exequente não consiga se desincumbir do ônus de justificar o valor exequendo com a elaboração do memorial *descritivo* de cálculos. Para tanto basta imaginar que os dados necessários para a elaboração dos cálculos estejam em poder do executado ou de terceiros. Nesse caso, o § 3º do art. 524 do Novo CPC prevê que o juiz poderá requisitá-los, sob cominação do crime de desobediência.

Há evidente omissão do dispositivo legal ao deixar de prever que antes da requisição pelo juiz seja o executado ou terceiro intimado para se manifestar sobre a exibição dos dados em juízo. A melhor – na realidade a única – interpretação é de que se aplica nesse caso o contraditório, sendo natural que o executado ou terceiro se manifeste após ser intimado/citado a apresentar os dados em juízo[106]. Na ausência de determinação legal, seja por aplicação analógica da cautelar de exibição, seja pela regra geral, o prazo para o executado ou terceiro alegar que a decisão de exibir não é legítima é de cinco dias, sendo natural que a apresentação da defesa

suspenda o prazo para o cumprimento da obrigação, que prosseguirá na hipótese de indeferimento.

O legislador foi muito tímido na previsão das consequências de uma eventual resistência do executado ou do devedor na exibição dos dados. A cominação de crime de desobediência, afinal, não resolve o problema de o exequente não ter acesso aos dados, mantendo-se a impossibilidade material de dar início à execução em razão de sua incapacidade de elaborar o memorial descrito de cálculos. Como não tenho dúvidas de que se trata de um incidente processual de exibição de documentos, concluo pela aplicação ao caso dos arts. 400, parágrafo único, e 403, parágrafo único, ambos do Novo CPC, sendo cabível a aplicação de medidas indutivas, coercitivas, sub-rogatórias e mandamentais para a efetivação da decisão judicial que determina a exibição dos dados.

Registre-se que, diferente do previsto no art. 475-B, § 2º, do CPC/1973, havendo resistência na exibição por parte do executado não haverá presunção de correção dos cálculos apresentados pelo exequente, até porque se o próprio exequente reconhece que não tem condições de elaborar os cálculos, não há sobre o que se presumir qualquer correção. Dessa forma, mesmo tratando-se de exibição incidental de documentos, é inaplicável o art. 400, *caput*, do Novo CPC.

Os §§ 4º e 5º do art. 524 do Novo CPC versam sobre situação distinta daquela descrita no § 3º do mesmo dispositivo legal. Trata da necessidade de exibição de dados em juízo para a complementação dos cálculos, e não para sua elaboração, significando dizer que nesse caso o exequente terá condições de

instruir sua inicial com um demonstrativo de cálculos, ainda que incompleto ou imperfeito.

Estando os dados em poder do executado, e desde que devidamente provocado pelo exequente, o juiz fixará prazo de até 30 dias para a exibição dos dados em juízo. Novamente é lamentável a sugestão de inobservância do contraditório diante da omissão do art. 524, § 4º, do Novo CPC quanto à intimação/citação do executado para que possa se manifestar antes da decisão judicial pela exibição dos dados. E novamente o silêncio legal não deve ser capaz de violar o art. 9º, *caput*, do Novo CPC, até mesmo porque o § 5º do art. 524 do mesmo diploma legal, ao prever as consequências da não exibição, as condiciona à resistência sem justificativa, dando a entender que o executado e o terceiro terão oportunidade de se justificar antes do pedido de exibição formulado pelo exequente ser decidido.

Caso não haja a exibição no prazo legal, o § 5º do art. 524 do Novo CPC prevê que os cálculos apresentados pelo exequente serão presumidos como corretos, seguindo-se a execução pelo valor apontado em sua inicial. É natural que, em virtude da imprecisão que os cálculos apresentarão nesse caso, a presunção de correção dos cálculos apresentados só possa ser entendida como relativa[107], cabendo ao demandado, no momento em que se defender – por meio de embargos ou de impugnação –, demonstrar a incorreção do valor apresentado no cálculo apresentado pelo exequente. O interessante aqui é que, alegando excesso de execução e sagrando-se vitorioso, o executado ainda assim será condenado a pagar os honorários advocatícios decorrentes dos embargos ou da

impugnação, porque foi ele que forçou o demandante a cobrar mais do que o devido, aplicando-se ao caso o princípio da causalidade.

No inciso I do art. 524 do Novo CPC é exigido do exequente a indicação do nome completo das partes, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Jurídicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, observado o disposto nos §§ 1º a 3º do art. 319 do Novo CPC, tema devidamente analisado no Capítulo 15, item 15.2.2. O inciso VII prevê uma mera faculdade[108] de o exequente indicar no requerimento inicial bens do devedor a serem penhorados, não mais sendo previsto em lei o oferecimento de bens à penhora como espécie de resposta do executado. Além de indicar bens no requerimento inicial, pode o exequente se valer do art. 774, V, do Novo CPC, requerendo ao juiz que intime o executado a indicar seus bens, sob pena de multa de até 20% do valor da execução (art. 774, parágrafo único, do Novo CPC).

49.4. APARENTE EXCESSO DOS CÁLCULOS

Nos termos do art. 524, § 1º, do Novo CPC, caso o juiz entenda que o valor apontado no demonstrativo de cálculos aparentemente excede os limites da condenação, a execução seguirá com dois valores distintos: o valor exequendo será o indicado na inicial pelo exequente, mas a penhora será realizada pelo valor que o juiz entender adequado. Para chegar a tal valor o § 2º do mesmo dispositivo permite que o juiz se valha de contabilista do juízo, cabendo ao juiz fixar-lhe prazo para a realização do trabalho, sendo de 30 dias o prazo caso o juiz se omita em tal indicação.

É evidente que não se cobra do juiz uma análise minuciosa do cálculo apresentado, bastando que a desconfiança surja de uma análise sumária, superficial. Não é exigida nesse momento uma atividade técnica profunda do juiz a respeito das contas, mas um simples passar de olhos que se revele suficiente para gerar desconfiança de alguma irregularidade. São, portanto, casos de erros absurdos, perceptíveis *prima facie* por meio de superficial análise[109].

Apesar da omissão legal, o exequente poderá concordar com o valor indicado pelo juiz como sendo o correto, hipótese em que poderá emendar sua inicial com a adequação do valor[110]. Nesse caso, a execução e a penhora terão o mesmo valor, não havendo qualquer especialidade procedimental.

A solução encontrada pelo § 1º do art. 524 do Novo CPC para o aparente excesso nos cálculos apresentados pelo exequente é sofrível, não se compreendendo porque o legislador abandonou a excelente técnica adotada no art. 475-B do CPC/1973. No sistema revogado, o juiz não se manifestava sobre o valor que entendia devido, apenas enviava os autos ao contador – agora chamado de contabilista – para que este indicasse um valor que serviria para nortear o ato de penhora. Caberia ao juiz se manifestar sobre o real valor devido somente quando decidisse a defesa executiva. Sem uma decisão exclusivamente sobre o valor exequendo, evita-se a interposição de um recurso de agravo de instrumento contra tal decisão e de outro recurso contra a decisão da defesa executiva.

O inteligente sistema criado pelo revogado art. 475-B do

CPC/1973 foi abandonado pelo art. 524, § 1º, do Novo CPC, porque se agora a execução segue pelo valor que o juiz entender devido, naturalmente haverá uma decisão interlocutória a esse respeito, recorrível por agravo de instrumento nos termos do parágrafo único do art. 1.015 do Novo CPC. E naturalmente o executado continuará a apresentar sua defesa, ainda que com base em outras matérias, o que gerará uma nova decisão e a possibilidade de interposição de um novo recurso.

49.5. INTIMAÇÃO DO EXECUTADO

Os §§ 2.º, 3.º e 4.º do art. 513 do Novo CPC regulamentam a intimação do devedor para o cumprimento de sentença. Sem previsão nesse sentido no CPC/1973, houve muita polêmica doutrinária e mesmo a jurisprudência foi vacilante, terminando por se consolidar, ao menos no Superior Tribunal de Justiça, pela necessidade, como regra, de intimação na pessoa do advogado[111], sendo essa a regra preferencial consagrada no § 2.º, I, do dispositivo analisado. No entanto, há uma novidade no § 4.º, que prevê um prazo de um ano do trânsito em julgado para que o exequente requeira o início do cumprimento de sentença, devendo ser realizada a intimação pessoal do devedor, por meio de carta com aviso de recebimento, se a provocação ocorrer depois desse prazo.

Segundo o inciso II do § 2.º do artigo ora analisado, a intimação será pessoal por carta com aviso de recebimento na hipótese de o executado não ter advogado constituído nos autos ou ter sido representado pela Defensoria Pública. A ausência de advogado, entretanto, não acarreta necessariamente a intimação por

carta com aviso de recebimento, e pode ser realizada, nos termos do inciso III do dispositivo comentado, por meio eletrônico, segundo o art. 246, § 1.º, do Novo CPC. Como cabe ao executado manter nos autos seu endereço atualizado, considera-se intimado sempre que não informar a mudança de endereço (art. 513, § 3º, do Novo CPC). Quanto à representação pela Defensoria Pública, como o dispositivo não faz qualquer distinção, o devedor será intimado por carta com aviso de recebimento tanto no exercício de sua função típica (defesa do hipossuficiente econômico) como em sua função atípica (defesa do hipossuficiente jurídico), quando atua como curadora especial do réu citado fictamente.

Por fim, o inciso IV do § 2.º do dispositivo analisado prevê que a intimação será por edital quando o executado tiver sido citado por edital na fase de conhecimento, tendo sido revel. Lamento profundamente a redação do dispositivo legal. Conforme já tive oportunidade de afirmar, é tão inadequado quanto comum o equívoco de se afirmar que o réu citado fictamente, que não apresenta defesa por advogado constituído, é revel. Na realidade, como o curador especial nesse caso tem o dever funcional de apresentar a contestação, esse réu jamais será revel. Sendo a revelia a ausência jurídica de contestação, não consigo compreender como continuar a denominar de réu revel o réu citado fictamente que não comparece ao presente. Poderia ser chamado de réu ausente, mas nunca de réu revel.

E o dispositivo prevê expressamente o réu revel citado fictamente, o que era e continua a ser impossível. O problema, entretanto, não se restringe à questão da nomenclatura, tendo efeitos

práticos. Se o réu é citado por edital e não comparece com advogado constituído, a ele será indicado um curador especial, que em regra será a Defensoria Pública. Primeira pergunta: se a Defensoria Pública atuar nesse caso, será aplicada a forma de intimação do inciso II ou IV? Segunda pergunta: se for outro o curador especial, não constitui atentado ao princípio da isonomia ser o executado citado por edital, conforme prevê o art. 513, IV, do Novo CPC? Terceira pergunta: e se a citação se deu por hora certa, qual a forma de intimação do executado não representado pela Defensoria Pública?

Teria andado melhor o legislador se tivesse previsto a intimação pessoal do devedor com carta com aviso de recebimento na hipótese de citação ficta e presença de curador especial na fase de conhecimento, independentemente da forma de citação (por hora certa ou edital) e do curador especial (Defensoria Pública ou outro sujeito)[112].

A ausência de previsão quanto ao réu revel citado de forma real na fase de conhecimento permite a manutenção do entendimento jurisprudencial pela dispensa de sua intimação, devendo nesse caso o prazo para o cumprimento da obrigação ser contado do trânsito em julgado[113].

49.6. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO

Mesmo antes de ser intimado para o pagamento em 15 dias o devedor pode satisfazer espontaneamente a obrigação de pagar quantia certa. O tratamento legal do cumprimento de sentença que

reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa encontra-se previsto no art. 526 do Novo CPC, que prevê a forma procedimental para a remição da dívida exequenda.

Segundo o *caput* do dispositivo legal, antes de ser intimado para o cumprimento de sentença, o réu poderá comparecer a juízo e oferecer em pagamento o valor que entender devido, apresentando memória discriminada do cálculo. O autor será ouvido em cinco dias, podendo levantar imediatamente a quantia incontroversa (§ 1.º); não havendo oposição do autor, o juiz julgará extinta a obrigação (§ 3.º) e, entendendo o juiz pela insuficiência do depósito, aplicará sobre a diferença multa de dez por cento e fixará honorários advocatícios, seguindo-se a execução (§ 2.º).

Duvido seriamente da necessidade do dispositivo legal, afinal, a remição da dívida é admitida a qualquer momento da execução, e não somente antes da intimação do executado para o pagamento. Se fosse apenas inútil o dispositivo não mereceria mais considerações, mas a previsão de seu § 2º é um retrocesso que deve ser fortemente criticado.

Como se pode notar do dispositivo legal, caso o executado tome a iniciativa de pagar o valor que entende devido antes de sua intimação e o juiz entenda que foi pago um valor inferior ao efetivamente devido, será automaticamente aplicada multa de 10% sobre o valor em aberto, também sendo fixados honorários advocatícios de 10% sobre esse valor. A regra contraria o elogiável entendimento do Superior Tribunal de Justiça diante dessa circunstância sob a égide do CPC/1973 ao decidir que, sendo apurada diferença entre o valor pago pelo executado e o pretendido

pelo exequente, não caberia aplicação imediata da multa sobre o valor em aberto, devendo ser o executado novamente intimado a pagar a diferença em 15 dias, com a aplicação da multa condicionada ao não pagamento dentro desse prazo[114].

Com a novidade legislativa retira-se qualquer razão para o devedor realizar o pagamento do que entende devido antes de ser intimado porque não terá qualquer vantagem em fazê-lo. Afinal, todas as consequências prejudiciais ao executado só passam a existir se não pagar o débito no prazo legal de 15 dias. Ou seja, pagar antes de ser intimado é um risco desnecessário ao devedor, que não terá qualquer razão para se adiantar à sua intimação e satisfazer a obrigação.

49.7. NÃO PAGAMENTO NO PRAZO DE 15 DIAS

49.7.1. INTRODUÇÃO

Caso o executado não satisfaça a obrigação no prazo de 15 dias serão geradas algumas consequências desfavoráveis a ele, além de ser automaticamente, sem a necessidade de nova intimação, iniciada a contagem do prazo de 15 dias para apresentar sua impugnação.

Antes de se analisar as consequências do não pagamento dentro do prazo legal é essencial se determinar se tal prazo é processual ou material. Isso porque o art. 219, *caput*, do Novo CPC prevê que os prazos processuais serão contados somente em dias úteis, o que não ocorre com os prazos materiais, sendo a esses

aplicado o art. 231, § 3º, do Novo CPC, ou seja, o termo inicial do prazo não levará em conta os incisos de tal dispositivo, sendo o dia em que se der a comunicação.

Apesar de existir corrente doutrinária que defende tratar-se de um prazo processual[115], em meu entendimento o prazo é material, porque o pagamento é ato a ser praticado pela parte e não pelo advogado, não se tratando, portanto, de ato postulatório. Mesmo para aqueles que entendem se tratar de ato processual, não há dúvida de que o mais seguro será considerá-lo como prazo material, pelo menos até que haja sinalização firme a respeito da natureza do prazo pela jurisprudência.

49.7.2. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Não se tratando o cumprimento de sentença de um novo processo, surgiu na doutrina a dúvida a respeito da fixação de honorários advocatícios nessa fase procedimental, considerando-se que a tradição de nosso direito não contempla a condenação em honorários advocatícios no julgamento de fases procedimentais ou incidentes processuais[116].

O Superior Tribunal de Justiça resolveu o impasse consolidando o entendimento de que, sendo necessário ao exequente promover o cumprimento de sentença, caberá a condenação do executado ao pagamento da verba honorária, da qual só se isentará na hipótese de cumprimento voluntário da obrigação[117]. É de fato o melhor entendimento, fundamentalmente por três motivos bem expostos nas decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça que versam sobre o tema[118].

Primeiro porque os honorários advocatícios fixados na sentença condenatória exequenda referem-se tão somente ao trabalho desenvolvido na fase de conhecimento, sendo extremamente injusto com o patrono não haver condenação em verbas honorárias no cumprimento de sentença, já que será obrigado a prosseguir com o processo após a condenação, o que naturalmente lhe exigirá mais trabalho, que deve ser recompensado.

Ademais, a ausência de condenação nas verbas honorárias retiraria a força coercitiva da multa prevista no art. 523, § 1º, do Novo CPC. Se no sistema antigo o executado era obrigado a pagar sua dívida acrescida dos honorários advocatícios fixados entre 10% e 20%, estando isento desse pagamento no sistema atual, a multa de 10% viria somente a substituir o menor percentual da condenação ao pagamento das verbas honorárias. Tratar-se-ia de inovação em benefício do devedor, o que não parece ter sido o objetivo do legislador.

Por fim, a aplicação do art. 20, § 4.º, do CPC/1973, pelo qual eram devidos honorários em execução, já seria suficiente para concluir-se pela correção da fixação de honorários no cumprimento de sentença.

O art. 523, § 1º, do Novo CPC consagra definitivamente o cabimento de fixação de honorários advocatícios (em 10% do valor exequendo) em sede de cumprimento de sentença, apenas condicionando sua incidência ao não pagamento do débito exequendo no prazo de 15 dias contado da intimação do executado. Na realidade já era esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que já vinha decidindo que o pagamento voluntário

compreende o ato de pagar após a intimação no prazo de 15 dias, sendo devidos os honorários advocatícios somente após esse momento. Na mesma decisão resolveu que, sendo fixados tais honorários, o exequente não fará jus a tal condenação na hipótese de sagrar-se vitorioso na impugnação, em entendimento posteriormente consagrado na Súmula 519/STJ[119]. Uma vez julgada procedente a impugnação, os honorários previamente fixados no cumprimento de sentença são anulados e fixados novos honorários em favor do executado-impugnante[120].

Entendo ser criticável a consagração em lei do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, porque me parece haver uma confusão entre cumprimento voluntário e espontâneo da obrigação. O cumprimento espontâneo ocorre antes da intimação, quando o patrono do exequente não teve que praticar qualquer ato para ser cumprida a obrigação exequenda. Nesse caso entendo não haver justificativa para a fixação dos honorários advocatícios. Já no cumprimento voluntário o patrono do exequente deve elaborar o requerimento inicial e assim sendo deveria ser remunerado. Ainda que não seja um ato processual complexo, merecia ser remunerado.

Registre-se que, para o Superior Tribunal de Justiça, a multa prevista no art. 523, § 1º, do Novo CPC não deve integrar o cálculo dos honorários advocatícios na fase executiva do cumprimento de sentença quando os critérios utilizados para a fixação do valor dos honorários não tiverem como base o valor da condenação[121]. Entendo que, mesmo que haja tal vinculação, a multa não deve ser considerada por não fazer parte da condenação que se executa em sede de cumprimento de sentença.

49.7.3. APLICAÇÃO DE MULTA DE 10% SOBRE O VALOR EXEQUENDO

Segundo previsão do art. 523, § 1º, do Novo CPC, somente o pagamento da condenação evita a aplicação da multa, de forma que o mero oferecimento de bens à penhora, ainda que seja dinheiro, não evita o acréscimo de 10% no valor da condenação[122]. Não há mesmo como confundir o pagamento (satisfação) com a penhora (garantia do juízo). Aduz o art. 523, § 2º, do Novo CPC que, sendo realizado o pagamento parcial, a multa incidirá sobre o restante do valor, bem como a fixação de 10% de honorários advocatícios.

E, para se livrar do pagamento da multa, não basta que o pagamento seja voluntário, porque o que interessa para passar o valor da multa a ser direito material do exequente é seu pagamento dentro do prazo legal[123]. Ou seja, mesmo que realize o pagamento voluntariamente, se o fizer fora do prazo incidirá a multa.

Segundo correto entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de dívida ilíquida, exige-se sua prévia liquidação para somente depois disso ser intimado o executado a pagar em 15 dias, sob pena de aplicação da multa de 10% do valor exequendo[124].

Questão interessante e ainda pouco versada na doutrina diz respeito ao demandado que, não tendo dinheiro e não conseguindo transformar seu patrimônio em dinheiro no prazo de 15 dias, como forma de evitar a aplicação da multa, oferece para a satisfação do direito do exequente outro bem que não seja dinheiro. Tratar-se-ia, com as notórias diferenças, de uma espécie de *dação em pagamento*.

Entendo adequada a conclusão de que o legislador se valeu no dispositivo legal de uma espécie de cumprimento da obrigação – pagamento – por ser essa a forma mais tradicional de satisfação de direito em execuções de pagar quantia certa. Essa opção, entretanto, não impede a conclusão de que outras formas de cumprimento da obrigação, mesmo aquelas mais raras, possam ser admitidas para evitar a aplicação da multa. Se o devedor demonstra a vontade de satisfazer o direito do demandante dando em pagamento bem de seu patrimônio, não parece justa a aplicação da multa. Registre-se que nessa situação o devedor não ofereceu uma garantia ao juízo, mas abriu mão de qualquer defesa que pudesse manejar a pretensão executiva no momento em que realiza a "dação em pagamento" como forma de satisfazer o direito do credor, com o reconhecimento implícito do direito exequendo.

Note-se que o oferecimento de coisa diversa de dinheiro em pagamento como medida voltada a evitar a aplicação da multa prevista no art. 523, § 1º, do Novo CPC é eficaz independentemente da conduta do executado. Não se trata de negócio jurídico entre particulares, dependente de um acordo de vontades, que até pode existir no caso concreto, mas não é indispensável para o executado atingir seu objetivo de se livrar da multa. O executado oferece o bem em pagamento ao juízo e não ao exequente, que caso não pretenda adjudicar o bem receberá seu valor em dinheiro após a alienação judicial.

Por outro lado, não é desprezível a possibilidade de devedores de má-fé, com dinheiro suficiente para satisfazer o direito do credor, realizarem a "dação em pagamento" com o objetivo de

complicar o andamento procedimental. Descobrindo-se no trâmite do cumprimento de sentença que à época da "dação em pagamento" o executado tinha dinheiro para satisfazer o credor, aplica-se a multa de 10%, além das devidas sanções por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 774, II, do Novo CPC).

49.7.4. PROTESTO EXTRAJUDICIAL DA SENTENÇA

Nos termos do art. 517, *caput*, do Novo CPC, a decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523. Trata-se de medida executiva indireta, ou seja, uma forma de pressionar psicologicamente o executado a cumprir a obrigação por meio da ameaça de sua situação ser piorada caso não satisfaça a obrigação no prazo de 15 dias[125].

Para efetivar o protesto, o § 1.º prevê que incumbe ao exequente apresentar certidão de teor da decisão, que segundo o § 2.º deverá ser fornecida no prazo de três dias e indicará o nome e a qualificação do exequente e do executado, o número do processo, o valor da dívida e a data de decurso do prazo para pagamento voluntário.

Segundo o § 3.º do art. 517 do Novo CPC, o executado que tiver proposto ação rescisória para impugnar a decisão exequenda pode requerer, às suas expensas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado.

E o § 4.º do mesmo dispositivo indica que, a requerimento do executado, o protesto será cancelado por determinação do juiz,

mediante ofício a ser expedido ao cartório, no prazo de três dias, contato da data de protocolo do requerimento, desde que comprovada a satisfação integral da obrigação. Também deve ser cancelado se o juiz entender ter havido alguma irregularidade em sua realização[126]. Entendo tratar-se de burocracia dispensável, porque o devedor consegue levantar protesto provando o pagamento de dívida não posta em juízo e assim também deveria ser no caso ora analisado.

49.7.5. INCLUSÃO DO NOME DO EXECUTADO EM CADASTROS DE INADIMPLENTES

Nos termos do disposto no § 5º do art. 782 do Novo CPC, o disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial. Como se nota, a inclusão do nome do executado por cumprimento de sentença poderá, desde que a execução seja definitiva, ser incluído em cadastro de inadimplentes.

49.7.6. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PENHORA E AVALIAÇÃO

Nos termos do § 3º do art. 523 do Novo CPC, não sendo efetuado o pagamento no prazo de 15 dias da intimação do executado será expedido, desde logo, o mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

A norma se justifica porque antes de decorrido o prazo para pagamento voluntário não se justifica a prática de atos executivos, mas é preciso registrar que nem sempre será necessária a expedição de mandado de penhora e avaliação. É possível que o exequente requeira, por exemplo, a penhora de dinheiro *on-line* (BacenJud), cabendo ao próprio juiz providenciar a constrição judicial. A

expedição de mandado de penhora e de avaliação, portanto, só se justifica quando houver a necessidade de atuação de oficial de justiça no ato de constrição.

49.7.7. TERMO INICIAL DA CONTAGEM DE PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO

O art. 525, *caput*, do Novo CPC prevê que transcorrido o prazo para pagamento voluntário da obrigação inicia-se o prazo de 15 dias para que o executado, independentemente de nova intimação, apresente a impugnação nos próprios autos do cumprimento de sentença.

Significa dizer que decorrido o prazo de pagamento voluntário, independentemente de intimação, terá início a contagem de prazo de 15 dias para a impugnação. Há dois pontos relevantes no dispositivo legal que merecem reflexão.

A ausência de intimação é plenamente justificável, porque o executado terá ciência do não pagamento no prazo legal por ser tal omissão derivada justamente de uma postura adotada por ele. A intimação nesse caso só dilataria injustificadamente o tempo de duração do processo. A técnica já vinha sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça quando, sob a égide do CPC/1973, entendia que sendo depositado valor em dinheiro como forma de garantir o juízo, o ato intimatório da penhora era desnecessário, sendo o prazo para impugnação contado do depósito judicial[127].

Havendo prazos sucessivos de pagamento e de impugnação, fica claro que a admissão da defesa típica do executado no cumprimento de sentença independe de garantia do juízo, sendo

nesse sentido a previsão expressa do art. 525, *caput*, do Novo CPC. Afinal, nada garante que no decurso do prazo legal já tenha ocorrido a penhora, de forma que pode o executado impugnar independentemente da garantia do juízo. O Novo Código de Processo Civil nesse ponto supera a jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser a penhora condição de admissibilidade da impugnação.[128]

50. PROCESSO DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER

Sumário: 50.1. Introdução – 50.2. Execução das obrigações de fazer – 50.3. Execução das obrigações de não fazer.

50.1. INTRODUÇÃO

Enquanto as obrigações de pagar quantia certa e de entrega de coisa se resolvem de forma patrimonial, na execução da obrigação de fazer e não fazer exige-se um comportamento do devedor[129]. Daí a extrema dificuldade do legislador em buscar mecanismos que façam com que o direito do credor seja efetivamente satisfeito, em especial pela tradicional rejeição ao emprego da força contra a pessoa para constrangê-la ao cumprimento de uma obrigação.

Tratando-se de obrigação de fazer fungível, que pode ser satisfeita por outros sujeitos além do devedor, há uma quantidade maior de formas de buscar tal satisfação do direito diante da crise de inadimplemento. Poderá o juiz:

(a) aplicar as *astreintes* (art. 814 do Novo CPC);

(b) determinar a realização da obrigação por terceiro (arts. 816 e 817 Novo CPC); ou

(c) determinar a realização da obrigação pelo próprio exequente ou sob a sua supervisão (art. 816 do Novo CPC).

Por outro lado, tratando-se de obrigação infungível, que só pode ser satisfeita pelo próprio devedor, em razão de suas qualidades pessoais únicas, só existe como forma procedimental de busca da satisfação do direito do credor a aplicação das *astreintes* ou de outras medidas de pressão psicológica[130].

50.2. EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER

A petição inicial deve seguir os requisitos do art. 319 do Novo CPC, no que for aplicável ao processo de execução (por exemplo, não teria sentido exigir a especificação de provas em um processo que não tem fase probatória). Deve-se instruir a peça inicial com o título executivo, que nesse caso será sempre extrajudicial, sendo a sua ausência motivo para que o juiz determine a emenda da petição inicial em 15 dias por se tratar de vício sanável.

Nessa espécie de execução não é possível garantir o juízo, sendo impossível ao executado prestar uma garantia de que a obrigação de fazer será satisfeita. Na execução por quantia certa, a penhora resolve esse problema, já que o bem penhorado e posteriormente alienado judicialmente se transforma em dinheiro, e disso resulta a satisfação do direito do credor. O mesmo ocorre na execução para entrega de coisa, na qual o bem depositado pode ser ao final entregue ao exequente, satisfazendo assim o seu direito. Na execução de fazer não há garantia possível; ou o executado cumpre a sua obrigação – e nesse caso estar-se-ia diante da satisfação do direito – ou continua inerte.

O executado é citado para cumprir sua obrigação no prazo estabelecido pelo título executivo, e na ausência de indicação de prazo no título, caberá ao juiz tal fixação, devendo levar em consideração a complexidade do ato a ser praticado (art. 815 do Novo CPC). Não teria sentido o juiz fixar prazo exíguo para o cumprimento de uma obrigação extremamente complexa, como também não há razão para um prazo longo quando a obrigação for de fácil realização. Na realidade, é frequente a fixação pelo juiz, considerando-se que, em regra, no título executivo consta somente o prazo para o cumprimento da obrigação, que necessariamente já foi superado, sob pena de não existir inadimplemento[131]. Em virtude da ocorrência de caso fortuito ou força maior, admite-se a prorrogação do prazo[132].

Segundo o art. 814 do Novo CPC, poderá o juiz nesse momento inicial do procedimento fixar multa por período de atraso no cumprimento da obrigação, ainda que tal providência não tenha sido requerida pelo exequente. Apesar de a previsão legal apontar para uma multa diária, a doutrina corretamente entende ser admissível ao juiz a imposição de multa na forma fixa, ou periódica, inclusive em períodos menores ou maiores que um dia – minuto, hora, semana etc.[133] Ademais, autorizada doutrina entende que o juiz possa, inclusive de ofício, determinar outros meios coativos diversos das *astreintes*[134].

O mesmo dispositivo legal prevê que o juiz determinará, ao despachar a inicial, a data a partir de quando será devida a multa fixada, entendendo-se que diante do silêncio do juiz a multa passe a gerar efeitos imediatos. Há decisão do Superior Tribunal de Justiça

que limita a atividade do juiz a diminuir o valor da multa fixada em título executivo extrajudicial[135]. A previsão legal, entretanto, deve ser compreendida à luz do entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a multa só passa a ser eficaz após a intimação pessoal do executado[136], de forma que, fixado um prazo pelo juiz, após o seu transcurso o cartório judicial expedirá a intimação pessoal do executado e somente após essa intimação a multa passa a ser eficaz.

Segundo o art. 814, parágrafo único, do Novo CPC, se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo, se entendê-lo excessivo. Na realidade, a liberdade do juiz é consideravelmente mais ampla do que sugere a interpretação literal do dispositivo legal. O art. 537, § 1º, I, do Novo CPC é aplicável ao processo de execução, de forma que o juiz pode modificar o valor tanto para maior como para menor, bem como a periodicidade da multa[137]. A própria função dessa medida de pressionar psicologicamente o executado justifica a atuação oficiosa do juiz ao adequar o valor e a periodicidade da multa às circunstâncias do caso concreto.

Após a citação, o exequente tem três posturas a adotar: embargar a execução em 15 dias, cumprir a obrigação no prazo fixado pelo título ou pelo juiz, satisfazendo o direito do credor e levando a execução à sua extinção normal, salvo a cobrança de honorários e custas processuais; ou, ainda, não fazer uma coisa nem outra, permanecendo inerte.

Na hipótese de o executado embargar a execução, deve-se

analisar no caso concreto a concessão ou não do efeito suspensivo. Não sendo concedido o efeito suspensivo, o processo de execução prosseguirá normalmente em concomitância com o procedimento dos embargos à execução. Na hipótese de concessão do efeito suspensivo, o procedimento executivo somente retomará o seu andamento após a prolação da sentença nos embargos.

Interesse questão referente ao efeito suspensivo dos embargos à execução surge quando o prazo para o cumprimento da obrigação supera o período de 15 dias dos embargos. Imagine-se que o título fixa um prazo de 20 dias para o cumprimento da obrigação e o executado tenha embargado em 15 dias, suspendendo assim o processo e consequentemente o prazo para o cumprimento da obrigação. Uma vez julgados os embargos, aquele prazo de 20 dias volta a correr, cessando a causa de sua interrupção. Como já foram computados 15 dias antes da apresentação dos embargos à execução, o executado terá mais 5 dias (para completar os 20) para cumprir a sua obrigação, antes de se adotarem concretamente as medidas materiais de execução, que só poderão incidir depois do vencimento do prazo para o cumprimento determinado no título ou pelo juiz[138].

Na hipótese de o executado não cumprir, ainda assim, a sua obrigação – o que resultará numa situação idêntica à da inércia do executado diante de sua citação –, o prosseguimento da execução dependerá da natureza da obrigação de fazer, ou seja, se fungível ou infungível. Apesar de a redação do art. 816 do Novo CPC sugerir que diante do vencimento do prazo processual para o cumprimento da obrigação o exequente deverá optar pela execução à custa do

executado ou a conversão em perdas e danos, admite-se que o exequente insista na multa como meio coercitivo psicológico[139].

Ainda que o exequente possa aguardar o cumprimento da obrigação – embora expirado o prazo concedido para tanto – pressionando o executado com o pagamento de multa (*astreinte*), diante da ineficácia da coerção psicológica, num certo momento notar-se-á a impossibilidade material ou jurídica da obtenção da tutela específica, momento no qual o exequente terá que fazer a opção prevista pelo art. 816 do Novo CPC.

É importante para o estudo do procedimento dessa espécie de execução a determinação da fungibilidade ou não da obrigação. A diferença é importante porque no primeiro caso é possível que terceiro satisfaça o direito em substituição ao devedor, o que é absolutamente inviável no segundo caso.

Sendo infungível a obrigação de fazer e não funcionando a pressão psicológica imputada pela aplicação da multa, a única saída ao exequente será a conversão da execução de fazer em execução por quantia certa, devendo-se liquidar de forma incidente o valor das perdas e danos, somado ao valor da multa, quando esta existir (art. 816 do Novo CPC). A apuração do valor se dará no próprio processo por meio de uma mera fase procedimental de liquidação – que dependendo do caso concreto seu desenvolvimento será sob a forma de artigos ou arbitramento –, seguindo-se a execução pelo procedimento do cumprimento de sentença[140]. Será dispensada a liquidação se houver no caso concreto a previsão contratual de multa de natureza compensatória (cláusula penal)[141].

Sendo fungível a obrigação de fazer é possível ao exequente preferir que a obrigação seja cumprida por terceiro, à custa do executado. Tal forma de satisfação, embora num primeiro momento represente o cumprimento efetivo da obrigação em sua natureza originária (fazer), também se resolverá futuramente em perdas e danos, já que os valores despendidos com o terceiro serão cobrados do executado por meio de execução por quantia certa, nos próprios autos, pelo procedimento do cumprimento de sentença[142]. Caso o exequente cumpra a obrigação pessoalmente ou por preposto, sob sua direção e vigilância, valendo-se do *direito de preferência* consagrado no art. 820, *caput*, do Novo CPC, somente poderá executar por quantia certa o valor que já tiver adiantado ao executado, acrescido dos prejuízos decorrentes do acréscimo de custo e perdas e danos[143].

O procedimento para o cumprimento da obrigação por terceiro era complexo, caro e demorado, daí a sua pouca aplicação prática. A nomeação de perito, a publicação de edital, a necessidade de cauções etc., tornavam essa forma de satisfação pouco interessante para a maioria dos exequentes, sendo de rara aplicação. O legislador notou que o sistema não funcionava a contento, alterando substancialmente o procedimento dessa forma de execução por meio da Lei 11.382/2006, em inovação mantida pelo Novo Código de Processo Civil.

Segundo o art. 817 do Novo CPC, podendo a obrigação ser satisfeita por terceiro – obrigação fungível –, a requerimento do exequente o juiz autorizará que aquele a satisfaça à custa do executado, sendo nesse caso necessário que o exequente adiante as

quantias previstas na proposta que o juiz tiver aprovado, depois da oitiva das partes. Certamente o dispositivo se afasta da complexidade do procedimento anterior, mas algumas questões são suscitadas pela doutrina em sua interpretação.

O dispositivo legal não prevê de que forma a proposta é levada aos autos, sendo presumível que o exequente, ao pedir a realização do fato por terceiro, apresente junto com o seu pedido a proposta de terceiro[144]. Não parece haver necessidade da apresentação de mais de uma proposta, bastando que aquela apresentada seja entendida como adequada pelo juiz[145]. Apesar de mais raro, nada impede que o próprio juiz peça a apresentação de proposta a terceiro de sua confiança[146], bem como o executado leve aos autos proposta(s) de terceiro(s). Como não há mais previsão de formalidades para tornar pública a oportunidade para a prática dos atos, dificilmente terceiros comparecerão voluntariamente ao juízo apresentando propostas[147].

Qualquer que seja o sujeito responsável pela apresentação da proposta do terceiro em juízo, a aprovação de seus termos dependerá da oitiva das partes, em respeito ao contraditório (art. 817, parágrafo único, do Novo CPC). Nesse momento, caberá ao exequente, no prazo de 5 dias após aprovada a proposta do terceiro, exercer o seu *direito de preferência*, nos termos do art. 820, parágrafo único, do Novo CPC. A decisão que decide pela rejeição, aprovação ou pelo direito de preferência do exequente tem natureza interlocutória, sendo recorrível por agravo de instrumento. Sendo acolhida a proposta de terceiro, caberá ao exequente depositar em juízo a quantia prevista, havendo doutrina minoritária que critica o

texto legal e entende cabível que o juiz determine que o pagamento seja adiantado pelo executado, inclusive com a aplicação de *astreintes*[148].

Aduz o art. 818 do Novo CPC que, realizada a prestação, o juiz ouvirá as partes no prazo de 10 dias. Nos termos do parágrafo único do dispositivo, caso haja impugnação o juiz a decidirá. Apesar de o dispositivo legal prever que, não havendo impugnação, se dará como cumprida a obrigação, o juiz não está vinculado à omissão das partes, podendo, desde que tenha elementos para tanto, resolver em sentido contrário; ocorre, entretanto, que, sem a manifestação das partes, dificilmente o juiz terá condições de não dar a obrigação como cumprida. Havendo impugnação de uma ou de ambas as partes, caberá ao juiz resolvê-la por meio de decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento, após instrução probatória, se necessária.

A impugnação mais tradicional será a do exequente alegando que o terceiro não prestou o fato, o fez fora do prazo, de forma incompleta ou defeituosa. Segundo o art. 819, *caput*, do Novo CPC, nesse caso o exequente poderá requerer ao juiz, no prazo de 15 dias, a autorização para que conclua ou repare a prestação à custa do contratante, que deverá ser ouvido no prazo de 15 dias. Sendo acolhida a impugnação do exequente, o juiz avaliará o custo das despesas necessárias e condenará o terceiro a pagá-lo. Trata-se de mera faculdade do exequente, que, não se manifestando no prazo legal, permite a ocorrência da preclusão[149].

50.3. EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE

NÃO FAZER

É interessante notar que não existe mora na obrigação de não fazer, considerando-se que, se o dever era de abstenção, a prática do ato por si só importa na inexecução total da obrigação[150]. Desse ato de desrespeito a uma obrigação de não fazer surge ao credor o direito de desfazer o fato ou de ser indenizado quando os efeitos forem irremediáveis. Assim, não há propriamente uma execução de obrigação de não fazer, e sim uma obrigação de fazer invertida, ou seja, de desfazer aquilo que não deveria ter sido feito. Tal conclusão é reforçada pela redação do art. 822 do Novo CPC, que expressamente dispõe que o pedido do exequente será para o juiz assinar prazo para o executado desfazer o ato já praticado.

Como se pode notar do disposto no referido artigo, nessa espécie de execução busca-se uma tutela jurisdicional reparatória, procurando desfazer-se aquilo que já foi feito[151]. Não há uma preocupação repressiva, buscando evitar que o ato proibido seja realizado. Para tanto, a parte interessada deverá fazer uso do processo de conhecimento, com aplicação do art. 497 do Novo CPC, inclusive com pedido de liminar objetivando a não realização do ato proibido de forma imediata (*tutela inibitória*).

A questão, entretanto, torna-se polêmica quando a doutrina lembra da situação do sujeito que tem um título executivo extrajudicial e pretende evitar a ocorrência de descumprimento da obrigação de não fazer. Considerável corrente doutrinária defende o ingresso de processo de execução nesse caso com a aplicação de medidas executivas (art. 536, § 1º, do Novo CPC) para compelir o

executado a se abster ou a tolerar determinado ato ou fato[152]. Tratar-se-ia de um processo de execução de obrigação de não fazer por procedimento diverso daquele previsto nos arts. 822 e seguintes do Novo CPC, provavelmente a ser criado pelo juiz no caso concreto.

Entendo que esse processo de execução não reúne as condições necessárias de admissibilidade. Não porque necessariamente contrariaria o procedimento legal para o processo de execução de obrigação de não fazer, mas porque nesse caso a tutela diferenciada justificaria a adoção de procedimento diferenciado com o objetivo de efetivamente tutelar o direito do credor. Parece simplesmente que um dos requisitos exigidos pelo art. 783 do Novo CPC não estará presente nesse caso, porque sem o descumprimento da obrigação não haverá inadimplemento, e sem esse requisito não haverá título executivo, o que impossibilitará o ingresso do processo de execução. Note-se que a exigência do processo de conhecimento nesse caso não decorre da ausência de previsão legal de procedimento para atender a pretensão do credor, mas em virtude da falta de título executivo.

A obrigação pode ser classificada em permanente (ou contínua) e instantânea. A primeira é aquela que permite o retorno ao estado anterior (por exemplo, a construção de um muro, que pode ser destruído, retornando-se as coisas ao estado anterior), ao passo que na segunda é impossível o retorno ao *status quo ante* uma vez descumprida a obrigação de não fazer (obrigação de não exibir um jogo de futebol em rede nacional)[153].

O diploma processual privilegia a execução das obrigações de não fazer permanentes, prevendo as formas de desfazimento de tal fato. Havendo recusa do devedor em desfazer aquilo que não deveria ter feito, por proibido, o credor requererá ao juiz que mande desfazer o ato à custa do executado. Nesse caso, o devedor responderá por esse ato e também por perdas e danos, por meio da conversão do processo executivo em execução de pagar quantia certa (após a necessária liquidação incidente). No que tange às obrigações de não fazer instantâneas, em razão da impossibilidade do desfazimento da violação, existe apenas o art. 823, parágrafo único, do Novo CPC, dispondo que a obrigação converter-se-á em perdas e danos[154].

51. PROCESSO DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR COISA

Sumário: 51.1. Execução de entrega de coisa certa; 51.2. Execução de entrega de coisa incerta.

51.1. EXECUÇÃO DE ENTREGA DE COISA CERTA

A petição inicial deverá preencher os requisitos do art. 319 do Novo CPC, naquilo que for aplicável ao processo de execução (não teria sentido exigir do exequente a especificação de provas em um processo que não possui fase probatória), devendo sempre estar acompanhada do título executivo, no caso sempre extrajudicial.

Segundo a previsão do art. 806 do Novo CPC, o executado será citado para dentro do prazo de 15 dias satisfazer a obrigação. Terá o mesmo prazo para oferecimento dos embargos à execução, nos termos do art. 915 do Novo CPC.

Optando pela apresentação dos embargos à execução, o executado poderá oferecer em depósito a coisa, cumprindo assim uma das exigências contidas no art. 919, § 1º, do Novo CPC para a concessão do efeito suspensivo aos embargos.

Sendo a opção do executado a entrega da coisa no prazo de 15

dias, o direito do exequente estará satisfeito, o que poderia levar à equivocada conclusão da extinção normal do processo de execução, por meio da sentença prevista no art. 924, II, do Novo CPC, visto que, segundo o art. 807 do Novo CPC, após a entrega do bem "será lavrado o termo respectivo e considerada satisfeita a obrigação, prosseguindo-se a execução para o pagamento de frutos ou o ressarcimento de prejuízos, se houver".

Entendo ser necessária a intimação do exequente para que se manifeste a respeito do bem oferecido em depósito, porque não há obrigatoriedade de aceitar bem diverso daquele que consta do objeto da obrigação, ainda que de maior valor. Sendo aceito o bem oferecido em depósito, e, havendo frutos ou ressarcimentos de danos, a execução não será extinta, mas a sua natureza será convertida, dado que a execução seguirá para o pagamento em dinheiro dos frutos ou prejuízos (execução por quantia certa). Na realidade, ainda que não existam frutos e/ou ressarcimentos, a execução prosseguirá para a cobrança das custas e despesas processuais, somente havendo a extinção quando, além da entrega da coisa, o executado também realizar imediatamente o pagamento dessas verbas de sucumbência[155].

Na hipótese de apresentação de embargos e de oferecimento da coisa em depósito, apesar da omissão legislativa, o exequente deverá ser ouvido para se manifestar sobre o bem oferecido pelo executado, em respeito ao princípio do contraditório. Sabe-se que somente a coisa que se procura obter com a execução é hábil para garantir o juízo, significando dizer que nem sempre o executado oferece o bem correto, devendo o juiz zelar pela correspondência

entre a coisa que constitui o objeto da execução e o objeto do depósito. Caso o juiz decida pela correção do oferecimento, lavrar-se-á termo de depósito, que, após ser assinado pelo executado, habilitará a concessão do efeito suspensivo aos embargos. Naturalmente, em situações de extrema urgência, poderá o juiz conceder imediatamente o efeito suspensivo e depois ouvir o exequente, com a aplicação do contraditório diferido.

A terceira conduta possível ao executado é a manutenção de seu estado de inadimplência, omitindo-se por completo à ordem do juiz contida no mandado de citação. Sendo o prazo para entrega previsto no art. 806, *caput*, do Novo CPC de 15 dias, e sendo aplicável à execução de entrega de coisa o art. 915 do Novo CPC (15 dias de prazo para os embargos à execução), entendo que, transcorrido o prazo de 15 dias sem que haja sido concedido efeito suspensivo aos embargos à execução porventura oferecidos, o juiz dará início à prática dos atos executivos.

Apesar de o art. 806, § 1º, do Novo CPC prever que o juiz poderá, ao despachar a petição inicial, fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação (*astreintes*), essa multa – que na realidade não precisa ser diária – só passará a ser exigida após o vencimento do prazo legal concedido pela lei para que o executado cumpra a sua obrigação[156]. Ainda que não tenha fixado a multa no despacho da petição inicial, diante da inércia do executado poderá determiná-la a qualquer momento do processo. Além da fixação da multa caberá ao juiz a expedição de mandado de busca e apreensão – bens móveis – ou de imissão de posse – bens imóveis.

Essas medidas serão adotadas tanto na hipótese de o executado não ingressar com embargos à execução no prazo de 15 dias como também diante da ausência de efeito suspensivo dos embargos. Registre-se que os atos materiais de execução serão praticados para gerar a imediata satisfação do direito do exequente, com a entrega da coisa, o que, entretanto, não extinguirá o processo na hipótese de existirem embargos à execução ainda pendentes de julgamento. Havendo concessão de efeito suspensivo nos embargos, o que pelas exigências legais só será admissível com o depósito da coisa, entendendo que a coisa não pode ser entregue ao exequente, devendo-se aguardar o julgamento dos embargos. Sendo julgados improcedentes, a coisa será entregue ao exequente; julgados procedentes, a coisa será devolvida ao executado[157].

É ainda possível que o executado, mesmo depositando a coisa em juízo, não consiga o efeito suspensivo em razão do não preenchimento de outros requisitos exigidos no art. 919, § 1º, do Novo CPC. Nesse caso, caberá a entrega imediata da coisa depositada ao exequente.

Na hipótese de a coisa devida estar no patrimônio de terceiro e de ter sido desviada de forma fraudulenta, será ali buscada, sendo que o terceiro que a adquiriu somente será ouvido pelo juízo depois de depositá-la em juízo, ou seja, após a garantia do juízo (art. 808 do Novo CPC).

Há entendimento doutrinário que limita essa exigência ao processo de execução, de forma a ser admissível a apresentação de defesa por meio de outra ação sem a necessidade de garantia do

juízo[158]. Existe dissenso doutrinário a respeito da forma processual adequada para o terceiro se defender por meio de uma ação incidental ao processo de execução. Parcela da doutrina entende que essa defesa seja realizada por meio de embargos de terceiro[159], enquanto outra parcela minoritária entende que a defesa será apresentada por meio de embargos à execução por considerar o terceiro adquirente como sucessor do executado[160]. Nesse caso, é acertado o entendimento de que os embargos à execução não dependem de garantia do juízo, compatibilizando-se o art. 809 do Novo CPC com o art. 914, *caput*, do Novo CPC.

Caso o exequente entenda que a execução para a entrega de coisa deixou de ser interessante em razão de a coisa estar no patrimônio de terceiro, poderá converter a execução de entrega em execução de pagar quantia certa[161].

É possível que o bem não seja localizado, tendo se deteriorado ou desaparecido, além de não ser reclamado do poder de terceiro adquirente, situações que ensejarão a conversão da execução para a entrega de coisa em execução por quantia certa para cobrança do valor da coisa, além do montante devido como reparação de perdas e danos e eventualmente o valor da multa aplicada (*astreinte*). A definição de tal valor dar-se-á por meio de uma liquidação incidente, dispensada quando o exequente pretender obter somente o valor da coisa e tal valor já estiver indicado no título executivo.

Havendo benfeitorias na coisa, deve ser instaurado um processo de liquidação de sentença antes do processo de execução. O art. 810 do Novo CPC dispõe que, no caso de benfeitorias

indenizáveis feitas pelo executado ou terceiros, sua liquidação prévia é obrigatória. Existindo saldo em favor do executado, o exequente depositará o valor ao requerer a entrega da coisa; havendo saldo em favor do exequente, este poderá cobrá-lo nos autos do mesmo processo. Não havendo tal liquidação prévia, é possível ao executado suspender a execução por meio da interposição de embargos à execução (art. 917, IV, do Novo CPC).

51.2. EXECUÇÃO DE ENTREGA DE COISA INCERTA

O processo de execução de entrega de coisa incerta seguirá basicamente as mesmas regras procedimentais analisadas anteriormente, sendo que a única diferença diz respeito ao procedimento de individualização da coisa, que deverá ocorrer no início do processo executivo. Após a escolha, a coisa passa a ser certa e o procedimento seguirá as regras já estudadas[162]. Segundo o art. 811 do Novo CPC, tal execução tomará lugar sempre que recair sobre coisa determinada pelo gênero e pela quantidade.

Coisa incerta não se confunde com coisa fungível[163] (coisa móvel que pode ser substituída por outra da mesma espécie, qualidade e quantidade – art. 85 do CC), devendo a execução seguir o rito anteriormente analisado da execução para a entrega de coisa certa. Sendo a qualidade a mesma para todas as coisas, a individualização é irrelevante, já que a satisfação se dará da mesma forma qualquer que seja o bem entregue[164]. A condenação consistente em entregar dez bolas de futebol de determinada marca

e modelo não exige o procedimento estabelecido pelos arts. 811 e 812 do Novo CPC, e quaisquer dez bolas destacadas de um lote acarretarão a satisfação plena do credor.

Coisa incerta, assim, deve ser considerada coisa indeterminada – mas determinável –, em que a escolha tem a sua importância em razão da diferente qualidade entre os bens que poderão ser escolhidos. Exemplificativamente é possível lembrar de uma obrigação de entregar um filhote de cachorro proveniente da cria de uma cadela específica, quando jamais todos os filhotes serão iguais. Certamente haverá o mais dinâmico, o mais magro, o mais belo, o mais alegre, o mais bravo, o mais dengoso, e assim por diante. Aqui, certamente, a escolha é fundamental, e aí sim estaremos diante de execução de coisa incerta.

Em princípio, o direito de escolha deve estar previsto no próprio título executivo, e, sendo omisso, a escolha caberá ao devedor. Quando a escolha couber ao exequente, este deverá indicar o bem já na petição inicial, tornando certa a coisa desde o início da demanda, sob "pena" de preclusão[165]. Sendo omissa a petição inicial, a escolha automaticamente é repassada ao executado, presumindo-se que o exequente renunciou ao seu direito de escolha. Esse direito de escolha, entretanto, retornará ao exequente se o executado, instado a se manifestar sobre a escolha da coisa, deixar de fazê-lo[166].

Caso seja o direito de escolha do executado, este será citado para entregar ou depositar o bem incerto em dez dias. É claro que, se entregar ou depositar o bem, estará individualizando a coisa, mas

também é possível imaginar a simples indicação do executado a respeito do bem, sem entregá-lo ou depositá-lo. Nesse caso, a execução seguirá o rito da execução para a entrega de coisa certa, em razão da opção feita pelo executado. No silêncio do executado o direito de escolha passará a ser do exequente.

A escolha da coisa incerta segue norma de direito material, mais precisamente o art. 244 do CC, que determina que, nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, o devedor não pode dar a pior nem está obrigado a dar a melhor coisa. Tratando-se de bens de diferente qualidade, poderão surgir conflitos quanto à escolha feita pela parte contrária, situação resolvida pelo art. 812 do Novo CPC, que determina que qualquer das partes poderá, no prazo de 15 dias, impugnar a escolha feita pela outra, e o juiz decidirá de plano, ou, se necessário, ouvindo perito de sua nomeação.

Tendo sido feita a escolha pelo exequente em sua petição inicial, o executado terá 15 dias contados da juntada do mandado de citação devidamente cumprido aos autos, suspendendo-se o prazo para entregar ou depositar o bem até a solução do incidente[167]. Se a escolha couber ao executado, assim que indicado o bem, entregue ou depositado em juízo, o exequente terá 15 dias para impugnar a escolha. Impugnada tempestivamente a escolha, o juiz deverá decidir de plano, podendo em casos mais complexos valer-se do auxílio de perito de sua nomeação (art. 812 do Novo CPC).

52. PROCESSO DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA

Sumário: 52.1. Início do processo de execução: 52.1.1. Petição inicial; 52.1.2. Averbação da execução; 52.1.3. Pronunciamento que determina a citação do executado; 52.1.4. Não localização do executado e de seus bens; 52.1.5. Arresto executivo; 52.1.6.Posturas do executado citado – 52.2. Pagamento parcelado: 52.2.1. Introdução; 52.2.2. Pagamento parcelado: moratória legal?; 52.2.3. Requisitos formais; 52.2.4. Procedimento; 52.2.5. Inadimplemento das parcelas – 52.3. Penhora; 52.3.1. Definição e efeitos; 52.3.2. Ordem legal da penhora; 52.3.3. Da documentação da penhora, de seu registro e do depósito; 52.3.4. Do lugar de realização da penhora; 52.3.5. Penhora de dinheiro pelo sistema BacenJud (*on-line*); 52.3.6. Penhora de percentual do faturamento de empresa devedora; 52.3.7. Procedimento da penhora; 52.3.8. Substituição do bem penhorado; 52.3.9. Penhoras especiais – 52.4. Avaliação – 52.5. Formas de expropriação: 52.5.1. Introdução; 52.5.2. Adjudicação – 52.6. Alienação por iniciativa particular: 52.6.1. Introdução; 52.6.2. Alienação pelo exequente e a necessidade de seu pedido; 52.6.3. Alienação por corretor ou leiloeiro público credenciado perante a autoridade judiciária; 52.6.4. Requisitos para a alienação – 52.7. Arrematação: 52.7.1. Introdução; 52.7.2. Requisitos formais do leilão judicial; 52.7.3. Publicidade do edital; 52.7.4. Comunicações do leilão judicial; 52.7.5. Realização do leilão judicial; 52.7.6. Leilão judicial por meio eletrônico; 52.7.7. Legitimados a arrematar; 52.7.8. Procedimento do leilão judicial; 52.7.9. Arrematação viciada; 52.7.10. Alienação antecipada – 52.8. Entrega de dinheiro ao credor.

52.1. INÍCIO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

52.1.1. PETIÇÃO INICIAL

Desenvolvendo-se por meio de processo autônomo, a execução de título extrajudicial exige do exequente a elaboração de uma petição inicial, ato processual solene que deve seguir as regras do art. 319 do Novo CPC, naquilo que for cabível[168].

Como ocorre na petição inicial do processo/fase de conhecimento, cabe ao exequente indicar o endereçamento da peça, bem como os nomes completos do exequente e do executado e seus números de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (art. 798, II, "b" do Novo CPC).

No tocante à causa de pedir, exigem-se o título executivo – que obrigatoriamente deve instruir a petição inicial – e a alegação de inadimplemento[169], sendo ainda exigido que nas obrigações sujeitas a termo, condição ou contraprestação conste da peça a demonstração de que o termo ocorreu, a condição se implementou ou a contraprestação foi realizada[170]. Também deve constar o pedido, tanto no aspecto processual (*imediato*) como no material (*mediato*). Embora a tutela jurisdicional seja sempre satisfativa, cabe ao autor indicar os meios executórios que prefere ver aplicados no caso concreto, como a possível escolha entre a expropriação ou a prisão civil do executado na execução de alimentos[171]. O bem da vida será sempre um valor certo e líquido

em dinheiro[172].

Existe tradicional corrente doutrinária que defende a dispensa do pedido de provas na petição inicial de execução porque no processo executivo não se realiza instrução probatória[173]. Parcela doutrinária minoritária observa que excepcionalmente poderá ser exigida do exequente a produção de prova não para demonstrar o direito exequendo, mas a mera *exequibilidade da execução*. Dessa forma, nas obrigações sujeitas a termo, condição ou contraprestação, caberá ao exequente provar que o termo ocorreu, a condição se implementou ou a contraprestação foi realizada, o que justificaria o pedido de provas na petição inicial[174]. Registre-se que, para parcela da doutrina, a prova, nesse caso, é documento indispensável à propositura da ação (art. 320 do Novo CPC), não se admitindo sua produção durante o processo de execução[175].

Entendo que a divergência seja superada com a previsão do art. 798, I, "c" e "d", do Novo CPC, já que a prova de que se verificou a condição ou ocorreu o termo e a prova de que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua prestação, senão mediante a contraprestação do exequente passam a ser documentos indispensáveis à propositura do processo de execução. Já era nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC/1973.[176]

O art. 799 do Novo CPC prevê outras incumbências do exequente, mas é preciso cuidado na análise do dispositivo legal, considerando que nem todas as providências nele previstas são

requisitos formais da petição inicial. O inciso IX do dispositivo legal prevê a averbação em registro público do ato de propositura da execução para o conhecimento de terceiros, o que, naturalmente, não é um requisito formal da petição inicial.

No inciso I do art. 799 do Novo CPC encontra-se a exigência de requerimento da intimação do credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou usufrutuário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto. Nesse caso, apesar de a ausência de intimação gerar nulidade dos atos de expropriação, não há preclusão temporal para seu pedido, de forma que, mesmo não constando da petição inicial, nada impedirá que o exequente venha posteriormente a fazer o requerimento. Também não há qualquer impedimento para a intimação ocorrer de ofício.

No inciso II do art. 799 do Novo CPC exige-se o requerimento da intimação do titular de usufruto, uso ou habitação, quando a penhora recair sobre bem gravado por usufruto, uso ou habitação; no inciso III, do promitente-comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada; no inciso IV, do promitente vendedor, quando a penhora recair sobre direito aquisitivo derivado de promessa de compra e venda registrada; no inciso V, do superficiário, enfiteuta ou concessionário, em caso de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre imóvel submetido ao regime do direito de superfície, enfiteuse ou concessão; no inciso VI, do proprietário de terreno com regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou

concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre direitos do superficiário, do enfiteuta ou do concessionário; no inciso VII, da sociedade, no caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada, para o fim previsto no art. 876, § 7.º, do Novo CPC. Novamente, a ausência de pedido na petição inicial não gera preclusão temporal e pode ser determinada de ofício pelo juiz.

No inciso VIII do art. 799 do Novo CPC encontra-se a possibilidade de pedido de medidas urgentes. Havia uma novidade no texto originário: a expressa menção à possibilidade de se requerer a indisponibilidade de ativos financeiros existentes em nome do executado, para posterior penhora. Já havia defendido a possibilidade de penhora *on-line* antes mesmo da citação do executado (*inaudita altera partes*), desde que demonstrado o perigo de ineficácia da medida diante da ciência do executado da existência da demanda judicial. Infelizmente, no texto final, essa parte do dispositivo foi suprimida, o que, entretanto, não é capaz de afastar a possibilidade de tal penhora antecipada nos termos do art. 799, VIII, do Novo CPC.

Caberá ainda ao exequente indicar um valor à causa, representado pelo valor pretendido e o pedido de citação do executado, que não precisa mais ser realizada necessariamente por oficial de justiça, tema desenvolvido no Capítulo 16, item 16.5.3.2.

Segundo o art. 798, II, "c", do Novo CPC, a exemplo do que ocorre no requerimento inicial do cumprimento de sentença (art. 524, VII, do Novo CPC), o exequente tem a faculdade de indicar, na petição inicial, bens do executado passíveis de serem

penhorados. Registre-se que a indicação de bens na petição inicial, embora auxilie a tarefa do oficial de justiça na localização do patrimônio do executado – sempre uma fase difícil do processo executivo –, não o vincula peremptoriamente à realização de penhora do bem indicado.

Mesmo sem o pedido expresso do exequente em sua petição inicial, o juiz poderá, de ofício, intimar a qualquer tempo o executado para que indique os bens passíveis de penhora, sendo a consequência do descumprimento – total ou parcial – a aplicação da multa de até 20 % do valor exequendo, a qual será revertida em proveito do exequente, conforme previsão do parágrafo único do art. 774 do Novo CPC.

O art. 774, V, do Novo CPC é interessante por dois motivos: primeiro, porque possibilita a atuação oficiosa do juiz e, segundo, porque não limita temporalmente a intimação para que o executado contribua com o Poder Judiciário na sempre difícil tarefa de localização dos bens sujeitos à penhora. Aplica-se também a esse dispositivo legal o art. 841, § 1º, do Novo CPC, que permite que a intimação seja feita na pessoa do advogado ou da sociedade de advogados a que ele pertença, desde que haja um advogado constituído nos autos. Na realidade, essa permissão é prevista para o caso específico de intimação da penhora, mas parece razoável que também seja aplicada conforme sugerido, ainda que com menor incidência prática, em razão do momento inicial do procedimento em que tal comunicação ocorre.

Naturalmente, uma intimação na pessoa do advogado ou da sociedade de advogados a que ele pertença, por meio de mera

publicação na imprensa oficial, é ato que não demanda grandes esforços, podendo ser realizado sem graves perturbações ao bom andamento procedimental. O mesmo, entretanto, não ocorre com a intimação pessoal do executado, ainda mais se ele estiver imbuído em se ocultar, dificultando a realização do ato de comunicação processual. Dessa forma, o juiz não deve perder a oportunidade inicial do processo, na qual o executado será necessariamente citado para ser integrado ao processo e intimado para pagar no prazo de três dias, sendo de todo conveniente que seja desde já também intimado para que no prazo de cinco dias indique os bens de seu patrimônio sujeitos à execução[177]. O executado terá, assim, o dever de apresentar em juízo a declaração de seus bens, nos limites da satisfação do direito exequendo, desde que não realize o pagamento dentro do prazo de três dias.

Além dos requisitos do art. 319 do Novo CPC, cabe ao exequente instruir a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da ação (art. 798, I, do Novo CPC), nos termos do art. 320 do mesmo diploma legal. O título executivo e o demonstrativo de cálculos são documentos que obrigatoriamente devem instruir a petição inicial, salvo se for executado o valor de face do título executivo, quando a juntada do demonstrativo de cálculos será dispensada. Não se exige que a instrução da petição inicial seja feita com o original do título executivo extrajudicial, salvo nas hipóteses de títulos cambiários, em razão de sua circulabilidade. E mesmo nesse caso, restando demonstrado que não há risco material de circulação do original da cártula, o Superior Tribunal de Justiça admite a instrução da petição inicial com sua cópia reprográfica[178].

A ausência de quaisquer desses documentos indispensáveis à propositura da execução é causa de intimação do exequente para emenda da inicial (art. 321, *caput*, do Novo CPC)[179], havendo correta decisão do Superior Tribunal de Justiça que admite a juntada do título executivo mesmo após vencido o prazo de emenda da petição inicial, mas antes da extinção terminativa do processo[180]. Por outro lado, parece exagerada a possibilidade de emenda da petição inicial após a oposição dos embargos, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça[181].

O pronunciamento que determina a emenda da petição inicial é indiscutivelmente uma decisão interlocutória, havendo na vigência do CPC/1973 entendimento das Turmas integrantes da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pelo cabimento de agravo de instrumento[182]. A natureza desse pronunciamento não mudará com o Novo Código de Processo Civil, como também não se alterará sua recorribilidade por meio do agravo de instrumento, em razão do previsto no parágrafo único, do art. 1.015 do Novo CPC.

Na realidade, embora o art. 798, I, "b", do Novo CPC preveja ser o demonstrativo de cálculos documento indispensável à instrução da petição inicial do processo de execução de pagar quantia certa, a exigência só tem sentido quando o exequente pretender executar um valor distinto daquele nominalmente previsto no título executivo extrajudicial. Assim, caso o exequente pretenda executar o valor de face do título executivo (com o que perderá dinheiro, mas é sempre uma opção do exequente) estará dispensado de juntar o demonstrativo de cálculos[183].

Também é dispensável a juntada de demonstrativo de cálculos na execução fiscal, já tendo o Superior Tribunal de Justiça consolidado o entendimento pela sua desnecessidade por não estar prevista no art. 6º da Lei 6.830/1980, que versa sobre os requisitos formais da petição inicial na execução fiscal[184].

> Martina tem em seu poder um cheque emitido por Santiago no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Sobre esse valor incidem juros de mora e correção monetária, e pretendendo Martina executar o valor atualizado do débito será obrigada a juntar com a petição inicial executiva o demonstrativo de cálculo. Por outro lado, caso pretenda receber apenas R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), bastará instruir sua petição inicial com o original do cheque.

No parágrafo único do art. 798 do Novo CPC há previsão das diretrizes formais para a elaboração do memorial descritivo de cálculos. Este deverá conter: o nome completo e o número do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro nacional da Pessoa Jurídica do exequente e do executado; o índice de correção monetária adotado; a taxa dos juros de mora aplicada; o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados; especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

O objetivo do dispositivo legal é que o exequente discrimine o máximo possível como ele chegou ao valor exequendo, permitindo assim o controle por parte do juiz e do executado.

Apesar de previstas para o cumprimento de sentença, as regras consagradas nos parágrafos do art. 524 do Novo CPC são aplicáveis ao processo de execução, tendo sido devidamente analisadas no

Capítulo 49, itens 49.3 e 49.4.

52.1.2. AVERBAÇÃO DA EXECUÇÃO

Segundo o art. 828, *caput*, do Novo CPC, o exequente tem a faculdade[185] de pedir uma certidão comprobatória de ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa. Tal certidão servirá ao exequente para fins de averbação no registro de imóveis, veículos ou qualquer outro registro de bens sujeitos à penhora, arresto ou indisponibilidade. É natural que a aplicação desse dispositivo legal dependa do conhecimento da situação patrimonial do executado pelo exequente, porque, não tendo ciência de onde mantém registrados seus bens, de nenhuma serventia terá a certidão.

O objetivo da averbação é dar ciência a terceiros e ao próprio executado, antes mesmo de sua citação, de que existe uma ação executiva em trâmite que pode gerar a fraude à execução na hipótese de alienação ou oneração do bem. É o próprio art. 828, § 4º, do Novo CPC que prevê a presunção de fraude à execução nesse caso, devendo o dispositivo ser interpretado em conjunto com o art. 792, II, do Novo CPC.

Na vigência do CPC/1973, entendia-se que a averbação da execução gerava duas presunções: presunção absoluta de ciência sobre a existência da ação e presunção relativa de fraude à execução, porque, demonstrando o executado ter bens restantes em seu patrimônio aptos a satisfazer o direito do exequente, não teria se verificado o *eventus damni* e, com isso, não teria ocorrido qualquer espécie de fraude na alienação e/ou oneração do bem objeto da

averbação.

A redação atual do art. 828, § 4º, do Novo CPC continua a sugerir essa interpretação ao mencionar expressamente que o ato será presumido em fraude à execução, mas não é nesse sentido o art. 792, II, do Novo CPC, que aparentemente criou espécie de fraude à execução que não depende *eventus damni* para se configurar, conforme amplamente analisado no Capítulo 45, item 45.7.2. Dessa forma, não parece acertado falar-se, nesse caso, de presunção de fraude, mas de fraude propriamente dita.

Enquanto no sistema do CPC/1973 a mera propositura da execução já permitia ao exequente a obtenção da certidão para fins de averbação, no novo sistema a execução precisa antes ser admitida pelo juiz, nos termos do *caput* do art. 828 do Novo CPC.

O legislador preferiu prestigiar a segurança jurídica, mas, diante da notória demora dos trabalhos cartoriais, prejudicou sensivelmente a efetividade da medida. Entendo que eventuais abusos na averbação não deveriam ter sido suficientes para a mudança operada, já que tanto o antigo como o novo sistema de averbação consagram, expressamente, a responsabilidade do exequente nesses casos.

Procedimentalmente, caberá ao cartório judicial a expedição dessa certidão, sempre que assim solicitado – ainda que verbalmente – pelo exequente. Nos termos do Enunciado 130 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), “a obtenção da certidão prevista no art. 844 independe de decisão judicial”, mas só poderá ser expedida pelo cartório judicial depois de a execução ter

sido admitida pelo juiz. Caberá ao exequente se dirigir aos registros de bens e realizar a averbação, sendo de sua responsabilidade a eventual abusividade nessa conduta.

Aduz o art. 828, § 5.º, do Novo CPC que, na hipótese de averbação manifestamente indevida – que pode abranger a penhora de bens manifestamente impenhoráveis[186], ou ainda, averbações excessivas, considerando o valor dos bens[187] –, ou no não cancelamento no prazo legal, quando determinado pelo juízo, o exequente indenizará a parte contrária, devendo-se entender que a sanção só deve ser aplicada quando restar configurada a culpa do exequente na abusividade da averbação.

Até mesmo para que o juiz tenha possibilidade de controlar eventual ato abusivo praticado pelo exequente, cumpre a ele informar em juízo a realização da averbação no prazo de 10 dias da sua concretização (art. 828, § 1.º, do Novo CPC). Não existe qualquer consequência prevista em lei para a não realização da comunicação, donde se pode concluir que a averbação, com a consequente fraude à execução, não será afetada diante do descumprimento da exigência legal[188], apesar de existir respeitável corrente doutrinária a defender a perda de eficácia da averbação, cessando a presunção de fraude à execução[189].

Aduz o art. 828, § 2º, do Novo CPC que, formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 dias, o cancelamento das averbações relativas aos bens não penhorados. Esse cancelamento, nos termos do § 3º do mesmo dispositivo, será determinado de ofício ou

mediante requerimento do executado, caso o exequente não o tenha feito no prazo legal. Nesse caso, verificar-se-á que o exequente realizou averbações sobre mais bens do que era necessário, o que já é um indício de que o ato foi realizado de forma manifestamente indevida, nos termos do art. 828, § 5º, do Novo CPC.

Apesar de a previsão se referir somente ao processo de execução, a melhor doutrina acertadamente entende que também no cumprimento de sentença caberá o pedido pelo exequente da expedição de certidão comprobatória da execução junto ao cartório no qual tramita a demanda judicial[190].

52.1.3. PRONUNCIAMENTO QUE DETERMINA A CITAÇÃO DO EXECUTADO

O art. 829 do Novo CPC é o responsável pela previsão das regras referentes ao início do procedimento do processo de execução de pagar quantia certa fundada em título extrajudicial, apontando a postura do juiz após o juízo positivo de admissibilidade da petição inicial. Fala-se em juízo positivo de admissibilidade porque, tendo o processo executivo seu início por meio de petição inicial, o juiz analisará de ofício os requisitos formais dessa peça, podendo indeferi-la de plano, determinar sua emenda no prazo de 10 dias, ou, se entender que formalmente a peça encontra-se em ordem, determinar a citação do executado.

Segundo o art. 829, *caput*, do Novo CPC, o executado será citado para, no prazo de três dias, contado da citação, pagar a dívida. Como já analisado no Capítulo 16, item 16.5.1. na realidade, o executado é citado para integrar a relação jurídica processual e intimado para pagar a dívida em três dias. O termo inicial da

contagem desse prazo é a realização da citação, sendo irrelevante a data da juntada aos autos da primeira via do mandado de citação devidamente cumprido. O *caput* do art. 829 do Novo CPC, ao prever que o prazo será contado da citação, se compatibiliza com o art. 231, § 3º, do Novo CPC.

Ao determinar a citação do executado, que poderá ocorrer por correio, oficial de justiça ou por meio eletrônico, o juiz fixa de plano os honorários advocatícios de 10%, nos termos do art. 827, *caput* do Novo CPC. A previsão de que os honorários advocatícios serão fixados em 10% sobre o valor exequendo é importante porque dá margem para o juiz fixar honorários advocatícios também nos embargos à execução eventualmente apresentados.

Havendo oposição de embargos, há decisões do Superior Tribunal de Justiça que reconhecem a existência de duas ações, uma de execução e uma de embargos - admitindo a fixação de duas verbas de sucumbência (uma em cada ação), mas limitando o valor total a 20% do valor executado[191], enquanto outras preferem defender a tese da sucumbência recíproca, ainda que reconhecendo a autonomia das duas ações[192]. Outras, com a solução definitiva, sustentam ser irrelevante a discussão a respeito de quantas sucumbências existem, afirmando que o valor total nunca poderá superar os 20% do valor executado (art. 85, § 2.º, do Novo CPC)[193].

Esse entendimento restou consagrado no § 2º do art. 827 do Novo CPC, que prevê que o valor dos honorários poderá ser elevado até 20% quando rejeitados os embargos à execução. O mesmo dispositivo prevê que o acréscimo poderá ocorrer, inclusive,

sem a oposição dos embargos pelo executado, desde que o juiz, ao final do processo, entenda que houve trabalho desenvolvido pelo patrono do exequente que justifique o aumento. A regra é positiva porque mesmo uma execução sem embargos pode ser complexa a ponto de ensejar uma condenação em honorários superior aos 10% fixados originariamente.

Não há preclusão temporal para o pedido de fixação de honorários advocatícios em favor do patrono do exequente, de forma que, mesmo sendo omissa a decisão inicial, é possível posteriormente haver pedido e decisão nesse sentido. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, entretanto, pode haver preclusão lógica caso reste consolidado o fato de não incidência dos honorários sucumbenciais em razão do andamento procedimental[194].

O pronunciamento que determina a citação do executado, ao menos no tocante ao capítulo que trata do valor dos honorários advocatícios, tem natureza de *decisão interlocutória*, recorrível por *agravo de instrumento*[195], nos termos do art. 1.015, parágrafo único, do Novo CPC. O executado poderá realizar o pagamento do principal atualizado, juros, custas processuais, mas deixar de realizar o pagamento integral do valor indicado a título de honorários advocatícios, caso prefira discutir, em grau recursal, o valor fixado inicialmente pelo juiz ao determinar sua citação. Essa postura do executado não evitará, por si só, a continuação da execução concernente à cobrança dos honorários advocatícios, o que só ocorrerá, no caso concreto, com a obtenção do efeito suspensivo ao recurso interposto (art. 1.019, I, do Novo CPC).

52.1.4. NÃO LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO E DE SEUS BENS

Não sendo localizado o executado, será frustrada sua citação, e não sendo localizados bens de seu patrimônio será materialmente impossível a realização de atos de penhora. Nesse caso, caberá ao exequente dar andamento ao processo, indicando novo endereço para fins de citação e/ou indicando bens a serem penhorados.

52.1.5. ARRESTO EXECUTIVO

Não sendo possível realizar a citação do executado em razão de sua não localização, mas localizando-se bem ou bens de seu patrimônio, caberá ao oficial de justiça realizar o arresto executivo de tantos bens quantos bastem para garantir a dívida (art. 830, *caput*, do Novo CPC).

O *arresto executivo*, apesar de preparar a garantia do juízo que será realizada pela penhora, não se confunde com o arresto cautelar, previsto no art. 301 do Novo CPC. Primeiro, em razão dos diferentes requisitos necessários à sua concessão, pois na constrição cautelar devem-se verificar a probabilidade da existência do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*, do Novo CPC), e no arresto executivo, a frustração na citação do executado e a localização de seu patrimônio[196]. Segundo, porque o arresto executivo é realizado *ex officio* pelo oficial de justiça, enquanto o arresto cautelar depende de decisão judicial[197]. Terceiro, porque o arresto executivo outorga ao credor o direito de preferência, o que não ocorre no arresto cautelar[198], ainda que não seja esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[199].

Tratando-se, portanto, de ato executivo de *pré-penhora* ou *penhora antecipada*[200], conclui-se que não existe qualquer exigência em se provar perigo de ineficácia do resultado do processo para a concessão do arresto executivo; basta não localizar o executado para sua citação[201]. Justamente por isso, é acertado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em admitir o arresto executivo *on-line* pelo sistema BacenJud[202].

Segundo o art. 830, § 1º, do Novo CPC, nos 10 dias seguintes à efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará o devedor por duas vezes em dias distintos tentando realizar a citação. Sendo realizada a citação, prossegue-se no procedimento regular da execução, mas o arresto já realizado pelo oficial de justiça não será revogado; não sendo realizado o pagamento no prazo de três dias, o arresto converte-se em penhora[203]. Caso o réu não seja localizado, o exequente será intimado para que no prazo de 10 dias requeira a citação do executado por edital: não sendo providenciada, o arresto se desfaz; providenciada a citação e não sendo realizado o pagamento em três dias, o arresto se converterá em penhora[204], independentemente de termo, com a posterior intimação do executado, nos termos do art. 841, § 1º, do Novo CPC, que poderá ser dispensada quando já constar do edital[205].

Ciente da complexidade, demora e alto custo da publicação de edital, o Novo CPC, em seu art. 830, § 1º, inova ao prever a possibilidade de o oficial de justiça, nos dez dias seguintes à efetivação do arresto, realizar a citação do executado por hora certa, desde que suspeite de ocultação maliciosa.

Apesar do procedimento previsto em lei, com a realização da constrição judicial por meio de oficial de justiça, o Superior Tribunal de Justiça acertadamente entende ser cabível o arresto *on-line* com a utilização do sistema BacenJud[206]. Dessa forma, sendo devolvido o mandado de citação negativo pelo oficial de justiça, caberá a tentativa de arresto de dinheiro do executado mantido em instituições financeiras pelo sistema BacenJud, até porque, se o arresto executivo é uma pré-penhora ou penhora antecipada, não teria sentido impedir a utilização de forma eletrônica de penhora a tal ato de constrição.

Tratando-se de *citação ficta* realizada por edital ou por hora certa, e não ingressando no processo o executado por meio de advogado constituído, caberá ao juiz a indicação de um curador especial que terá inclusive legitimidade para o oferecimento de embargos à execução[207].

52.1.6. POSTURAS DO EXECUTADO CITADO

Sendo o executado localizado e citado, tem início o prazo de três dias para que adote postura no sentido de pagar o valor devido ou se manter inerte.

Segundo o art. 827, § 1º, do Novo CPC, havendo o pagamento integral da dívida no prazo de três dias da citação do executado, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade. Havendo pagamento parcial, entendo que cabe o desconto proporcional, apesar de a doutrina majoritária afirmar que o desconto está limitado ao pagamento integral[208]. Como já analisado no Capítulo 40, item 40.3 trata-se de medida de execução indireta,

com o objetivo de pressionar psicologicamente o executado a cumprir sua obrigação por meio do oferecimento de um prêmio caso realize o pagamento no prazo legal.

Realizado o pagamento, o exequente deverá ser intimado, sendo-lhe concedido prazo de cinco dias para manifestação. Concordando com o pagamento, o processo executivo será extinto; afirmando que o valor foi pago a menor, poderá imediatamente levantar o valor depositado, cabendo ao juiz decidir a impugnação feita pelo exequente. No caso de rejeição da impugnação, profere sentença extinguindo a execução e, caso a acolha, o processo executivo prosseguirá para o pagamento do saldo devedor, calculando-se a isenção do pagamento da verba honorária com a aplicação da proporcionalidade entre o valor devido e o efetivamente pago. Nesse caso de continuação do processo de execução, ainda que o executado realize imediatamente o pagamento, não mais poderá se beneficiar da isenção do valor determinado pelo juiz como devido a título de honorários advocatícios.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o depósito judicial de montante integral ou parcial da condenação extingue a obrigação do devedor, nos limites da quantia depositada[209], de forma que a partir desse momento passa a ser a instituição financeira, que mantém o depósito judicial, a responsável pelo pagamento de correção monetária[210], sendo dispensável a propositura de ação própria para discutir a adequada remuneração dos valores depositados[211]. A oitiva do exequente continua a ser necessária para se determinar se o depósito foi

parcial ou integral, mas, nos limites da quantia depositada, a obrigação do executado estará imediatamente extinta.

Tendo sido a citação realizada por oficial de justiça e tendo transcorrido o prazo legal de três dias sem que se realize o pagamento, o oficial deverá voltar ao endereço do executado e, em poder da segunda via do mandado, realizar a penhora e avaliação de bens. O art. 829, § 1.º, do Novo CPC prevê que cabe ao oficial a avaliação do bem penhorado, sendo a presença do avaliador residual reservada aos casos em que seja necessário conhecimento específico que falte ao oficial de justiça.

Atribuir-se ao oficial de justiça a responsabilidade por avaliar o bem penhorado tem sua origem no direito processual do trabalho, no qual a figura do oficial-avaliador já se faz presente há muito na realidade forense em virtude da determinação prevista pelo art. 721, § 3.º, da CLT[212]. Registre-se que essa atuação de avaliador do oficial de justiça também se encontra presente na execução fiscal, em virtude da previsão do art. 13, *caput*, da Lei 6.830/1980, a qual determina que do termo ou auto de penhora já conste a avaliação dos bens penhorados, efetuada por quem o lavrar.

Outro aspecto interessante diz respeito à previsão que determina a lavratura do respectivo auto de penhora e avaliação, com a intimação *incontinenti* do executado (também prevista no art. 841, *caput*, do Novo CPC), o que naturalmente pressupõe a sua localização. É bem verdade que o art. 841, § 1.º, do Novo CPC permite que tal intimação seja realizada na pessoa do advogado do executado ou da sociedade a que ele pertença, desde que

devidamente constituído. Tratando-se de ato processual praticado no início do procedimento, mais precisamente três dias após a citação do executado – ainda que na prática forense demore bem mais do que isso –, dificilmente o executado já terá constituído advogado nos autos, o que torna frequente a necessidade de sua intimação pessoal.

De qualquer forma, é interessante a previsão possibilitando a intimação do advogado, até mesmo como forma de coibir o ingresso de *exceções* e *objeções de pré-executividade* visando a impedir a realização da penhora. Na hipótese de o executado ingressar voluntariamente no processo para arguir matérias de defesa por meio de exceção ou objeção de pré-executividade, o fará, necessariamente, por meio de um advogado, em razão da exigência de capacidade postulatória para a prática de tal ato. Sendo devidamente constituído nos autos, o devedor poderá ser intimado da penhora na pessoa de seu advogado, por simples publicação do Diário Oficial, conforme prevê o art. 841, § 1.º, do Novo CPC.

Caso não haja advogado constituído nos autos, o executado será intimado pessoalmente, prevendo o § 2º do art. 841 do Novo CPC a preferência pela via postal. Entendo que, apesar da previsão legal, o meio preferencial é o eletrônico, sempre que o executado tiver seu endereço eletrônico cadastrado, nos termos dos arts. 1.050 e 1.051 do Novo CPC. A dispensa de intimação formal ocorre, nos termos do § 3º, do art. 841 do Novo CPC, sempre que a penhora for realizada na presença do executado, quando se reputa que tenha sido intimado. Trata-se de norma a ser aplicada quando o executado, mesmo ciente da penhora, porque estava presente ao ato

processual de constrição, se recusa a ser intimado formalmente.

Conclusivamente, é importante observar que não há previsão da nomeação de bens à penhora como uma das posturas admitidas ao executado, não obstante continuar a ser possível tal ato[213], o que, entretanto, não evitará a realização da penhora de outro bem quando o oficial de justiça realizar o ato de constrição judicial. Havendo a penhora de bem diverso daquele indicado, caberá ao juiz, sempre ouvindo as partes, em respeito ao princípio do *contraditório*, decidir qual o mais interessante à execução, podendo manter a penhora ou determinar a sua substituição.

O que precisa ficar claro é que a indicação de bens à penhora por parte do executado, após sua citação e no prazo legal para sua reação, é uma mera liberalidade, não interferindo nos atos processuais, principalmente na atuação constritiva do oficial de justiça. Não se pode, entretanto, desprezar a possibilidade de esse ato de mera liberalidade ser efetivamente praticado, o que inclusive pode ser aproveitado em prol da efetivação da tutela executiva, sempre que a indicação for séria e os bens indicados aptos a satisfazer o direito do exequente.

52.2. PAGAMENTO PARCELADO

52.2.1. INTRODUÇÃO

O art. 829, *caput*, do Novo CPC prevê que o executado será citado para que realize o pagamento no prazo de três dias, sendo que a remissão da execução já foi analisada anteriormente no Capítulo 52, item 52.1.6. Não sendo efetuado o pagamento, já será

possível a realização de atos de constrição judicial, mais especificamente a penhora, ou, por outro lado, poderá o executado embargar a execução no prazo de 15 dias, nos termos do art. 915 do Novo CPC, sendo essa defesa típica do executado analisada no Capítulo 54, item 54.2. Nesse mesmo prazo, o executado que não pagou integralmente a dívida, poderá preferir realizar tal pagamento de forma parcelada, nos termos do art. 916 do Novo CPC.

Em inovação trazida ao sistema pela Lei 11.382/2006 e mantida pelo Novo Código de Processo Civil, o art. 916 do Novo CPC cria uma nova espécie de reação por parte do executado diante de sua citação no processo de execução de pagar quantia certa, fundado em título executivo extrajudicial. Segundo o art. 916, *caput*, do Novo CPC, no prazo de embargos (15 dias), o executado poderá reconhecer o crédito do exequente e, comprovando o depósito de 30% do valor exequendo, inclusive custas e honorários de advogado, requerer o pagamento do valor restante em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês.

52.2.2. PAGAMENTO PARCELADO: MORATÓRIA LEGAL?

Trata-se, segundo a melhor doutrina, de uma espécie de moratória legal[214], porque, uma vez preenchidos os requisitos formais, o juiz estará obrigado a deferir o pedido de pagamento parcelado feito pelo executado, ainda que haja manifestação contrária do exequente[215]. Não há outra forma de interpretar o dispositivo legal, porque, sem a segurança de que terá seu pedido deferido caso cumpra as exigências formais, dificilmente o executado abrirá mão de seu direito de embargar ao reconhecer a

dívida com a mera expectativa de ser aceito o seu pedido de pagamento parcelado. A *segurança jurídica* de que terá efetivamente direito à moratória é a única forma de incentivar o executado à utilização da postura prevista no art. 916 do Novo CPC.

No projeto de lei aprovado pela Câmara, o pedido de pagamento parcelado deveria ser motivado. Tal exigência, aliada à previsão expressa de que o exequente poderia apresentar qualquer fundamento para a não concessão do parcelamento, demonstrava que a comissão de juristas da Câmara havia sucumbido ao incorreto entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça de que o pagamento parcelado não é um direito potestativo do executado[216].

Essas previsões, entretanto, foram retiradas do texto final do Novo CPC aprovado pelo Senado, o que deve ser comemorado, porque permite a conclusão de que o pagamento parcelado seja efetivamente um direito potestativo do executado, que só deve preencher os requisitos formais para obter uma moratória no pagamento. Na Emenda do tópico 2.3.2.192 do Parecer Final 956 do Senado, consta que a redação afinal consagrada aspira à "restauração dos termos alvitrados por esta Casa para a matéria, que preservam a sistemática em vigor do instituto do parcelamento, introduzido pela reforma processual de 2006 e que vem sendo aplicado com êxito e sem dificuldades".

O entendimento de que realmente se trata de uma moratória legal, vinculando o executado ao recebimento parcelado independentemente de sua vontade, é corroborado pelo § 1º do art.

916 do Novo CPC, que ao exigir o contraditório para o deferimento do pedido limita a manifestação do executado ao preenchimento dos requisitos formais do pedido. Se nem mesmo o executado pode se manifestar sobre o mérito do pedido, fica claro que o juiz só poderá indeferi-lo por vício formal.

Sempre haverá um risco no indeferimento do pedido de pagamento parcelado. Naturalmente que, sendo o indeferimento limitado a irregularidade formais, a culpa terá sido do executado e por isso deve responder. A partir do momento em que o indeferimento pode ter qualquer motivo fundado, o risco aumenta consideravelmente, porque o deferimento do pedido passa a depender da conduta do exequente e do subjetivismo judicial.

Apesar de entender correta a natureza moratória de pagamento parcelado, não deixa de ser interessante a análise de situação especial, na qual notoriamente o executado tem patrimônio a responder imediatamente pela execução, como ocorre com poderosas empresas. Mesmo sabendo da grande possibilidade de se realizar a penhora *on-line*, ainda assim será possível o parcelamento? Ou, ainda pior, realizada a penhora de dinheiro, admitir-se-á o pagamento parcelado?

A indagação é importante porque, apesar de o executado nesse caso poder embargar a execução, como não há mais, em regra, efeito suspensivo (art. 919, § 1º, do Novo CPC), uma vez realizada a penhora *on-line*, o exequente terá condições de levantar o valor penhorado em tempo muito menor que os seis meses previstos no art. 916, *caput*, do Novo CPC. É certo que os embargos trariam dificuldades ao exequente que não existiriam com o

reconhecimento da dívida e o pagamento parcelado, mas ainda assim parece preferível o recebimento imediato de todo o valor devido. De qualquer forma, e provavelmente não tendo sido essa situação imaginada pelo legislador quando da criação da nova regra legal, penso que não se devem particularizar as hipóteses de aplicação da moratória legal porque a simples possibilidade de condicionar a concordância do exequente e/ou do juízo já seria suficiente para disseminar insegurança jurídica e para diminuir a aplicação prática do instituto.

O § 7º do art. 916 do Novo CPC é expresso no sentido de não ser cabível a moratória legal no cumprimento de sentença, contrariando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema[217]. Trata-se de acerto do legislador, seja porque não tem sentido o executado reconhecer o direito exequendo em execução fundada em sentença[218], seja porque não se pode obrigar o exequente, depois de todo o tempo despendido para a obtenção do título executivo judicial, a esperar mais seis meses para sua satisfação[219]. De qualquer forma, admissível será um acordo no cumprimento de sentença, nos moldes do art. 916 do Novo CPC, ao menos no tocante às condições de pagamento, mas nesse caso não haverá uma moratória legal, mas uma mera transação a respeito da forma de pagamento da dívida.

52.2.3. REQUISITOS FORMAIS

Conforme já exposto, a única possibilidade de indeferimento do pedido de pagamento parcelado é a irregularidade formal desse pedido, de forma que o estrito cumprimento aos requisitos formais previstos pelo art. 916, *caput*, do Novo CPC é de extrema

importância ao executado.

O primeiro requisito previsto é o prazo, cabendo ao executado manifestar-se no prazo dos embargos, que, segundo o art. 915, *caput*, do Novo CPC, é de 15 dias contados da data da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido. Nesse prazo de reação do executado, a apresentação de embargos impede o pedido de parcelamento e vice-versa[220], em razão da evidente incompatibilidade lógica entre as duas posturas, além da renúncia ao direito de embargar quando do reconhecimento do crédito. O executado, portanto, deve escolher entre embargar ou requerer o pagamento parcelado. Nesse sentido o § 6º do art. 916 do Novo CPC, ao prever, expressamente, que a opção pelo parcelamento importa renúncia ao direito de opor embargos.

O segundo requisito é o reconhecimento do crédito do exequente pelo executado, mas não entendo que esse reconhecimento deva necessariamente se dar de forma expressa. Com o pedido de parcelamento fundado no art. 916 do Novo CPC, implicitamente o executado estará reconhecendo o direito exequendo, ainda que, reitere-se, não haja afirmação expressa nesse sentido. Para parcela considerável da doutrina, esse reconhecimento do crédito gera *preclusão lógica* da faculdade de controverter o direito contido no título executivo, com o que estará vetada ao executado a discussão desse direito por qualquer meio procedimental (embargos; exceção/objeção de pré-executividade; ação autônoma)[221].

Até se compreende que não há sentido no reconhecimento da

existência do crédito e posterior discussão desse direito, mas não parece correto impedir o ingresso dos embargos à execução com fundamento na preclusão lógica. É tradicional e pacífico o entendimento de que a preclusão tem efeitos endoprocessuais, atingindo somente os atos praticados ou a serem praticados no mesmo processo no qual ela ocorreu. Dessa forma, não há como sustentar que a preclusão lógica ocorrida no processo de execução impeça o ingresso de outra ação – embargos ou ação autônoma. Como o ato praticado na execução precisa gerar efeitos para fora do processo, entendo que o reconhecimento do valor em execução gera a renúncia ao direito de ação impugnativa desse direito[222], considerando-se que o direito de ação é disponível e pode ser objeto de renúncia, numa peculiar hipótese de submissão à pretensão do direito do exequente.

Apesar de o dispositivo legal prever que no prazo de embargos o executado deve realizar o depósito de 30% do valor em execução, nada impede que o depósito inicial seja realizado em percentual maior do débito[223]. Importante notar que, para o preenchimento desse terceiro requisito, o dispositivo legal é claro em exigir o depósito, e não o mero pedido para sua realização[224]. Não se aplica o desconto no valor dos honorários advocatícios previstos no art. 827, § 1º, do Novo CPC, porque o pagamento não foi integral e imediato[225].

O quarto e último requisito é o pedido de parcelamento dos 70% (no mínimo) do crédito, que segundo o dispositivo legal poderá ocorrer em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês. Entendo que, havendo pedido

expresso do exequente no sentido de indicar em quantas parcelas pretende pagar o saldo remanescente, estará o juízo vinculado a esse pedido. Sendo omisso o executado, e requerendo apenas o parcelamento do valor restante, caberá ao juiz, levando em conta as particularidades da situação concreta, determinar o número adequado de parcelas[226].

52.2.4. PROCEDIMENTO

Apesar da vinculação obrigatória do juízo e do exequente ao pedido formalmente regular feito pelo executado, em respeito ao princípio do *contraditório*, o § 1º do art. 916 do Novo CPC exige a intimação do exequente para se manifestar sobre o preenchimento dos requisitos formais do pedido de pagamento parcelado. Não havendo prazo determinado em lei, aplica-se o prazo fixado pelo juiz ou, diante de sua omissão, o prazo geral de cinco dias (218, § 3º, do Novo CPC). Há uma limitação na dimensão horizontal da cognição na manifestação do exequente, porque ele só poderá alegar algum vício formal do pedido de pagamento parcelado, não sendo admitido fundamento que diga respeito ao mérito da pretensão.

Segundo o art. 916, § 3º, do Novo CPC, deferida a proposta pelo juiz, o exequente levantará o valor já depositado, sendo suspensos os atos executivos. Tratando-se de valor incontroverso, não tem sentido manter o valor depositado em juízo, assim como ocorrerá com as parcelas pagas mensalmente, cujos valores serão imediatamente liberados ao exequente. A suspensão dos atos executivos impede que os atos de constrição judicial sejam praticados se ainda não existirem no processo. Na hipótese de a

penhora já ter ocorrido entre o vencimento do prazo de três dias para pagar e do prazo de 15 dias para o executado pedir o parcelamento, a penhora não será desfeita[227].

A decisão que defere o pedido de pagamento parcelado é interlocutória, recorrível por agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único, do Novo CPC), mas o exequente que não concordar com o deferimento do pedido do executado só poderá alegar em sede recursal o não preenchimento dos requisitos formais do pedido, porque essa é a única hipótese que pode levá-lo ao indeferimento.

Indeferido o pedido pelo não preenchimento dos requisitos formais, prevê o § 4º do art. 916 do Novo CPC que a execução prosseguirá, sendo mantido o depósito, que será convertido em penhora. Não é feliz a redação do dispositivo, porque, tratando-se de valor incontroverso já depositado, na realidade não haverá conversão em penhora, mas a imediata liberação do valor ao exequente, com a consequente extinção do depósito judicial[228]. Trata-se de decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único, do Novo CPC).

O § 2.º do art. 916 do Novo CPC é bastante feliz, mas a exigência de sua existência diz muito sobre o estado caótico dos serviços judiciais em nosso país. Segundo o dispositivo legal, enquanto não for apreciado o pedido de parcelamento, cabe ao executado depositar as quantias mensais, sendo facultado ao exequente seu imediato levantamento. Tratando-se de parcelas mensais, a aplicação do dispositivo dependerá de ausência de

decisão por pelo menos um mês, o que, de tão frequente, teve que ser regulado em lei. E cada vez fica mais perigoso para o executado pedir o pagamento parcelado, pois, além dos 30% que já terá pago com o pedido, poderá depositar parcelas mensais, que serão levantadas pelo exequente, e depois ter o pedido indeferido. Quem sabe se o juiz atrasar seis meses não tenha mais razão em indeferir o pedido do executado...

52.2.5. INADIMPLEMENTO DAS PARCELAS

Deferido o pedido de parcelamento, é possível que o executado deixe de realizar o pagamento das prestações vincendas. Nesse caso, o art. 916, § 5º, do Novo CPC prevê que o não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento antecipado das subsequentes, o imediato reinício dos atos executivos e a aplicação de multa de 10% sobre o valor das prestações não pagas (*sanção processual*).

O § 6º do dispositivo ora comentado é expresso em proibir o ingresso dos embargos à execução, mas a vedação deve ser entendida nos limites do reconhecimento do direito de crédito do exequente. Significa dizer que os embargos à execução poderão ser opostos quando tiverem como objeto matérias referentes a atos processuais que não digam respeito ao direito exequendo, tais como penhora incorreta ou avaliação errônea (art. 917, II, do Novo CPC). Para parcela doutrinária, tais alegações poderão inclusive ser feitas por mera petição, independentemente de embargos[229].

52.3. PENHORA

52.3.1. DEFINIÇÃO E EFEITOS

Por meio da penhora, individualiza-se determinado bem do patrimônio do executado que passa a partir desse ato de constrição a se sujeitar diretamente à execução. Com a penhora, a execução deixa uma condição abstrata que é a *responsabilidade patrimonial* – a totalidade do patrimônio responde pela satisfação do crédito – e passa a uma condição concreta, com a determinação exata de qual bem será futuramente expropriado para a satisfação do direito do exequente[230]. Essa satisfação pode ser direta, quando o próprio bem penhorado é entregue ao exequente por meio da adjudicação, ou indireta, quando o bem é alienado por iniciativa particular ou por meio de arrematação[231]. Acredito também ser indireta a satisfação gerada pelo "usufruto de móvel ou imóvel".

Entende a doutrina majoritária que a natureza jurídica da penhora é de ato executivo, ainda que se reconheça uma função cautelar na penhora ao garantir o juízo[232]. A realização da penhora é ato do procedimento executivo de pagar quantia sempre que o executado não realiza o pagamento em três dias de sua citação, não existindo nenhuma necessidade de se comprovarem os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* – esse em especial – para a determinação da penhora, o que é suficiente para afastar o ato judicial da natureza cautelar.

Tradicionalmente, a doutrina afirma que a penhora produz efeitos de duas naturezas: processuais e materiais. Entre os efeitos processuais estão:

(a) garantia do juízo;

(b) individualização dos bens que suportarão a atividade executiva;

(c) geração do direito de preferência ao exequente.

Entre os efeitos materiais estão:

(a) retirada do executado da posse direta do bem penhorado;

(b) ineficácia dos atos de alienação ou oneração do bem penhorado.

É corrente na praxe forense a afirmação de que a penhora garante o juízo. O significado de garantir o juízo é dar ao exequente a segurança de que a execução será útil e eficaz. A constrição judicial de bem do patrimônio do executado por meio da penhora cria as condições materiais necessárias para que ao final da execução o exequente obtenha a satisfação de seu direito, de forma direta (adjudicação) ou indireta (alienação judicial e "usufruto"). Garantir o juízo, portanto, representa a criação de condições materiais propícias à futura satisfação do exequente.

O segundo efeito processual da penhora é individualizar qual o bem, entre todos aqueles pertencentes ao patrimônio do devedor ou responsável secundário, servirá para a satisfação do direito do exequente. É interessante o efeito, já que fixa a responsabilidade sobre apenas um bem ou bens determinados, deixando livres outros bens do patrimônio do executado, que em princípio também poderiam responder pela obrigação descumprida e, assim, se encontravam de alguma forma com a sua disponibilidade limitada (eventual alienação poderia ser considerada fraude contra credores ou até fraude à execução).

É possível que um mesmo bem seja penhorado mais de uma

vez, situação verificável geralmente quando não resta outra escolha ao exequente em razão da inexistência de outros bens. Havendo penhoras diversas sobre o mesmo bem, deve-se analisar qual credor terá preferência sobre os outros, ou seja, qual dos credores receberá antes o produto da alienação do bem penhorado. Nos termos do art. 797 do Novo CPC, não sendo caso de insolvência do devedor, terá o direito de preferência – de natureza meramente processual – o exequente que primeiro penhorou o bem, desde que seu crédito tenha a mesma natureza dos créditos dos demais credores (*prior tempore*, *potior jure*)[233]. Assim, ainda que um credor quirografário tenha sido o primeiro a penhorar determinado bem, um credor com garantia real terá sempre a preferência, ainda que nem mesmo tenha ajuizado execução[234].

Tendo ocorrido o arresto executivo (art. 830 do Novo CPC) e posterior penhora sobre o mesmo bem, a data do arresto é considerada para fins de preferência em razão de sua natureza de pré-penhora, conforme analisado no Capítulo 52, item 52.1.5.[235]. O pacífico entendimento quanto ao *arresto executivo* não se estende ao *arresto cautelar*. Uma parcela da doutrina entende que a realização de arresto cautelar não gera direito de preferência[236], enquanto outra parcela doutrinária, apesar de concordar com esse entendimento, abre uma exceção no caso de o ato de constrição cautelar ser realizado quando já for juridicamente possível a penhora[237]. Essa segunda corrente doutrinária é interessante porque considera que o arresto cautelar antes da penhora, quando esta já é possível, pode ser necessário em razão do perigo de esperar pela penhora, que notadamente demanda mais tempo para ocorrer que

uma medida cautelar. Como já apontado no Capítulo 52, item 52.1.5., o Superior Tribunal de Justiça entende que qualquer espécie de arresto, inclusive o cautelar, gera direito de preferência[238]. Também a hipoteca judiciária, nos termos do art. 495, § 4º do Novo CPC, será computada para fins de direito de preferência.

A doutrina majoritária entende que o registro da penhora não faz parte do ato processual da penhora, prestando-se tão somente a dar ciência *erga omnes* da realização da constrição judicial. Com base nesse fundamento, entende-se que a realização da penhora e não o seu registro determina o direito de preferência[239].

A penhora não retira o domínio do bem do executado, que poderá livremente dispor do bem penhorado a qualquer momento antes da expropriação. O executado perde tão somente a posse direta do bem, já que não terá mais contato físico com a coisa, mantendo, entretanto, a posse indireta. Questão interessante surge quando o próprio devedor fica como depositário do bem, ou seja, apesar de ostentar outra qualidade (antes proprietário, agora depositário), mantém o contato físico com a coisa penhorada. Para a doutrina dominante, nesse caso estar-se-á diante de mera alteração do título da posse, não perdendo o executado a posse direta da coisa[240], mas agora respondendo pela sua integridade como depositário.

Ainda como efeito material da penhora costuma-se apontar a geração de ineficácia do ato de alienação ou oneração do bem objeto da apreensão judicial. Esse ato não gera nenhum efeito em face do exequente, que continuará na execução como se nada

tivesse ocorrido, penhorando o bem independentemente de quem seja seu atual dono. Como já afirmado, o executado não perde o domínio sobre a coisa, de forma que pode livremente negociá-la a título oneroso ou gratuito. Tal negócio jurídico não é nulo nem anulável, mas não gera efeitos perante o exequente, salvo na hipótese de comprovada boa-fé do terceiro adquirente, conforme exposto no Capítulo 45, item 45.7.2.

52.3.2. ORDEM LEGAL DA PENHORA

O art. 835 do Novo CPC regulamenta a ordem de preferência da penhora, de forma que, havendo diferentes bens no patrimônio do executado e não sendo necessária a penhora de todos eles, alguns prefiram a outros, conforme a ordem estabelecida pelo legislador. É evidente que a ordem de penhora é tema que só tem relevância diante da pluralidade de bens passíveis de serem penhorados, porque, sendo necessária a penhora de todo o patrimônio penhorável do executado ou só havendo um bem em seu patrimônio, a questão da ordem de penhora torna-se irrelevante.

A utilização do termo “preferencialmente” no art. 835, *caput*, do Novo CPC é suficiente para demonstrar que a ordem legal não é peremptória, podendo ser modificada pelo juiz no caso concreto, a exemplo do que ocorre com a ordem estabelecida pelo art. 11 da LEF (Lei 6.830/1980)[241]. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, sumulou o entendimento de que a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto[242]. Ainda que o entendimento confirme que a ordem não é peremptória, o teor da súmula poderia confirmar a incabível e histórica resistência do Superior Tribunal de Justiça à penhora de dinheiro. Isso, entretanto,

não ocorreu, posicionando-se posteriormente aquele tribunal no sentido de o pedido de penhora de dinheiro *on-line* não precisar ser precedido de qualquer outra providência, confirmando, portanto, a preferência pela penhora de dinheiro[243].

É evidente que, existindo uma norma que prevê uma determinada ordem de bens, ainda que somente preferencial, sua alteração deve ser devidamente justificada, podendo-se entendê-la como medida excepcional no processo executivo. O Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de inversão da ordem de penhora, ressaltando, entretanto, que só pode ser imposta ao exequente em circunstância excepcionalíssima, cuja inobservância acarrete ofensa à dignidade da pessoa humana ou ao paradigma da boa-fé objetiva[244].

Entendo que a ordem legal pode ser alterada no caso concreto desde que para isso o juiz leve em conta dois princípios aparentemente conflitantes: a *menor onerosidade* do executado e a *maior efetividade* da execução[245]. Significa dizer que a alteração da ordem legal se justifica sempre que se mostrar no caso concreto mais eficaz para os fins buscados pela execução – satisfação do direito do exequente – a penhora de bem que legalmente só deveria ser constrito depois de outros bens do executado, sem que com essa alteração se crie uma excepcional oneração ao executado. O juiz não pode se esquecer de que a penhora é apenas um ato intermediário no procedimento executivo, sendo que o bem penhorado deve ter alguma liquidez, porque, caso contrário, o exequente não irá adjudicá-lo e tampouco alguém se interessará em adquiri-lo[246].

Por outro lado, a ordem estabelecida pelo legislador parte da premissa de que os bens localizados nos primeiros lugares serão aqueles capazes de gerar de maneira mais fácil e simples a satisfação do direito exequendo. Tudo leva a crer, portanto, que a ordem de penhora prevista pela lei seja algo que procura favorecer o exequente na difícil tarefa de ver seu direito satisfeito judicialmente. Dessa forma, tratando-se de norma que busca proteger os interesses do exequente, a penhora poderá sempre ser feita fora da ordem legal, desde que com isso concorde o exequente[247].

Nos termos do art. 835, § 1.º, do Novo CPC, a penhora em dinheiro é prioritária, podendo o juiz alterar a ordem da penhora nas demais hipóteses de acordo com as circunstâncias do caso concreto. A redação do dispositivo não é das mais felizes, porque prioritário é sinônimo de preferencial, mas, ao prever a possibilidade de alteração da ordem somente nas outras hipóteses, o objetivo do legislador é evidente: a preferência pela penhora do dinheiro é absoluta, prevalecendo em toda e qualquer execução, independentemente das particularidades do caso concreto.

A regra, no entanto, deve ser elogiada, porque evita que juízes se valham do termo “preferencialmente” consagrado no artigo ora comentado para admitirem penhora de outros bens quando possível a penhora do dinheiro. É natural que o dinheiro seja sempre o primeiro bem da ordem de qualquer penhora, porque é o que mais facilmente proporciona a satisfação ao exequente. Penhorado o dinheiro, o processo executivo não precisará passar pela fase procedimental de expropriação do bem penhorado, em regra, uma

fase complexa, difícil e demorada. Tendo sido penhorado dinheiro, basta entregá-lo ao exequente, dispensada a prática de qualquer outro ato processual, o que obviamente facilita o procedimento de satisfação, isso sem falar nas dificuldades materiais encontradas para transformar outros bens penhorados em dinheiro, o que naturalmente não ocorre quando o próprio objeto da penhora já é o dinheiro.

Registre-se que a regra criada pelo art. 835, § 1.º, do Novo CPC contraria entendimento consagrado em súmula pelo Superior Tribunal de Justiça, que considera que, "na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto"[248]. Passará a tê-lo por imposição legal.

Ainda que o dinheiro não possa ser desbancado de sua primeira posição na ordem da penhora, o art. 835, § 2.º, do Novo CPC admite a substituição da penhora em dinheiro pela fiança bancária ou seguro-garantia judicial em valor mínimo de 30% a mais que o valor do débito constante da inicial.

O dispositivo parece resolver uma importante questão, levantada desde que essas formas de garantia do juízo surgiram no art. 15, I, da LEF. Afinal, o dinheiro tem o mesmo *status* da fiança bancária, e, mais importante que isso, se penhorado dinheiro do executado, esse bem poderia ser substituído pela fiança bancária? O Superior Tribunal de Justiça não tinha posição uníssona a esse respeito, havendo decisões em ambos os sentidos[249], apesar de existir uma tendência pela admissibilidade da substituição da penhora de dinheiro, desde que confiável a fiança bancária[250], e

comprovados os pressupostos da menor onerosidade ao executado[251].

A fiança bancária e, por extensão, o seguro-garantia judicial são formas de garantia do juízo que beneficiam todos os envolvidos na execução. Para o executado, a substituição será extremamente proveitosa porque, liberado o bem que havia sido penhorado, seu dinheiro poderá ser investido, o que certamente gerará dividendos, inclusive aumentando sua capacidade de fazer frente à cobrança enfrentada na execução. Essa circunstância verifica-se, inclusive, nos casos em que a penhora tem como objeto dinheiro, porque é notória a maior rentabilidade da maioria dos investimentos quando comparados com a correção dos depósitos em juízo. Na hipótese de utilização do dinheiro para financiar empreendimentos ou projetos, fica ainda mais nítida a importância da substituição ora defendida. Por outro lado, o exequente não terá nenhum prejuízo, porque o grande atrativo da penhora de dinheiro – liquidez imediata – será plenamente mantido com as duas espécies de garantia previstas pelo art. 835, § 2º, do Novo CPC.

O dispositivo ora comentado é claro ao prever que, ao menos para fins de substituição do bem penhorado, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro-garantia. A equiparação prevista em lei coloca essas formas de garantia no mesmo patamar, respondendo ao questionamento a respeito de seus status dentro do sistema e da possibilidade de substituição de um pelo outro.

O dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira, é, conforme já apontado, o primeiro bem da

ordem (I); os títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado estão em segundo (II); títulos e valores mobiliários com cotação em mercado estão em terceiro (III); veículos de via terrestre estão no quarto lugar (IV); bens imóveis estão em quinto (V); bens móveis em geral estão no sexto (VI); os bens semoventes, que não constavam do art. 655 do CPC/1973, aparecem em sétimo na ordem (VII); navios e aeronaves estão em oitavo lugar (VIII); ações e quotas de sociedade simples e empresárias estão no nono lugar (IX); o percentual de faturamento está em décimo (X); as pedras e metais precisos em décimo primeiro lugar (XI); os direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia, que não constavam da relação do art. 655 do CPC/1973, aparecem na décima segunda posição (XII); e os outros direitos estão em último lugar (XIII).

52.3.3. DA DOCUMENTAÇÃO DA PENHORA, DE SEU REGISTRO E DO DEPÓSITO

52.3.3.1. Depósito do bem penhorado

Há novidades quanto ao local e responsável pelo depósito da coisa penhorada. O tema era tratado pelo art. 666 do CPC/1973 e agora é objeto do art. 840 do Novo CPC.

Para o depósito de quantias em dinheiro, papéis de crédito, pedras e metais preciosos há uma ordem de preferência: (1.º) Banco do Brasil ou Caixa Econômica Federal; (2.º) banco do qual o Estado ou o Distrito Federal possua mais da metade do capital social integralizado; (3.º) qualquer instituição de crédito designada pelo juiz.

Segundo o inciso II, ficarão em poder do depositário judicial os bens móveis, semoventes, os imóveis urbanos e os direitos aquisitivos sobre imóveis urbanos, e, na sua falta, o depositário será o exequente (§ 1.º).

Nos termos do inciso III, ficará, como depositário, o executado no caso de a penhora recair sobre bens imóveis rurais, os direitos aquisitivos sobre imóveis rurais, as máquinas, utensílios e instrumentos necessários ou úteis à atividade agrícola, desde que seja prestada caução idônea. Caso o executado não ofereça a caução, acredito que o bem deverá ficar em poder do depositário judicial. Também ficará o executado como depositário na hipótese de bens de difícil remoção ou quando concordar o exequente, quando não será exigida prestação de caução. O Superior Tribunal de Justiça entende que, além das hipóteses previstas em lei, o

executado pode ser o depositário de bem quando a remoção do bem penhorado puder lhe causar evidentes prejuízos[252].

52.3.3.2. Intimação da penhora

Realizada a penhora, deve ser o executado intimado do ato processual. O ideal, em termos de intimação da penhora, é realizá-la já no ato de constrição judicial. Nesse sentido, inclusive, o art. 841, § 3.º, do Novo CPC reputa o executado como intimado se a penhora for realizada em sua presença. Na realidade, tendo sido "oficialmente" intimado no ato de penhora, ao estar presente, o executado tomou ciência da constrição, sendo exatamente esse o objetivo da intimação.

Ocorre, entretanto, que nem sempre o executado estará presente no momento da penhora, e nesse caso será indispensável a intimação. Nesse ponto, o Novo CPC foi bem ao excluir a regra que permitia a dispensa da intimação na hipótese de sua frustração (art. 652, § 5.º, do CPC/1973). Essa dispensa era injustificável[253], e sua supressão pelo atual texto deve ser fortemente comemorada.

Sempre houve preferência pela intimação do executado por meio de seu advogado, o que é mantido pelo art. 841, § 1.º, do Novo CPC, mas agora com uma novidade: a possibilidade de a intimação ser realizada na sociedade de advogados a que pertença o advogado do executado. Não havendo advogado constituído, a intimação será pessoal, de preferência por via postal (§ 2.º).

A exigência de intimação do cônjuge do devedor quando penhorado bem imóvel não é novidade, já existindo no art. 655, § 2.º, do CPC/1973. A novidade do art. 842 do Novo CPC é a

expressa exclusão da necessidade de intimação, sendo o devedor casado com regime de separação absoluta de bens, contrariando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de exigir a intimação independentemente do regime de bens[254]. É pacificado o entendimento de que a exigência legal está limitada à hipótese de penhora de imóvel, não sendo necessária a intimação do cônjuge não devedor quando a penhora recair sobre bem de outra natureza[255].

52.3.4. DO LUGAR DE REALIZAÇÃO DA PENHORA

O art. 659, § 4.º, do CPC/1973 admitia que a penhora de imóvel, independentemente de sua localização, fosse realizada quando apresentada nos autos cópia da matrícula atualizada. Essa regra é mantida e ampliada pelo art. 845, § 1.º, do Novo CPC, que passa a admitir a mesma forma de penhora, por termo nos autos, também para veículos automotores quando apresentada certidão que ateste a sua existência.

Acredito que a penhora por termo nos autos sobre bens situados em qualquer local possa ser realizada além das hipóteses previstas no art. 845, § 1.º, do Novo CPC. Juntada aos autos cópia do contrato social, por exemplo, é possível a penhora de cotas sociais por termo nos autos, independentemente do local de registro da sociedade empresarial.

No entanto, no caso específico dos veículos automotores, vejo dificuldade prática na implantação da facilidade prevista pelo dispositivo ora comentado, porque, nesse caso, a penhora deve se aperfeiçoar com a apreensão do bem. Será preferível, nesse caso,

uma averbação da execução no registro do automóvel, o que evitará sua transferência sem que o comprador pratique ato de fraude à execução, deixando a efetiva penhora somente para o momento de efetiva apreensão do bem.

Seja como for, realizada a penhora por termo nos autos de bem localizado em outro foro, a carta precatória será dispensada para esse ato específico, mas fatalmente será expedida para a avaliação e expropriação do bem, atos que só podem ser realizados no local em que se encontra o bem. O aspecto positivo é que com muito maior agilidade o exequente já poderá penhora e registrar a constrição judicial, o que será importante na geração de presunção de ciência *erga omnes* para fins de fraude à execução.

A expressão “fechar as portas” utilizada pelo art. 846, *caput*, do Novo CPC, para justificar a comunicação do oficial de justiça ao juiz com pedido de ordem de arrombamento, é figurativa, devendo ser interpretada como a criação de qualquer obstáculo de acesso criado pelo executado ao oficial de justiça no ato de penhora bens localizados em sua casa.

Em nada auxilia o executado que adota tal conduta o art. 5º, XI, da CF, que declara ser a casa asilo inviolável, porque o próprio dispositivo permite que, durante o dia, e por ordem judicial, o domicílio do executado possa ser violado. Como o oficial de justiça estará sempre cumprindo determinação judicial, e os atos processuais devem ser praticados entre as 6:00 e 20:00, nos termos do art. 212, *caput*, do Novo CPC, não tem amparo constitucional a resistência do executado no acesso do oficial de justiça ao seu domicílio.

A conduta descrita no art. 846, *caput*, do Novo CPC é ato atentatório à dignidade da justiça, previsto no art. 774, III, do Novo CPC ("dificulta ou embaraça a realização da penhora"), devendo ser aplicada multa ao executado de até 20% do valor atualizado do débito (art. 774, parágrafo único, do mesmo diploma legal)[256].

A ordem de arrombamento depende de resistência injustificada do executado, devidamente certificada pelo oficial de justiça. Não pode, portanto, o juiz expedir o mandado de citação, penhora e avaliação já determinando a ordem de arrombamento[257]. A depender do teor da certidão do oficial de justiça, o juiz poderá requisitar força policial para o cumprimento, pelos oficias de justiça, da diligência.

Sendo deferido o requerimento formulado pelo oficial de justiça, o mandado (novo ou aditado) deverá ser cumprido por dois oficiais de justiça, que poderão arrombar cômodos e móveis – tais como cofres, armários e gavetas – em que se presuma estarem os bens.

Caberá, aos oficiais de justiça, a lavratura de um auto circunstanciado, que será assinado por duas testemunhas presentes à diligência. O auto será lavrado em duplicata, entregando uma via ao escrivão ou ao chefe de secretaria, para ser juntada aos autos, e a outra, à autoridade policial a quem couber a apuração criminal dos eventuais delitos de desobediência ou de resistência (art. 846, § 3º, do Novo CPC).

A novidade é que não consta mais que o auto será entregue à autoridade policial com "o preso", uma vez que os crimes de

desobediência e resistência não ensejam prisão. De qualquer forma, o art. 663 do CPC/1973 era letra morta, considerando que a prisão, nele sugerida, nunca acontecia.

52.3.5. PENHORA DE DINHEIRO PELO SISTEMA BACENJUD (ON-LINE)

É natural que o dinheiro seja sempre o primeiro bem da ordem de qualquer penhora porque é o bem que mais facilmente proporciona a satisfação ao exequente. Penhorado o dinheiro, o processo executivo não precisará passar pela fase procedimental de expropriação do bem penhorado, em regra uma fase complexa, difícil e demorada. Tendo sido penhorado dinheiro, basta entregá-lo ao exequente, dispensada a prática de qualquer outro ato processual, o que obviamente facilita o procedimento de satisfação, isso sem falar nas dificuldades materiais encontradas para transformar outros bens penhorados em dinheiro, o que naturalmente não ocorre quando o próprio objeto da penhora já é o dinheiro.

A previsão do art. 835, I, do Novo CPC, no sentido de ser penhorável o "dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira", é importante porque, tecnicamente, nem todo dinheiro aplicado em instituição financeira é realmente dinheiro, bastando lembrar que nos fundos de investimento DI ou assemelhados o correntista se torna sócio do fundo, de maneira que não tem mais dinheiro, e sim quotas sociais[258]. Essa interpretação – possível, apesar de absurda – poderia levar devedores de má-fé a tentar impedir a penhora de tais "quotas sociais" em primeiro lugar, visto que sua posição na ordem de penhora não é essa, o que evidentemente se tornou impossível diante da nova redação do

dispositivo legal[259].

A subseção V do Capítulo IV do Título II do Livro II da Parte Especial do Novo Código de Processo Civil, com o título "Da penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira", trata no art. 854 da penhora de dinheiro pelo sistema BacenJud, comumente chamada de "*penhora on-line*". O nome não é adequado porque a penhora *on line* pode ser como objeto outros bens além do dinheiro, bastando para tanto existir um cadastro dessa espécie de bem e um programa que possibilite a penhora por meio eletrônico.

Essa forma de penhora de dinheiro mantido em instituições financeiras não é uma opção do juízo, sendo seu cadastramento no sistema obrigatório. O Conselho Nacional de Justiça, nos autos do Pedido de Providências nº 2007.10.00.001581-8, determinou a todos os Juízes do Brasil com função executiva que se cadastrem obrigatoriamente no denominado Sistema BacenJud. E o Superior Tribunal Federal entendeu que essa determinação aos magistrados de inscrição em cadastros ou sítios eletrônicos, com finalidades estatística, fiscalizatória ou, então, de viabilizar a materialização de ato processual insere-se perfeitamente na competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça[260].

O Superior Tribunal de Justiça entende que não é preciso o esgotamento dos meios de localização do patrimônio do devedor para se admitir a penhora pelo sistema BacenJud, sendo, ao contrário, permitida tal espécie de penhora antes de qualquer outra medida executiva[261].

E a preferência pela penhora em dinheiro é confirmada mais uma vez em interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça em execução de verbas condominiais, na qual se preferiu a penhora de dinheiro à penhora do imóvel[262]. Essa decisão em nada modifica a natureza *propter rem* da obrigação condominial, porque em nenhum momento afastou a responsabilidade patrimonial do imóvel cuja ausência de pagamento de condomínio gerou o débito. Diz apenas o óbvio, se for possível receber a quantia pela penhora de dinheiro do devedor, é preferível essa forma de garantia à penhora do imóvel, afinal, a possibilidade de penhora do imóvel é regra criada em favor do credor, que naturalmente preferirá receber dinheiro.

A penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira prevista no art. 854 do Novo CPC nada mais é que a realização de penhora de dinheiro por meios eletrônicos, com a dispensa do tradicional ofício escrito. Penhora de valores, e não bloqueio da conta, restrição inadmitida pelo Superior Tribunal de Justiça[263]. Diante disso, a penhora pelo sistema BacenJud (“penhora *on-line”)* não passa de uma forma específica de realizar um ato processual tão antigo quanto o próprio processo executivo[264]: a penhora de dinheiro, prestando-se tão somente a substituir um sistema que se mostrou caro, demorado e ineficaz. O ato processual, portanto, continua a ser absolutamente o mesmo de antes; o que se tem de novidade é apenas a forma pela qual tal ato será praticado[265].

Em termos procedimentais, o art. 854, *caput* do Novo CPC prevê que a penhora pelo sistema BacenJud depende de requerimento do exequente, o que, ao menos literalmente, impede qualquer atuação jurisdicional de ofício nesse sentido. Qual o

sentido e alcance dessa determinação?

Entendo que o pedido expresso do requerente só deve ser exigido quando na própria petição inicial for requerida a penhora *on-line* de forma liminar, antes mesmo da citação do executado. Como o procedimento determina a penhora somente três dias depois da citação, na hipótese de não ocorrer o pagamento, o pedido do requerente passará a ter natureza de tutela de urgência (cautelar), sendo indispensável demonstrar o perigo de ineficácia da penhora *on-line* na hipótese de o executado tomar ciência da existência da execução. O pedido de tutela cautelar na petição inicial da execução é expressamente permitido pelo art. 799, VIII, do Novo CPC. O *contraditório*, nesse caso, será realizado de forma diferida, como ocorre em toda medida de urgência concedida *inaudita altera partes*[266].

Por outro lado, citado o executado e não sendo realizado o pagamento, entendo absolutamente dispensável o expresso pedido do exequente para a realização da penhora *on-line*, afinal, como já asseverado, esta modalidade de ato constritivo é uma mera forma procedimental de realizar a penhora de dinheiro, primeira classe de bens prevista na ordem do art. 835 do Novo CPC. Cabe ao impulso oficial, previsto no art. 2º do Novo CPC, a realização da penhora, não sendo razoável condicionar a utilização de um meio mais fácil, rápido, barato e eficaz ao expresso pedido do exequente[267].

O dispositivo legal mencionado ainda prevê que o juiz determinará a penhora pelo sistema BacenJud sem dar ciência prévia do ato ao executado, medida justificada no risco de o

executado esvaziar suas contas para evitar a penhora. Há, nesse caso, uma verdadeira presunção do risco, porque se interpretado literalmente o art. 9º do Novo CPC essa hipótese de decisão sem a oitiva prévia da parte contrária macularia o contraditório. Apesar dessa medida de cautela, é preciso lembrar que a penhora só será admitida no processo de execução após a citação do executado e o transcurso de seu prazo de pagamento, de forma que nem sempre decidir pela penhora *on-line* sem a oitiva prévia do executado será suficiente para evitar a frustração da constrição judicial.

Ainda que o Superior Tribunal de Justiça corrobore a previsão legal ora criticada e entenda que a penhora *on-line* só pode ocorrer após a citação do executado e do não pagamento no prazo legal[268], é possível antes disso que ocorra o arresto executivo *on-line* pelo sistema BacenJud[269].

Uma vez deferido o pedido do exequente, o juiz determinará às instituições financeiras a indisponibilidade de ativos financeiros existentes em nome do executado no limite do valor indicado na execução. Nota-se a saudável preocupação com a devassa integral do sigilo bancário do executado e da indisponibilidade total de seus ativos para garantir execução de valor inferior à totalidade de dinheiro que mantém em instituições financeiras. Como se pode notar, o primeiro passo do ato processual não é a penhora, mas a mera indisponibilidade dos ativos financeiros.

Apesar de ser possível limitar a penhora ao valor executado, o sistema *BacenJud* ainda não é capaz de evitar um grave inconveniente criado pela penhora *on-line*: a realização de diversas

penhoras em diferentes contas correntes e investimentos, ainda que em cada uma delas sejam constritos valores no limite da execução. Em razão dessa possibilidade de múltiplas penhoras até o valor da execução, e do evidente excesso de execução que isso representa, é possível que os litigantes contumazes cadastrem na página oficial do Superior Tribunal de Justiça uma conta única para a realização da penhora pelo sistema BacenJud, somente sendo atingidas outras contas na hipótese de não haver dinheiro suficiente na conta cadastrada. O tema é regulamentado pela Resolução 61, de 07.10.2008, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Mesmo com a referida resolução, não se deve descartar a possibilidade de excesso de indisponibilidade, facilmente verificável pelo próprio juízo que determinou o ato de constrição. Se o juiz for informado da indisponibilidade, nos termos do art. 854, § 1.º, do Novo CPC, deverá, de ofício e no prazo de 24 horas, determinar o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, tendo a instituição financeira também prazo de 24 horas para efetivar o cancelamento.

A previsão de prazos exíguos é importante para demonstrar a preocupação do legislador com a celeridade, mas, ao menos no tocante ao prazo judicial, tratando-se de prazo impróprio, não haverá consequências pelo seu descumprimento. A instituição financeira, por outro lado, responderá pelos eventuais prejuízos sofridos pelo executado (art. 854, § 8.º, do Novo CPC) e também poderá ser multada por ato atentatório à dignidade da jurisdição, caso não providencie o cancelamento no prazo legal.

Outro inconveniente é a possibilidade da indisponibilidade, e

até mesmo a futura penhora, recair sobre valores existentes em contas de depósitos à vista (contas correntes), de investimento e de poupança, depósitos a prazo, aplicações financeiras e outros ativos passíveis de bloqueio, o que certamente poderá levar, no caso concreto, à penhora de valores impenhoráveis, nos termos do art. 833, IV, do Novo CPC, uma vez que o sistema não tem como bloquear previamente a constrição desses valores. Esse inconveniente é parcialmente contornado com a intimação do exequente para se manifestar sobre a indisponibilidade dos valores antes de sua penhora.

Segundo o art. 854, § 2.º, do Novo CPC, tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado, sendo pessoalmente intimado apenas na hipótese de não ter advogado constituído nos autos. Todos os meios de intimação são admissíveis.

Uma vez intimado, o executado terá o prazo de cinco dias para demonstrar que as verbas penhoradas são impenhoráveis (art. 833, IV, do Novo CPC) ou que ainda existe excesso de garantia do juízo (valor superior ao executado, em razão de constrição sobre mais de uma conta-corrente e/ou investimento). A previsão legal não deixa dúvidas de que a possibilidade de penhora de bens impenhoráveis não pode servir de impedimento para o juiz realizar a penhora *on-line*.

O prazo de cinco dias previsto no art. 854, § 3º do Novo CPC não é preclusivo, porque tanto a impenhorabilidade[270] como o excesso de penhora são matérias de ordem pública. Na realidade, a

apresentação de defesa no prazo legal serve apenas para suspender – e se acolhida, impedir – a conversão da indisponibilidade em penhora.

Apesar de a defesa ser feita por meio de mera petição e versar sobre matéria de ordem pública, não deve ser confundida com a exceção de pré-executividade em razão de suas limitações cognitivas. A defesa ora analisada, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, pode demandar qualquer meio de prova[271], sendo do executado o ônus de provar a impenhorabilidade de bens e o excesso de penhora[272].

Corrente doutrinária defende que, apesar da omissão legal, o exequente seja intimado para se manifestar sobre a defesa do executado em respeito ao princípio do contraditório[273]. Na realidade, a intimação será dispensada na hipótese de rejeição da defesa, já que o art. 9º, *caput*, do Novo CPC só exige a intimação da parte antes da prolação de decisão contra ela, sendo, nesse caso, a rejeição favorável ao exequente.

Sendo acolhida a primeira defesa, a indisponibilidade irregular (na realidade ilegal) ou excessiva será cancelada, e a instituição financeira terá o prazo de 24 horas para as devidas providências após a intimação, sob pena de responder por eventual prejuízo do executado e ser multada por ato atentatório à dignidade da jurisdição. Será caso de decisão interlocutória, recorrível porá agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, parágrafo único, do Novo CPC.

Não apresentada a defesa ou sendo ela rejeitada, a indisponibilidade se converterá em penhora, sem necessidade de lavratura de termo, sendo intimada a instituição financeira a transferir o montante para conta vinculada ao juízo da execução no prazo de 24 horas. Mesmo na vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça já vinha entendendo pela dispensa do termo de penhora nesse caso[274], entendimento confirmado no 854, § 5º do Novo CPC.

Essa penhora recairá sobre a integralidade dos valores em conta conjunta, ainda que somente um dos correntistas seja executado, já tendo o Superior Tribunal de Justiça consolidado o entendimento no sentido de que, nesse caso, há solidariedade decorrente da própria vontade das partes, a partir do momento que optaram por essa modalidade de depósito bancário[275].

Tendo sido realizados a indisponibilidade e o pagamento da dívida por outro meio, o juiz determinará à instituição financeira o levantamento da constrição em 24 horas. Se houver penhora, caberá ao próprio juízo da execução o levantamento da constrição judicial. Nesse caso, o mesmo prazo de 24 horas poderá a ele ser aplicado, não obstante tratar-se de prazo impróprio.

Nos termos do art. 854, § 7.º, do Novo CPC, as transmissões das ordens de indisponibilidade, de seu cancelamento ou de determinação de penhora far-se-ão por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional. O legislador deixa claro que tanto as diferentes espécies de constrição como as formas variadas de liberação destas devem ser

realizadas eletronicamente.

A instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de 24 horas, quando assim determinar o juiz. Apesar da omissão legal, também responde na hipótese de falha no processo de bloqueio que frustre a constrição judicial.

A responsabilidade objetiva[276] da instituição financeira recai sobre prejuízos causados ao exequente (quando deixa de atuar regularmente e assim frustra a penhora), ao executado (quando torna indisponível valor superior ao executado ou deixa de cancelar a indisponibilidade no prazo legal) e a terceiro (que pode ser atingido por indisponibilidade em sua conta).

Por fim, o § 9º do art. 854 do Novo CPC prevê que sendo executado partido político, o requerimento judicial para a indisponibilidade de valores será somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, na forma da lei.

O dispositivo é desnecessário, mas vem em consonância com o art. 15-A, *caput*, da Lei dos Partidos Políticos que prevê que a responsabilidade contratual e legal é exclusivamente do respectivo órgão partidário, não respondendo, por exemplo, o Diretório Estadual por dívida do Diretório Nacional. Dessa forma, se a responsabilidade não é solidária, naturalmente não teria sentido

admitir-se a penhora de valores de órgão da direção partidária que não tem responsabilidade patrimonial pela dívida.

O Novo Código de Processo Civil transformou profundamente o procedimento da penhora pelo sistema BacenJud, e realmente mais não se poderia cobrar de um diploma legal. Mesmo sem ter responsabilidade sobre o tema, a penhora pelo sistema BacenJud continua a apresentar uma séria limitação: a inexistência de mecanismo que permita a penhora a qualquer momento, de forma que a realização da penhora é como uma fotografia, recaindo apenas na situação patrimonial do devedor no exato momento em que ocorre. Seria interessante uma forma de deixar em aberto a ordem de penhora, para que esta se efetivasse sempre que qualquer valor fosse depositado em conta de titularidade do devedor, como um filme.

E tal inconveniente conseguiu ser sensivelmente piorado pelo Superior Tribunal de Justiça, que vem condicionando novos pedidos de penhora *on-line* quando os anteriores se mostraram infrutíferos à demonstração pelo exequente de indícios de mudança na situação patrimonial do executado[277]. O mais lamentável é a afirmação de que não se pode onerar o Poder Judiciário com diligências que são de responsabilidade do credor?!

52.3.6. PENHORA DE PERCENTUAL DO FATURAMENTO DE EMPRESA DEVEDORA

No art. 835, X, do Novo CPC, está expressamente consagrada a penhora de percentual do faturamento de empresa devedora, naquilo que ficou conhecido, na praxe forense, como penhora do faturamento. Nesse caso não interessa tanto a ordem dessa classe de

bem, mas a indicação expressa de que a penhora do faturamento, logicamente dentro de um percentual que não leve a empresa à bancarrota, é admitida como forma de permitir a satisfação do direito exequendo. A expressa previsão legal retira qualquer possibilidade de o juiz entender que tal forma de satisfação não está prevista em lei, e que por se mostrar demasiadamente onerosa deve ser *a priori* rejeitada no caso concreto.

Além de estar prevista somente como a décima espécie de bem na ordem de penhora, a penhora, ora analisada, tem sua natureza residual reforçada pelo art. 866, *caput* do Novo CPC, ao prever que a penhora de percentual de faturamento de empresa só será admitida se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado.

A penhora de percentual do faturamento da empresa, como o próprio nome do fenômeno indica, é tão somente uma forma de garantia do juízo. Não se localizando bens da empresa devedora que estejam antes na ordem de penhora – e em situações excepcionais até mesmo quando tais bens existam, mas sejam de difícil alienação[278] –, procede-se de forma a garantir o juízo com depósitos periódicos até que se atinja o valor total da dívida. Somente no momento procedimental adequado à satisfação do exequente dar-se-á a entrega de tais valores a ele, que estarão desde o momento em que são retirados da empresa garantindo o juízo para que isso ocorra.

Nos termos do art. 866, § 1º, do Novo CPC, o juiz fixará um

percentual que seja suficiente para a satisfação do crédito em tempo razoável, sem que com isso seja inviabilizado o exercício da atividade empresarial. O § 2º do mesmo dispositivo prevê a nomeação, pelo juízo, de um administrador-depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente das quantias recebidas, com a apresentação dos respectivos balancetes mensais. Essa regra vem ao encontro de substanciosa doutrina[279] e da jurisprudência[280], que sempre defenderam a necessidade de indicação de um administrador, responsável pela elaboração de um plano de recebimento de valores da empresa devedora, nos exatos termos do art. 862, *caput,* do Novo CPC.

O entendimento que restou consagrado pelo legislador funda-se na premissa de que a penhora de dinheiro é muito diferente da penhora do faturamento, porque, no segundo caso, pode-se afetar o capital de giro da empresa, o que fatalmente gerará um verdadeiro colapso em suas contas, ocasionando até mesmo, em casos extremos, a paralisação de suas atividades[281]. Diante dessa situação, faz-se necessária a indicação de um administrador que apresente uma forma de administração e um esquema de constrição (não de pagamento), até que o juízo esteja integralmente garantido, de forma que a penhora não afete o capital de giro da empresa, permitindo a continuidade plena de suas atividades.

Reza o art. 866, § 2.º, do Novo CPC que o depositário, além de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, deve “prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da

dívida”. Parece que nesse trecho do dispositivo legal o legislador embaralha situações inconfundíveis, já que afirma ser tarefa do depositário entregar quantias ao exequente, o que naturalmente não ocorrerá tratando-se de mera penhora do faturamento, que visa tão somente garantir o juízo e não satisfazer o credor. Não se descarta nesse momento, após a penhora da empresa, que se realize a satisfação de modo contínuo por meio de desvio de percentual do seu faturamento, sem a necessidade de transferência de sua administração. Ainda assim, entretanto, não se estará diante de uma penhora do faturamento, mas de satisfação do direito por meio do faturamento, o que são, naturalmente, coisas diferentes.

Insista-se no que já se afirmou: o administrador-depositário apresenta um plano de administração e fica responsável pelo recolhimento dos valores e prestação de contas mensais, mas esses valores não são entregues ao exequente como forma de satisfação de seu direito. Na realidade, os valores são depositados em juízo[282], até que o valor total atinja o valor da dívida, e somente no momento de satisfação do direito do exequente – que não se confunde com o momento de garantia do juízo – o valor depositado em juízo lhe será integralmente entregue. Bem diferente era a satisfação por meio do revogado “usufruto da empresa”, ou até mesmo a satisfação atípica por meio de entrega de percentual de faturamento após a penhora da empresa. *Garantia do juízo* e *satisfação* do direito são inconfundíveis e não podem ser tratadas como um só fenômeno processual.

Em termos procedimentais, o § 3º do art. 866 do Novo CPC tem previsão residual, determinando a aplicação na penhora de

percentual do faturamento, naquilo que couber, das regras da penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel.

52.3.7. PROCEDIMENTO DA PENHORA

Não ocorrendo o pagamento no prazo de três dias da citação do executado, caberá ao oficial de justiça nomear tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios (art. 831 do Novo CPC). Segundo o art. 845 do Novo CPC, o oficial de justiça poderá realizar a penhora onde quer que se encontrem os bens, porque a posse, detenção ou guarda de terceiros é irrelevante para o ato constritivo de direito, importando tão somente serem os bens suscetíveis de penhora. Caso os bens se encontrem em outro foro, será necessária a expedição de *carta precatória*, existindo três exceções a essa regra:

(a) a penhora *on-line*, que será realizada independentemente do local em que o executado mantenha conta corrente ou investimento;

(b) a penhora de imóvel, que pode ser realizada por termo de penhora nos autos quando, apresentada no juízo em que tramita o processo, uma cópia atualizada da matrícula do imóvel e de veículos automotores, quando apresentada certidão que ateste a sua existência (art. 845, § 1º, parte final, do Novo CPC);

(c) o bem estar situado em comarca contígua de fácil acesso ou da mesma região metropolitana, hipótese em que o oficial de justiça do juízo em que tramita o processo poderá realizar a penhora (art. 255 do Novo CPC).

Não localizando bens penhoráveis, o oficial de justiça certificará tal circunstância nos autos (certidão negativa), determinando o juiz que o exequente dê andamento ao processo.

Antevendo injustificadas resistências por parte do executado ao cumprimento do mandado de penhora e avaliação pelo oficial de

justiça, há previsões no estatuto processual de auxílio ao oficial e de sanção ao executado. Segundo o art. 846, *caput* e § 1º do Novo CPC, se o executado fechar as portas de sua casa para impedir a realização da penhora, o juiz poderá, sendo comunicado pelo oficial de justiça, determinar ordem de arrombamento, que será cumprida por dois oficiais de justiça, com a elaboração de auto circunstanciado que será assinado por duas testemunhas. Segundo os §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo, sempre que necessário o juiz requisitará força policial para auxiliar o oficial a realizar a penhora e prender quem resista à ordem judicial, cabendo aos oficiais a elaboração em duplicata do auto de resistência, um a ser entregue ao escrivão do processo e outro à autoridade policial a quem couber a apuração criminal de eventuais delitos de desobediência e de resistência.

Nos termos do art. 839, *caput*, do Novo CPC, a penhora é considerada realizada mediante a apreensão e o depósito dos bens, mas vem se entendendo que o depósito é ato complementar à penhora, dele não fazendo parte[283]. Dessa forma, ainda que o executado se recuse a assinar o auto ou termo de penhora na condição de depositário, a penhora será considerada realizada[284]. O mesmo ocorre diante da ausência de depositário no auto ou termo de penhora, que poderá ser nomeado posteriormente[285].

Compreendo que a apreensão do bem e seu depósito são atos distintos, sucessivos. O primeiro é propriamente a constrição judicial, sendo o segundo apenas voltado a preservar o bem penhorado para que efetivamente se preste a satisfazer o direito do exequente no momento adequado. Isso fica ainda mais claro em

hipótese em que não existe propriamente o depósito e tampouco a figura do depositário, como ocorre com a penhora de crédito. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já teve oportunidade de decidir que sem o depósito, a penhora não se encontrará aperfeiçoada[286], sugerindo que a penhora é ato complexo, composto de dois atos processuais: a constrição e o depósito, sendo justamente nesse sentido o texto legal.

Os requisitos formais do auto e do termo de penhora são os mesmos, devendo de tais documentos constar a indicação do dia, do mês, do ano e do lugar em que foi feita, os nomes do exequente e do executado, a descrição dos bens penhorados, com as suas características e a nomeação do depositário dos bens.

A data de penhora é importante para a configuração do direito de preferência caso haja concurso de credores (*prior tempore portior in iure*), enquanto a indicação do local é relevante para o controle da competência territorial do ato de constrição. A indicação dos nomes do exequente e do executado, em especial desse último, serve para se demonstrar a pertinência subjetiva da penhora, ou seja, de que a constrição não recaiu sobre bem de terceiro estranho ao processo e/ou ao débito.

Aplica-se aos requisitos formais previstos no parágrafo único do art. 838 do Novo CPC o princípio da instrumentalidade das formas, de forma que mesmo havendo vício formal no auto ou termo de penhora só haverá nulidade no caso concreto se o executado demonstrar ter suportado real prejuízo em decorrência do vício. O Superior Tribunal de Justiça entende que a ausência de

nomeação de depositário no auto ou termo de penhora é falha que pode ser corrigida posteriormente[287], bem como que a falta de assinatura do depositário é mera irregularidade, incapaz de gerar a nulidade do ato[288].

No caso de penhora de bens imóveis, o ordenamento traça algumas regras específicas: primeiramente esclarece que o registro perante o Cartório de Imóveis não faz parte da penhora, servindo tão somente para gerar *presunção absoluta* de conhecimento por terceiros[289]. Assim, independentemente do registro, a penhora estará realizada e gerará regularmente seus efeitos no processo e fora dele. Esse registro, que é um ônus do exequente, dar-se-á mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial (art. 844 do Novo CPC). Caso o exequente forneça matrícula atualizada do imóvel, o mesmo será penhorado, pouco importando onde se localize (inclusive fora da Comarca, dispensando-se, pelo menos por hora, a carta precatória), por *termo nos autos*, do qual será intimado o executado pessoalmente ou por seu advogado (se já constituído), sendo por este ato constituído depositário (art. 840, II, do Novo CPC). Será ainda intimado o cônjuge do executado, ainda que não figure como parte na execução (art. 842 do Novo CPC).

Admite-se a realização de uma segunda penhora no processo, desde que a primeira tenha sido anulada, se alienados os bens da primeira penhora o valor obtido não for suficiente para o pagamento do crédito ou, ainda, se o exequente desistir da primeira penhora em razão de serem os bens litigiosos, ou por já estarem submetidos a constrição judicial (art. 851 do Novo CPC). Há ainda

outra hipótese de segunda penhora não prevista pelo ordenamento processual: no caso de perecimento, destruição ou subtração do bem primitivamente penhorado.

Registre-se que uma segunda penhora não se confunde com o reforço de penhora, hipótese na qual haverá um acréscimo patrimonial à penhora já realizada. Conforme entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça, o reforço de penhora depende de pedido do exequente, não podendo ser determinado de ofício pelo juiz[290].

52.3.8. SUBSTITUIÇÃO DO BEM PENHORADO

A substituição do bem penhorado é regulamentada por dois dispositivos do Novo CPC: o art. 848, que basicamente prevê as causas que justificam a substituição, e o art. 847, que prevê o procedimento para que a substituição ocorra, ao menos quando requerido pelo executado.

O art. 848 do Novo CPC trata das hipóteses de substituição do bem penhorado, prevendo em seu *caput* que as partes poderão requerê-la (em interessante redação que não determina qual delas poderá fazê-lo), devendo-se compreender que tanto o exequente quanto o executado poderão requerer a substituição do bem penhorado, desde que sigam as regras estabelecidas pelo próprio dispositivo legal[291]. Apesar de o art. 847, *caput*, do Novo CPC prever que o executado tem um prazo de 10 dias da intimação da penhora para requerer a substituição do bem penhorado, por uma questão de isonomia, tal direito também deve ser concedido ao exequente.

São causas justificadoras da substituição:

(I) desobediência à ordem legal prevista no art. 835 do Novo CPC;

(II) penhora que não incide sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento;

(III) havendo bens no foro da execução, outros houverem sido penhorados;

(IV) se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame;

(V) se incidir sobre bens de baixa liquidez;

(VI) se fracassar a tentativa de alienação judicial do bem;

(VII) se o executado não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações previstas em lei.

Independentemente da presença de uma das causas legais de substituição do bem penhorado, concordando a parte exequente com o pedido do executado, o juiz é obrigado a admitir a substituição[292].

No âmbito da execução fiscal, o Superior Tribunal de Justiça entende que a substituição de qualquer outro bem por dinheiro ou fiança bancária não depende de anuência do exequente, podendo ser determinada inclusive sem sua oitiva[293]. Não há razões para acreditar que a interpretação seja diversa em relação ao art. 835, § 2º, do Novo CPC, entendendo-se que a substituição de qualquer bem por fiança bancária ou seguro-garantia judicial independa de concordância do exequente[294]. Ainda mais como o novo dispositivo equiparando essas garantias à penhora em dinheiro.

O art. 847, § 3.º, do Novo CPC exige a expressa anuência do cônjuge quando o executado indica bens imóveis para que sejam

penhorados no lugar daqueles que já se encontram constritos judicialmente. A necessidade de anuência do cônjuge diz respeito à preocupação do legislador em oferecer proteção legal a esse sujeito que não é parte no processo, mas que, podendo ter responsabilidade patrimonial, ainda que não seja devedor, verá seu patrimônio afetado pelos atos executivos. A ideia de fundo certamente é a proteção ao cônjuge não devedor, que poderá sofrer perdas patrimoniais em razão da nova penhora que o executado pretende que se realize, mas o dispositivo legal deixa alguns questionamentos a serem respondidos pelos operadores do direito. Justamente por ser essa a razão não se exige a anuência do cônjuge na hipótese de regime de separação total de bens, porque nesse caso o patrimônio não pertence ao cônjuge não devedor.

Outra questão: imagine-se que o cônjuge concorde com a substituição do bem penhorado por um bem imóvel. Significa que não terá o direito de ingressar com embargos de terceiro para garantir sua meação, demonstrando que a dívida contraída não reverteu em benefício do casal ou da família? Seria possível nesse caso apontar alguma espécie de *preclusão lógica*, afirmando-se que ao permitir a substituição da penhora do bem o cônjuge não devedor perde a oportunidade de insurgir contra o ato de constrição judicial, para preservar sua meação?

A resposta deve ser dada de forma negativa, e por uma razão bastante simples: a preclusão só gera efeitos endoprocessuais e os embargos de terceiro têm natureza de ação judicial, de forma que jamais um ato praticado no processo de execução ou fase de execução no processo sincrético, ainda que aparentemente

incompatível do ponto de vista lógico com a irresignação, impedirá a sua veiculação por meio de ação autônoma, como os embargos de terceiro. É possível, entretanto, até para se dar alguma utilidade ao dispositivo legal, afirmar-se existir uma renúncia à meação com a concordância expressa do cônjuge não devedor na substituição do bem penhorado pelo imóvel.

Conforme previsão do art. 847, *caput*, do Novo CPC, o executado tem prazo de 10 dias após sua intimação da penhora para requerer a substituição do bem penhorado. Para que o executado consiga a substituição, além de cumprir os requisitos formais do art. 847, § 1º, do Novo CPC, deve comprovar cabalmente que a substituição será menos onerosa para ele e que não trará prejuízos ao exequente. Em respeito ao princípio do contraditório, a parte contrária deverá ser intimada para, querendo, se manifestar, mas sua resistência não impede a substituição se o juiz entender preenchidos os requisitos exigidos em lei[295].

52.3.9. PENHORAS ESPECIAIS

Prevê o art. 855 do Novo CPC que na penhora de crédito do executado o oficial de justiça realizará a penhora, sendo intimado o terceiro devedor para que não pague ao executado, e o executado, credor do terceiro, para que não pratique ato de disposição do crédito. Após a intimação do executado, será ineficaz seu pagamento direto ao devedor, sendo lícito ao credor cobrar o crédito desse terceiro, que será obrigado a pagar duas vezes, não obstante possa posteriormente exercer seu direito de regresso contra o executado.

No caso de a penhora recair em créditos representados por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos, o título será apreendido, estando ou não esse(s) título(s) em poder do executado (art. 856, *caput*, do Novo CPC). Não sendo possível a apreensão, considerar-se-á penhorado o crédito se o terceiro (devedor do executado) confessar o crédito, a partir de quando será considerado o depositário do valor (art. 856, § 1.º, do Novo CPC). Segundo § 2.º do dispositivo ora analisado, o devedor só se libera da obrigação constante do título ou que tenha sido objeto de confissão com o depósito em juízo da importância devida. Se o terceiro negar o débito em conluio com o executado, a quitação que este lhe der considerar-se-á fraude à execução (art. 856, § 3.º, do Novo CPC), sendo possível ao juiz designar audiência para tomar os depoimentos do executado e do terceiro, desde que requerido pelo exequente (art. 856, § 4.º, do Novo CPC). Condicionar a realização da audiência ao pedido do exequente contraria o art. 370 do Novo CPC, que consagra os "poderes" instrutórios do juiz, de forma que, apesar do texto legal, a audiência pode ser designada de ofício.

Realizada a penhora em direito e ação do executado, o exequente tem o prazo de dez dias da realização da penhora[296] para decidir entre a sub-rogação no direito de crédito penhorado ou a alienação judicial do direito penhorado. Apesar de o art. 857, *caput*, do Novo CPC prever que esse direito só poderá ser exercido quando os embargos não tiverem sido oferecidos ou rejeitados, tudo dependerá dos efeitos em que os embargos sejam recebidos no caso concreto. Como analisado no Capítulo 54, item 54.2.6., os embargos à execução não têm como regra o efeito suspensivo, de

forma que, mesmo estando pendentes de julgamento, os embargos, sem o efeito suspensivo, o direito previsto no art. 857, § 1.º, do Novo CPC, já deve ser exercido. O art. 857, § 2.º, do Novo CPC permite que o sub-rogado, não recebendo o crédito, prossiga na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens do executado, sendo também legítimo que mantenha a penhora sobre o crédito, passando a preferir a alienação judicial[297].

Parcela da doutrina defende a possibilidade de a penhora de crédito incidir sobre crédito do executado contra o exequente, visando à compensação, na chamada "penhora de mão própria". O Superior Tribunal de Justiça entende que a penhora de crédito representado por precatório é regida pelas regras aplicáveis à penhora de crédito, admitindo-se que o exequente opte pela sub-rogação ou alienação judicial do direito de penhora, nos termos do art. 857, § 1.º, do Novo CPC, e rejeitando-se a compensabilidade desse crédito com a dívida em execução ou com qualquer outra[298].

Se o direito estiver sendo pleiteado em juízo (direito litigioso), ocorrerá o fenômeno da "penhora no rosto dos autos", a fim de se efetivar a penhora nos bens que forem adjudicados ou que vierem a caber ao devedor (art. 860 do Novo CPC). Essa espécie de penhora se presta a dar ciência ao juízo da demanda em que se discute o direito, evitando-se a entrega do produto de alienação de bem penhorado diretamente ao vencedor da ação, considerando-se que esse crédito já está penhorado em outra demanda judicial.

Se a penhora recair sobre dívidas de dinheiro a juros, de direito a rendas, ou de prestações periódicas, o exequente poderá levantar

os juros, rendas ou prestações periódicas na medida em que forem depositadas em juízo, realizando-se o devido desconto do valor da dívida (art. 858 do Novo CPC). Caso a penhora recaia sobre direito que tenha como objeto prestação ou restituição de coisa determinada, o art. 859 do Novo CPC prevê que o terceiro será intimado para depositá-la em juízo no vencimento, correndo sobre ela a execução. O devedor a quem se refere o dispositivo legal é o terceiro que tem o dever de prestar ou restituir a coisa determinada, e não o executado, frequentemente chamado de devedor pelo legislador[299].

Recaindo a penhora em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente no prazo de 10 dias a forma da administração. As partes podem ajustar a forma de administração e indicar o depositário, homologando o juiz tal acordo (art. 862, *caput* e § 2.º, do Novo CPC).

Sendo executada empresa que funcione mediante concessão ou autorização a penhora de seus bens deve ser realizada com particular cuidado porque a atividade de tais empresas representa atividades de responsabilidade do Estado e porque em algumas situações os bens afetados a seu patrimônio são públicos.

Em razão disso, conforme ensina a melhor doutrina, a execução se faz em graus[300], estabelecendo o art. 863, *caput*, do Novo CPC, uma ordem de preferência para a penhora. Primeiro se prioriza a penhora sobre renda, já que em regra os bens da empresa

pertencem ao poder concedente[301]. Não sendo possível ou suficiente tal espécie de penhora, se passa a penhora de alguns bens determinados da empresa e, só em última instância, a penhora deve recair sobre todo o patrimônio.

Concordo com a doutrina que entende que para penhorabilidade, nesse caso, deve ser considerada a natureza dos bens, já que se os bens forem de propriedade dos entes públicos concedentes não poderão ser penhorados. A penhora, dessa forma, deve recair exclusivamente sobre bens de propriedade de empresas públicas e sociedade de economia mista e aqueles adquiridos pela concessionária[302].

Registre-se que a penhora de empresa não se confunde com a penhora de seu estoque, que será realizada normalmente, dispensada a aplicação do art. 862 do Novo CPC[303].

Recaindo a penhora sobre a renda ou sobre determinados bens, deve se observar o disposto em relação ao regime de penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel (arts. 867-869 do Novo CPC). A única especialidade prevista no § 1º do art. 863 do Novo CPC é que o administrador-depositário, que ficará responsável por apresentar a forma de administração e o esquema de pagamento, será preferencialmente um dos diretores da empresa executado, já tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido que cabe ao juiz, no caso concreto, avaliar a conveniência de cumprir tal preferência ou indicar como administrador-depositário pessoa estranha à diretoria da empresa[304].

Quando a penhora recair sobre todo o patrimônio, a execução prosseguirá pelo procedimento comum, ouvindo-se, antes da arrematação ou da adjudicação, o ente público que houver outorgado a concessão.

O art. 862, §§ 3.º e 4.º, do Novo CPC, trata da penhora de edifícios em construção sob regime de incorporação imobiliária. O primeiro dispositivo prevê que, nesse caso, a penhora recairá apenas sobre as unidades imobiliárias ainda não comercializadas pelo incorporador. Já o segundo prevê as consequências do afastamento do incorporador da administração da incorporação, hipótese na qual será ela exercida pela comissão de representantes dos adquirentes ou pela instituição fornecedora dos recursos para a obra quando se tratar de construção financiada, quando a comissão de representantes deverá ser ouvida.

Nos termos do art. 865 do Novo CPC, a penhora de empresa, de outros estabelecimentos e de semoventes somente será determinada se não houver outro meio eficaz para a efetivação do crédito.

Fica claro, quanto ao dispositivo, o objetivo do legislador em colocar a penhora dos bens ora tratados em último lugar na ordem de penhora. Ocorre, entretanto, que essa realidade só pode ser aceita na penhora de empresa, porque nos demais bens tratados pela Subseção VIII há previsão a respeito de sua ordem no art. 835 do Novo CPC. Assim, os bens semoventes estão em sétimo na ordem, enquanto os navios e aeronaves estão em oitavo lugar.

A penhora de navio ou aeronave não impede que o navio

continue navegando e a aeronave operando até a data da alienação, sendo necessário que, para sair do porto ou aeroporto, o devedor faça o seguro usual contra riscos, do que dependerá a autorização do juiz para a continuidade da atividade desses bens penhorados (art. 864 do Novo CPC). A questão referente ao depositário nessa espécie de execução é polêmica. A maioria dos doutrinadores defende que o executado, representado de preferência por um ou mais de seus diretores[305], passa a figurar como depositário do bem penhorado, assumindo os riscos dessa condição. Outros entendem que a regra é do depositário-administrador indicado pelo juiz, somente admitindo-se o executado como depositário em comum acordo das partes[306].

As quotas sociais são penhoráveis, não se podendo criar hipótese de impenhorabilidade não prevista em lei, inclusive porque expressamente previstas como classe de bens penhoráveis no art. 835, IX, do Novo CPC. Ainda que esteja expressamente prevista no contrato social a impenhorabilidade das quotas sociais, o Superior Tribunal de Justiça entende pela penhorabilidade com o correto entendimento de que o contrato não pode contrariar a lei[307]. É claro que a aquisição das quotas sociais por terceiro ou pelo próprio exequente não transfere a *affectio societatis*, sendo possível aos sócios remanescentes promover a dissolução e liquidação da sociedade. Justamente para evitar tal ocorrência, os sócios não devedores têm a preferência na adjudicação dessas quotas sociais, conforme analisado no Capítulo 52, item 52.5.2.8.

Apesar de o art. 861 do Novo CPC compor uma Subseção que tem como título “Da penhora das quotas ou das ações de sociedades

personificadas", o tema nele versado, na realidade, é a expropriação de tal bem. Afinal, a penhora das cotas se dá pelas vias tradicionais, por auto ou termo de penhora, a depender do caso. As especialidades previstas pelo art. 861 do Novo CPC dizem respeito a momento posterior à penhora, na utilização das cotas sociais penhoradas na satisfação do direito do exequente.

A tônica do dispositivo é manter a *affectio societatis*, o que já era um objetivo no CPC/1973, mas com o dispositivo ora comentado ganha novas formas de ser mantida. Tal objetivo fica claro no art. 861, § 2.º, do Novo CPC, ao prever que, se houver penhora de ações em sociedade anônima de capital aberto, as ações serão adjudicadas pelo exequente (na realidade, por qualquer legitimado à adjudicação) ou alienadas em bolsa de valores. Ou seja, serão expropriadas pela forma tradicional.

Nos termos do art. 861 do Novo CPC, havendo a penhora de quotas ou ações de sócio em sociedade simples ou empresária, o juiz fixará um prazo não superior a três meses para que a sociedade apresente balanço especial na forma da lei, ofereça as quotas ou ações aos demais sócios, observado o direito de preferência legal ou contratual e, não havendo interesse dos sócios na aquisição, proceda à liquidação das cotas ou ações, depositando em juízo e em dinheiro o valor apurado.

A grande novidade do dispositivo fica por conta da possibilidade de liquidação das cotas ou ações penhoradas, uma vez que os sócios não devedores já tinham preferência na adjudicação das cotas sociais do sócio devedor (art. 685-A, § 4.º, do

CPC/1973)[308]. A liquidação poderá ser conduzida por um administrador judicial, desde que nesse sentido seja requerido pelo exequente ou pela sociedade, que deverá submeter à aprovação judicial a forma de liquidação (art. 861, § 3.º, do Novo CPC).

Apesar de o *caput* do artigo ora comentado prever um prazo não superior a três meses, no caso da liquidação das cotas e ações, o § 4.º permite um prazo superior, desde que: (I) o pagamento nessas circunstâncias supere o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação; ou (II) coloque em risco a estabilidade financeira da sociedade.

Há uma alternativa à liquidação prevista no art. 861, § 1.º, do Novo CPC: a aquisição das cotas ou ações pela própria sociedade, sem redução do capital social e com utilização de reservas, para manutenção em tesouraria.

Apesar de tantas especialidades, não está descartada a possibilidade de alienação pela via tradicional do leilão judicial. Nesse sentido, o art. 861, § 5.º, do Novo CPC ao prever essa forma tradicional de expropriação na hipótese de não haver aquisição pelos sócios não devedores nem pela sociedade e a liquidação se mostrar excessivamente onerosa para a sociedade.

Aspecto elogiável do Novo Código de Processo Civil é ter afastado o nome “usufruto” para designar fenômeno que nem proximamente lembrava o fenômeno de direito material pelo qual era indevidamente chamado. Afinal, valer-se de frutos e rendimentos para saldar o crédito mais parece uma anticrese do que um usufruto[309].

Entretanto, como sempre apontou a melhor doutrina, apesar de mais assemelhado com a anticrese, o instituto processual ora analisado com esta não se confundia, considerando as evidentes diferenças entre os fenômenos jurídicos. Por isso, deve ser elogiado o legislador por não ter trocado o “usufruto” por “anticrese”, porque nesse caso, apesar de melhor, o nome continuaria equivocado.

O novo nome dado pelo legislador é “penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel”. No entanto, o nome não é o mais apropriado, considerando que os frutos e rendimentos não são utilizados para garantir o juízo, e sim para satisfazer o direito do exequente. Nesse sentido são os dois últimos parágrafos do art. 869 do Novo CPC, em especial o § 5.º ao prever que as quantias recebidas pelo administrador serão entregues ao exequente, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida. O § 6.º dispõe que o exequente dará ao executado a quitação, por termo nos autos, das quantias recebidas.

Nos termos do art. 867 do Novo CPC, o juiz pode ordenar a penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel quando a considerar mais eficiente para o recebimento do crédito e menos gravosa ao executado. Não é fácil a tarefa de analisar esses requisitos de forma abstrata, considerando-se que as circunstâncias previstas pelo dispositivo ora analisado dependerão essencialmente da análise casuística do juiz no caso concreto, na qual será levada em conta uma série de fatores. Um aspecto, entretanto, é essencial para que essa espécie de penhora seja admitida, porque sem ele não fará qualquer sentido essa forma de expropriação: o bem penhorado deverá ter aptidão para, com certa probabilidade, gerar frutos e

rendimentos em tempo razoável em termos de satisfação do direito do exequente. De nada adianta a penhora sobre bem incapaz de gerar frutos e rendimentos, como também não se deve admitir a penhora na hipótese de tais frutos e rendimentos serem de valor insignificante para os fins da execução, o que tornaria o processo eterno[310].

O art. 868, *caput*, do Novo CPC prevê que sendo ordenada a penhora ora analisada, o juiz nomeará administrador-depositário, que será investido de todos os poderes que concernem à administração do bem e à fruição de seus frutos e utilidades. O art. 869, *caput*, do Novo CPC permite que figure como administrador-depositário tanto o exequente quanto o executado, desde que haja acordo entre eles. Havendo divergência, a escolha recairá sobre profissional qualificado para o desempenho da função.

Entendo que caiba ao administrador-depositário a elaboração prévia dos frutos e rendimentos do bem penhorado, calculando o tempo necessário para o pagamento da dívida. Registre-se, desde já, que esse cálculo é meramente estimativo, somente para que se tenha uma ideia aproximada do tempo que será necessário à satisfação do direito, não sendo, portanto, um cálculo que determine de pleno direito o fim do usufruto[311]. Essa provisoriedade é natural porque é impossível prever o futuro, de forma que fatos e atos supervenientes ao cálculo fogem completamente de seu controle. Trata-se, a meu ver, da forma de administração que o administrador deve submeter à aprovação do juiz, nos termos do § 1º do art. 869, do Novo CPC, mesmo dispositivo que prevê a exigência de que o administrador preste contas periodicamente. Registre-se que, nesse momento

processual, será possível ao juiz revogar o deferimento da espécie de penhora ora analisada, caso perceba que, pela projeção apresentada pelo perito, essa não é – como pareceu à primeira vista – a forma de expropriação mais conveniente no caso concreto.

Deferindo-se o pedido de penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel, o executado perde o gozo do móvel ou do imóvel, até que o exequente seja pago do principal, dos juros, custas e honorários advocatícios. Essa regra, prevista no art. 868, *caput* do Novo CPC, demonstra de maneira clara a temporalidade dessa forma de expropriação, que deverá seguir tão somente pelo tempo necessário para a satisfação do direito do exequente. Dessa forma, sendo retirados frutos e rendimentos mensalmente do bem penhorado, no momento em que o valor exequendo estiver totalmente quitado, o usufruto acabará, bem como a constrição judicial sobre o bem do qual se retirou durante certo lapso temporal os frutos e rendimentos.

O momento inicial de eficácia perante terceiros foi ampliado pelo art. 868, § 1.º, do Novo CPC, ao prever, além da publicação da decisão que conceda essa forma de expropriação (já constante do art. 718 do CPC/1973), a averbação no ofício imobiliário, na hipótese de rendimentos provenientes de imóvel. Nesse caso, cabe ao exequente providenciar a averbação no ofício imobiliário mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial, nos termos do § 2.º do artigo ora analisado.

Estando o imóvel arrendado, o inquilino pagará o aluguel diretamente ao usufrutuário, sendo lógico que esse sujeito, terceiro

alheio à execução, deverá ser devidamente intimado para que passe a realizar o pagamento diretamente ao administrador ou, na ausência dele, na pessoa do exequente (art. 869, § 3º, do Novo CPC). Para parcela da doutrina, já estando locado o imóvel, seria hipótese de dispensa da perícia pelo juiz, porque bastaria um cálculo meramente aritmético para aferir quantos meses de aluguel "desviados" ao exequente seriam necessários à sua satisfação[312].

O exequente beneficiado pela espécie de penhora ora analisada poderá celebrar locação do bem móvel ou imóvel, desde que seja antes ouvido o executado, sendo que no caso de discordância da proposta oferecida caberá ao juiz resolver o impasse no caso concreto, por meio de decisão interlocutória, recorrível por agravo de instrumento (art. 869, § 4º, do Novo CPC). É natural que se permita ao exequente a indicação de interessados em locar o bem penhorado, até mesmo porque disso poderá depender o recebimento de frutos e rendimentos pretendido nessa forma de satisfação do direito. Da mesma forma, é natural que se ouça o executado, para que se evite a celebração de um contrato de locação extremamente prejudicial, que o colocaria vinculado àquele usufruto por um longo lapso de tempo. Isso sem mencionar a possibilidade de eventuais fraudes do exequente com terceiros, que poderiam perpetuar um usufruto por tempo indevido, em nítido prejuízo do executado e do princípio da menor onerosidade.

52.4. AVALIAÇÃO

A avaliação prevista nos arts. 870 a 875 do Novo CPC se presta a indicar um valor econômico ao bem penhorado, tendo grande importância para o seguimento da execução por quantia certa. Dependendo do valor obtido com a avaliação, será possível ao juiz determinar diminuição ou aumento da penhora (art. 874 do Novo CPC), tudo para que o direito do credor seja efetivamente satisfeito sem prejuízo exagerado e desnecessário ao executado.

Prevê o art. 870 do Novo CPC que a avaliação será realizada preferencialmente pelo oficial de justiça, em regra consagrada pelos arts. 154, V e 829, § 1.º, ambos do Novo CPC. Excepcionalmente, quando for necessário o domínio de conhecimento específico, o juiz nomeará avaliador, de preferência um perito judicial (auxiliar permanente do juízo), e em sua ausência um perito de confiança do juiz[313]. Segundo o parágrafo único do art. 870 do Novo CPC, o avaliador terá um prazo para entrega do laudo a ser fixado pelo juiz, não superior a 10 dias, o que demonstra de maneira clara a sumariedade pretendida pelo legislador para a avaliação.

Existe controvérsia a respeito do procedimento que deve ser adotado nessa avaliação. Parcela da doutrina[314] e o Superior Tribunal de Justiça[315] entendem que a *sumariedade* torna desnecessária a indicação de quesitos e/ou assistentes técnicos pelas partes, preservando-se o *contraditório* com a intimação das partes para se manifestarem sobre o laudo[316]. Por outro lado, há doutrinadores que defendem a aplicação das regras tradicionais da

perícia, em respeito ao contraditório[317]. Apesar de legítima a preocupação com o respeito ao contraditório, entendo que a simplicidade da avaliação e a sumariedade de seu procedimento justificam a dispensa do assistente técnico e quesitos, até para evitar indevida demora no procedimento executivo.

Do laudo de avaliação constarão obrigatoriamente a descrição do bem, a indicação do estado em que se encontra e o seu valor, sendo exigida a avaliação em partes quando o imóvel penhorado for suscetível de cômoda divisão (art. 872 do Novo CPC). Quando a avaliação for realizada por oficial de justiça, ainda será necessária a elaboração de laudo, que nesse caso integrará o auto de penhora.

O art. 871 do Novo CPC versa sobre as hipóteses de dispensa da avaliação. No inciso I é prevista a aceitação por uma das partes da estimativa feita pela outra. O inciso II prevê o caso de a penhora recair sobre títulos ou mercadorias que tenham cotação em bolsa, cujo valor depende da cotação oficial do dia, sendo comprovada por certidão ou publicação no órgão oficial (art. 871, II, do Novo CPC). O inciso III prevê a dispensa da avaliação quando se tratar de títulos da dívida pública, de ações das sociedades e de títulos de crédito negociáveis em bolsa, cujo valor será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial. No inciso IV há previsão de dispensa quando o bem penhorado for veículo automotor ou outros bens cujo preço médio de mercado possa ser conhecido por meio de pesquisas realizadas por órgãos oficiais ou de anúncios de venda divulgados em meios de comunicação, caso em que caberá a quem fizer a nomeação o encargo de comprovar a cotação do mercado.

Além dessas causas legais previstas pelo *codex* processual, é correto incluir entre as hipóteses de dispensa a previsão do art. 1.484 do CC, que prevê ser lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados[318].

O art. 873 do Novo CPC indica três hipóteses de repetição da avaliação, e, sendo impugnada a avaliação já realizada, caberá à parte impugnante o ônus de adiantar os honorários do avaliador na realização dessa segunda perícia, independentemente de existir ou não expresso pedido para a realização da nova avaliação[319].

A primeira hipótese legal de admissão de nova avaliação, segundo o art. 873, I, do Novo CPC, depende da arguição fundamentada por qualquer uma das partes da ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador. Ainda que o dispositivo legal condicione a nova avaliação à provocação da parte, não resta dúvida da possibilidade de atuação de ofício do juiz, considerando-se que a regularidade da avaliação não interessa somente às partes, mas também à qualidade da prestação jurisdicional[320]. Ao exigir que a arguição das partes seja fundamentada, pretendeu o legislador afastar pedidos sem qualquer substrato fático e/ou jurídico sério, não sendo exigida a prova pré-constituída dos vícios alegados.

A segunda hipótese legal é a verificação posterior à avaliação já realizada de que houve majoração ou diminuição do valor do bem (art. 873, II, do Novo CPC). Apesar de não constar do texto legal, é compreensível que flutuações mínimas do valor do bem não demandam a realização de nova avaliação, que só deve ocorrer quando a majoração ou a diminuição for significativa[321].

Atualizações do valor do bem não representam nova avaliação, sendo sempre admitidas antes do início dos atos de expropriação[322].

Apesar de o art. 873, III, do Novo CPC prever uma terceira hipótese de admissibilidade de nova avaliação, entendo que na situação prevista por esse dispositivo legal, não haverá uma nova avaliação. Caso o juiz tenha fundada dúvida a respeito do valor atribuído ao bem pelo executado será realizada pela primeira vez a avaliação do bem penhorado. Sendo a avaliação ato privativo do oficial de justiça, avaliador oficial ou perito indicado pelo juiz, a mera indicação de valor pelo executado não pode ser considerada como avaliação, de forma que, não aceito tal valor, se procederá à primeira avaliação.

Além das hipóteses previstas no art. 873 do Novo CPC, uma nova avaliação será realizada sempre que julgada procedente a impugnação ou os embargos à execução fundados em avaliação errônea (arts. 525, § 1º, IV, e 917, II, do Novo CPC)[323].

Segundo o art. 874 do Novo CPC, após a avaliação e diante de pedido de uma das partes, o juiz, após intimar a parte contrária em respeito ao princípio do contraditório, poderá:

(a) reduzir a penhora ou transferi-la para outros, se o valor dos bens penhorados for consideravelmente superior ao valor exequendo;

(b) ampliar a penhora ou transferi-la para bens mais preciosos, se o valor dos bens penhorados for inferior ao valor do crédito.

Mais uma vez, o dispositivo legal condiciona a mudança da penhora após a avaliação e a manifestação das partes, e novamente

se equivoca porque o juiz também poderá, de ofício, realizar as atividades previstas nos incisos do art. 874 do Novo CPC, depois de intimadas as partes em respeito ao princípio do contraditório.

A ampliação ou a redução da penhora, bem como sua transferência para outros bens, só se justifica quando o valor de mercado dos bens sofrer alteração significativa.

O art. 685 do CPC/1973 previa que a redução ou ampliação da penhora só poderiam ocorrer após a avaliação, levando o Superior Tribunal de Justiça a consolidar o entendimento de que tal ampliação ou reforço da penhora dependeria de avaliação do bem já penhorado, sem o que o juiz não teria condições de aferir a necessidade da medida[324]. O art. 850 do Novo CPC não repete expressamente a exigência da avaliação, mas isso não significa que o entendimento jurisprudencial deva ser modificado[325], já que o juiz continua a só ter condições de auferir variação significa do preço de mercado se o valor do bem penhorado já tiver sido indicado em avaliação.

Por outro lado, o art. 685 do CPC/1973 exigia expressamente o requerimento do interessado e a oitiva da parte contrária para a redução ou ampliação da penhora, tendo sido consolidado o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido da vedação de atuação de ofício do juiz[326]. Como o art. 850 do Novo CPC não repete a exigência de requerimento da parte, é correto concluir-se que o juiz passa a poder determinar a redução ou ampliação da penhora de ofício[327], salvo na execução fiscal, em razão do previsto no art. 15, II, da LEF.

Sendo pedida a aplicação do art. 850 do Novo CPC, cabe ao juiz intimar a parte contrária para se manifestar, em respeito ao art. 9º do Novo CPC. Sendo determinada de ofício sua aplicação, cabe a intimação de ambas as partes, nos termos do art. 10 do Novo CPC.

52.5. FORMAS DE EXPROPRIAÇÃO

52.5.1. INTRODUÇÃO

Expropriar significa retirar a propriedade, sendo momento essencial para a satisfação do direito do exequente na execução de pagar quantia certa. Não havendo o cumprimento voluntário da obrigação de pagar quantia certa, o Estado-juiz deve atuar materialmente para que o direito seja coativamente satisfeito, o que será realizado pela execução por sub-rogação, com a retirada da propriedade de bem do executado para que o exequente seja efetivamente satisfeito. A expropriação é atividade que vem depois da penhora, ato processual responsável por garantir o juízo e permitir a futura transferência de propriedade.

Havendo a penhora de dinheiro, a fase de expropriação se torna desnecessária, já que o levantamento do valor penhorado servirá como forma de satisfação do direito do exequente, sem a necessidade de o juiz praticar qualquer ato material de execução.

Atualmente são três espécies típicas de expropriação: adjudicação, alienação (por iniciativa particular e em leilão judicial), e apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimento e de outros bens. A ordem prevista no art. 835 do Novo CPC não é aleatória, mas de preferência legal. Registre-se

que há também uma forma atípica de expropriação, consistente na alienação antecipada dos bens (art. 852 do Novo CPC).

52.5.2. ADJUDICAÇÃO

52.5.2.1. Introdução

A adjudicação é a forma de expropriação judicial por meio da qual o bem penhorado (móvel ou imóvel) é retirado do patrimônio do executado e transferido, como forma de pagamento, ao patrimônio do legitimado a adjudicar (em regra o exequente). Nas hipóteses em que o próprio exequente adjudica o bem, a figura processual lembra – ainda que com todos os cuidados para não confundir os dois institutos – a *dação em pagamento*. Indiscutível que a adjudicação não é dação em pagamento, até porque não se trata de ato voluntário, mas ainda assim o sistema de satisfação da obrigação pecuniária é similar nesses dois diferentes institutos jurídicos[328].

Partindo-se do pressuposto, reafirmado pela atual redação do art. 876, *caput*, do Novo CPC, de que o valor da adjudicação será no mínimo o valor da avaliação, não há necessariamente uma identidade entre o valor da adjudicação e o valor executado, de forma que, diante dessas circunstâncias, três situações podem se verificar. Numa primeira hipótese, o valor da avaliação é exatamente o valor da adjudicação, não havendo nenhum ato a ser praticado que não seja a entrega do bem penhorado ao exequente. Numa segunda hipótese, o valor da adjudicação é inferior ao valor da dívida, de forma que a execução continuará para que o exequente receba o valor remanescente. Nesses dois casos fala-se em *adjudicação-satisfativa*. A terceira hipótese, conhecida como

adjudicação-venda, se dá quando o valor da adjudicação supera o valor da dívida, de modo que o exequente se compromete no prazo legal a depositar em juízo a diferença do valor. O Superior Tribunal de Justiça entende que, nesse caso, o depósito será dispensado se a adjudicação se der em parte ideal do bem penhorado equivalente ao valor da importância executada[329].

Há lição tradicional que distingue a adjudicação da arrematação, considerando-se que na primeira o bem penhorado não é transformado em dinheiro para gerar a satisfação do direito do exequente. Registre-se, entretanto, que a circunstância de que a adjudicação difere da arrematação – porque na primeira ocorre a transferência do próprio bem penhorado para a satisfação do direito do credor e, na segunda, o bem é transformado em dinheiro, para ser entregue ao exequente – somente ocorrerá quando o adjudicante for o próprio exequente. Caso contrário, qualquer outro legitimado a adjudicar que não seja o próprio exequente, deverá efetuar o depósito integral do valor da adjudicação, sendo esse valor em dinheiro entregue ao exequente, de forma que a adjudicação por outros legitimados que não o exequente aproxima-se de maneira bastante clara da arrematação. A diferença é meramente procedimental, prestigiando-se determinados sujeitos que não precisariam esperar a alienação judicial do bem – por iniciativa particular ou leilão judicial –, podendo adquiri-lo pela forma da adjudicação[330].

52.5.2.2. Novo sistema de adjudicação

O art. 880, *caput*, do Novo CPC estabelece uma ordem entre as diferentes formas de satisfação do direito do exequente, sendo a

adjudicação a forma preferencial. Portanto, já tendo sido o bem avaliado – por oficial de justiça ou por avaliador, dependendo do caso concreto –, o exequente ou qualquer outro legitimado já poderá adjudicar o bem, evitando assim todos os percalços do leilão judicial e, porque não dizer, até mesmo da alienação por iniciativa particular, prevista pelo art. 880, § 4º, do Novo CPC.

Tendo a praxe forense desmistificado os benefícios advindos da hasta pública, atualmente chamada de leilão judicial, o Novo Código de Processo Civil adotou posicionamento no sentido de prestigiar a adjudicação, colocando essa forma de satisfação antes da alienação por iniciativa particular e do leilão judicial[331]. Segue-se, dessa forma, o disposto no art. 24, I, da Lei 6.830/1980, que permite à Fazenda Pública requerer a adjudicação do bem antes do leilão judicial pelo valor da avaliação, caso a execução não seja embargada ou tendo sido rejeitados os embargos, e o art. 53, § 2.º, da Lei 9.099/1995, que permite a imediata adjudicação do bem penhorado na audiência de conciliação.

52.5.2.3. Momento da adjudicação

Conforme indicado pelo art. 880, *caput* do Novo CPC, a adjudicação é a forma preferencial de satisfação do direito do exequente, no sentido de que, antes de ser determinada qualquer outra medida que busque tal satisfação, poderá ocorrer a adjudicação. Mas não se deve entender que exista uma *preclusão temporal* que impeça a adjudicação de ocorrer depois desse momento inicial de expropriação, desde que ela ainda seja materialmente possível. É natural que não tenha sentido falar em adjudicação após o bem penhorado já ter sido alienado ou, ainda, já

estar em curso o seu “usufruto executivo”. Mas nenhuma preclusão impedirá que, frustrada a alienação do bem, o exequente ou qualquer outro legitimado requeira a adjudicação do bem[332].

A ausência de preclusão temporal para a realização de adjudicação é consagrada no art. 878 do Novo CPC, que prevê que sendo frustrada a tentativa de alienação do bem – em todas as suas modalidades –, será reaberta a oportunidade para requerimento de adjudicação, podendo nesse caso, inclusive, haver nova avaliação.

Existe uma questão de suma importância no tocante ao momento da adjudicação, caso o exequente – ou qualquer dos legitimados – pretenda como primeiro ato de satisfação ficar com o bem penhorado em pagamento da dívida. Qual é exatamente esse momento, considerando-se que os embargos à execução não têm mais como regra o efeito suspensivo? Seria possível a adjudicação após o transcurso do prazo de três dias para o executado pagar, ou o juiz deverá ao menos esperar até o vencimento do prazo de 15 dias de embargos, hipótese na qual a atribuição do efeito suspensivo impediria a adjudicação?

Pensando-se no procedimento executivo, não resta qualquer dúvida de que, após a penhora e avaliação do bem, passa-se ao momento de satisfação do direito, sendo que, havendo penhora de qualquer bem que não seja dinheiro, isso significará expropriação. Pensando assim, e partindo-se da realidade de que os embargos não têm mais em regra o efeito suspensivo, poder-se-ia concluir que, decorrido o prazo de pagamento, e não estando suspensa a execução, e mesmo não havendo previsão legal de medida com

efeito suspensivo, seria legítima a imediata adjudicação, mesmo antes de transcorrido o prazo para os embargos[333]. Não parece, entretanto, que esse seja o entendimento mais adequado.

Não se nega que o executado seja citado para pagar em três dias, sendo justamente essa conduta que se espera dele. Mas é natural que essa conduta seja esperada do executado que de fato é devedor, situação que nem sempre ocorre no dia a dia forense, ainda mais se for levada em consideração a facilidade para a criação de títulos executivos extrajudiciais. Não seria temerário permitir a adjudicação antes mesmo de o executado demonstrar em seus embargos, ainda que sumariamente, que a execução não tem nenhum fundamento? Ainda que o executado vitorioso possa buscar o ressarcimento de danos gerados por execução indevida, não seria preferível aguardar o transcurso do prazo de embargos para que o juiz possa conhecer as alegações defensivas do executado e, eventualmente, lhe conceder o efeito suspensivo que impeça a imediata adjudicação?

O que deve ficar bem claro é que a espera dos embargos não pode ser entendida como fator de sacrifício extremo ao exequente, porque, não havendo efeito suspensivo nos embargos, o bem poderá ser adjudicado. Está-se falando em 12 dias – diferença entre o prazo para pagar e o prazo para embargar –, sendo que, transcorrido esse exíguo lapso temporal e não sendo relevante a fundamentação contida nos embargos, será possível a adjudicação. Imaginar que isso seja uma afronta ao princípio da efetivação da tutela e da celeridade é exagerar na medida, criando um sacrifício indefensável ao executado (que, conforme se nota na praxe forense, bem pode

não ser devedor!).

Portanto, não se admite a adjudicação antes de transcorrido o prazo para a interposição de embargos, e, uma vez interpostos os embargos, o juiz deverá antes decidir eventual pedido de efeito suspensivo para somente depois determinar a adjudicação do bem penhorado[334].

52.5.2.4. Intimação do executado

Apesar de o art. 876 do Novo CPC prever ser lícito ao exequente pedir a adjudicação do bem penhorado, o procedimento diante do pedido estabelecido pelos seus parágrafos pode ser aplicado na hipótese de pedido de qualquer legitimado a tal ato de expropriação (§ 5.º).

Sendo realizado o pedido, o executado será intimado preferencialmente na pessoa de seu advogado por publicação na imprensa oficial (art. 876, § 1.º, I do Novo CPC); caso seja representado pela Defensoria Pública ou não tenha advogado constituído, será intimado pessoalmente por carta com aviso de recebimento (art. 876, § 1.º, II, do Novo CPC); a intimação por meio eletrônico se dará apenas na hipótese de ausência de patrono constituído e aplicação do § 1.º do art. 246 (art. 876, § 1º, III, do Novo CPC). Segundo o § 3.º do dispositivo ora analisado, a intimação será dispensada no caso de o devedor ser citado por edital e não ter procurador constituído nos autos.

52.5.2.5. Valor da adjudicação

Segundo o art. 876, *caput*, do Novo CPC, o preço oferecido pelo exequente ou pelos demais legitimados (art. 876, § 5.º, do

Novo CPC) não pode ser inferior ao valor da avaliação. Esse dispositivo legal, entretanto, dependendo do momento processual em que é feito o pedido de adjudicação, deve ser lido de forma diferente, levando-se em conta que, se o novo procedimento executivo permite a adjudicação antes da alienação por iniciativa particular e do leilão judicial, nada proíbe o exequente, que inicialmente preferiu essas formas de satisfação e se frustrou ao não conseguir a alienação, de concordar em adjudicar o bem penhorado[335]. Tratando-se de situações substancialmente diferentes, a interpretação a ser dada ao dispositivo legal não deve ser a mesma.

Caso o exequente pretenda ficar com o bem antes de qualquer outra medida tendente à sua alienação, nada mais correto do que condicionar a adjudicação ao valor da alienação, única forma de se manter em vigor o princípio *da menor onerosidade* ao devedor. Será diferente a hipótese de adjudicação quando já frustradas as tentativas de alienação do bem – por iniciativa particular ou leilão judicial –, porque nesse caso estará concretamente comprovado que não existem interessados na aquisição do bem. Diante dessa situação, não parece ser correto alegar o princípio da menor onerosidade para o executado como forma de obrigar a adjudicação pelo preço da avaliação, bastando que o exequente ou qualquer outro legitimado a adjudicar faça uma proposta em preço que não seja vil. Há, inclusive, disposição nesse sentido, que permite a adjudicação por 50% do valor da avaliação, na execução dos créditos da Seguridade Social e da Dívida Ativa da União[336].

O legislador, entretanto, parece não ter acolhido esse

entendimento, sendo possível extrair tal conclusão tanto da expressa previsão do art. 876, *caput*, do Novo CPC, como da regra prevista pelo art. 876, § 4.º, do Novo CPC. São também nesse sentido a doutrina majoritária[337] e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[338]. Registre-se, entretanto, julgado no qual se admitiu excepcionalmente a adjudicação por valor inferior ao da avaliação após a frustração de oito hastas públicas[339].

52.5.2.6. Legitimados a adjudicar

Embora tradicionalmente a adjudicação seja lembrada como ato de satisfação voluntária a ser praticado pelo exequente, o ordenamento brasileiro sempre previu outros sujeitos legitimados a adjudicar. O art. 876, § 5.º, do Novo CPC prevê a legitimidade dos:

(a) credores concorrentes que já tenham penhorado o bem;

(b) do credor com garantia real;

(c) do cônjuge;

(d) do companheiro;

(e) descendentes; e

(f) ascendentes do executado.

Registre-se desde já que, além dos sujeitos previstos no art. 876, § 5.º, do Novo CPC, também os sócios não devedores na hipótese de adjudicação de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada da qual fazem parte serão legitimados a adjudicar (art. 876, § 7.º, do Novo CPC).

Interessante questão que pode ser levantada diz respeito à manifestação desses legitimados que não são parte na execução, em

especial o cônjuge, ascendente e descendente, já que tanto o credor hipotecário como o credor concorrente que tenham penhorado o mesmo bem serão cientificados do processo executivo, intervindo neste de forma atípica, se assim desejarem. Já os familiares do executado não são parte nem serão cientificados a respeito da execução, de modo que, sendo o pedido de adjudicação feito por esses sujeitos, será por meio de uma intervenção voluntária atípica, considerando que ingressarão no processo de execução já pedindo a adjudicação do bem.

Por outro lado, caso o pedido seja feito pelos outros legitimados que já participam da execução, seja de forma principal – exequente – ou acessória – credor com garantia real e credores concorrentes que já tenham penhorado o bem –, não há nenhuma necessidade de intimação dos familiares para que possam adjudicar. Como se nota, a adjudicação poderá ser feita pelos sujeitos previstos pelo art. 876, § 5.º, do Novo CPC, sem que, entretanto, seja obrigatória a presença e/ou a participação de todos eles na execução. Nenhum vício maculará essa forma de satisfação do direito em caso de ausência de informação aos sujeitos legitimados a adjudicar que não participam do processo.

Esse entendimento, amparado no princípio da economia processual, não se aplica a uma hipótese específica de adjudicação, prevista pelo art. 876, § 7.º, do Novo CPC, que exige a intimação da sociedade quando quotas sociais ou ações de sociedade anônima fechada forem objeto de penhora. Nesse caso será de responsabilidade da sociedade a comunicação da penhora aos sócios não devedores.

52.5.2.7. Concurso de pretendentes à adjudicação

Conforme visto, existem alguns sujeitos legitimados a adjudicar o bem penhorado, sendo possível que no caso concreto mais de um dos legitimados pretenda ficar com o bem penhorado. Nessa hipótese, será preciso instaurar uma licitação incidental ao processo (art. 876, § 6.º, do Novo CPC). Trata-se de procedimento extremamente simples, abrindo-se prazo para que os sujeitos legitimados a adjudicar protocolem petições informando sua oferta, o que já será suficiente para o juiz decidir qual desses sujeitos adjudicará o bem penhorado. A apresentação das propostas na mesma data evitaria qualquer espécie de má-fé de um dos interessados, porque nenhum deles teria acesso ao pedido dos demais antes do encerramento do prazo.

Após a realização dessa "licitação", o juiz determinará qual dos sujeitos foi contemplado com a adjudicação, aplicando no caso concreto a ordem de preferência entre todos os legitimados previstos pelo art. 876, § 6.º, do Novo CPC. Nesse dispositivo encontra-se a "regra de ouro" da ordem de preferência, prevendo que terá sempre a preferência aquele que fizer a maior oferta. Havendo proposta de mesmo valor, o dispositivo legal estabelece a seguinte ordem de preferência: cônjuge, companheiro, descendentes, ascendentes, credor com garantia real e demais credores (entre credores concorrentes tem preferência aquele que realizou a penhora em primeiro lugar, em aplicação do princípio da anterioridade da penhora – *prior qui est in tempore, potior est in jure*)[340].

Essa ordem demonstra a preferência do legislador em manter o

bem no âmbito familiar. Entre os ascendentes e, depois destes, entre os descendentes, ou seja, entre legitimados da mesma categoria prevalecerá aquele que tiver com o executado um grau de parentesco mais próximo (p. ex., o pai prefere ao avô, que prefere ao bisavô, etc.). Se a igualdade de ofertas ocorrer entre sujeitos da mesma categoria (p. ex., dois irmãos, dois avós, etc.), será realizado sorteio[341].

O companheiro vem depois do cônjuge na ordem de preferência para a adjudicação, o que já cria uma distinção ofensiva à equiparação constitucional do casamento com a união estável. Entendo que nesse caso, em igualdade de condições, deva-se preferir o que tenha filhos do devedor, e, se ambos tiverem, o que tem o maior número. Em caso de igualdade, deveria haver um sorteio entre o cônjuge e o companheiro para definir o adjudicante.

Entendo que o direito de preferência do companheiro só possa ser exercido se houver prova pré-constituída nesse sentido. Não parece adequado à celeridade e à simplicidade buscadas pela execução em geral, e pela adjudicação em especial, uma discussão incidental a respeito da efetiva existência de uma união estável envolvendo o devedor.

Tendo sido penhoradas quotas de uma sociedade limitada ou ações de sociedade anônima fechada e não sendo o exequente sócio dessa sociedade, a sociedade será intimada da penhora e a ela caberá comunicar aos sócios não devedores desse ato de constrição judicial, permitindo que eles possam adjudicar as quotas ou ações, o que manteria a estrutura societária limitada aos sócios originários.

Trata-se de previsão que busca impedir, na medida do não sacrifício do direito do exequente, o ingresso na sociedade de terceiro estranho à sua estrutura societária, o que manteria na medida do possível a *affectio societatis*, sem prejuízo à satisfação do direito do exequente. Nesse caso específico, pela própria finalidade da norma legal, os sócios terão preferência sobre todos os outros legitimados, inclusive o cônjuge ou companheiro do executado, porque se a ideia é manter na sociedade empresarial somente os sujeitos que já eram sócios antes da execução, não tem nenhum sentido dar preferência a qualquer outro sujeito, seja familiar ou não do executado[342].

52.5.2.8. Forma de escolha do sujeito quando houver pluralidade de pretendentes a adjudicar

O art. 876, § 6º, do Novo CPC, simplesmente dita as regras para descobrir quem tem a preferência, mas não existe previsão de como os interessados deverão fazer suas propostas ou mesmo de como deverá o juiz proceder diante delas. A lei faz apenas indicação de uma licitação, sem qualquer detalhamento desse ato processual. *Diante da absoluta indefinição legal, penso ser possível três soluções distintas, cada qual com seus prós e contras.*

A solução mais simplista é o juiz não esperar que se forme uma disputa a respeito da adjudicação, simplesmente adjudicando o bem para o primeiro interessado que fizer uma proposta pelo valor mínimo da avaliação. Dessa forma, penhorado o bem e intimado o credor com garantia real e os demais credores que tenham penhorado o mesmo bem, além dos sócios não devedores na hipótese de penhora das cotas sociais, o que primeiro aparecer nos autos com a proposta adjudicará o bem penhorado.

Essa solução tem um nítido benefício, pois não gera qualquer complicação procedimental, o que permitirá o desenvolvimento do processo rumo à satisfação do direito do exequente de forma mais célere e econômica. A ausência de provocação do juiz para a vinda aos autos de propostas de todos os legitimados certamente evitará eventuais complicações procedimentais. O aspecto negativo é não permitir uma disputa entre os legitimados, o que poderia elevar o valor da adjudicação. Ao se prestigiar o legitimado mais rápido, não se estará necessariamente obtendo a melhor proposta possível.

Uma segunda possibilidade de atuação do juiz será a intimação de todos os legitimados[343], fixando um prazo fatal para o encaminhamento de propostas a juízo, sendo a melhor escolhida pelo juiz na data designada. É uma alternativa interessante no tocante a possibilitar que todos os legitimados possam efetivamente adjudicar o bem, mas por outro lado passa a exigir intimações para a prática de determinado ato não previstas pela legislação processual. Ademais, considerando-se a presença de sujeitos que não participam do processo, a maioria das intimações deverá ser feita pessoalmente, o que nitidamente contraria a ideia de celeridade e economia processual que devem nortear o processo executivo.

A terceira e última alternativa não foge da crítica feita anteriormente no tocante à necessidade de intimação pessoal da maioria dos legitimados, mas de qualquer forma permite que se obtenha um valor superior ao da avaliação diante da disputa a ser provocada pelo juiz. Trata-se da designação de uma audiência na qual os legitimados fariam seus lances, sempre sendo possível que

um cubra o lance do outro. Basicamente, o juiz faria o papel de leiloeiro, na tentativa de obter um melhor valor para a avaliação.

Em minha avaliação, as duas últimas alternativas apresentadas causam mais problemas práticos do que benefícios ao procedimento executivo, até mesmo porque a tal pluralidade de interessados em adjudicar os bens tende a ser rara. Até mesmo pelas facilidades procedimentais que a primeira solução gera, é mais do que provável que os juízes deixem de provocar os interessados a adjudicar, aceitando a primeira proposta que lhes for encaminhada. A disputa entre legitimados, portanto, será meramente eventual, na hipótese de que no mesmo momento da decisão o juiz tenha a sua disposição mais de uma proposta para adjudicar o bem.

52.5.2.9 Auto de adjudicação

O art. 877, § 1º, do Novo CPC determina que a adjudicação se considera perfeita e acabada com a lavratura e a assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicatário, pelo escrivão ou chefe da secretaria e, se estiver presente, pelo executado, expedindo-se a respectiva carta, se bem imóvel, ou mandado de entrega ao adjudicante, se bem móvel. A assinatura do escrivão não gerará qualquer empecilho prático, já que ele estará na sede do juízo, juntamente com o juiz. A assinatura do adjudicante também será facilitada pelo seu próprio interesse em que o bem lhe seja efetivamente transferido. Já a assinatura do executado, que aparentemente nenhum interesse terá em assinar o auto de adjudicação, aparentemente poderá ser dispensada, porque o dispositivo legal ora comentado prevê que ela somente será exigida se o executado estiver presente.

O mesmo dispositivo legal prevê que apenas será expedida

carta de adjudicação na hipótese de bens imóveis, bastando para os bens móveis a expedição de *mandado de entrega* ao adjudicatário. É natural que no caso de bem imóvel seja expedida uma carta de arrematação para que a transferência seja registrada em cartório, porque quem não registra não é dono (art. 1.245, *caput* e § 1.º do CC). É preciso lembrar, entretanto, que a transferência de alguns bens móveis também depende de registro nos termos da lei, como ocorre no caso de veículos automotores, hipótese na qual deverá ser expedida carta de arrematação[344], evidentemente não com as exigências do art. 877, § 2º, do Novo CPC, mas com a identificação do bem e do novo proprietário.

A carta de arrematação, a ser expedida na hipótese de o bem adjudicado ser imóvel, deverá conter alguns requisitos formais, sendo o art. 877, § 2º, do Novo CPC responsável pela indicação desses requisitos: descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula e registros, cópia do auto de adjudicação e a prova da quitação do imposto de transmissão.

O § 3.º do art. 877 do Novo CPC permite ao executado, no caso de penhora de bem hipotecado, remi-lo até a assinatura do auto de adjudicação, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido. O dispositivo complica o simples, porque, independentemente do valor da adjudicação (se o da avaliação ou superior), será esse o valor da remição do bem. O § 4.º do dispositivo ora analisado prevê a hipótese de falência ou insolvência do devedor hipotecário, quando o direito de remição do bem passa a ser da massa ou dos credores em concurso, não podendo o exequente recusar o preço da

avaliação do imóvel.

52.5.2.10. Adjudicação provisória

Conforme amplamente anotado, a adjudicação prefere às outras formas de satisfação do direito do exequente, sendo, portanto, a primeira forma para que tal satisfação ocorra no caso concreto. Além disso, os embargos à execução como regra não terão mais o efeito suspensivo (art. 919, § 1º, do Novo CPC), de forma que – ao menos em regra – a interposição dessa defesa pelo executado não paralisará o desenvolvimento procedimental.

Significa dizer que, logo após a penhora do bem, ainda que o executado se insurja contra a execução por meio dos embargos, poderá o exequente ou outro legitimado pedir a adjudicação. Nesse caso, estar-se-á diante de uma adjudicação provisória, porque pendentes de julgamento os embargos à execução, é possível que se demonstre futuramente que não existe o direito exequendo. Apesar de ser definitiva a execução, esse ato de satisfação mantém certa provisoriedade porque, a depender do resultado do julgamento dos embargos à execução, o bem deverá ser restituído ao executado.

Parece que nessa situação seria concebível que o exequente se imita na posse do bem adjudicado, aproveitando esse bem e retirando dele os frutos civis, enquanto não se decidirem os embargos à execução. Tendo sucesso o executado-embargante, o bem lhe será devolvido e, no caso contrário, o bem será entregue definitivamente para o sujeito que tinha provisoriamente adjudicado o bem[345].

52.6. ALIENAÇÃO POR INICIATIVA PARTICULAR

52.6.1. INTRODUÇÃO

Com a constatação empírica da ineficácia do leilão judicial, o legislador sentiu a necessidade de prever outras formas de alienação judicial de bens, o que se pode notar com uma interessante novidade advinda da Lei 11.382/2006: a alienação por iniciativa particular. Apesar da pouca incidência prática dessa forma de expropriação, o Novo Código de Processo Civil continua a consagrar, inclusive com novidades que podem ensejar sua popularização na praxe forense.

O art. 880, *caput*, do Novo CPC permite que o próprio exequente, um corretor ou leiloeiro público credenciado perante o órgão judiciário realize a alienação do bem, seguindo um determinado procedimento previsto pela lei. O objetivo dessa forma de expropriação é evitar o leilão judicial notoriamente caro, demorado e complexo oferecendo ao exequente uma alternativa ao leilão judicial para a alienação do bem penhorado que, transformado em dinheiro, satisfará o direito exequendo[346]. Também o art. 52, VII, da Lei 9.099/1995 admite nos Juizados Especiais tal forma de alienação judicial por iniciativa particular, medida elogiada pela melhor doutrina[347].

52.6.2. ALIENAÇÃO PELO EXEQUENTE E A NECESSIDADE DE SEU PEDIDO

A redação do art. 880, *caput*, do Novo CPC prevê que, não

tendo sido adjudicado o bem penhorado, o exequente poderá solicitar sua alienação por atividade dele mesmo ou por intermédio de um corretor ou leiloeiro público credenciado perante a órgão judiciário. Trata-se, portanto, da segunda forma de expropriação na ordem criada pela lei[348]. Note-se que, pela interpretação literal do dispositivo legal, não tendo o desejo de adjudicar o bem (o que continua a ser uma mera faculdade do exequente), a legitimidade para requerer a alienação por iniciativa particular passa a ser exclusivamente do exequente. Nesse tocante, não parece ter sido feliz o legislador, porque o entendimento de que a forma de alienação interessa somente ao exequente é absolutamente equivocado, considerando-se que também ao executado é interessante que o bem penhorado seja alienado pelo maior valor possível. Dessa forma, não se entende por que não possa o executado requerer que a alienação seja feita por meio de um terceiro, que longe dos vícios e estratagemas do leilão judicial poderá encontrar um interessado na compra do bem por valor maior do que aquele que seria obtido com a arrematação em leilão judicial.

Note-se que, além de não prever expressamente a possibilidade do executado em pedir essa espécie de alienação, o legislador também não previu a possibilidade de o executado ser o responsável pela alienação, deixando essa tarefa exclusivamente nas mãos do exequente e de corretor ou leiloeiro público credenciado perante o órgão judiciário. Essa ausência de previsão legal não impede, entretanto, que o executado indique comprador interessado.

52.6.3. ALIENAÇÃO POR CORRETOR OU LEILOEIRO PÚBLICO CREDENCIADO PERANTE A AUTORIDADE JUDICIÁRIA

A alienação por terceiro, propriamente dita, que não seja feita por nenhuma das partes da execução (cumprimento de sentença ou processo de execução), será realizada, segundo o art. 880, *caput*, do Novo CPC, por corretor ou leiloeiro público credenciado perante o órgão judiciário. Por corretor entende-se qualquer agente comercial que serve de intermediário entre comprador e vendedor, o que permite a intermediação qualquer que seja o bem penhorado.

O art. 880, § 3.º, do Novo CPC prevê que poderão os tribunais, até mesmo por meios eletrônicos, editar disposições complementares sobre o procedimento da alienação, bem como a forma de credenciamento dos corretores, que deverão estar em exercício profissional por não menos de três anos. A necessidade de credenciamento prévio do corretor não é medida saudável ao sistema porque, dependendo da especialidade do bem penhorado, será possível que não se tenha nenhum corretor especializado cadastrado, hipótese na qual deverá ser dispensado tal credenciamento. Na realidade, essa exigência de cadastramento prévio não deve ser entendida como requisito indispensável à contratação de um corretor ou leiloeiro público para intermediar a alienação do bem, porque poderá criar obstáculos desnecessários à efetivação da tutela executiva.

Para flexibilizar a rigidez do dispositivo, existe doutrina que defende bastar que o corretor designado preste compromisso, à semelhança do perito[349]. Essa alternativa parece ser corroborada

pela própria previsão do *caput* do art. 880 do Novo CPC ao prever que o credenciamento será realizado perante o órgão judiciário, dando a entender que a vara judicial poderá organizar esse cadastro caso não haja regra editada pelo tribunal que estabeleça um cadastro único.

Foi demonstrado pela experiência que a necessidade de cadastramento do corretor exigida no art. 685-C, *caput*, do CPC/1973 e mantida no art. 880, *caput*, do Novo CPC frustrou de modo quase absoluto essa forma de expropriação. Como cabia aos tribunais a expedição de provimentos para regulamentar o credenciamento (art. 685-C, § 3.º, do CPC/1973) e a omissão foi a regra, na maioria dos foros não havia credenciamento realizado, o que impedia a atuação do corretor.

Ainda que o art. 880, § 3.º, do Novo CPC tenha mantido a responsabilidade dos tribunais por regulamentar o credenciamento, o § 4.º prevê que nas localidades em que não houver corretor ou leiloeiro credenciado a indicação será de livre escolha do exequente. A omissão dos tribunais, portanto, não será mais obstáculo à realização dessa forma de expropriação.

E, mesmo quando existir tal credenciamento, a intermediação por corretor ou leiloeiro não credenciado só deve levar à nulidade do negócio jurídico se for comprovado efetivo prejuízo, sendo nesse sentido a correta conclusão do Enunciado 192 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

Registre-se a possibilidade de o próprio exequente assumir a tarefa da alienação particular e fora dos autos procurar o auxílio de

um corretor. Nesse caso, entretanto, não haverá *comissão de corretagem* devida pelo executado, não podendo o valor obtido por tal profissional ser incluído nas custas processuais. O exequente, portanto, deverá pagar de seu próprio bolso, sem poder cobrar do executado a comissão a ser combinada entre ele e o corretor[350].

Se a regra do cadastramento prévio é infeliz, ainda que contornável em razão do previsto no art. 880, § 4º, do Novo CPC, no mesmo sentido ruma a única exigência objetiva prevista em lei para qualificar o corretor: experiência profissional por pelo menos três anos. O requisito é criticável porque nessa área – como, aliás, em tantas outras – o tempo de exercício profissional não assegura um profissional de boa qualidade e apto a realizar o trabalho. Seria muito mais interessante deixar em aberto os requisitos que deverão ser preenchidos pelo corretor, cabendo ao juiz no caso concreto essa análise.

A ausência de requisitos prévios permitiria, por exemplo, que o Poder Judiciário se aproveitasse dos leilões extrajudiciais – em especial de imóveis e de automóveis – organizados pelas instituições financeiras, nos quais há uma grande exposição na mídia e sempre aparecem inúmeros interessados na aquisição dos bens. O mesmo poderia ocorrer com os feirões de automóveis, as exposições de arte em galerias etc., hipóteses em que a publicidade estaria garantida e certamente inúmeros sujeitos ficariam interessados em adquirir os bens. A imaginação de cada Tribunal determinará a amplitude da utilização dessa forma de alienação, mas tudo leva a crer que o leilão judicial esteja com os dias contados, reservando-se somente para situações excepcionais.

52.6.4. REQUISITOS PARA A ALIENAÇÃO

O art. 880, § 1.º, do Novo CPC disciplina os requisitos formais que o procedimento da alienação por iniciativa particular deve preencher no caso concreto. Registre-se que o poder do juiz em fixar os requisitos formais do procedimento no caso concreto demanda a ausência de acordo entre as partes, porque, havendo acordo quanto às condições previstas pelo dispositivo legal supramencionado, são essas a serem aplicadas no caso concreto.

A previsão de que o juiz determina um prazo fixo para a realização da alienação é amparada na presunção de que, apesar de ser uma forma mais eficaz de alienação se comparada ao leilão judicial a nova modalidade de alienação não passa de uma maneira diferenciada de tentar alienar o bem a terceiro, sendo óbvio que as tentativas podem se frustrar no caso concreto, hipótese na qual o processo executivo deverá prosseguir com a determinação do leilão judicial. A ausência de qualquer limite temporal poderia tornar eterna essa forma de alienação, em nítido prejuízo à necessidade de o processo desenvolver-se para chegar o quanto antes a seu final. Por outro lado, a ausência de prazo acomodaria o terceiro responsável pela alienação, que, sabendo que corre contra o tempo para obter um interessado, certamente intensificará as buscas por esse interessado. Esse prazo, entretanto, tem natureza peremptória, sendo, ao juiz, permitida sua prorrogação no caso concreto, caso entenda que a alienação ainda é possível pelo sistema projetado pelo art. 880 do Novo CPC.

A questão da publicidade é sempre importante, porque quanto mais pessoas souberem da existência da pretensão de se alienar

determinado bem, em tese, maior será o número de interessados. Isso, entretanto, não pode se apresentar como forma de se onerar o trabalho do terceiro escolhido para realizar a alienação, até mesmo porque a sua escolha parte do pressuposto de que ele próprio tenha formas adequadas de tornar pública a oferta, não sendo conveniente que o juiz determine a forma de publicidade do caso concreto. Por outro lado, como o valor é fixado pelo juiz e o corretor só recebe se conseguir realizar a alienação, tudo leva a crer que a questão da determinação da forma de publicidade pelo juiz seja absolutamente desnecessária, sendo tal tarefa de incumbência exclusiva do corretor que servirá como intermediário.

Outra exigência do dispositivo legal comentado é a fixação de um preço mínimo, sendo que o dispositivo legal nesse sentido não faz qualquer remissão ao valor da avaliação. É natural que o valor da avaliação sirva para nortear o juiz na fixação do valor mínimo, não se podendo, entretanto, considerar que necessariamente o valor mínimo seja aquele apontado na avaliação. Caso o legislador pretendesse fazer valer esse entendimento, bastaria prever que o valor mínimo seria o da avaliação, como fez, por exemplo, com a adjudicação, que por expressa previsão legal (art. 876, *caput*, do Novo CPC) somente poderá ser realizada pelo valor da avaliação. O silêncio da lei nesse sentido é suficiente para que o juiz possa determinar um valor inferior àquele indicado pela avaliação, desde que considere um valor superior ao que teoricamente se obteria com a alienação em hasta pública[351].

O juiz, portanto, para fixar o valor mínimo indicado pelo dispositivo legal ora comentado, deverá levar em conta o valor da

avaliação, mas somente para ter uma base para a fixação do valor mínimo a ser alcançado pela alienação particular. Deve considerar, especialmente, o preço que o bem obteria num futuro leilão judicial podendo determinar um preço mínimo que não seja vil, mas que também não chegue ao valor da avaliação.

Deverá o juiz determinar na decisão que defere essa espécie de alienação a forma de pagamento e, no caso de pagamento em prestações, a eventual garantia que deve ser prestada. Além disso, deve indicar a comissão de corretagem sempre que o responsável pela indicação do interessado em adquirir o bem penhorado seja o corretor.

Registre-se, por fim, que o juiz não estará absolutamente adstrito às condições fixadas na decisão que defere a alienação por iniciativa particular, sendo possível admitir proposta que não contemple exatamente tais condições, mas seja razoável e compatível com os princípios da *efetividade* da tutela jurisdicional e a *menor onerosidade* ao executado. Assim, uma diferente forma de pagamento, uma diferente espécie de garantia, ou até mesmo um preço diferente do determinado pelo juiz, podem representar um "bom negócio" para o processo, não havendo sentido entender que, por diferente das condições fixadas pelo juiz, deva a proposta ser *a priori* rejeitada.

Nos termos do § 2º do art. 880 do Novo CPC, a alienação será formalizada por termo nos autos, com a assinatura do juiz, do exequente, do adquirente e, se estiver presente, do executado. Sendo assinado o auto da alienação nos termos da lei, será expedida carta de alienação e o mandado de imissão na posse, quando se

tratar de bem imóvel (I) ou a ordem de entrega ao adquirente, quando se tratar de bem móvel (II).

52.7. ARREMATAÇÃO

52.7.1. INTRODUÇÃO

A alienação em leilão judicial é tratada na Subseção II da Seção IV do Capítulo IV do Título II do Livro II da Parte Especial do Novo Código de Processo Civil, sendo que o art. 881, *caput*, do Novo CPC prevê expressamente aquilo que já foi objeto de comentário: a alienação em leilão judicial perdeu seu *status* entre as formas de expropriação de bens, sendo a última espécie de expropriação na ordem de preferência. E sempre que possível será realizada por meio eletrônico, nos termos do art. 882, *caput*, do Novo CPC. Ainda que criticada com razão, em determinadas situações não haverá outra forma de expropriação, de forma que a alienação em leilão judicial continua a ter posição de destaque em nosso sistema processual.

Tradicionalmente entendia-se existir duas formas de hasta pública: a praça e o leilão. A praça se destinava à alienação de bens imóveis e é realizada por serventuário de justiça no átrio do fórum. O leilão destinava-se à alienação dos demais bens, com exclusão dos negociados na Bolsa de Valores, sendo realizado por leiloeiro indicado pelo exequente e ocorrendo em lugar designado pelo juiz, de preferência onde se encontrem os bens. Essa distinção não foi consagrada no Novo Código de Processo Civil, que chama a tradicional alienação por hasta pública de leilão, que poderá ser eletrônico ou presencial, a ser realizado no local designado pelo juiz

(art. 882, § 3º, do Novo CPC).

52.7.2. REQUISITOS FORMAIS DO LEILÃO JUDICIAL

O edital do leilão judicial, que tem como missão divulgar a sua realização, na expectativa – muitas vezes "Polyana" – de que o maior número de interessados compareça à praça ou leilão para arrematar o bem penhorado, segue uma série de requisitos formais, previstos essencialmente pelos arts. 886 e 887 do Novo CPC, sendo o primeiro concentrado nos requisitos intrínsecos do edital e o segundo, atinente à questão da publicidade desse edital.

Deverão constar do edital a descrição do bem penhorado, com suas características e, tratando-se de imóvel, a situação e divisas, com remissão à matrícula e aos registros. A exigência é natural, porque exige a individualização do bem, o que é necessário para a exata compreensão do que se está oferecendo em leilão judicial e também para que seja possível distinguir o bem oferecido à arrematação de outros.

Além da individualização do bem, é exigida a indicação de seu valor, que deverá ser aquele determinado pelo oficial de justiça no momento da penhora ou, em casos excepcionais, pelo avaliador do juízo. O valor da avaliação constará, portanto, do edital, o que também se justifica no tocante à procura de interessados em adquirir o bem, considerando-se que, sem saber o valor judicial do bem, o número de interessados certamente seria menor. Por outro lado, o valor é importante para os atos a serem praticados no leilão judicial, tal como a limitação de lance a esse valor no primeiro leilão judicial ou a impossibilidade de arrematação no segundo leilão judicial por preço vil. Na hipótese específica de títulos ou de

mercadorias, que tenham cotação na bolsa (art. 871, II, do Novo CPC), o art. 886, parágrafo único, do Novo CPC prevê que o valor constante do edital será o valor da última cotação anterior à expedição deste.

O inciso II do art. 886 do Novo CPC, além de exigir que conste do edital o valor da avaliação, exige também a indicação do preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro designado. Caberá ao juiz, portanto, antes da publicação do edital já determinar o que é considerado preço vil para a alienação do bem penhora, sendo que diante de sua omissão será considerado como valor mínimo o de 50% do valor da avaliação, nos termos do art. 891, parágrafo único, do Novo CPC.

No art. 886, III, do Novo CPC, exige-se a indicação do lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes; e, sendo o bem penhorado constituído por créditos ou direitos, exige-se a indicação nos autos do processo em que forem penhorados. A indicação do local em que os bens se encontram se justifica para que potenciais interessados em adquiri-los tenham acesso a eles antes do leilão judicial, sendo que o silêncio legal quanto aos bens imóveis se justifica em virtude das exigências do inciso I do mesmo dispositivo, que já obriga o edital a fornecer informações suficientes para que terceiros interessados analisem o bem.

Os interessados deverão comparecer ao leilão judicial para fazer lances na tentativa de arrematar o bem, o que só se tornará possível se forem informados do dia e da hora em que ele se realizará. O art. 886, IV, do Novo CPC trata do tema nas duas

modalidades possíveis de leilão judicial. Sendo realizado por meio eletrônico, constará do edital o sítio, na rede mundial de computadores, e o período em que se realizará o leilão. Sendo presencial, constará do edital o local, dia e a hora de sua realização. No tocante ao lugar da realização do leilão judicial o art. 882, § 3º, do Novo CPC prevê que cabe ao juiz designar o local da prática do ato.

O inciso V do art. 886 do Novo CPC prevê que deve constar do edital a indicação de local, dia e hora do segundo leilão presencial, para a hipótese de não haver interessado no primeiro. Quando comparado com o inciso VI do revogado art. 686 do CPC/1973, nota-se que o dispositivo ora comentado esconde uma importante novidade no procedimento do leilão judicial. Enquanto o revogado dispositivo previa que a segunda hasta pública só ocorreria se o bem não alcançasse lanço superior à importância da avaliação, o art. 886, V, do Novo CPC prevê como condição para que ocorra o segundo leilão judicial que não haja interessados no primeiro, permitindo a conclusão segura de que já neste admitir-se-á lances com valor inferior ao da avaliação, desde que não representem preço vil (art. 891, parágrafo único, do Novo CPC).

Esse dispositivo é fundado na *economia processual*, porque não teria sentido em, sendo frustrado o primeiro leilão judicial, publicar novamente um outro edital, convocando os interessados para o segundo leilão judicial[352]. Projetando-se o eventual fracasso do primeiro, já se designa o segundo. Na ausência de previsão legal, caberá ao juiz fixar um prazo entre o primeiro e o segundo leilão judicial que seja relativamente amplo para os novos interessados

surgirem, e relativamente curto, para não eternizar o procedimento.

A condição jurídica do bem penhorado também é de extremo interesse do terceiro eventualmente interessado na arrematação, de forma que é plenamente justificável a exigência de que conste do edital a existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados (art. 886, VI, do Novo CPC). Deve-se entender que o dispositivo legal é meramente exemplificativo, sendo exigível que qualquer gravame que incida sobre o bem deva ser indicado no edital, porque somente dessa forma o terceiro terá como calcular os benefícios da arrematação do bem. A necessidade de recurso pendente é interessante, embora nesse caso a execução seja provisória, na qual o terceiro adquirente é protegido, resolvendo-se a questão da execução indevida em perdas e danos entre exequente e executado. A indicação de pendência de processos diz respeito à existência de qualquer ação judicial, de qualquer natureza, que tenha como objeto o bem penhorado.

Apesar do dispositivo legal ora comentado prever a realização somente de dois leilões presenciais, nada impede que, frustradas essas duas tentativas, haja a designação de um terceiro leilão judicial e assim sucessivamente. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, cabe ao juiz analisar o caso concreto, em especial a probabilidade de êxito, ainda que baixa, do leilão judicial, seu custo em face do valor da execução, a possibilidade de existirem outros bens em nome dos devedores, o custo de sua penhora e o comportamento processual das partes[353].

É preciso interpretar o dispositivo legal à luz do princípio da

instrumentalidade das formas, não se cabendo falar em anulação do leilão judicial tão somente por um vício formal do edital. Deve-se considerar no caso concreto se os objetivos do edital foram alcançados sem a ocorrência de efetivo prejuízo, binômio suficiente para que o ato judicial, mesmo praticado em desconformidade com a forma legal, seja mantido. Sendo o edital mecanismo para o Poder Judiciário tornar pública a realização do leilão judicial, para que interessados compareçam para arrematar o bem, na hipótese concreta de, mesmo sendo viciado o edital, os interessados comparecerem e a arrematação se verificar, não há motivo para que se anule o leilão judicial. Mesmo um vício que parece à primeira vista extremamente grave, como a ausência de data e local do leilão, poderá no caso concreto não gerar a anulação do leilão judicial, caso ocorra a arrematação por valor que potencialmente seria obtido mesmo com o edital formalmente completo[354].

52.7.3. PUBLICIDADE DO EDITAL

Nos termos do art. 887, *caput*, do Novo CPC, cabe ao leiloeiro público designado pelo juiz a adoção das providências para a mais ampla divulgação da alienação judicial. Apesar de ser o leiloeiro o responsável pela publicidade do leilão judicial, deve seguir regras formais previstas pelos parágrafos do art. 887 do Novo CPC, inclusive o prazo de cinco dias de antecedência consagrado no § 1º.

O edital por si só não gera a necessária publicidade à realização do leilão judicial, condição imaginada pelo legislador como legitimadora da arrematação. Nos termos do art. 887, § 2º, do Novo CPC, a regra é a publicação do edital na rede mundial de computadores (Internet), em sítio (*site*) designado pelo juízo da

execução, havendo, sempre que possível, uma foto do bem, além de suas especificações. Como é notório, o conhecimento visual do bem aguça o interesse na aquisição, e, sendo essa visualização facilitada pelas vantagens da exposição eletrônica, o legislador teve postura elogiável na previsão legal.

A afixação em local de costume (sede do juízo) e a publicação em jornal de ampla circulação local somente serão realizadas se impossível a utilização da Internet ou se o juiz entender, em atenção às condições da sede do juízo, que essa forma de divulgação é insuficiente ou inadequada (art. 887, § 3.º, do Novo CPC).

Segundo o art. 887, § 3º, do Novo CPC, além da fixação no local de costume, que deve ser entendido como o *atrium* do fórum, deverá ser publicado, em resumo, num jornal de ampla circulação com antecedência mínima de cinco dias do leilão judicial. O dispositivo legal menciona que a publicação ocorrerá ao menos uma vez em jornal de ampla circulação, mas somente situações excepcionais, expressamente justificadas pelo juiz, ensejarão mais de uma publicação. A regra, portanto, é de uma publicação em jornal de ampla circulação.

A publicação em jornal de grande circulação dá-se apenas pelo resumo do edital, sendo que esse resumo deve ser suficiente para a compreensão por terceiros do inteiro teor do edital, considerando-se que a publicação do edital na íntegra seria extremamente onerosa ao exequente, que adiantará os valores, e ao final ao executado, que deverá arcar com esse gasto. Por jornal de grande circulação, entende-se aquele que chega ao conhecimento de grande parcela da população do local, podendo até mesmo não se tratar de jornal

local, mas de jornais de ampla circulação, inclusive em comarcas do interior ou do litoral[355]. No Estado de São Paulo, por exemplo, não há dúvida de que na cidade de Santos o jornal local *A Tribuna* tem ampla circulação, mas também não se pode negar a ampla circulação de jornais da capital, como *O Estado de S. Paulo* e a *Folha de São Paulo*. O *Diário Oficial* deverá ser utilizado exclusivamente na hipótese de o exequente ser beneficiário da assistência judiciária (art. 98, § 1º, III, do Novo CPC).

Segundo o art. 887, § 5.º, do Novo CPC, os editais de leilão de imóveis e de veículos automotores serão publicados pela imprensa ou por outros meios de divulgação, preferencialmente na seção ou no local reservados à publicidade dos respectivos negócios. Preferencialmente significa que, havendo no jornal um espaço destinado aos negócios imobiliários, este deverá ser aproveitado porque certamente atingirá um público interessado em realizar negócios de compra e venda de bens dessa natureza. Se o objetivo da publicação é atingir o maior número possível de pessoas, nada melhor que fazê-lo em local específico do jornal.

O art. 887, § 4.º, do Novo CPC, sensível à triste realidade de nosso país, de que apenas uma minoria lê jornais, recebendo informações por intermédio de outros meios de divulgação, permite ao juiz que, atendendo ao valor dos bens e às condições da sede do juízo, altere a forma e a frequência da publicidade na imprensa, podendo se valer de avisos em emissoras de rádio ou televisão local, de sítios distintos do oficial, além de adotar outras providências, não tipificadas no Código, para que se obtenha, no caso concreto, a mais ampla publicidade da alienação. O dispositivo

é interessante, pois dá uma maior liberdade ao juiz de tornar público o edital, dependendo da situação do caso concreto, em especial quando perceber que a publicação em jornal, ainda que de ampla circulação, não atenderá o objetivo de fazer chegar a grande número de interessados em arrematar o bem a data, horário e local do leilão judicial[356].

Por medida de *economia processual*, o juiz poderá determinar a reunião de publicações em listas referentes a mais de uma execução, hipótese na qual se aproveitará a publicação para tornar público o leilão judicial de vários bens diferentes penhorados (art. 887, § 6º, do Novo CPC).

52.7.4. COMUNICAÇÕES DO LEILÃO JUDICIAL

Não há dúvida de que a publicação do edital torna público o leilão judicial, de forma *erga omnes*, sendo justamente esse o seu objetivo. Ocorre, entretanto, que em determinadas situações o legislador exige uma comunicação mais específica de determinados sujeitos, por razões de ordem processual ou de ordem material.

O art. 889 do Novo CPC prevê determinados sujeitos que devem ser cientificados da alienação judicial com pelo menos cinco dias de antecedência. Escapa de minha compreensão a razão que motivou o legislador a se valer do termo “cientificados” em vez de “intimados”, mas parece claro que a tal cientificação se dará por meio de intimação.

Nos termos do inciso I do art. 889 do Novo CPC, deve o executado ser intimado do leilão judicial, por meio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por carta

registrada, mandado, edital ou outro meio idôneo, não existindo ordem nas formas de intimação, devendo o juiz aplicar a que entender mais adequada no caso concreto[357].

A possibilidade de se intimar o executado na pessoa de seu advogado é extremamente positiva porque a intimação pessoal do executado pode se transformar em fonte de intransponíveis dificuldades para o exequente, que na véspera do leilão judicial simplesmente pode acompanhar atônito o "desparecimento" do executado. A intimação na pessoa do advogado, ou na ausência dele, por qualquer meio idôneo, é essencial para um melhor desenvolvimento do procedimento, com a consequente satisfação do exequente.

Registre-se que, mesmo que não exista advogado constituído no momento da intimação da penhora, se o executado já foi representado por advogado, terá indicado endereço, sendo que a intimação dar-se-á por realizada nesse endereço, independentemente de quem a receba, nos termos do art. 274, parágrafo único, do Novo CPC. Por outro lado, se o executado for pessoa jurídica de direito público ou privado, terá seu endereço eletrônico cadastrado, nos termos dos arts. 1.050 e 1.051 do Novo CPC, sendo sua intimação realizada com a facilidade típica dos atos praticados por meio eletrônico.

O objetivo da intimação do executado é cientificar o proprietário do bem penhorado do dia, local e horário em que se buscará um interessado para arrematar tal bem. Diante dessa realidade, a melhor doutrina entende não ser necessária a intimação

de executados que não tenham tido bens seus penhorados, na hipótese de litisconsórcio passivo[358].

Sendo o executado revel e sem advogado constituído nos autos, conforme o parágrafo único do art. 889 do Novo CPC, não constando dos autos seu endereço atual ou, ainda, não sendo ele encontrado no endereço constante no processo, a intimação considerar-se-á feita por meio do próprio edital de leilão, não sendo portanto, necessária a publicação de um novo edital[359].

Além do executado, o art. 889 do Novo CPC prevê em seus demais incisos outros sujeitos que devem ser intimados do leilão, sempre se respeitando o prazo de antecedência de no mínimo cinco dias, consagrado no *caput* do dispositivo legal.

Devem ser intimados: o coproprietário de bem indivisível do qual tenha sido penhorada fração ideal (II); o titular de usufruto, uso, habitação, enfiteuse, direito de superfície, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora houver recaído sobre bem gravado com tais direitos reais (III); o proprietário do terreno submetido ao regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre tais direitos reais (IV); o credor pignoratício, hipotecário, anticrético, fiduciário ou com penhora anteriormente averbada, quando a penhora recair sobre bens com tais gravames, caso não seja o credor, de qualquer modo, parte na execução (V); o promitente comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada (VI); o

promitente vendedor, quando a penhora recair sobre direito aquisitivo derivado de promessa de compra e venda registrada (VII); a União, o Estado e o Município, no caso de alienação de bem tombado (VIII), adequando-se o Código de Processo Civil ao art. 22, § 4.º, do Decreto-lei 25/1937 e atendendo antiga reivindicação doutrinária.

Ainda que a lei não faça nenhuma menção à intimação dos sócios não devedores na hipótese de penhora de cotas sociais, é interessante que estes sejam comunicados, para que possam na arrematação exercer seu direito de preferência. Na realidade, já farão parte do processo porque deverão ser intimados da penhora para que, querendo, adjudiquem o bem penhorado (art. 876, § 7º, do Novo CPC)[360], mas nunca será tarde para realizar uma intimação que já deveria ter ocorrido anteriormente.

Há sério debate a respeito da necessidade de intimação do cônjuge do executado-devedor na hipótese de a penhora recair sobre bem imóvel[361]. Registre-se que, nesse caso, o cônjuge já fará parte da execução, tendo sido intimado da penhora (art. 842 do Novo CPC), ainda que se mantenha viva a discussão a respeito de sua situação processual – parte ou terceiro. Parece que o melhor entendimento é aquele que aponta para a necessidade de intimação do cônjuge não devedor nesse caso, porque é bem de sua propriedade que será objeto de eventual arrematação no leilão judicial, sendo absolutamente legítimo que ele seja intimado para que possa comparecer e defender seus interesses. Na realidade, todos aqueles que suportarão a eventual perda de um bem no leilão judicial dele deverão ser devidamente intimados, por qualquer meio

idôneo.

A ausência de intimação do devedor ou de qualquer outro sujeito que participe do processo como responsável patrimonial, tendo bem de sua propriedade oferecido em leilão judicial, gera a nulidade de eventual arrematação, com a necessidade de realização de novo leilão judicial. Já na hipótese de ausência de intimação de terceiro, parece que a questão é resolvida pela aplicação do art. 804, *caput*, do Novo CPC, que prevê a ineficácia da alienação perante o senhorio direto, credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou usufrutuário quando não se realizar a intimação. Os terceiros que deveriam ter sido intimados poderão pedir a anulação do leilão judicial e de eventual arrematação, hipótese na qual haverá a repetição da licitação pública. Poderão, entretanto, se aproveitar da ineficácia parcial do ato, que não os atingirá, mantendo seus interesses fundados em direito material[362].

52.7.5. REALIZAÇÃO DO LEILÃO JUDICIAL

Publicado o edital e realizadas as intimações necessárias, o leilão judicial tomará lugar onde e quando determinado pelo juiz. O sucesso do leilão judicial dependerá fundamentalmente de interessados em arrematar o bem, o que naturalmente não depende precisamente do processo, bastando para a regularidade do ato processual que se tenha dado a devida publicidade a ele e que tenham sido cumpridas todas as suas exigências formais. Em regra, o leilão judicial transcorrerá – como é óbvio – na data e horário determinados no edital. É possível, entretanto, que por um motivo justo o leilão não possa ser realizado, hipótese na qual o juiz mandará publicar pela imprensa local e no órgão oficial a

transferência. Por motivo justo entende-se qualquer evento que independa da vontade do exequente, que em nada deve ter contribuído com a não realização do leilão judicial como, por exemplo, no caso de fechamento do fórum em razão de greve dos serventuários, fechamento antecipado do fórum em virtude de ameaça de bomba, ausência do leiloeiro etc. Na realidade, justo ou injusto, havendo motivo forte e intransponível para a não realização do leilão judicial, este será transferido[363], sendo nesse sentido o art. 888, *caput*, do Novo CPC, ao prever a publicação da transferência se o leilão não for realizado por qualquer motivo.

A questão do pagamento dessa nova publicação é parcialmente resolvida pelo art. 888, parágrafo único, do Novo CPC, ao prever que caberá ao escrivão, porteiro ou leiloeiro, que tenha culposamente dado causa à transferência, o pagamento da nova publicação, bem como a aplicação pelo juiz de pena de suspensão de 5 dias a 3 meses, em procedimento administrativo regular. A solução é apenas parcial, porque existirão situações nas quais não haverá culpa desses sujeitos, não sendo possível que sejam sancionados, conforme o dispositivo legal mencionado. Diante da ausência de responsáveis objetivamente aferíveis, como, por exemplo, uma chuva torrencial que alague a cidade e torne o trânsito caótico, a questão das despesas com a nova publicação não é respondida pela lei, mas parece que nesse caso deverá o exequente arcar com o adiantamento dessa despesa[364].

Prolongando-se o leilão judicial além do horário do expediente forense, o art. 900 do Novo CPC prevê que esta continuará no dia útil imediato, à mesma hora em que teve início, independentemente

de novo edital. Considera-se que o leilão judicial é um ato processual uno e indivisível, ainda que possa excepcionalmente se desenvolver em datas diferentes, daí a desnecessidade de tornar pública a continuação do leilão judicial. Os sujeitos que já compareceram no início do leilão judicial e permaneceram até o encerramento dessa primeira etapa têm ciência da continuação, e isso basta.

52.7.6. LEILÃO JUDICIAL POR MEIO ELETRÔNICO

Conforme já devidamente afirmado, havendo a necessidade de ser realizado o leilão judicial para a expropriação do bem penhorado, prefere-se a forma eletrônica (art. 882, *caput*, do Novo CPC). Os Tribunais podem se valer de páginas virtuais criadas por eles mesmos ou por entidades públicas ou privadas em convênios com eles firmados.

A preferência legislativa demonstra basicamente duas circunstâncias: primeiro, o legislador finalmente percebeu que o leilão judicial tradicional não funciona, sendo oneroso, demorado, complexo e ineficaz, favorecendo somente as já conhecidas *gangs* formadas por aproveitadores que se deleitam em leilões judiciais, em nítido prejuízo da efetividade da tutela jurisdicional executiva. Por outro lado, o legislador finalmente quebra a barreira que mantinha o Poder Judiciário afastado dos ganhos proporcionados pelas novas tecnologias, em especial a *internet*, com um amplo e cada vez mais fácil acesso a todos. O sucesso de empresas de internet que realizam vendas *on-line* é uma mostra significativa de que a mudança legislativa é excelente, podendo ser responsável por uma efetiva otimização do leilão judicial.

Ressalte-se, entretanto, que a norma não é autoaplicável[365], exigindo o art. 882, § 1º, do Novo CPC que o Conselho Nacional de Justiça regulamente esta modalidade de alienação de forma especifica, para que sejam observadas as garantias processuais das partes. Nos termos do § 2º do dispositivo ora comentado, a alienação judicial por meio eletrônico deverá atender aos requisitos da ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas em legislação sobre a certificação digital.

52.7.7. LEGITIMADOS A ARREMATAR

Em tese, todos os que estejam na livre administração de seus bens são legitimados a arrematar, mas o art. 890 do Novo CPC, em seus incisos, exclui expressamente determinados sujeitos dessa legitimação, sendo os motivos de tal exclusão basicamente três:

(i) uma relação especial entre o sujeito e as partes do processo;

(ii) uma relação especial do sujeito com o bem penhorado;

(iii) participação do sujeito no processo no qual o bem foi penhorado.

No primeiro caso – relação especial entre o sujeito e as partes do processo – estão:

(a) os tutores e os curadores (art. 890, I, do Novo CPC);

(b) os advogados de qualquer das partes (art. 890, VI, do Novo CPC).

No segundo caso – relação especial do sujeito com o bem penhorado – estão:

(a) os testamenteiros, os administradores, os síndicos e os liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda e à sua responsabilidade (art. 890, I, do Novo CPC);

(b) os mandatários, quanto aos bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados (art. 890, II, do Novo CPC);

(c) os servidores públicos em geral, quanto aos bens ou aos direitos da pessoa jurídica a que servirem ou que estejam sob sua administração direta ou indireta (art. 890, IV, do Novo CPC).

No terceiro caso – participação do sujeito no processo no qual o bem foi penhorado – estão:

(a) o juiz, o membro do Ministério Público, o membro da Defensoria Pública, o escrivão e os demais servidores e auxiliares da justiça, em relação aos bens e direitos objeto de alienação na localidade onde servirem ou a que se estender sua autoridade (art. 890, III, do Novo CPC). O dispositivo consagra entendimento de que não há necessidade de efetiva participação desses sujeitos na execução, bastando que atuem no mesmo foro em que se realiza o leilão judicial[366];

(b) os leiloeiros ou prepostos, quanto aos bens de cuja venda estejam encarregados (art. 890, V, do Novo CPC).

Além dos sujeitos previstos pelo dispositivo legal ora analisado, também serão impedidos de arrematar em leilão judicial, o que por consequência lógica também os impede de fazer lances, o arrematante e o fiador remissos, que não honraram o compromisso de pagar o preço firmado na arrematação (art. 897 do Novo CPC).

Interessante é a condição do exequente, considerado um sujeito legitimado a arrematar, o que sempre se mostrou algo significativamente funesto à adjudicação, porque não se mostrava interessante ao exequente adjudicar um bem pelo valor da avaliação, quando podia em segundo leilão judicial arrematá-lo por preço bem inferior a este, desde que não fosse vil. A possibilidade atual de adjudicação do bem antes do leilão judicial, como primeira forma de expropriação possível na demanda executiva, é algo que

certamente aumentará a quantidade de adjudicações, mas não retira do exequente a legitimação de arrematar em leilão judicial. Cabe a ele fazer a análise do custo-benefício: ou adjudica pelo valor da avaliação no início da execução, ou passa por todo o procedimento do leilão judicial para tentar arrematar o bem por preço que não seja vil (art. 891, parágrafo único, do Novo CPC).

52.7.8. PROCEDIMENTO DO LEILÃO JUDICIAL

Tendo sido penhorado bem qualquer espécie de bem (móvel, imóvel, semovente), o art. 895 do Novo CPC permite que os interessados em adquiri-lo em prestações façam uma proposta por escrito. O interessado terá até o início do primeiro leilão para fazer sua proposta de aquisição, nunca em valor inferior ao da avaliação, ou até o início do segundo leilão, quando o valor da proposta não poderá ser vil. Em qualquer caso, o pedido não suspende o leilão, nos termos do § 6.º do dispositivo ora analisado. A forma da proposta está prevista no § 1.º do artigo ora comentado: mínimo de 25% do valor do lance à vista e o restante parcelado em até 30 meses, garantido por caução idônea, no caso de bem móvel, e por hipoteca do próprio bem, no caso de imóvel. Além disso, o § 2.º do art. 895 do Novo CPC exige a indicação de prazo, modalidade e indexador de correção monetária e as condições de pagamento do saldo.

Cumpre ressaltar que essas propostas serão apresentadas antes de iniciado o leilão judicial, sendo possível que algum interessado em arrematar o bem faça um lance durante o leilão judicial. Nesse caso, sendo o lance do valor da avaliação superior, não há dúvida de que se prefere a proposta de pagamento imediato; sendo por valor inferior, caberá ao juiz decidir o que se mostra mais interessante para os fins buscados pela execução.

Sendo aberto o primeiro leilão presencial por meio do *pregão*, os legitimados a arrematar poderão fazer seus lances, observada a regra legal de que não se admite lance com preço vil. O art. 891, parágrafo único, do Novo CPC prevê o que seja preço vil se o juiz

deixar de indicar o valor mínimo da alienação: valor inferior a 50% do valor da avaliação. Portanto, o valor mínimo será sempre de 50% do valor da avaliação para cima.

A opção do legislador em determinar expressamente o que seja preço vil tem suas vantagens e desvantagens. O aspecto positivo é a segurança jurídica, enquanto negativamente pode-se apontar para a desconsideração das condições peculiares do caso concreto. O CPC/1973 preferia deixar a cargo do juiz a decisão do que era preço vil no caso concreto, enquanto o Novo Código de Processo Civil, apesar de dar alguma liberdade ao juiz ao fixar o preço mínimo, cria uma barreira intransponível no montante de 50% do valor da avaliação.

No caso de o bem imóvel penhorado pertencer a incapaz, o art. 896, *caput*, do Novo CPC exige que o valor da arrematação represente ao menos 80% do valor da avaliação, sendo o dispositivo legal responsável pela previsão do procedimento quando isso não ocorre.

Havendo interessado em arrematar, dentro das condições expostas anteriormente, poderá fazê-lo à vista, com o pagamento em dinheiro imediatamente, com depósito em banco oficial com conta vinculada ao Juízo, sendo aceito o pagamento por cheque, entendido como *pro solvendo*, somente se aperfeiçoando a arrematação com a compensação do banco sacado. O pagamento também poderá ocorrer a prazo, nos termos do art. 895 do Novo CPC.

Segundo o *caput* do art. 892 do Novo CPC, salvo

pronunciamento judicial em sentido diverso, o pagamento deverá ser realizado de imediato pelo arrematante, por depósito judicial ou por meio eletrônico.

Sendo o arrematante o exequente e ele for o único credor não estará, ao menos em regra, obrigado a exibir o preço, o que significa que não será compelido a realizar o pagamento, até mesmo porque, sendo beneficiado por este, não teria qualquer sentido o exigir. A exigência de que seja o único credor é importante porque tendo sido instaurado incidentalmente o concurso de credores, o exequente deverá depositar em juízo o valor integral da arrematação. A dispensa da exibição do preço, portanto, depende de a execução ser movida a benefício do credor singular, porque, havendo sobre os bens qualquer outro privilégio ou preferência, qualquer que seja o exequente, mesmo o credor com garantia real, deverá depositar o valor da arrematação em juízo, para que se decida a respeito do direito de preferência e se realize o rateio[367].

Por outro lado, se o valor da arrematação superar o valor da dívida, deverá ser paga a diferença a ser entregue ao devedor. Nesse caso, o exequente-arrematante deverá realizar o pagamento da diferença no prazo de 3 dias, sob pena de tornar sem efeito a arrematação, hipótese na qual os bens voltarão a novo leilão judicial, que correrá às custas do exequente. Perceba que a sanção processual não é de mero adiantamento das custas, para que depois sejam cobradas do executado; o pagamento é de responsabilidade do exequente, sendo absorvido por ele o prejuízo.

Havendo mais de um pretendente à arrematação do bem,

naturalmente prefere-se o que fizer a melhor oferta. Verificando-se a identidade de propostas, o art. 892, § 2º, do Novo CPC prevê uma ordem de preferência: cônjuge, companheiro, descendente e ascendente do executado. Também tem preferência a União, os Estados e os Municípios, nessa ordem e desde que haja igualdade de oferta, no caso de alienação de bem tombado (art. 892, § 3º, do Novo CPC). Por fim, na alienação de diversos bens, tem preferência aquele que se propuser a arrematar todos, desde que preencha os requisitos previstos pelo art. 893 do Novo CPC.

O art. 894, *caput*, do Novo CPC mantém de forma melhorada a regra prevista no art. 702, *caput*, do CPC/1973 ao dispor que, quando o imóvel admitir cômoda divisão, o juiz, a requerimento do executado, ordenará a alienação judicial de parte dele, desde que suficiente para o pagamento do exequente e satisfação das despesas da execução. O § 2.º do dispositivo é inovador ao prever que a alienação por partes deverá ser requerida a tempo de permitir a avaliação das glebas destacadas e sua inclusão no edital, e, nesse caso, caberá ao executado instruir o requerimento com planta e memorial descritivo subscritos por profissional habilitado.

A alternativa à arrematação imediata é prevista no art. 895 do Novo CPC, que exige do interessado em adquirir o bem penhorado em prestações a exibição de uma proposta por escrito. Caso a proposta venha antes do início do primeiro leilão, o valor da aquisição não poderá ser inferior ao valor da avaliação, exigência não repetida se a proposta for apresentada antes do início do segundo leilão judicial, quando se admitirá qualquer valor que não seja considerado vil. Mesmo sendo exigida a apresentação da

proposta sempre antes do início do leilão judicial, não haverá sua suspensão, nos termos do art. 895, § 6º, do Novo CPC.

A forma da proposta está prevista no § 1.º do artigo ora comentado: mínimo de 25% do valor do lance à vista e o restante parcelado em até 30 meses, garantido por caução idônea, no caso de bem móvel, e por hipoteca do próprio bem, no caso de imóvel. A idoneidade e a suficiência dessa caução são matérias de competência do juiz, e não do responsável material pelo leilão judicial.[368] Além disso, o § 2.º exige a indicação de prazo, modalidade e indexador de correção monetária e as condições de pagamento do saldo.

No caso de atraso no pagamento de qualquer das prestações, o art. 895, § 4º, do Novo CPC prevê a incidência de multa de dez por cento sobre a soma da parcela inadimplida com as parcelas vencidas. Esse percentual é o mínimo legal, podendo haver previsão na proposta de pagamento parcelado de uma sanção ainda mais severa, embora não faça muito sentido o proponente proceder nesse sentido.

Havendo o inadimplemento, o § 5.º do dispositivo legal ora comentado autoriza o exequente a escolher entre a resolução da arrematação ou a promoção, em face do arrematante, da execução do valor devido. O dispositivo deve ser analisado em conjunto com o art. 897 do Novo CPC, que prevê outra consequência para o inadimplemento: a perda da caução, voltando os bens a novo leilão, do qual não serão admitidos a participar o arrematante e o fiador remissos.

A regra consagrada no art. 897 do Novo CPC tinha lógica no sistema de arrematação a prazo, no prazo de 15 dias, consagrado no art. 690, *caput* do CPC/1973. Diante do sistema criado pelo Novo Código de Processo Civil, no qual há o pagamento imediato e o parcelado, a regra ficou absolutamente deslocada. É natural que a perda de caução e novo leilão com proibição de participação do fiador remisso só seria cabível na alienação parcelada de bem móvel, já que na aquisição judicial de bem imóvel a garantia é a hipoteca do próprio bem, nos termos do art. 895, § 1º, do Novo CPC.

Caso o exequente opte em promover, em face do arrematante, a execução do valor devido, a caução será utilizada para saldar o valor em aberto, já descontado o valor pago pelo executado. Caso o exequente peça a resolução da arrematação, dando continuidade à execução contra o executado, a caução prestada também servirá para a satisfação do direito, já descontada do valor da dívida o valor já quitado pelo arrematante.

A possibilidade de haver mais de uma proposta é tratada pelos §§ 7.º e 8.º do art. 895 do Novo CPC.

Nos termos do § 7º do dispositivo ora comentado, havendo uma proposta de pagamento à vista e outra de forma parcelada sempre se preferirá a primeira. A solução é natural sendo as propostas de mesmo valor, afinal, não tem sentido preferir uma satisfação prolongada no tempo quando há a possibilidade de satisfação imediata. O dispositivo legal, entretanto, não faz qualquer menção à identidade de valores, dando a entender que, independentemente do valor das propostas, a de pagamento

imediato prevalecerá. E nesse sentido o dispositivo é consideravelmente inadequado, já que uma proposta parcelada de R$ 80.000,00 é obviamente mais vantajosa do que uma proposta de pagamento imediato de R$ 40.000,00.

O § 8º trata da escolha entre propostas de pagamento parcelado. No inciso I há previsão apontando para a preferência da proposta mais vantajosa, o que parece óbvio, mas não é feliz o dispositivo ao afirmar que a mais vantajosa é sempre a de maior valor. Uma proposta de menor valor, mas com pagamento imediato em percentual maior e um menor número de parcelas para pagamento do remanescente, não pode ser mais vantajosa? Diante de uma situação como essa deverá o juiz levar sempre em consideração três elementos, e não somente o valor da proposta: valor, percentual de pagamento imediato e número de parcelas para o pagamento do saldo remanescente. E, sendo as propostas exatamente idênticas, será admitida a formulada em primeiro lugar, nos termos do inciso II.

A arrematação se encerra com a elaboração de um auto, instrumento apto a documentar os atos praticados oralmente no leilão judicial, que será lavrado de imediato, mencionando as condições pelas quais foi alienado o bem. Não é mais necessário o intervalo de 24 horas para a assinatura do auto de arrematação em razão da extinção, desde a Lei 11.382/2006, do fenômeno da remição de bens. Também não é mais o escrivão o responsável pela elaboração do auto, que passa a ser atribuição do agente que o leilão judicial. Referido auto será assinado pelo juiz, arrematante, serventuário de justiça ou leiloeiro, e a partir desse momento a

arrematação será considerada acabada e irretratável, inclusive com a proteção do arrematante na hipótese de eventual acolhimento de embargos à execução oferecidos pelo executado. Mesmo quando não ocorre a arrematação, é indispensável a elaboração do auto de arrematação, que nesse caso é conhecida na praxe forense como auto negativo.

O auto de arrematação não se confunde com a carta de arrematação, prevista no art. 901, § 2º, do Novo CPC. O próprio art. 901, § 1º, do Novo CPC expressa essa diferença ao prever que a ordem de entrega do bem imóvel ou a carta de arrematação deste será expedida depois de efetuado o depósito ou prestadas as garantias pelo arrematante, bem como realizado o pagamento da comissão do leiloeiro e das demais despesas da execução.

Significa dizer que, tendo a arrematação como objeto um bem móvel, é dispensável a expedição de carta, bastando que após a elaboração do auto já seja expedida ordem judicial para a imediata entrega da coisa. Na hipótese de bem imóvel, o registro da arrematação junto ao Cartório de Imóveis demandará a expedição de uma carta de arrematação, nos termos do art. 901, § 2º, do Novo CPC. O dispositivo prevê que a carta de arrematação conterá a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula ou individuação e aos seus registros, a cópia do auto de arrematação e a prova de pagamento do imposto de transmissão, além da indicação da existência de eventuais ônus real ou gravame. O dispositivo consagra entendimento doutrinário de que na carta de arrematação exige-se tão somente a comprovação da quitação do imposto de transmissão, sendo que os demais encargos tributários serão

retirados do produto da arrematação, ou seja, serão abatidos do valor pago pelo arrematante[369].

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme o art. 903 do Novo CPC, a assinatura do auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro torna perfeita, acabada e irretratável a arrematação. Essa norma visa conferir estabilidade à arrematação, protegendo o arrematante e impondo-lhe obrigação, como também buscando reduzir os riscos do negócio jurídico, propiciando efetivas condições para que os bens levados a leilão judicial recebam melhores ofertas em benefício das partes do feito executivo e da atividade jurisdicional na execução. Dessa forma, após esse momento será indispensável a propositura de ação anulatória, nos termos do § 4º do art. 903 do Novo CPC[370].

52.7.9. ARREMATAÇÃO VICIADA

O art. 903, § 1.º, do Novo CPC prevê em seus incisos as hipóteses de invalidade, de ineficácia e de resolução da arrematação: (I) invalidada, quando realizada por preço vil ou contaminada por qualquer vício; (II) ineficaz, se não observado o disposto no art. 804 do Novo CPC; (III) resolvida, se não for pago o preço ou se não for prestada a caução.

A arrematação por preço vil é uma das causas de ineficácia da arrematação, vício que naturalmente não poderá ser alegado pelo próprio arrematante, uma vez que caracterizaria hipótese de direito o arrependimento da arrematação, o que não se admite após a lavratura do auto de arrematação. Caberá às partes na execução, em

especial, mas não exclusivamente ao exequente, tal alegação. A segunda causa de invalidade da arrematação é a existência de qualquer outro vício. Trata-se de dispositivo legal bastante amplo em termos de aplicação, porque a nulidade prevista pode ser da própria execução, em atos anteriores ao leilão judicial, ou da própria arrematação. Entre tantos exemplos possíveis, a doutrina lembra a inobservância dos requisitos de publicidade, falta de intimação do executado, impedimento do arrematante para licitar[371]. Lembre-se de que as nulidades de que trata o dispositivo legal ora comentado podem tanto ser substanciais, referentes ao próprio negócio em si, como também processuais, referentes ao processo ou aos aspectos procedimentais da arrematação[372].

A arrematação será ineficaz caso não haja a intimação do leilão judicial nos termos exigidos pelo art. 804 do Novo CPC. Segundo o art. 804, *caput*, do Novo CPC, a alienação de bem gravado por penhor, hipoteca ou anticrese será ineficaz em relação ao credor pignoratício, hipotecário ou anticrético que não houver sido intimado. Além do *caput*, o dispositivo tem seus parágrafos que preveem a ineficácia da alienação de bem quando determinados sujeitos não são intimados: bem objeto de promessa de compra e venda ou cessão registrada será ineficaz em relação ao promitente comprador ou cessionário (§ 1.º); bem sobre o qual tenha sido instituído direito de superfície, seja do solo, da plantação ou da construção, será ineficaz em relação ao concedente ou ao concessionário (§ 2.º); direito aquisitivo de bem objeto de promessa de venda, de promessa de cessão ou de alienação fiduciária será ineficaz em relação ao promitente vendedor, ao promitente cedente ou ao proprietário fiduciário (§ 3.º); imóvel sobre o qual tenha sido

instituída enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso será ineficaz em relação ao enfiteuta ou ao concessionário (§ 4.º); direitos do enfiteuta, do concessionário de direito real de uso ou do concessionário de uso especial para fins de moradia serão ineficazes em relação ao proprietário do respectivo imóvel (§ 5.º); bem sobre o qual tenha sido instituído usufruto, uso ou habitação será ineficaz em relação ao titular desses direitos reais (§ 6.º).

São motivos para a resolução da arrematação o não pagamento do preço ou da não prestação de caução. A ausência de pagamento poderá ocorrer tendo sido prestada a caução, hipótese na qual se aplicará o art. 897 do Novo CPC, ou na hipótese de pagamento por meio de cheque que não seja compensado pelo banco sacado. A ausência de prestação de caução somente se explica se o auto tiver sido indevidamente assinado sem o prévio oferecimento de garantia, o que mostra a absoluta inutilidade do dispositivo legal nesse sentido, considerando-se que a lavratura de auto sem prestação de garantia para pagamento a prazo é causa de nulidade da arrematação, situação já prevista pelo inciso I do dispositivo legal ora analisado.

A corrente doutrinária majoritária afirma que os vícios da arrematação têm natureza de matéria de ordem pública, de forma que o seu conhecimento poderá ocorrer de ofício.[373] Sendo matéria de ordem pública, é incompatível logicamente condicionar a alegação dessas matérias por um dos sujeitos processuais a uma determinada forma, sendo lícito concluir que o vício poderá ser alegado a qualquer momento do processo, por meio de mera

petição. A alegação de matéria de ordem pública não pode ser limitada por aspectos formais. A exceção a essa regra fica por conta da previsão do § 4º do art. 903 do Novo CPC ao exigir uma ação autônoma para invalidar a arrematação após a expedição da carta de arrematação ou da ordem de entrega[374], na qual o arrematante participará como litisconsorte necessário.

Registre-se, por fim, que, uma vez alegado o vício incidentalmente na própria execução com decisão desfavorável ao requerente, haverá uma decisão de mérito transitada em julgado, que impedirá a parte de discutir novamente a mesma questão em outra demanda. Dessa forma, a ação anulatória somente se justificará quando não existir tal decisão no caso concreto, porque, caso contrário, a única forma do sujeito que entende ter sido prejudicado por um vício passível de tornar a arrematação ineficaz será o ingresso de ação rescisória contra a decisão interlocutória de mérito proferida na própria execução[375].

52.7.10. ALIENAÇÃO ANTECIPADA

É possível que a alienação judicial do bem ocorra fora do leilão judicial, numa modalidade específica e excepcional de alienação por iniciativa particular, com suas devidas particularidades. Trata-se da alienação antecipada de bens, que por razões variadas previstas pelo art. 852 do Novo CPC poderá tomar lugar na execução. Percebe-se que nesse caso a alienação continua a ser judicial, mas procedimentalmente não se confunde com nenhuma das outras formas de expropriação, até mesmo porque dependerá de circunstâncias específicas para a sua realização, ao passo que as expropriações típicas – adjudicação, alienação por

iniciativa particular, arrematação – são, na ordem legal, a regra do sistema, o que dispensa o preenchimento de requisitos formais no caso concreto.

No inciso I do art. 852 do Novo CPC está prevista a alienação antecipada de veículos automotores, de pedras e metais preciosos e de outros bens móveis sujeitos à depreciação ou à deterioração. A primeira conclusão é que estão excluídos dessa hipótese os bens imóveis. A segunda é que os bens especificamente indicados devem ser alienados antecipadamente, independentemente de comprovação do perigo de deterioração ou depreciação no caso concreto. Entendo que o legislador criou uma hipótese de presunção absoluta para a alienação antecipada de tais bens, considerando abstratamente o perigo do tempo sobre eles, não interessando para tanto as circunstâncias do caso concreto.

Para as outras espécies de bens se exigirá a comprovação no caso concreto da deterioração ou depreciação. É natural que se realize a alienação antecipada quando houver risco concreto de deterioração do bem penhorado, o que retirará parcial ou totalmente seu valor de mercado, perdendo-se a efetiva garantia do juízo, com futura frustração da satisfação do direito do exequente. É o que ocorre, por exemplo, com alimentos perecíveis, ou qualquer produto com prazo de validade (medicamentos, fogos de artifício etc.). A depreciação é fenômeno um pouco distinto, porque não atua no bem em si, no seu conteúdo, mas em seu valor de mercado, o que também sugere benefícios na alienação antecipada, de forma que se obtenha imediatamente o maior valor que o bem penhorado poderá gerar.

A segunda hipótese é de manifesta vantagem com a alienação, o que certamente carrega um alto grau de subjetivismo, permitindo ao juiz uma grande liberdade para aferir que vantagem seria essa na alienação antecipada. Aparentemente, a utilização de termo extremamente vago pelo legislador foi proposital, de modo a ampliar as possibilidades de aplicação do instituto processual, o que, entretanto, não gerou o resultado esperado, considerando-se a pouca presença da alienação antecipada na praxe forense.

Havendo pedido de alguma das partes, em respeito ao contraditório, a autorização do juiz depende sempre da manifestação da parte contrária[376], que terá prazo de três dias para se manifestar, nos termos do art. 853, *caput*, do Novo CPC. A alienação antecipada, entretanto, não depende de tal pedido, dado que, além das partes, o depositário pode requerer tal alienação e mesmo o juiz de ofício pode determiná-la[377]. Ainda assim, não há razão plausível para ofender o princípio do contraditório, devendo o juiz determinar a intimação das partes para que se manifestem antes de proferir sua decisão de natureza interlocutória, nos termos do art. 10 do Novo CPC.

52.8. ENTREGA DE DINHEIRO AO CREDOR

Segundo o art. 904 do Novo CPC, o pagamento ao credor dar-se-á pela entrega de dinheiro sempre que se verifique a alienação judicial por iniciativa particular ou arrematação. Nessas duas situações, após a realização dos atos de expropriação, haverá certa quantia em dinheiro depositada em juízo que deve ser entregue ao

credor. Também servirá para a satisfação do exequente o levantamento de parcela do faturamento de empresa e dos frutos e rendimentos de coisa ou móvel ou imóvel.

Tratando-se de execução movida a benefício do credor singular e não existindo sobre os bens qualquer privilégio ou preferência instituídos antes da penhora, determina o art. 905, *caput,* do Novo CPC que o credor poderá requerer o levantamento do dinheiro até o valor que represente a satisfação integral de seu crédito. Na hipótese de existir saldo, após o levantamento feito pelo credor, que incluirá o principal, juros, custas e honorários, haverá o levantamento de tal saldo pelo devedor, segundo previsão expressa do art. 907 do Novo CPC. E sendo hipótese de satisfação em pagamentos parcelados, a cada depósito poderá o credor requerer o levantamento, até que seja integralmente satisfeito em seu crédito[378].

Nos termos do parágrafo único do art. 905 do Novo CPC, é proibido o deferimento de pedido de levantamento de dinheiro durante o plantão judiciário, bem como a liberação de bens penhorados. O dispositivo é claramente fruto de desconfiança de eventuais conluios criminosos entre advogados e juízes, até porque dentro de uma normalidade institucional nem se cogitariam tais atos em plantão judiciário pela absolutamente inexistência de urgência. Para parcela da doutrina, a vedação legal deve ser afastada se o exequente comprovar a situação de necessidade e urgência[379].

Segundo o art. 906, parágrafo único, do Novo CPC, a expedição de mandado de levantamento poderá ser substituída pela

transferência eletrônica do valor depositado em conta vinculada ao juízo para outra indicada pelo exequente. Certamente poupará trabalho a todos, mas como ficarão as medidas administrativas que exigem que a própria parte faça o levantamento? O advogado terá que indicar uma conta-corrente de titularidade do cliente? E se o cliente quiser que esse dinheiro vá para conta de terceiro?

Sempre vi com ressalvas a exigência da presença física da parte para fazer o levantamento do dinheiro. Como sou um advogado honesto e tento satisfazer os interesses de meus clientes da forma mais ampla possível, é sempre constrangedor exigir da parte sua presença para tal levantamento. De qualquer forma, entendo as razões das medidas em razão de desvios de condutas mais frequentes do que o desejável. A transferência para a conta, ainda que se exija ser de titularidade da parte, resolve parcialmente essa situação constrangedora.

Havendo a pluralidade de credores ou exequentes, o art. 908, § 1º, do Novo CPC prevê que o dinheiro lhes será distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas preferências. Nesse caso será instaurado no processo um incidente processual chamado "concurso singular de credores", que não se confunde com o concurso universal, reservado para a execução contra devedor insolvente[380].

O concurso singular de credores tem como função a determinação de uma ordem de preferência entre os credores para o recebimento do dinheiro resultado da expropriação. Num primeiro momento importam para fins de preferência as regras de direito

material, sendo aplicável regra processual apenas para créditos de mesma natureza. É nesse sentido o § 2º do art. 908 do Novo CPC, ao prever que não havendo título legal à preferência, o dinheiro será distribuído entre os concorrentes observando-se a anterioridade de cada penhora.

Sendo o incidente de concursos de credores limitado a solução de qual exequente ou credor tem preferência em receber o produto da expropriação do bem penhorado, é correta a previsão do art. 909 do Novo CPC no sentido de serem as pretensões limitadas a essa matéria. Segundo o dispositivo legal, apresentadas as razões, o juiz decidirá. Entendo tratar-se de decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único, do Novo CPC)[381].

Segunda a melhor doutrina, a ordem de preferência é:

(a) créditos oriundos da legislação trabalhista, limitados a 150 salários-mínimos por credor e os decorrentes de acidente do trabalho (art. 186 do CTN);

(b) créditos tributários;

(c) créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado, registrando-se decisões do Superior Tribunal de Justiça que entendem que o crédito condominial prefere ao crédito com garantia real[382];

(d) crédito com privilégio especial;

(e) créditos com privilégio geral. Registre-se que esses credores privilegiados não precisam ter penhorado o bem em outras execuções; na realidade, nem mesmo se exige que exista execução em trâmite[383].

Entre credores da mesma categoria, a ordem de preferência se estabelece pela anterioridade da penhora (*prior tempore portior in*

iure)[384], nos termos do § 2º do art. 908, do Novo CPC, valendo para fins de comparação entre os diversos credores o arresto do bem, tanto de natureza executiva como cautelar[385]. Em razão do previsto no art. 495, § 4º, do Novo CPC, a hipoteca judiciária também será considerada para fixação do direito de preferência. No plano processual, portanto, terá preferência quem, em primeiro lugar, penhorar o bem, arrestá-lo ou averbar em matrícula de imóvel de propriedade do réu a hipoteca judiciária.

Existe uma corrente doutrinária minoritária que entende ser a averbação da penhora determinante para fixar a ordem de preferência[386], tese rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça[387]. Como se nota com facilidade, entre os credores quirografários, só serão admitidos no concurso de credores aqueles que não só já sejam exequentes em outra demanda executiva, como também já tenham realizado a penhora[388].

1 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 65, p. 306.

2 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 101, p. 157; Lucon, *Embargos*; Greco Filho, *Direito*, p. 35.

3 (Voltar) Dinamarco, *Instituições* n. 1.824, p. 765; Pimentel Souza, *Introdução*, p. 304-305; Zavascki, *Processo*, p. 436; Nogueira, *Execução*, p. 224.

4 (Voltar) Súmula 317/STJ: "É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos".

5 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg na MC 23.500/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 03/03/2015, DJe 10/03/2015; STJ, 3ª Turma, AgRg na MC 22.506/BA, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 03/06/2014, DJe 11/06/2014.

6 (Voltar) Oliveira, *Comentários*, p. 150; Baptista da Silva, *Do processo*, p. 301.

7 (Voltar) Nogueira, *Execução*, p. 162.

8 (Voltar) Em sentido contrário, exigindo que se prove a iminência de perigo: Zavascki, *Processo*, p. 444, Lucon, *Eficácia*, p. 414-416; Scarpinella Bueno, *Execução*, p. 186-187.

9 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.829, p. 772; Zavascki, *Processo*, p. 444-445.

10 (Voltar) Contra: Wambier-Wambier-Medina, *Breves 2*, p. 187-188.

11 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, p. 314,; Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 154-155. Contra: Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 860.

12 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 361.

13 (Voltar) Contra: Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 864.

14 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.066.431/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/09/2011, DJe 22/09/2011.

15 (Voltar) Zavascki, *Processo*, n. 444.

16 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 363; Scarpinella Bueno, *A nova 1*, p. 159;

Wambier-Wambier-Medina, *Breves 2*, p. 191.

17 (Voltar) Marinoni- Arenhart- Mitidiero, *Código*, p. 540.

18 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 396.

19 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 66.3, p. 316.

20 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 365; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 194; Greco, *O processo*, n. 3.4.1.2, p. 203.

21 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 66.4, p. 317-318; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 367; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 196.

22 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.828, p. 770; Wambier-Wambier-Medina, *Breves 2*, p. 189.

23 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 67, p. 321; Scarpinella Bueno, *A nova 1*, p. 160.

24 (Voltar) *Informativo* 460/STJ: REsp 1.059.478/RS, rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, rel. para acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, j. 15.12.2010.

25 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 489, p. 573; Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 360-363; Câmara, *A nova*, p. 114; Shimura, *A execução*, n. 4.6, p. 567; Grinover, *Cumprimento*, p. 4; Rodrigues, *Manual*, p. 311; Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 733; Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 516.

26 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Código*, p. 538-539; Scarpinella, *Novo*, p. 349; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 862.

27 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 862. Contra, entendendo que se trata mesmo de pagamento: Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 392; Amaral, *Comentários*, p. 628.

28 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 539; Volpe, *Breves*, p. 311.

29 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 692.015, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.06.2005, *DJ* 1.º.08.2005; STJ, 2.ª Turma, REsp 464.332/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 14.09.2004, *DJ* 06.12.2004; STJ, 1.ª Turma, REsp 331.460/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 07.08.2003, *DJ* 17.11.2003.

30 (Voltar) Cunha, *A Fazenda*, n. 12.1.11, p. 272; Araken de Assis, *Manual*, n. 422, p. 962.

31 (Voltar) STJ, Corte Especial, EREsp 658.542/SC, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* 26.02.2007; STJ, Corte Especial, EREsp 638.620/SC, rel. Min. Luiz Fux, *DJ*

02.10.2006.

32 (Voltar) Zavascki, *Processo*, p. 448; Cunha, *A Fazenda*, n. 12.1.11, p. 273.

33 (Voltar) Cunha, *A Fazenda*, n. 12.1.11, p. 274; Ribeiro, *Execução*, n. 21, p. 257.

34 (Voltar) Tosta, *Do reexame*, n. 9.2, p. 211; Nogueira, *Execução*, 11.6, p. 239.

35 (Voltar) *Informativo* 533/STJ, 2.ª Seção, REsp 1.291.736/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.11.2013.

36 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.621, p. 455.

37 (Voltar) Contra: Dinamarco, *Instituições*, n. 1.622, p. 456-457.

38 (Voltar) Contra: Dinamarco, *Instituições*, n. 1.623, p. 457.

39 (Voltar) STJ, 5.ª Turma, AgRg no REsp 958.363/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. 12.08.2008, *DJe* 29.09.2008.

40 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 1.079.776/PE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 23.09.2008, *DJe* 1.º.10.2008.

41 (Voltar) Marinoni, *Técnica*, p. 424; Grinover, *Tutela*, p. 259.

42 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 598.233/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 02.08.2005, *DJ* 29.08.2005, p. 332; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1410; Nery-Nery, *Código*, p. 782.

43 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.618, p. 450.

44 (Voltar) Greco, *Tutela*, p. 80.

45 (Voltar) Talamini, *Tutela*, n. 13.3, p. 329.

46 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, AgRg no REsp 992.028/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14.12.2010, *DJe* 14.02.2011.

47 (Voltar) Greco, *Tutela*, p. 80; Talamini, *Tutela*, n. 13.2, p. 326; Didier-Cunha-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 429-430.

48 (Voltar) Didier-Cunha-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 431.

49 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 194; Cheim Jorge-Abelha, *Tutela*, p. 372; Theodoro Jr., *Tutela*, p. 29; Watanabe, *Tutela*, p. 45.

50 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, n. 3.27.2.1, p. 226.

51 (Voltar) Theodoro Jr., *Tutela*, p. 29.

52 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, AgRg no EREsp 796.509/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.10.2006, *DJ* 30.10.2006, p. 233.

53 (Voltar) Lima Guerra, *Inovações*, p. 318-319.

54 (Voltar) Talamini, *Tutela*, n. 10.4, p. 270-279.

55 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, n. 3.27.2.3, p. 231; Shimura, *Efetivação*, p. 674.

56 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, n. 3.27.2.3, p. 230-231; Spadoni, *Ação*, n. 7.4.1.1, p. 200-201; Lima Guerra, *Execução*, p. 242-246.

57 (Voltar) Baptista, *Do processo*, p. 574; Talamini, *Tutela*, n. 12.1, p. 287.

58 (Voltar) Arenhart, *A tutela*, n. 4.8.2.2, p. 394.

59 (Voltar) MC 11.804/RJ, 6.ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17.08.2006, *DJ* 05.02.2007, p. 378; HC 42.896/TO, 5.ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28.06.2005, *DJ* 22.08.2005, p. 323.

60 (Voltar) Grinover, *Ética*, p. 224-225.

61 (Voltar) *Informativo* 526/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.183.774-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.06.2013.

62 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, n. 3. 27.1.4, p. 216; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 239.

63 (Voltar) *Informativo* 562/STJ, 3ª Turma, REsp 1.352.426-GO, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 5/5/2015, DJe 18/5/2015.

64 (Voltar) Enunciado 25 do Fonaje: “A multa cominatória não fica limitada ao valor de 40 salários-mínimos, embora razoavelmente fixada pelo juiz, obedecendo ao valor da obrigação principal, mais perdas e danos, atendidas as condições econômicas do devedor”.

65 (Voltar) *Informativo* 479/STJ, 4.ª Turma, RMS 33.155/MA, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 28.06.2011.

66 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, n. 3.27.1.5, p. 218-221.

67 (Voltar) *Informativo* 497/STJ, 4.ª Turma, REsp 949.509-RS, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para o acórdão Min. Marco Buzzi, j. 08.05.2012.

68 (Voltar) Didier-Cunha-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 446-447.

69 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, n. 11.7, p. 75.

70 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no Ag 1.040.411/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.10.2008, *DJe* 19.12.2008; REsp 1.063.902/SC, 1.ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, j. 19.08.2008, *DJe* 1.º.09.2008.

71 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n, 1.630, p. 468.

72 (Voltar) Em sentido próximo: Araken de Assis, *Manual*, n. 208, p. 564.

73 (Voltar) Didier-Cunha-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 449.

74 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 679.048/RJ, rel. Min. Luiz Fux, 03.11.2005, *DJ* 28.11.2005, p. 204; REsp 666.008/RJ, 1.ª Turma, rel. José Delgado, j. 17.02.2005, *DJ* 28.03.2005; Araken de Assis, *Manual*, n. 208, p. 564.

75 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.636, p. 473; Nery-Nery, *Código*, p. 672; Câmara, *Redução*, p. 1.564. Contra, pela mudança sem necessidade de um fato novo: Barbosa Moreira, *O novo*, p. 194.

76 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no AG 836.875/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 04.11.2008, *DJe* 26.11.2008.

77 (Voltar) *Informativo* 505/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.198.880/MT, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 20.09.2012.

78 (Voltar) *Informativo* 539/STJ, 2.ª Seção, REsp 1.333.988/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 09.04.2014.

79 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 681.294/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 18.12.2008, *DJe* 18.02.2009; Theodoro Jr., *Processo de execução*, n. 472, p. 553; Greco, *O processo*, n. 10.7, p. 504.

80 (Voltar) Talamini, *Tutela*, n. 9.6.2, p. 249.

81 (Voltar) Câmara, *Redução*, p. 1.565-1.566.

82 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, AgRg no AREsp 42.278/GO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28.05.2013, *DJe* 04.06.2013; STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.318.332/PB, rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.06.2012, *DJe* 01.08.2012; STJ, 4.ª Turma, RCDESP no AREsp 94.599/DF, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27.11.2012, *DJe* 11.12.2012. *Informativo* 407/STJ, 4.ª Turma, REsp 947.466/PR, rel.

83 (Voltar) Didier-Cunha-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 460.

84 (Voltar) Freitas Câmara, "Redução", *Direito civil*, p. 1.565-1.566.

85 (Voltar) *Informativo* 495/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.229.335-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.04.2012; *Informativo* 490/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.192.197-SC, Rel. originário Min. Massami Uyeda, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 07.02.2012; *Informativo* 448/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.135.824-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.09.2010; *Informativo* 414/STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1.026.191-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.11.2009; *Informativo* 408/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.022.033-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.09.2009.

86 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.475.157/SC, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18.09.2014, *DJe* 06.10.2014.

87 (Voltar) *Informativo* 485/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.019.455/MT, rel. Min. Massami Uyeda, j. 18.10.2011.

88 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.413.

89 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 474, p. 558.

90 (Voltar) Talamini, *Tutela*, n. 9.7, p. 254-255.

91 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, n. 3.27.1.6, p. 222.

92 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.637, p. 474.

93 (Voltar) *Informativo* 546/STJ, Corte Especial, REsp 1.200.856/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 1.º.07.2014; Informativo 511/STJ, 4ª Turma, REsp 1.347.726-RS, rel. Min. Marco Buzzi, j. 27.11.2012.

94 (Voltar) Bueno, *Código*, p. 1.413; Theodoro Jr., *Processo*, n. 474, p. 558; Talamini, *Tutela relativa*, n. 9.7, p. 254-255.

95 (Voltar) Informativo 422/STJ, 1.ª Turma, REsp 1.098.028/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 09.02.2010; STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1.116.800/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 08.09.2009, DJe 25.09.2009.

96 (Voltar) Marinoni, *Tutela*, n. 3.27.1.6, p. 222; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 230; Talamini, *Tutela*, n. 9.7.1, p. 255.

97 (Voltar) Súmula 410/STJ.

98 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 842; Medina, *Novo*, p. 797.

99 (Voltar) Dinamarco, *Reforma*, n. 174, p. 246.

100 (Voltar) Dinamarco, *Reforma*, n. 176, p. 249; Cruz e Tucci, *Lineamentos*, p. 83; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.418. Contra: Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 224.

101 (Voltar) Araken de Assis, *Cumprimento*, n. 94; p. 242; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 196.

102 (Voltar) Câmara, *A nova*, p. 116.

103 (Voltar) STJ, Corte Especial, REsp 940.274/MS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 07.04.2010, *DJe* 31.05.2010.

104 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 734. Contra: Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 465.

105 (Voltar) Grinover, *Cumprimento*, p. 3.

106 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, n. 7.4.1, p. 126-127.

107 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 547.

108 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 197; Araken de Assis, *Cumprimento*, n. 96.8, p. 261.

109 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, p. 263; Cruz e Tucci, *Lineamentos*, p. 153.

110 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 546.

111 (Voltar) *Informativo* 429/STJ: Corte Especial, REsp 940.274-MS, rel. originário Min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 07.04.2010; *Informativo* 480/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.032.436/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.08.2011.

112 (Voltar) O STJ entendia nesse caso pela dispensa da intimação: 3.ª Turma, REsp 1.189.608/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.10.2011, *DJe* 21.03.2012.

113 (Voltar) STJ, 6.ª Turma, REsp 1.241.749/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27.09.2011, *DJe* 13.10.2011.

114 (Voltar) *Informativo* 533/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.320.287/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.09.2013.

115 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 402.

116 (Voltar) Theodoro Jr., *As novas*, p. 136, é contra a fixação dos honorários advocatícios. Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, p. 189, defende a cobrança, com

aplicação subsidiária do art. 652-A do CPC.

117 (Voltar) Súmula 517/STJ: “São devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário, que se inicia após a intimação do advogado da parte executada”.

118 (Voltar) *Informativo* 378/STJ, Corte Especial, REsp. 1.028.855/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.11.2008; *Informativo* 348/STJ: REsp 978.545/MG, 3.ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.03.2008; *Informativo* 359/STJ: REsp 1.050.435/SP, 3.ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 10.06.2008. Na doutrina: Câmara, *Lições*, v. 2, p. 306-307.

119 (Voltar) Súmula 519/STJ: “Na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios”.

120 (Voltar) *Informativo* 480, Corte Especial, REsp 1.134.186/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 1.º.08.2011.

121 (Voltar) *Informativo* 530/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.291.738/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1.º.10.2013.

122 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no AREsp 164.860/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 04.12.2012, *DJe* 01.02.2013; Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, n. 19, p. 59.

123 (Voltar) *Informativo* 516/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.205.228-RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.02.2013.

124 (Voltar) Informativo 560/STJ, Corte Especial, REsp 1.147.191-RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Segunda Seção, j. 4/3/2015, DJe 24/4/2015, Recurso Especial tema 380.

125 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp. 750.805/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14/02/2008, DJe 16/06/2009.

126 (Voltar) Marinoni-Arenhart- Mitidiero, *Código*, p. 535.

127 (Voltar) *Informativo* 369/STJ, REsp 972.812/RJ, 3.ª Turma, rel. Nancy Andrighi, j. 23.09.2008, *DJe* 12.12.2008.

128 (Voltar) *Informativo* 526/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.265.894-RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.06.2013.

129 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 161, p. 217-218.

130 (Voltar) *Informativo* 356/STJ, 3.ª T., REsp 482.094-RJ, rel. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Sidnei Beneti, j. 20.05.2008.

131 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.649, p. 490.

132 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 183.3, p. 525.

133 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 636; Theodoro Jr., *Processo*, n. 163, p. 219.

134 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 10.11, p. 515; Didier-Cunha-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 487.

135 (Voltar) *Informativo* 358, 2.ª T., REsp 872.722-SP, rel. Eliana Calmon, j. 03.06.2008.

136 (Voltar) AgRg nos EDcl no REsp 1.067.903/RS, 3.ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 21.10.2008, *DJe* 18.11.2008.

137 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 763.975/RS, rel. Humberto Gomes de Barros, j. 13.02.2007, *DJ* 19.03.2007, p. 330; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 283.

138 (Voltar) Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 282.

139 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.650, p. 491.

140 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 186, p. 528.

141 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 225; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 285; Costa Machado, *Código*, p. 1.142.

142 (Voltar) ***Marinoni-Mitidiero,*** *Código****, p. 632-633; Nery-Nery,*** *Código****, p. 1.020; Theodoro Jr.,*** *Processo****, n. 168, p. 224.***

143 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 170, p. 225.

144 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 60; Greco Filho, *Direito*, n.11.2, p. 71; Gumerato Ramos, *Reforma*, p. 179.

145 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 168, p. 223.

146 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 186.2.3, p. 530-531.

147 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 222-223, sugere publicação por meios eletrônicos, afirmando que o ônus da apresentação da proposta é do terceiro, e não do exequente.

148 (Voltar) Marinoni, *Técnica*, p. 455; Didier-Cunha-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 490-491.

149 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 224; Nery-Nery, *Código*, p. 1.020.

150 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 174, p. 228; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 235.

151 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 196, p. 541.

152 (Voltar) Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 288; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 634; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.653, p. 494; Greco Filho, *Direito*, n. 11.5, p. 73.

153 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 227.

154 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 10.11.2, p. 522.

155 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 216; Araken de Assis, *Manual*, n. 171, p. 511.

156 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 626.

157 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 147, p. 206; Fidélis dos Santos, *Execução*, p. 764. Contra, admitindo o levantamento da coisa mediante a prestação de caução: Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 627.

158 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 628. Contra: Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 276; Fidélis dos Santos, *Execução*, p. 765.

159 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.017; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 628; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 276.

160 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 9.3, p. 472.

161 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 217; Theodoro Jr., *Processo*, n. 150, p. 208; Greco, *O processo*, n. 9.3, p. 473.

162 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.639, p. 477; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 219; STJ, 4.ª Turma, REsp 327.650/MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.08.2003, *DJ* 06.10.2003, p. 273.

163 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 176, p. 516.

164 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 219.

165 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 177.1, p. 517.

166 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 177.1, p. 517; Theodoro Jr., *Processo*, n. 155, p. 212; Greco, *O processo*, n. 9.4, p. 477.

167 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 220; Araken de Assis, *Manual*, n. 177.2, p. 518; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 470.

168 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 123, p. 428; Theodoro Jr., *Processo*, n. 181, p. 237; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 436; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 303.

169 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 181, p. 237.

170 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 436; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.662, p. 505.

171 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 123.1, p. 429.

172 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.662, p. 504.

173 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 2, p. 256; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 303.

174 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 123.4, p. 431.

175 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 437.

176 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 986.972/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/10/2012, DJe 23/10/2012.

177 (Voltar) ***Contra, entendendo que o dever de informar exige frustração anterior da diligência do oficial de justiça: Medina,*** *Execução*, ***n. 3.4.4, p. 103; Abelha Rodrigues,*** *Manual*, ***p. 306.***

178 (Voltar) ***STJ, 4ª Turma, REsp 1.086.969/DF, rel. Min. Marco Buzzi, j. 16/06/2015, DJe 30/06/2015.***

179 (Voltar) ***STJ, 1.ª Turma, REsp 812.323/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.09.2008, DJe 02.10.2008; Barbosa Moreira,*** *O novo*, ***p. 213; Marinoni-Arenhart,*** *Execução*, ***p. 438.***

180 (Voltar) *Informativo* ***471/STJ: 4.ª Turma, REsp 924.989/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.05.2011, DJe 17.05.2011.***

181 (Voltar) ***STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 697.624/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27/11/2012, DJe 06/12/2012.***

182 (Voltar) ***STJ, 2ª Turma, REsp 1.248.474/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 24/05/2011, DJe 31/05/2011.***

183 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 1.080.

184 (Voltar) STJ, 1ª Seção, REsp 1.138.202/ES, rel. Min. Luiz Fux, j. 09/12/2009, DJe 01/02/2010, Recurso Especial repetitivo tema 268.

185 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 621.

186 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 2, p. 258.

187 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 125.6, p. 442; Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 76-77.

188 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 48-50; Gumerato, *Reforma*, p. 158.

189 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 235; Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 622.

190 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 622; Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 76; Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 55; Glauco Gumerato, *Reforma*, p. 156.

191 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, EDcl no REsp 1.248.012/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 25.10.2011, *DJe* 28.10.2011; STJ, 1.ª Turma, AgRg no Ag 952.629/RJ, rel. José Delgado, j. 1.º.04.2008.

192 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 539.574/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.12.2005.

193 (Voltar) *Informativo* 506/STJ, 1.ª Turma, AgRg no AREsp 170.817-PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16.10.2012; STJ, 3.ª Turma, REsp 589.772/RS, Rel. Min. Castro Filho, j. 16.02.2006.

194 (Voltar) *Informativo* 543/STJ, 1.ª Seção, REsp 1.252.412/RN, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06.11.2013, DJ 03.02.2014.

195 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 130, p. 446.

196 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 690.618/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 1.º.03.2005, DJ 14.03.2005

197 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 2, p. 260-261; Medina, *Execução*, n. 3.5.4, p. 111.

198 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 218, p. 585; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 261; Shimura, *Arresto*, n. 6.1, p. 217; STJ, 4.ª Turma, REsp 759.700/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, rel. p/ acórdão Min. Jorge Scartezzini, j. 18.08.2005, DJ 24.04.2006.

199 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp 902.536/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27.03.2012, *DJe* 11.04.2012; *Informativo* 421/STJ: REsp 293.287-SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 04.02.2010.

200 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 218, p. 584.

201 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.669, p. 511; Greco, *O processo*, n. 8.1.1, p. 301; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 442; Fux, *Curso*, p. 1.400. Contra: Greco Filho,

Direito, n. 12.2, p. 80.

202 (Voltar) *Informativo* 519/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.370.687-MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 04.04.2013, DJe 15.08.2013.

203 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 219.3, p. 586-587; Fux, *Curso*, p. 1.400.

204 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 442; Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 46-47.

205 (Voltar) No sistema anterior, no sentido do texto: Greco, *O processo*, n. 8.1, p. 304-305. Contra: STJ, 5.ª Turma, REsp 898.167/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 11.11.2008, DJe 01.12.2008.

206 (Voltar) *Informativo* 533/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.338.032/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 05.11.2013, DJe 29.11.2013. Pelo cabimento na execução fiscal: STJ, 1.ª Seção, REsp 1.184.765/PA, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.11.2010, *DJe* 03.12.2010.

207 (Voltar) Súmula 196/STJ: "Ao executado que, citado por edital ou hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para a apresentação de embargos".

208 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 438; Theodoro Jr., *Processo*, n. 183, p. 240.

209 (Voltar) *Informativo* 540/STJ, Corte Especial, REsp 1.348.640/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07.05.2014.

210 (Voltar) Súmula 271/STJ: "A correção monetária dos depósitos judiciais independe de ação específica contra o banco depositário".

211 (Voltar) *Informativo* 543/STJ, 1.ª Seção, REsp 1.360.212/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 12.06.2013, DJe 11.09.2013.

212 (Voltar) Bezerra Leite, *Curso*, p. 768; Nascimento, *Curso*, p. 569.

213 (Voltar) Medina, *Execução*, n. 3.6.2, p. 114.

214 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 379, p. 445; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 533.

215 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, n. 26, p. 306; Mazzei, *Reforma*, p. 606.

216 (Voltar) *Informativo* 497/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.264.272/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.05.2012, DJe 22.06.2012.

217 (Voltar) *Informativo* 497/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.264.272-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.05.2012, DJe 22.06.2012.

218 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 716.

219 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 380, p. 445.

220 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 379, p. 445.

221 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 1.091; Araken de Assis, *Manual*, n. 147.2, p. 470; Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 1.090; Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 229.

222 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 380, p. 446.

223 (Voltar) Mazzei, *Reforma*, p. 609.

224 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, n. 26.1, p. 308.

225 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 147.2, p. 469; Mazzei, *Reforma*, p. 608.

226 (Voltar) Contra, entendendo que cabe sempre ao executado a indicação: Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 716.

227 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 381, p. 446; Mazzei, *Reforma*, p. 606-607.

228 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 147.2, p. 470. Contra: Nery-Nery, *Código*, p. 1.091; Scarpinella Bueno, *A nova*, n. 27, p. 310.

229 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 382, p. 447.

230 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.675, p. 520; Greco, *O processo*, n. 8.2, p. 306.

231 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 237; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 264.

232 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 245.

233 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 245. Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 252.

234 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 159.930/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 06.03.2003, DJ 16.06.2003.

235 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 759.700, rel. Min. Fernando Gonçalves, rel. p/ acórdão Min. Jorge Scartezzini, j. 18.08.2005.

236 (Voltar) Baptista, *Do processo*, p. 286; Araken de Assis, *Manual*, n. 324.2.2, p. 787.

237 (Voltar) Shimura, *Arresto*, n. 6.1, p. 219; Theodoro Jr., *Processo*, n. 193, p. 229.

238 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp 902.536/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27.03.2012, *DJe* 11.04.2012.

239 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 1.403; Greco, *O processo*, n. 8.2, p. 308; Lucon, *Código*, p. 1.817-1.818; Medina, *Execução*, n. 3.9.2, p. 146.

240 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 245; Greco, *O processo*, n. 8.2, p. 307; Araken de Assis, *Manual*, n. 223.2, p. 595.

241 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 939.853/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 11.11.2008.

242 (Voltar) Súmula 417/STJ.

243 (Voltar) *Informativo* 447/STJ: Corte Especial, REsp 1.112.943-MA, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.09.2010, DJe 23.11.2010.

244 (Voltar) *Informativo* 531/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.186.327/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.09.2013, DJe 19.09.2013.

245 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 8.2.1, p. 310-311; Araken de Assis, *Manual*, n. 226.3, p. 603; STJ, 2.ª Turma, REsp 982.515/SP, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 26.02.2008, DJe 24.03.2008; AgRg no Ag 483.789/MG, 1.ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 23.09.2003, DJe 13.10.2003.

246 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 976.357/RJ, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 19.06.2008, DJe 07.08.2008 (*Informativo* 360/STJ).

247 (Voltar) Neves, *Comentários*, p. 43-44; Pontes de Miranda, *Comentários*, p. 238. *Informativo* 273/STJ, REsp 621.404-GO, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 07.02.2006, DJ 15.05.2006.

248 (Voltar) Súmula 417/STJ.

249 (Voltar) Permitindo a substituição de dinheiro penhorado por fiança bancária, REsp 643.097-RS, 2.ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 04.04.2006; REsp 660.288-RJ, 2.ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 10.10.2005. Em sentido contrário, REsp 801.550-RJ, 1.ª Turma, rel. Min. José Delgado, j. 09.05.2006, DJ 08.06.2006; *Informativo* 437/STJ: REsp 1.049.760-RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 1.º.06.2010, DJe 17.06.2010.

250 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 1067630-RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 23.09.2008, DJe 04.11.2008(*Informativo* 369/STJ); AgRg no Ag 952.491-RJ, 4.ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 07.10.2008, DJe 13.10.2008 (*Informativo* 371/STJ).

251 (Voltar) *Informativo* 462/STJ: 1.ª Seção, EREsp. 1.077.039/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, j. 09.02.2011, DJe 12.04.2011; *Informativo* 466/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.116.647/ES, rel. Min. Nancy

Andrighi, j. 15.03.2011, DJe 25.03.2011.

252 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 167.209/MT, rel. Min. Marco Buzzi, j. 07/04/2015, DJe 17/04/2015; STJ, 3ª Turma, REsp 1.304.196/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10/06/2014, DJe 18/06/2014.

253 (Voltar) Neves, *Manual de direito*, n. 47.1.6, p. 1.009-1.010.

254 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 753.453/RJ, rel. Min. Castro Filho j. 24.04.2007, *DJ* 14.05.2007, p. 284.

255 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AgRg no REsp 1.339.501/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18/12/2014, DJe 03/02/2015.

256 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 1.144.

257 (Voltar) Assis, *Manual*, n. 227, pp. 723-724.

258 (Voltar) Neves, *Comentários*, p. 45; Costa Machado, *Código*, p. 1.171.

259 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 271; Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, p. 191; Fux, *A reforma*, p. 269; STJ, 1.ª Turma, AgRg no REsp 1.081.686/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j. 16.12.2008, DJ 19.12.2008; AgRg no Ag 944.358/SC, 2.ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 26.02.2008, DJ 11.03.2008.

260 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, RMS 27.621/DF, rel. Min. Carmen Lucia, j. 07.12.2011, DJe 11.05.2012.

261 (Voltar) Informativo 447/STJ: Corte Especial, REsp 1.112.943-MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.09.2010, DJe 23.11.2010, Recurso Especial Repetitiva temas 218 e 219; STJ, 1ª Seção, REsp 1.184.765/PA, rel. Min. Luiz Fux, j. 24/11/2010, DJe 03/12/2010. Contra: Medina, *Execução*, n. 3.9.7, p. 164.

262 (Voltar) *Informativo* 501/STJ, REsp 1.275.320-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.08.2012, DJe 31.08.2012.

263 (Voltar) STJ, 1ª Turma, REsp 1.304.224/MG, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 04/06/2013, DJe 11/06/2013.

264 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 437.

265 (Voltar) Yarshell-Bonício, *Execução*, p. 116; Luizi Correia, *Em defesa*, p. 105-106.

266 (Voltar) Yarshell-Bonício, *Execução*, p. 117.

267 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 1.221; Pereira, *Breves*, pp.

1.956-1.957. Contra: Medina, Novo, p. 1.154.

268 (Voltar) *Informativo* 515/STJ, 1.ª Turma, AgRg na Rcl 6.537-RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27.02.2013.

269 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 1407723-RS, 2013/0332129-2, rel. Min. Eliana Calmon, j. 21.11.2013, *DJe* 29.11.2013.

270 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.372.133/SC, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 05/06/2014, DJe 18/06/2014.

271 (Voltar) Pereira, Breves, p. 1.960.

272 (Voltar) STJ, 1ª Turma, REsp 1.185.373/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 11/05/2010, DJe DJe 20/05/2010.

273 (Voltar) Pereira, Breves, p. 1.960; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, Primeiros, p. 1.221.

274 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.195.976/RN, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 20/02/2014, DJe 05/03/2014.

275 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 669.914/DF, rel. Min. Raul Araujo, j. 25/03/2014, DJe 04/04/2014.

276 (Voltar) Pereira, *Breves*, p. 1.963; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 1.222.

277 (Voltar) *Informativo* 491/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.284.587-SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 16.02.2012, DJe 01.03.2012.

278 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 893.407/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18.11.2008, DJe 15.12.2008; REsp 982.915/RJ, 1.ª Turma, rel. Min. José Delgado, j. 18.12.2007, DJ 03.03.2008.

279 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 221, p. 283-284; Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 109.

280 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 967.820/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.11.2008; REsp 726.956/RS, 1.ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 09.09.2008.

281 (Voltar) *Informativo* 509/STJ, 1.ª Turma, AgRg no AREsp 242.970-PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 13.11.2012.

282 (Voltar) Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 123; Theodoro Jr., *Processo*, n. 222, p.

284.

283 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 655.

284 (Voltar) Súmula 319/STJ: “O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado”.

285 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 990.502/MS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 06.05.2008, DJe 19.05.2008 (*Informativo* 354/STJ).

286 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.189.997/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 03/08/2010, DJe 17/08/2010.

287 (Voltar) STJ, 1ª Seção, REsp 1.127.815/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 24/11/2010, DJe 14/12/2010, REsp repetitivo tema 260.

288 (Voltar) STJ, 5ª Turma, REsp 796.812/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 13/08/2009, DJe 08/09/2009.

289 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 911.660/MS, rel. Min. Castro Meira, j. 10.04.2007; AgRg no REsp 345.902/SP, 4.ª Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 13.03.2007; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 275; Nery-Nery, *Código*, p. 1.042.

290 (Voltar) *Informativo* 457/STJ: 1.ª Seção, REsp 1.127.815/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.11.2010.

291 (Voltar) Fux, *A reforma*, p. 274; Theodoro Jr., *Processo*, n. 239, p. 296-297; Araken de Assis, *Manual*, n. 229.1, p. 614.

292 (Voltar) *Informativo* 526/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.377.626-RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 20.06.2013.

293 (Voltar) AgRg no Ag 984.056-SP, 1.ª Turma, rel. Min. Denise Arruda, j. 04.09.2008.

294 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 652; Theodoro Jr., *Processo*, n. 241, p. 299.

295 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 658; Araken de Assis, *Manual*, n. 229.6, p. 618.

296 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 244.

297 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 8.2.4, p. 332-333.

298 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no Ag 856.674/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 11.09.2007, DJ 24.10.2007; EREsp 870.428/RS, 1.ª Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 27.06.2007, DJ 13.08.2007.

299 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 244.

300 (Voltar) Assis, *Manual*, n. 252, p. 777.

301 (Voltar) STJ, 1ª Turma, REsp. 419.151/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 05/11/2002, DJ 10.03.2003.

302 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 1.234.

303 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 736.358/SC, rel. Min. Denise Arruda, j. 08.04.2008, DJe 28.04.2008; REsp 450.454/RS, 2.ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 18.05.2006, DJ 01.08.2006.

304 (Voltar) STJ, 4ª Turma, RMS 21.111/RJ, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 16/03/2010, DJe 29.03.2010.

305 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 234, p. 291. Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 663; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 249, mencionam somente o executado como depositário.

306 (Voltar) Greco, *O processo*, 8.2.5, p. 342.

307 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, AgRg no Ag 894.161/SC, rel. Min. José Delgado, j. 11.09.2007.

308 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.278.715/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.06.2013, *DJe* 18.06.2013.

309 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 255; Dinamarco, *Instituições*, v. IV, p. 596; Greco, *O processo*, p. 428.

310 (Voltar) Greco, *Processo*, p. 426-427; Araken de Assis, *Manual*, n. 331.1, p. 797.

311 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 257; Câmara, *Lições*, p. 334.

312 (Voltar) Costa Machado, *Código*, p. 1253; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 2.027.

313 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, RMS 10.994/PE, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 21.10.2004; Leonardo Greco, *O processo*, n. 8.3, p. 351; Araken de Assis, *Manual*, n. 271, p. 691.

314 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 8.3, p. 359; Theodoro Jr., *Processo*, n. 263, p. 319.

315 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, RMS 10.994/PE, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 21.10.2004; RMS 13.038/RS, 2.ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 25.05.2004.

316 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 251; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 359.

317 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 271, p. 692; Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 664.

318 (Voltar) Mazzei, *Reforma*, p. 354-355. Contra: Araken de Assis, *Manual*, n. 271, p. 692; Greco, *O processo*, n. 8.3, p. 356.

319 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 729.712/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 26.06.2007 (*Informativo* 325/STJ).

320 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.698, p. 549; Marinoni-Mitidiero, *Curso*, p. 665; Medina, *Execução*, n. 3.10.4, p. 176.

321 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.698, p. 549.

322 (Voltar) Mazzei, *Reforma*, p. 343-344.

323 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 273.5, p. 697.

324 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp. 843.246/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/06/2011, DJe 27/06/2011.

325 (Voltar) Contra: Amadeo, *Breves*, p. 1.949.

326 (Voltar) STJ, 1ª Seção, REsp. 1.127.815/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 24/11/2010, DJe 14/12/2010.

327 (Voltar) Amadeo, *Breves*, p. 1.950.

328 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 254; Dinamarco, *Instituições*, p. 573-574; Theodoro Jr., *Processo*, n. 271, p. 325.

329 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 522.820/SP, rel. Antonio Carlos Ferreira, j. 22/10/2013, DJe 05/03/2014.

330 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 279, p. 720.

331 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 314; Theodoro Jr., *Processo*, n. 271, p. 326.

332 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 278, p. 331-332; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 315.

333 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, p. 169-173.

334 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 311; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 364.

335 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 575.

336 (Voltar) Souza, *A adjudicação*, p. 99.

337 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 272, p. 326; Araken de Assis, *Manual*, n. 281.1, p. 721-722; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 254.

338 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 1.186.373/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24/03/2015, DJe 14/04/2015.

339 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 435.120/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 07.03.2006.

340 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 316; Greco, *Processo*, p. 418; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 2.011.

341 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 578.

342 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 276, p. 330; Araken de Assis, *Manual*, n. 282.2, p. 725; Fux, *A reforma*, p. 330.

343 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 282.2, p. 725.

344 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 579; Araken de Assis, *Manual*, n. 282.5, p. 727.

345 (Voltar) Souza, *A adjudicação*, p. 146-147.

346 (Voltar) Fux, *A reforma*, p. 331.

347 (Voltar) Câmara, *Juizados*, p. 184-185; Figueira Júnior, *Manual*, p. 334-335.

348 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 283, p. 335.

349 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 286.2, p. 732.

350 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 283, p. 336.

351 (Voltar) Contra: Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 513.

352 (Voltar) Fadel, *Código*, p. 867.

353 (Voltar) *Informativo* 482/STJ: 3.ª Turma, REsp 946.660/MS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 1.º.09.2011.

354 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 520.039/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 21.09.2004; STJ, 4.ª Turma, REsp 200.705/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.02.2002; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.946; Greco, *Processo*, v. 2, p. 379. Contra: Costa Machado, *Código*, p. 1.218.

355 (Voltar) Santos, *Manual*, v. 2, p. 186; Araken de Assis, *Manual*, n. 293, p. 740.

356 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 294, p. 741; Theodoro Jr., *Processo*, n. 290. p. 343; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.953.

357 (Voltar) Costa Machado, *Código*, p. 1.221. Em sentido contrário, entendendo que existe uma ordem legal, Fidélis dos Santos, *As reformas*, p. 90.

358 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 295.1.1, p. 742.

359 (Voltar) Teixeira, *Código*, p. 518.

360 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 295.2, p. 744. Contra: Greco, *Processo*, p. 383-384.

361 (Voltar) Pela intimação: Dinamarco, *Instituições*, p. 568; Araken de Assis, *Manual*, n. 295.1.1, p. 743; Greco, *Processo*, p. 383; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 321. Contra: Theodoro Jr., *A reforma*, p. 135; Fidélis dos Santos, *As reformas*, p. 91; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.954. No Superior Tribunal de Justiça é forte o entendimento pela desnecessidade de intimação (STJ, 3ª Turma, REsp 981.669/TO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12/08/2010, DJe 23/08/2010; STJ, 5ª Turma, REsp 900.580/GO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10/02/2009, DJe 30/03/2009).

362 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 244; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.980.

363 (Voltar) Neves, *Comentários*, p. 98; Araken de Assis, *Comentários*, p. 301; Costa Machado, *Código*, p. 1.222.

364 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.956, entende que nesse caso o Estado deveria arcar com os custos.

365 (Voltar) Para Araken de Assis, *Manual*, n. 304, p. 755, a norma vale como “enunciação de princípio”.

366 (Voltar) Araken de Assis, *Comentários*, p. 309; Theodoro Jr., *A reforma*, p. 142. Contra, Pontes de Miranda, *Comentários*, v. 10, p. 376-377, e Fadel, *Código*, p. 871. Para Dinamarco, *Instituições*, p. 562, tratando-se de juiz e promotor de justiça, o impedimento atinge todas as demandas do foro em que atuem, o que, entretanto, não ocorre com os demais serventuários da Justiça, que só não terão legitimidade para arrematar no processo do qual participaram.

367 (Voltar) Araken de Assis, *Comentários*, p. 313; Theodoro Jr., *A reforma*, p. 143.

368 (Voltar) Araken de Assis, *Comentários*, p.306; Greco, *Processo*, p. 385-386. Contra, entendendo que a questão deve ser resolvida pelo porteiro ou leiloeiro, Fidélis dos

Santos, *Manual*, p. 197.

369 (Voltar) Wambier-Wambier-Medina, *Breves 3*, p. 178; Theodoro Jr., *A reforma*, p. 161-162.

370 (Voltar) *Informativo* 511/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.313.053-DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.12.2012.

371 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 248.

372 (Voltar) Araken de Assis, *Comentários*, p. 694; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 1.972.

373 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 248; Costa Machado, *Código*, p. 1.228.

374 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.454.444/SE, rel. Min. Humberto Martins, j. 26/05/2015, DJe 02/06/2015.

375 (Voltar) Magri, *Ação*, p. 286-290.

376 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 659.

377 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 8.2.6, p. 348; Theodoro Jr., *Processo*, n. 217, p. 279-280.

378 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 329.

379 (Voltar) Scarpinella Bueno, Manual, p. 522.

380 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 316, p. 370.

381 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 539.713/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09/12/2014, DJe 16/12/2014; STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 911.067/PR, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 05/03/2009, DJe 18/03/2009.

382 (Voltar) *Informativo* 435/STJ, 4ª Turma, REsp 511.003-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 18/5/2010, DJe 28.05.2010.

383 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 664.955/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 18.04.2006, DJe 1408.2006; STJ, 2.ª Turma, REsp 594.491/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 02.06.2005, DJe 08.08.2005; Theodoro Jr., *Processo de execução*, n. 316, p. 370-371; Araken de Assis, *Manual*, n. 260, p. 671.

384 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1.195.540/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 09.08.2011, *DJe* 22.08.2011.

385 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp 902.536/RS, rel. Min. Maria Isabel Galotti, j.

27.03.2012, *DJe* 11.04.2012; STJ, 3.ª Turma, RMS 23.822/RJ, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 03.04.2008, DJe 15.04.2008; STJ, 4.ª Turma, REsp 759.700/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, rel. p/ acórdão Min. Jorge Scartezzini, j. 18.08.2005, DJ 24.04.2006; Nery-Nery, *Código*, p. 1.059. Contra, limitando ao arresto executivo: Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 332; Araken de Assis, *Manual*, n. 262, p. 674.

386 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 263, p. 675.

387 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 1.254.320/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.12.2011, *DJe* 15.12.2011; *Informativo* 437/STJ: 3.ª Turma, REsp 829.980-SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 1.º.06.2010, DJe 18.06.2010.

388 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 316, p. 371; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 501.

53. EXECUÇÕES ESPECIAIS

Sumário: 53.1. Execução de prestação alimentícia: 53.1.1. Introdução; 53.1.2. Forma executiva: 53.1.2.1 Procedimento – 53.2. Execução contra a fazenda pública: 53.2.1. Introdução; 53.2.2. Forma executiva; 53.2.3. Procedimento; 53.2.4. Regime dos precatórios; 53.2.5. Compensação em favor da Fazenda Pública; 53.2.6. Emenda Constitucional 62/2009 (A EC do Calote); 53.2.7. Dispensa de precatório; 53.2.8. Preterição no pagamento.

53.1. EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

53.1.1. INTRODUÇÃO

A execução de alimentos é uma execução de pagar quantia certa, que em razão da especial natureza do direito tutelado é tratada como execução especial. A especialidade da execução de alimento dá-se principalmente em razão da previsão de atos materiais específicos a essa espécie de execução, sempre com o objetivo de facilitar a obtenção da satisfação pelo exequente[1].

Há divergência a respeito da espécie de direito de alimentos que pode ser executada pela via especial. Parcela da doutrina entende que a via especial é limitada aos alimentos legítimos, decorrentes em razão de parentesco, casamento ou união estável, excluindo-se da proteção especial os alimentos indenizatórios,

decorrentes de ato ilícito[2]. Não concordo com tal entendimento, porque a necessidade especial do credor de alimentos não se altera em razão da natureza desse direito, não havendo sentido criar um procedimento mais protetivo limitando sua aplicação a somente uma espécie de direito alimentar[3].

Nos termos do § 8º do art. 528 do Novo CPC, a escolha entre os diferentes meios executivos previstos em lei para a execução de alimentos é sempre livre, dependendo exclusivamente da vontade do exequente[4], conforme correto entendimento do Superior Tribunal de Justiça[5].

Nunca vi sentido na doutrina que defendia a inaplicabilidade das normas especiais da execução de alimentos à execução de títulos extrajudiciais. Sempre entendi que, sendo a natureza do direito inadimplido alimentar, pouco importa a natureza do título executivo, ainda que se compreenda que as medidas executivas previstas no procedimento especial de execução de alimentos sejam mais onerosas ao executado, que deve, entretanto, considerar tal fato no momento da formação do título extrajudicial[6]. Esse entendimento, que já era consagrado no Superior Tribunal de Justiça,[7] foi confirmado pelo art. 911, parágrafo único, do Novo CPC, ao determinar a aplicação ao processo de execução de alimentos das regras consagradas nos §§ 2º a 7º do art. 528 do mesmo diploma legal.

No tocante às decisões judiciais, essa espécie de execução não necessita estar fundada em sentença civil condenatória, podendo ser aplicada também às decisões interlocutórias que determinem a

condenação ao pagamento de alimentos provisionais ou provisórios[8], ainda que essa distinção terminológica tenha perdido sentido com o Novo CPC, que não prevê mais a ação cautelar de alimentos provisionais (alimentos ad litem). É justamente nesse sentido a previsão do art. 528, caput, do Novo CPC, ao prever a executabilidade de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos.

No mesmo sentido é o art. 531, caput, do Novo CPC, ao prever que as regras no Capítulo se aplicam aos alimentos definitivos ou provisórios, tendo sido suprimido do texto final a expressão "legítimos", prevista no projeto de lei aprovado na Câmara. A indicação da provisoriedade e definitividade serve apenas para determinar a forma de autuação da execução: autos em apartado no primeiro caso, e nos próprios autos da decisão, no segundo (§§ 1.º e 2.º). O mais importante do dispositivo, entretanto, foi não limitar regras como da prisão civil e do desconto em folha de pagamento aos alimentos legítimos, permitindo que tais medidas executivas sejam também aplicadas em execuções de alimentos derivados de ato ilícito e remuneração de trabalho.

Conforme já afirmado, apoio incondicionalmente o tratamento homogêneo da execução de alimentos, independentemente de sua origem. Reconheço que essa interpretação ampliativa contraria o entendimento de parcela significativa da doutrina[9] e de posição consolidada sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça, que reiteradamente inadmite prisão civil em execução de alimentos fundada em ato ilícito[10] e de honorários advocatícios, ainda que

reconhecendo sua natureza de verba alimentar[11], mas é a única que me parece possível diante da redação legal do dispositivo ora comentado.

Ademais, se o teor da Emenda constante do Tópico 2.3.2.163 do Parecer Final 956 do Senado, responsável pela supressão do termo "legítimos" do texto final do artigo ora analisado, for levado em consideração, meu entendimento ficará ainda mais fragilizado.

A leitura do texto da Emenda é melhor do que qualquer explicação possível: "A definição de 'alimentos legítimos', embora vinculada por muitos civilistas aos alimentos de Direito de Família, não encontra previsão legal, o que pode gerar dúvidas quanto ao alcance do dispositivo, razão por que não convém o seu emprego no dispositivo em epígrafe. Dessa forma, assim como o art. 733 do CPC/1973 não individualizava a espécie de alimentos autorizadores da prisão civil no caso de inadimplência, o novo diploma processual também não o fará, o que desaguará na conclusão de manutenção da orientação jurisprudencial pacificada até o presente momento, firmada no sentido de que o não pagamento de alimentos oriundos de Direito de Família credencia a medida drástica da prisão.

Aliás, essa é a dicção do inciso LXVII do art. 5.º da Carta Magna e do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), os quais somente admitem a prisão civil por dívida, se esta provier de obrigação alimentar. De mais a mais, os alimentos de Direito de Família são estimados de acordo com a possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentado, de modo que, em princípio, o devedor tem condições

de arcar com esses valores. Se não paga os alimentos, é porque está de má-fé, ao menos de modo presumido, o que torna razoável a coação extrema da prisão civil em prol da sobrevivência do alimentado. Já os alimentos indenizatórios (aqueles que provêm de um dano material) são arbitrados de acordo com o efetivo prejuízo causado, independentemente da possibilidade do devedor. Dessa forma, a inadimplência do devedor não necessariamente decorre de má-fé. A prisão civil, nesse caso, seria desproporcional e poderia encarcerar indivíduos por sua pobreza. O mesmo raciocínio se aplica para verbas alimentares, como dívidas trabalhistas, honorários advocatícios etc. Enfim, a obrigação alimentar que credencia a prisão civil não é qualquer uma, mas apenas aquela que provém de normas de Direito de Família".

53.1.2. FORMA EXECUTIVA

Nunca houve dúvida da necessidade de um processo autônomo de execução quando o credor tiver em seu poder um título executivo extrajudicial, ocorrendo o mesmo com o crédito de natureza alimentar. A questão que perturbou sobremaneira os operadores do Direito, que enfrentaram a matéria sob a égide do CPC/1973, era a do cabimento do cumprimento de sentença quando o crédito alimentar estivesse consagrado em título executivo judicial.

A possibilidade de executar sentença condenatória ao pagamento de alimentos por via da fase procedimental do cumprimento de sentença diante das previsões do CPC/1973 dividia a doutrina. Havia doutrinadores que defendiam a manutenção do processo autônomo de execução[12], outros que entendiam pela

aplicação do cumprimento de sentença[13] e ainda uma terceira corrente que defendia a aplicação do processo de execução, quando o exequente optasse pelo art. 733 do CPC/1973, e cumprimento de sentença, quando preferisse se valer do art. 732 do mesmo diploma legal[14].

A divergência foi sanada pelo Novo Código de Processo Civil, passando a obrigação alimentar a ser reconhecida em decisão judicial a ser executada por cumprimento de sentença, reservando-se o processo autônomo à execução de títulos executivos extrajudiciais.

53.1.2.1 Procedimento

53.1.2.1.1 Introdução

O cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos está prevista nos arts. 528 a 533 do Novo CPC e o processo de execução de alimentos nos arts. 911 a 913 do Novo CPC. Há um paralelismo significativo nos dois procedimentos, sendo o caput do art. 911 uma adequação ao processo de execução do caput do art. 528, e os arts. 912 e 913 uma adequação dos arts. 529 e 528, § 8º, todos do Novo CPC.

Enquanto o art. 528, caput, do Novo CPC prevê a intimação pessoal do executado para pagar o débito em três dias, provar que o fez ou justificar sua impossibilidade de efetuá-lo, o art. 911, caput, do Novo CPC apenas modifica a intimação por citação e especifica que o pagamento deve abranger as parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso.

O art. 529 do Novo CPC trata da penhora de salário do funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, com o tradicional desconto em folha de pagamento. O art. 912 do Novo CPC trata do mesmo tema, inclusive com as mesmas regras, sendo apenas curiosa a não repetição no art. 912 do § 3º do art. 529 do Novo CPC, que versa sobre a possibilidade de se prestar o desconto em folha de pagamento à quitação de parcelas vencidas e vincendas. Apesar da omissão, uma análise sistêmica da execução de alimentos exige a conclusão da aplicação de tal regra ao processo autônomo de execução.

Os arts. 528, § 8º, e 913 do Novo CPC tratam do mesmo tema e da mesma forma: a opção do credor em executar o crédito alimentar pelo procedimento comum, seja do cumprimento de sentença no caso de título executivo judicial, seja do processo autônomo de execução no caso de título executivo extrajudicial.

E para consagrar de forma manifesta a grande proximidade procedimental, o art. 911, parágrafo único, do Novo CPC determina a aplicação dos §§ 2º a 7º do art. 528 do mesmo diploma legal ao processo de execução de alimentos.

O art. 532 do Novo CPC traz uma interessante novidade quanto à ciência do Ministério Público pelo juiz para apuração do crime de abandono material. Embora prevista apenas no Capítulo referente ao cumprimento de sentença da obrigação alimentar, acredito que a regra também seja aplicável ao processo autônomo de execução.

Apesar de positivo, o dispositivo legal ora analisado não consegue esclarecer exatamente quais os indícios que levarão o juiz a tomar tal providência. Segundo o texto legal, seria a postura procrastinatória do executado, mas, naturalmente, não há como imaginar um abandono material se os alimentos estiverem sendo pagos, ainda que o executado assuma postura procrastinatória. Por outro lado, mesmo que não haja qualquer postura nesse sentido, a resistência em pagar os alimentos poderia, em tese, configurar o crime de abandono material.

Entendo que o legislador, nesse ponto, teve um nobre propósito na tutela do alimentando, mas a previsão legal, por ser de difícil compreensão, fatalmente será de aplicação rara na praxe forense. Na realidade, melhor seria apenas relembrar o juiz de seu poder de provocar o Ministério Público a respeito do crime de abandono material, até porque a simples postura do devedor em deixar de pagar os alimentos já é o suficiente, ao menos indiciariamente, para a tipificação do crime. Nesse sentido, o caput do art. 244 do CP: “Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada [...]”.

53.1.2.1.2. Diferentes procedimentos

Já tive a oportunidade de afirmar que, preferindo o exequente adotar o procedimento previsto pelo § 8º do art. 528 e pelo art. 913 do Novo CPC, cabe a aplicação das normas referentes ao

procedimento comum do cumprimento de sentença ou processo de execução de obrigação de pagar quantia certa, a depender da natureza do título executivo. Por outro lado, optando pelo procedimento previsto no § 3º do art. 528, em razão de sua incontestável especialidade, teremos um procedimento especial tanto no cumprimento de sentença como no processo de execução.

Registre-se que há corrente doutrinária que entende que os arts. 528, § 8º, e 913 do Novo CPC não preveem dois diferentes procedimentos executivos, mas diferentes medidas executórias à disposição do exequente[15]. Para essa corrente doutrinária, o procedimento da execução de alimentos é sempre o comum, com apenas algumas especialidades no tocante a medidas executivas de sub-rogação (desconto em folha de pagamento) e de execução indireta (prisão civil). De qualquer forma, como consagrado no Superior Tribunal de Justiça, a escolha será sempre do credor exequente[16].

Quanto à competência para o cumprimento de sentença, o art. 528, § 9.º, do Novo CPC incluiu mais um foro além daqueles previstos no art. 516, parágrafo único, do mesmo diploma legal: o foro do domicílio do exequente. Portanto, fica o exequente livre para escolher entre o juízo que prolatou a decisão exequenda, o foro do local dos bens do executado, o foro do domicílio do executado e o foro de seu domicílio. A previsão consagra entendimento jurisprudencial no sentido de poder o exequente de alimentos executar a sentença no foro de seu domicílio, independentemente do foro que proferiu a decisão exequenda[17]. Embora não exista previsão expressa nesse sentido para o processo de execução de

alimentos, entendo que a ratio presente no cumprimento de sentença, para a proteção do titular do direito de alimentos, também se aplica ao processo de execução, de forma a ser também para ele competente, além dos foros previstos no art. 781 do Novo CPC, o previsto no § 9º do art. 528 do mesmo diploma legal.

53.1.2.1.3. Execução por sub-rogação

Optando o exequente pela execução por sub-rogação, já foi afirmado que o procedimento será de execução comum de pagar quantia certa. A especialidade fica por conta do desconto em folha de pagamento (arts. 529 e 912 do Novo CPC). Para parcela da doutrina, existe também especialidade procedimental na previsão dos arts. 528, § 8º, e 913 do Novo CPC, que permitem o levantamento mensal da importância da prestação, desde que tenha sido penhorado dinheiro, ainda que pendentes de julgamento os embargos. Entendo não mais se tratar de especialidade procedimental, porque no sistema atual os embargos à execução e a impugnação como regra não têm efeito suspensivo, de forma que o levantamento do dinheiro penhorado é admissível não só na execução de alimentos, como em qualquer outra execução de pagar quantia certa.

Há, entretanto, uma interessante questão derivada da aplicação dos arts. 528, § 8º, e 913 do Novo CPC à luz dos arts. 525, § 6º, e 919, § 1º, do Novo CPC: havendo penhora de dinheiro na execução de alimentos, é possível ao executado, desde que preenchidos os requisitos previstos nos arts. 525, § 6º, e 919, § 1º, do Novo CPC, a obtenção de efeito suspensivo aos embargos ou a impugnação? Tudo leva a crer que não, porque se o legislador já previa a

possibilidade de levantamento de dinheiro (o que só pode ocorrer porque os embargos não têm efeito suspensivo) quando o efeito suspensivo dos embargos era ope legis, com maior razão o entendimento deve ser mantido para a atual situação de efeito suspensivo ope iuris.

Segundo os arts. 529, caput, e 912, caput, do Novo CPC, o desconto em folha de pagamento é possível quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, hipótese na qual o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação. Os dispositivos indicam que essa forma de expropriação depende do pedido do exequente, não podendo, dessa forma, ser determinado de ofício pelo juiz.

Aduz o art. 529, § 1º, do Novo CPC que o juiz, ao proferir a decisão admitindo o desconto em folha de pagamento, oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício. No art. 912, § 1º, do Novo CPC há a mesma providência a ser tomada pelo juiz ao despachar a petição inicial, não havendo, entretanto, preclusão temporal para o pedido, de forma que ausente este na petição e elaborado supervenientemente, o juiz poderá deferir o pedido em momento posterior ao do despacho da petição inicial.

Apesar da omissão legal, sempre que o profissional liberal for comprovadamente remunerado pelo seu trabalho de forma estável e periódica, é admissível oficiar ao pagador para que realize o devido

desconto em tais pagamentos[18].

No § 3.º do art. 529 do Novo CPC, em regra também aplicável ao processo de execução, consagra-se recente entendimento jurisprudencial no sentido de que o desconto em folha de pagamento pode servir ao pagamento de parcelas vencidas e vincendas[19]. O dispositivo prevê que, nesse caso, a soma de desconto para pagamento de parcelas vencidas e vincendas não pode superar 50% dos ganhos líquidos do devedor. A regra é interessante porque geralmente se estabelecia como teto de desconto o valor de 30% da remuneração, e no caso de cumulação de prestações vencidas e vincendas o valor será superior a esse por expressa autorização legal.

O terceiro não é prejudicado com o desconto determinado pelo juiz, não havendo interesse de agir numa eventual irresignação; afinal, para o pagador não importa para quem o pagamento é destinado. Na hipótese de descumprir a ordem do juiz e continuar a pagar diretamente ao devedor de alimentos, os valores indevidamente desviados poderão ser cobrados pelo credor de alimentos diretamente do terceiro pagador[20], que ainda poderá responder pelo crime de desobediência, nos termos dos arts. 529, § 1º e 912, § 1º, do Novo CPC.

53.1.2.1.4. Execução indireta – Protesto

Nos termos do § 1º do art. 528 do Novo CPC, caso o executado não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial. Trata-se, na realidade,

de previsão específica voltada para o cumprimento de sentença de alimentos, já que o protesto para qualquer cumprimento de sentença já está previsto no art. 517 do Novo CPC.

Conforme devidamente analisado no Capítulo 40, item 40.3, o protesto da sentença tem como função pressionar psicologicamente o executado a cumprir a obrigação, se prestando a exercer a mesma espécie de pressão por meio de ameaça de piora da situação do devedor no cumprimento de sentença de alimentos. Há, entretanto, duas especialidades no protesto em execução de alimentos, sendo que uma delas, por incrível que pareça, contraria o ideal de proteção plena ao credor de alimentos.

No art. 517 do Novo CPC, o protesto será realizado se transcorrido o prazo de 15 dias da intimação do executado para satisfação da obrigação sem ter ocorrido o pagamento. Significa dizer o óbvio, ou seja, se houver o pagamento no prazo legal, não haverá protesto. Nesse sentido, não chega a ser particularidade do cumprimento de sentença a impossibilidade de protesto da sentença se o executado demonstrar que já pagou no prazo de três dias.

A novidade fica por conta da terceira reação prevista no § 1º do art. 528 do Novo CPC, que prevê ser impeditivo do protesto, a apresentação de justificativa para o não pagamento, consolidando o equívoco do legislador no § 3º do mesmo dispositivo ao prever que não sendo admitida a justificativa apresentada, o juiz determinará o protesto da sentença. O legislador confundiu o inconfundível, ou seja, as duas espécies de execução indireta cabíveis na execução de alimentos: o protesto do título executivo judicial e a prisão civil.

A apresentação de justificativa evita a prisão imediata do devedor de alimentos, e sua rejeição a libera. Nada tem a ver com a existência do direito do exequente, mas apenas com o afastamento da prisão civil. Dessa forma, se o executado apresentar justificativa pelo não pagamento em 3 dias, ainda assim a sentença deverá ser protestada, a par do previsto no § 1º do art. 528 do Novo CPC. Ser a justificativa acolhida ou rejeitada não terá qualquer relevância para tal protesto, que já terá ocorrido, a par da previsão do § 3º do art. 528 do Novo CPC.

Por outro lado, ao prever que o protesto é cabível tanto de sentença como de decisão interlocutória, sem qualquer previsão expressa no sentido de que tais decisões tenham transitado em julgado, o art. 528, § 1º, do Novo CPC permite que em cumprimento de sentença de alimentos, mesmo provisória, se admita o protesto do pronunciamento judicial que reconheceu, ainda que provisoriamente, o direito a alimentos.

53.1.2.1.5. Execução indireta – Prisão civil

Optando o exequente pelo procedimento do art. 528, § 3º, do Novo CPC, o executado será citado para que no prazo de três dias adote uma entre três possíveis posturas, não estando prevista expressamente em lei a ausência de reação do executado, embora essa seja não só uma reação possível, mas, infelizmente, frequente na praxe forense.

A primeira reação prevista em lei é o pagamento, em espécie de reconhecimento jurídico do pedido, o que acarreta ao executado o dever de pagar também as custas processuais e os honorários advocatícios, sendo a execução extinta. Poderá o executado alegar e

provar que já cumpriu a obrigação, que em regra se dá pelo pagamento, também se admitindo outras formas menos frequentes, tais como a transação, novação etc. Sendo acolhida essa alegação, a execução será extinta.

Poder-se-á ainda se justificar pelo não pagamento, indicando com seriedade e de forma fundamentada as razões que efetivamente o impossibilitaram de satisfazer o direito do exequente. A seriedade da alegação decorre geralmente de prova documental juntada com a defesa, mas o executado tem direito a produzir provas em momento procedimental posterior, em especial a testemunhal, que não pode ser produzida no momento da defesa. A justificativa impede a prisão porque, segundo o art. 5.º, LXVII, da CF, somente o inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia permite a prisão civil.

Sendo acolhida a defesa, a prisão civil não será decretada, devendo o juiz extinguir a execução, podendo o exequente requerer a instauração da execução por quantia certa contra devedor solvente pelo procedimento comum, nos próprios autos ou em autos apartados[21]. Há decisões do Superior Tribunal de Justiça admitindo a conversão de um rito procedimental em outro, mormente quando mais favorável ao executado, como é o caso presente[22].

Para o Superior Tribunal de Justiça, a prisão civil, por restringir a liberdade do devedor, representa uma sanção de natureza personalíssima que não pode recair sobre terceiro, de forma que não pode ser preso o inventariante diante de dívida alimentar do espólio[23]. Discordo de tal posicionamento por duas

razões. Primeiro, porque a prisão civil nada tem de sanção, tendo natureza de medida de execução indireta. Segundo, porque, ao se admitir que apenas a pessoa humana devedora de alimentos pode ser presa, essa importante forma de pressionar psicologicamente o devedor passa a ser inaplicável às pessoas jurídicas e pessoas formais.

Segundo os tribunais superiores, não sendo acolhida a justificativa e determinada a prisão, não cabe habeas corpus para convencer o tribunal das razões do inadimplemento, considerando-se a limitação probatória presente desse tipo de ação[24]. Ainda que se concorde com o entendimento dos tribunais superiores a respeito da inadequação do habeas corpus em razão de seu procedimento sumário documental, não se deve descartar a priori sua utilização contra a decisão que decreta a prisão civil, até mesmo porque, sendo possível ao autor a produção de prova documental em seu favor, apesar de continuar a ser tecnicamente mais apropriado o recurso cabível contra a decisão (p. ex., na decisão proferida pelo juízo de primeiro grau cabe agravo de instrumento), deve se admitir o habeas corpus como meio viável de garantir ao preso sua liberdade.

Tratando-se de decisão interlocutória de primeiro grau, o órgão competente para o julgamento do habeas corpus é o tribunal de segundo grau ao qual esteja vinculado o órgão de primeiro grau, sendo irrelevante o local em que esteja preso o autor do habeas corpus. A competência do Superior do Tribunal de Justiça exige que a decisão que determina a prisão tenha sido proferida pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, ainda que em agravo de

instrumento contra a decisão que denegou tal pedido em primeiro grau de jurisdição[25].

De tudo quanto afirmado com relação às formas de impugnação da decisão que decreta a prisão civil, haveria uma opção ao preso: a mais técnica seria a interposição do recurso cabível e a mais atécnica, mas também admitida em razão da importância que o sistema jurídico concede à liberdade, o habeas corpus. Entendo que não se deve admitir a existência concomitante dos dois instrumentos, porque haverá nesse caso identidade de partes, causa de pedir e pedido, o que configura a litispendência. Havendo o julgamento no mérito de um dos instrumentos impugnativos, entendo que a coisa julgada material deveria ser suficiente para impedir o manejo do outro instrumento, mas aparentemente não é exatamente esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, existindo decisão daquele tribunal que admite o habeas corpus mesmo depois de preclusa a decisão desfavorável ao preso proferida em agravo de instrumento[26]. O Tribunal preferiu prestigiar a justiça à segurança jurídica, admitindo a relativização da coisa julgada para afastar o decreto de prisão, em entendimento que já havia proporcionado decisão anterior a admitir a revogação da prisão civil mesmo diante do óbice da coisa julgada material em sentido contrário[27].

Não havendo pagamento, não se justificando o executado, ou, ainda, não convencendo o juiz de suas justificativas, deverá ser determinada sua prisão civil, como meio de pressão psicológica para que este realize o pagamento. Como já defendi o entendimento de que o procedimento especial pode ser aplicado a qualquer

espécie de direito alimentar, é natural a possibilidade de aplicação da prisão civil na execução de alimentos decorrentes de ato ilícito[28]. Há interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça que, apesar de não tratar diretamente do tema, defende a tese de inoponibilidade da impenhorabilidade do bem de família em execução de alimentos por ato ilícito, afirmando que o sentido teleológico do art. 3.º, III, da Lei 8.009/1990 não limita sua aplicação somente aos alimentos decorrentes de laços de família[29]. Se o raciocínio se aplica a questões referentes à penhorabilidade, também deve ser aplicado no tocante aos meios executivos, em especial a prisão civil.

Essa prisão não tem cunho satisfativo tampouco punitivo, sendo apenas um mecanismo de pressão sobre a vontade do devedor, de forma que, mesmo preso, o executado continua a ser devedor das prestações vencidas e vincendas (art. 528, § 5º, do Novo CPC)[30]. Justamente por ser apenas mecanismo de pressão, com o pagamento do devedor será imediatamente suspenso o cumprimento da ordem de prisão (por meio de expedição de salvo conduto) ou, já tendo sido o executado preso, será imediatamente libertado, por meio de expedição de alvará de soltura. Para a doutrina majoritária, a decretação da prisão não pode dar-se de ofício pelo juiz[31], tampouco por manifestação do Ministério Público quando funcionar como fiscal da lei, dependendo de manifestação expressa do exequente nesse sentido. O Superior Tribunal de Justiça também entende sempre que a prisão civil depende de pedido expresso do exequente[32].

O prazo máximo da prisão, segundo o art. 528, § 3.º, do Novo

CPC, que repete a previsão do art. 733, § 1º, do CPC/1973, é de um a três meses. O dispositivo mantém a divergência com a Lei de Alimentos (Lei 5.478/1968), que em seu art. 19, caput, determina que o prazo máximo da prisão seja de 60 dias, ou seja, dois meses. Curiosamente, o art. 1.072, V, do Novo CPC revogou apenas os arts. 16, 17 e 18 da Lei de Alimentos, de forma que o art. 19, ao menos expressamente, não foi revogado.

Ao não revogar o art. 19 da Lei de Alimentos, o Novo Código de Processo Civil se presta a manter a considerável divergência doutrinária a respeito do prazo de prisão civil. Um primeiro entendimento faz distinção entre a execução de alimentos provisionais (um a três meses) e de alimentos definitivos (máximo de 60 dias). Um segundo entendimento prefere a aplicação do Código de Processo Civil, com o prazo entre um e três meses, independentemente de se tratar de alimentos provisionais ou definitivos[33]. E um terceiro entendimento defende a aplicação da Lei de Alimentos, apontando para o prazo máximo de 60 dias tanto na execução de alimentos provisionais como definitivos[34]. Pelo menos o art. 528, § 3º, do Novo CPC consagrou o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, que entende ser o prazo mínimo de um mês e máximo de três meses[35].

Naturalmente que o prazo analisado é o máximo de prisão que poderá suportar o devedor, sendo liberado imediatamente da prisão na hipótese do pagamento do valor devido que ensejou a aplicação da medida executiva indireta. O Superior Tribunal de Justiça entende que o pagamento parcial desse valor não é suficiente para a revogação da prisão[36].

Durante o trâmite legislativo do Novo Código de Processo Civil houve a tentativa de se aliviar a pressão psicológica *sobre o* devedor de alimentos ao se prever que a prisão civil do devedor de alimentos seria cumprida em regime semiaberto, e somente na hipótese de novo aprisionamento no regime fechado. Além disso, deveria ficar separado dos "presos comuns" (entenda-se: presos em razão de ato ilícito penal), e, se impossível essa separação, a prisão seria domiciliar.

A leniência do legislador brasileiro com o devedor é uma vergonha para nosso Direito. Impenhorabilidade absoluta de salários, imóveis de valores altíssimos preservados como bem de família, e agora uma prisão em regime semiaberto ou até mesmo domiciliar. A prisão civil é uma forma de execução indireta, que busca pressionar o devedor ao cumprimento da obrigação, e quanto menos severa a consequência do descumprimento da decisão judicial, menor será sua força de persuasão. Não é preciso muito esforço para se concluir que a prisão civil perderia em parte considerável sua força coercitiva se vingasse a proposta originária.

A tentativa felizmente não prosperou e o art. 528, § 4º, do Novo CPC, prevê que a prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns. Sendo o preso advogado, não terá direito a ser recolhido em sala de Estado Maior ou, na sua ausência, em prisão domiciliar, prerrogativa limitada à prisão penal, de índole punitiva[37].

Por ser medida de extrema violência, a jurisprudência vinha limitando a utilização de tal medida coercitiva, não sendo decretada

a prisão para a cobrança de diferenças de pensões vencidas, ou para a cobrança de débitos antigos ou de mais de três meses da propositura da execução[38]. Esse entendimento foi consolidado no § 7º do art. 528 do Novo CPC.

O entendimento consagrado nos tribunais superiores deve ser bem compreendido: somente se admite a prisão do devedor de alimentos referente às três últimas parcelas não quitadas anteriores ao ajuizamento da execução, por cumprimento de sentença ou processo autônomo, mas, vencendo-se parcelas durante esse processo, a prisão só será elidida na hipótese de pagamento integral da dívida: as três parcelas mais recentes anteriores ao ajuizamento e todas as demais que se vencerem durante a execução até o pagamento.

Com o mesmo espírito de ser a prisão civil medida coercitiva extrema, o Superior Tribunal de Justiça entende que, sendo diminuído o valor dos alimentos fixados provisoriamente por sentença, as prestações vencidas aptas a ensejar a prisão do devedor devem tomar como base de cálculo o menor valor fixado em sentença[39]. Por outro lado, admitem a prisão civil diante do inadimplemento de alimentos transitórios[40].

Conforme corretamente já decidiu o Supremo Tribunal Federal, havendo sucessão de execuções de alimentos a prisão só será admitida na primeira, porque enquanto não houver o pagamento, as prestações cobradas nas execuções seguintes sempre estarão computadas nas “prestações vincendas” da primeira execução[41]. A prisão, porém, pode ser renovada diante de novo

inadimplemento do devedor tantas vezes quanto necessárias, desde que se trate de novas parcelas em aberto após a ameaça ou a efetiva decretação da prisão civil do devedor[42].

53.2. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

53.2.1. INTRODUÇÃO

Principalmente em razão da natureza dos bens públicos – de uso comum, de uso especial ou dominicais – considerados inalienáveis e, por consequência lógica, impenhoráveis, o procedimento da execução de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública demanda uma forma diferenciada daquela existente para a execução contra o particular[43]. Também se costuma afirmar que a especialidade do procedimento está relacionada ao princípio da continuidade do serviço público[44], já que os bens não poderiam ser afastados de sua utilização pública, sob pena de prejuízo à coletividade. Por fim, o procedimento especial também é justificado no princípio da isonomia, sendo o pagamento por precatórios a única maneira apta a garantir que não haja preferências na ordem de pagamento aos credores da Fazenda Pública[45].

Não concordo com a parcela doutrinária que defende que a Fazenda Pública não é executada, porque, não havendo atos de constrição patrimonial e expropriação, não se pode dar ao procedimento previsto nos arts. 534, 535 e 910 do Novo CPC e 100 da CF a natureza executiva[46]. Expressões como “falsa execução”[47] ou “execução imprópria”[48] não devem ser prestigiadas. Entendo que todo procedimento voltado a resolver a crise jurídica de satisfação é uma execução, sendo irrelevantes para a determinação da natureza executiva do processo as técnicas procedimentais

previstas em lei para a obtenção desse objetivo. Sendo o procedimento previsto em lei o adequado para o credor da Fazenda Pública receber seu crédito, com a solução da crise jurídica de satisfação, trata-se de execução.

Registre-se que as demais formas de execução – fazer/não fazer e entrega de coisa – não exigem procedimento diferenciado quando a Fazenda Pública ocupa o polo passivo, devendo-se seguir as regras gerais previstas pelo Código de Processo Civil[49]. É possível, inclusive, a aplicação do art. 537 do Novo CPC com a aplicação das astreintes[50], observadas as ressalvas criadas pela Lei 9.494/1997, art. 1.º (lei que disciplina a tutela antecipada contra a Fazenda Pública).

Em sua antiga redação, o art. 100, caput, da CF indicava que os créditos de natureza alimentar independiam de expedição de precatório, mas os tribunais superiores consagraram o entendimento de que tais créditos têm preferência no pagamento, mas não dispensam a expedição de precatórios[51]. Esse entendimento foi integralmente consagrado pela Emenda Constitucional 62/2009, que modificou a redação do art. 100, caput, da CF e incluiu no § 1.º a expressa previsão de preferência dos débitos de natureza alimentar. Em termos de direito de preferência, a Emenda Constitucional 62/2009 criou uma preferência no âmbito dos débitos alimentares para os credores que tenham mais de 60 anos na data da expedição do precatório e para os portadores de doenças graves, até o limite de 3 vezes o valor previsto no art. 100, § 3.º, da CF (art. 100, § 2.º, da CF).

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o direito de preferência outorgado ao idoso no pagamento de precatórios é personalíssimo, nos termos do art. 10, § 2.º, da Resolução 115/2010 do CNJ, de forma a não terem mantido tal direito os sucessores do credor, ainda que estes também sejam idosos[52]. Esse entendimento, entretanto, vem sendo rejeitado na prática pela maioria dos tribunais, em posicionamento que precede o que ficou consagrado no art. 23, parágrafo único, de Resolução elaborada pelo FONAPREC (Fórum Nacional dos Precatórios), e em nova resolução do CNJ, que aguarda apenas a confirmação do Plenário.

Para aplicação do procedimento especial previsto pelo art. 100 da CF e arts. 534, 535 e 910 do Novo CPC, por "Fazenda Pública" devem ser entendidos tanto os entes que compõem a administração direta – União, Estado, Município e o Distrito Federal – como também aqueles que compõem a administração indireta, sempre que regidas por regras de direito público – autarquias e fundações de direito público. Para parcela da doutrina, também devem ser incluídas as agências reguladoras, porque regidas pelo direito público[53].

No caso das sociedades de economia mista e empresas públicas, a aplicação do procedimento executivo dependerá das atividades que exercem[54]:

(i) quando atuam em operações econômicas em concorrência com as empresas privadas, aplica-se o art. 173, § 1.º, da CF, sendo executadas pelo procedimento executivo comum;

(ii) quando exploram atividade econômica própria das entidades privadas, mas para

prestar serviço público de competência da União Federal, são executadas pelo procedimento especial. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu pela impenhorabilidade dos bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)[55], exigindo também para essa empresa a observação do procedimento executivo especial ora analisado.

Apesar das modificações ocorridas no art. 100 da CF, realizadas pela Emenda Constitucional 30/2000, com a utilização expressa do termo "sentença judiciária", a execução contra a Fazenda Pública pode se fundar tanto em título executivo judicial (sentença), como em título executivo extrajudicial[56]. O entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto aponta para a possibilidade de execução de título extrajudicial, sem que isso de alguma forma represente ofensa ao regime jurídico de direito público inerente à atuação do Estado em juízo[57]. Reconhecendo o entendimento jurisprudencial, o legislador afastou de vez qualquer dúvida e positivou o tema no art. 910 do Novo CPC.

53.2.2. FORMA EXECUTIVA

Há uma importante inovação quanto à execução de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. No sistema do CPC/1973, independentemente da natureza do título executivo – judicial ou extrajudicial –, essa espécie de execução demandava um processo autônomo de execução. Já no Novo Código de Processo Civil haverá cumprimento de sentença quando o título executivo for judicial (arts. 534-535) e processo autônomo de execução, quando o título executivo for extrajudicial (art. 910).

Ainda que haja diferenças procedimentais entre as duas formas executivas, é inegável a existência de diversas regras comuns a ambas, o que é confirmado pela previsão do art. 910, § 3.º, do Novo CPC, no sentido de serem aplicáveis ao processo de execução, no que couber, as regras do cumprimento de sentença.

53.2.3. PROCEDIMENTO

53.2.3.1. Cumprimento de sentença

O art. 534 do Novo CPC prevê os requisitos formais do requerimento inicial do cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa. Na hipótese de litisconsórcio ativo, o § 1.º do dispositivo ora analisado prevê que cada um dos exequentes apresentará o seu próprio demonstrativo, sendo aplicáveis as regras do litisconsórcio multitudinário previsto no art. 113 do Novo CPC.

O dispositivo tem em sua maioria de incisos a repetição das regras formais previstas no art. 524 do Novo CPC, que regulamenta o requerimento inicial do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de pagar quantia certa contra devedores em geral.

Os incisos II a VI do art. 534 do Novo CPC repetem os mesmos incisos do art. 524 do mesmo diploma legal: o índice de correção monetária adotado; os juros aplicados e as respectivas taxas; o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados; a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

As especialidades ficam por conta da exclusão da qualificação do executado prevista no inciso I do art. 524 do Novo CPC, já que a Fazenda Pública não tem nome completo e tampouco número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, e da inexistência da regra consagrada no art. 524, VII, do Novo CPC, visto que no cumprimento de sentença de pagar quantia contra a Fazenda Pública não há bens a penhorar.

Segundo o art. 535, caput, do Novo CPC, a intimação da Fazenda Pública será realizada na pessoa de seu representante legal, mediante carga, remessa ou meio eletrônico, abrindo-se prazo de 30 dias para a impugnação, que será apresentada nos próprios autos. Tratando-se de execução de título judicial, naturalmente não pode a Fazenda Pública – bem como qualquer outro executado – voltar a discutir o direito exequendo fixado em sentença, sob pena de ofensa à coisa julgada material ou à eficácia preclusiva da coisa julgada. Dessa forma, haverá, na impugnação, uma limitação da cognição horizontal, restringindo-se às matérias passíveis de alegação nessa espécie de defesa.

Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada, deverá ser expedido, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal. Sendo caso de expedição de RPV (Requisição de Pequeno Valor), o inciso II do § 3º do art. 535 do Novo CPC prevê que por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de dois meses, contado da entrega da requisição,

mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

Para parcela da doutrina, mesmo diante da omissão da Fazenda Pública, cabe ao juiz enviar os autos ao contador judicial, com o que se evitam eventuais abusos em detrimento do dinheiro público[58]. Acredito que, numa manifesta disparidade entre o valor exequendo e o valor representado pelo título executivo, cabe ao juiz exercer um controle de ofício por meio da remessa dos autos ao contador, até porque quem executa por valor superior ao seu crédito executa parcialmente sem título, e a ausência de título é matéria de ordem pública, que deve ser conhecida de ofício pelo juiz. Entretanto, tornar tal medida uma regra decorrente da mera omissão da Fazenda Pública não parece ser a solução mais adequada, tendo inclusive potencial de criar indevidos embaraços procedimentais para o exequente de boa-fé.

Sendo a impugnação apenas parcial, a parte incontroversa será, nos termos do art. 535, § 4º, do Novo CPC, objeto de cumprimento. O dispositivo consagra legislativamente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema[59].

O § 2.º do art. 534 do Novo CPC expressamente exclui a multa prevista no art. 523, § 1.º, do mesmo diploma legal, o que significa que, mesmo não pagando o valor devido em 15 dias, a Fazenda Pública não suportará a aplicação de multa de 10% do valor exequendo. O dispositivo guarda lógica com o caput do art. 535 do Novo CPC, que determina a intimação da Fazenda Pública para impugnar a execução, e não para pagar. Não parece, entretanto, que

a Fazenda Pública deixe de ser condenada a pagar os honorários advocatícios, ao menos nas execuções que serão satisfeitas por RPV, já que o art. 85, § 7º, do Novo CPC prevê que não será condenada a Fazenda Pública em cumprimento de sentença não impugnado que enseje a expedição de precatório.

Apesar da omissão legal, também não será possível o protesto do título no cumprimento definitivo de sentença. A especial condição da Fazenda Pública como executada afasta a aplicação de medidas coercitivas para o pagamento da dívida exequenda no prazo legal.

Estão previstas no art. 535 do Novo CPC as matérias alegáveis, sendo o dispositivo uma cópia quase integral do art. 525, § 1.º, do Novo CPC, que trata do mesmo tema na impugnação de cumprimento de sentença comum. A única diferença é a exclusão da matéria consagrada no inciso IV daquele dispositivo (penhora incorreta ou avaliação errônea), consequência natural da inexistência da penhora na execução contra a Fazenda Pública. Portanto, valem os comentários feitos no Capítulo 54, item 54.3.2., inclusive as críticas.

O legislador, na realidade, não precisava ter repetido tantas regras já consagradas dez artigos antes. Bastava fazer uma remissão genérica, determinando a aplicação do art. 525 do Novo CPC, no que coubesse, ou ainda ser mais preciso, indicando quais das regras de tal dispositivo legal deveriam ser aplicadas na impugnação do cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública.

53.2.3.2. Processo de execução

O procedimento previsto para o processo de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública é consideravelmente simples, já que dispensa tanto a garantia do juízo (os bens públicos são impenhoráveis) quanto os atos de expropriação, como a avaliação, realização de hasta pública, arrematação, adjudicação etc. A Fazenda Pública é citada para embargar no prazo de 30 dias (art. 910, caput, do Novo CPC), e não para pagar como todos os demais executados em execução de pagar quantia certa.

Caso a Fazenda Pública não oponha embargos ou transite em julgado a decisão que os rejeitar, prevê o § 1º do art. 910 do Novo CPC, a expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da CF. O procedimento a partir daí segue, no que couber, os arts. 534 e 535 do Novo CPC, já devidamente analisados, nos termos do art. 910, § 3º, do Novo CPC.

A única outra previsão específica do Capítulo V, do Título II, do Livro II da Parte Especial do Novo CPC é o § 2º do art. 910, ao prever que nos embargos a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento. O dispositivo é repetição inútil e desnecessária do art. 917, VI, do Novo CPC.

Apesar do procedimento especial dessa execução, é indubitável a aplicação subsidiária das regras do processo de execução comum naquilo que não for incompatível com as regras procedimentais previstas pelo art. 910 do Novo CPC e art. 100 da CF. É natural que todas as normas que versam sobre penhora, avaliação, expropriação e entrega de dinheiro são inaplicáveis, mas

há uma questão que deve ser enfrentada: os efeitos dos embargos à execução.

Entendo aplicável a regra do art. 919, § 1º, do Novo CPC, de forma que o efeito suspensivo deva ser concedido no caso concreto somente se a Fazenda Pública preencher os requisitos legais, dispensada naturalmente a existência de penhora[60]. O interessante é notar que a ausência de efeito suspensivo aos embargos à execução faz com que o procedimento prossiga, devendo ser praticados os atos subsequentes; na execução contra a Fazenda Pública, o ato subsequente é a expedição do precatório pelo presidente do tribunal competente ou a expedição da ordem de pagamento por RPV pelo juízo da execução.

Compreendo que o entendimento defendido encontrará diversas dificuldades. Para a doutrina que defende a necessidade de reexame necessário da sentença que julga os embargos,[61] é evidente a impossibilidade de expedição de precatório antes da decisão do tribunal. Ainda que não se admita a ausência de efeito suspensivo dos embargos na execução contra a Fazenda Pública, nada justifica a necessidade de reexame necessário contra a sentença dos embargos, sendo esse o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça[62].

53.2.4. REGIME DOS PRECATÓRIOS

Cabem ao juízo da execução a elaboração do precatório e o seu encaminhamento ao presidente do Tribunal competente, responsável por repassá-lo ao ente devedor para que seja incluído no orçamento. Segundo entendimento pacífico do Superior Tribunal

de Justiça, a atividade desenvolvida pelo presidente do Tribunal não tem natureza jurisdicional, mas meramente administrativa[63]. Ainda assim, segundo o art. 100, § 7.º, da CF (redação dada pela Emenda Constitucional 62/2009), incorre em crime de responsabilidade, respondendo também ao Conselho Nacional de Justiça o Presidente de Tribunal que por ato comissivo ou omissivo retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório. Os pagamentos requisitados até 1.º de julho de cada ano deverão ser pagos até o final do exercício do ano seguinte (art. 100, § 5.º, da CF), com os valores devidamente atualizados.

É fato notório o não pagamento dos precatórios no exercício subsequente, conforme determina o texto constitucional; alguns demoram longos e sofridos anos para serem pagos. Tanta espera fez surgir um enorme e concorrido ramo de atuação, que, aproveitando-se da omissão e descaso estatal, surge para tirar seu lucro da tragédia nacional que é o não pagamento dos precatórios: o ramo de compras de precatórios, agora oficializado pela Emenda Constitucional 62/2009, nos termos do art. 100, §§ 13 e 14, da CF. Não sem um deságio considerável, porque muitos credores da Fazenda Pública preferem receber valor significativamente menor do efetivamente devido a esperar por infindáveis anos para o recebimento do valor representado no precatório. A doutrina corretamente critica a letargia do Poder Público em cumprir as condenações judiciais, mas num país em que, salvo raras exceções, o Poder Público dá seguidos exemplos de desordem e desrespeito com os direitos mais básicos e fundamentais dos seus cidadãos, não seria o pagamento de suas dívidas que funcionaria.

Apesar de previsões constitucionais admitindo que a União intervenha no Estado e este no Município quando o inadimplemento estatal superar dois anos consecutivos (arts. 34, V, “a”, e 35, I, da CF), o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que a intervenção não pode ser determinada quando a razão para o não pagamento dos precatórios é a insuficiência dos cofres públicos, considerando que os entes públicos têm outros compromissos a serem enfrentados. Exige-se, portanto, “inadimplemento voluntário e intencional”, para que seja determinada a intervenção[64]. Resumindo a atual situação: o Poder Executivo não paga, o Judiciário não se importa (ou não se importava, pois o julgamento da ADI nº 4.357, que decretou a inconstitucionalidade de vários dispositivos da EC nº 62, bem como sua subsequente modulação de efeitos, ameaça alterar esse estado de coisas, impondo a condição de adimplência a todos até o final de 2020...) e o Poder Legislativo cria novas normas jurídicas para piorar ainda mais o cenário (e quando o STF finalmente tenta moralizar o tema, novamente surge mais uma Proposta de Emenda Constitucional para aliviar a situação do Poder Público inadimplente... a PEC nº 74/2015).

Tome-se, por exemplo, a iniciativa infeliz do Poder Legislativo resultante na Emenda Constitucional 30/2000, ao determinar um parcelamento de débitos da Fazenda Pública em prestações anuais num prazo de 10 anos. Ainda que conste do art. 78, § 2.º, da ADCT que o não pagamento ao final do exercício tem efeito liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora, o que pode parecer altamente eficaz em termos de coerção psicológica, a verdade é que os credores foram obrigados a aceitar um parcelamento de seu crédito, imposto por vontade unilateral do devedor. E, o que é pior,

temerosa desse efeito liberatório, e tendo sido excluídos desse parcelamento os créditos alimentares, a Fazenda Pública preferiu pagar os créditos comuns para se livrar da perda da receita tributária, deixando os precatórios alimentares no esquecimento, até porque nesse caso, além de uma remota chance de algum tipo de remorso em razão das milhares de pessoas que morrem esperando na fila sem obter seu crédito alimentar, não há nenhum outro dano ao Poder Público e muito menos aos seus irresponsáveis e indiretamente assassinos agentes. Isso sem falar na Emenda Constitucional do calote (EC 62/2009), analisada em separado.

Com a Emenda Constitucional 32/2001 surge interessante questão quanto à competência do presidente do Tribunal para resolver questões que porventura surjam a respeito do precatório. Tanto doutrina quanto a jurisprudência sempre afirmaram que a competência do presidente do Tribunal se limita a questões referentes à regularidade formal e a atualização monetária até o momento do pagamento[65], tarefa essa última facilitada pelo disposto no art. 100, § 12, da CF (redação dada pela Emenda Constitucional 62/2009). Questões de fundo como aquelas referentes ao cumprimento da obrigação, cálculos realizados, extinção do processo, são de competência do juízo do processo executivo, e não do presidente do Tribunal, que exerceria apenas uma função administrativa ao expedir o precatório. Tanto assim que é entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal o não cabimento de recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatório[66].

Ocorre, entretanto, que a Emenda Constitucional 32/2001, no

seu art. 2.º, dispõe que o presidente do Tribunal, mesmo de ofício, poderá rever as contas elaboradas para aferir a exatidão dos valores requisitados antes de seu pagamento ao credor. Como se percebe, a inclusão constitucional, além de rumar contra jurisprudência já pacificada, parece não respeitar os limites da coisa julgada material, considerando-se que a mudança no critério de cálculo adotado não pode mais ser discutida, a não ser pela via excepcional da ação rescisória. Impõe-se interpretar o dispositivo restritivamente, admitindo-se que o presidente do Tribunal só tenha competência para a correção de erros formais, materiais ou aritméticos nas contas[67].

Segundo entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, não incidem juros de mora no período compreendido entre a confecção dos cálculos de liquidação e a expedição do precatório ou do ofício requisitório[68]. Registre-se interessante decisão na qual é admitida a correção, porque expressamente prevista em sentença transitada em julgada, tendo entendido o tribunal que o afastamento da correção nesse caso ofende a coisa julgada material[69].

53.2.5. COMPENSAÇÃO EM FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA

A Emenda Constitucional 62/2009 trouxe novidade ao sistema de pagamento por precatórios, altamente benéfica à Fazenda Pública, mas com grande potencial de tornar ainda mais difícil a satisfação do direito de crédito do mais infeliz dos credores: o da Fazenda Pública.

Segundo o art. 100, § 10, da CF, antes da expedição dos

precatórios, o Tribunal intimaria a Fazenda Pública devedora para que, num prazo de 30 dias, sob pena de perda do direito de compensação, informasse sobre a existência de débitos do credor que pudessem ser compensados com o débito da Fazenda Pública. Não era, entretanto, qualquer crédito que poderia ser objeto de compensação, já que, segundo o art. 100, § 9.º, da CF, a compensação só era possível nos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

Era realmente lamentável a disposição constitucional, porque equiparava um crédito fundado em decisão transitada em julgado (precatório) a um alegado crédito indicado pelo próprio credor! Como se podia notar da novidade constitucional, caberia ao credor da Fazenda Pública suspender administrativamente ou judicialmente o processo no qual se discutia a dívida afirmada pela Fazenda Pública. Significava dizer que, ainda que se discutisse o débito afirmado pela Fazenda Pública, o que inegavelmente o tornava provisório, a compensação no momento do pagamento do precatório seria realizada. Tal circunstância levantava o seguinte questionamento: e se ao final verificar-se por decisão transitada em julgado que o débito alegado pela Fazenda Pública era fantasioso, como infelizmente ocorre com mais frequência que o desejado?

Registre-se, por fim, que o art. 100, § 9.º, da CF, expressamente previa que o direito de compensação da Fazenda Pública envolvia débitos “constituídos contra o credor original”, de

forma que, sendo cedido o crédito em precatório para terceiros, nos termos dos §§ 13 e 14 do art. 100, da CF, a compensação deixava de ser admitida, o que poderia funcionar como mais um incentivo ao credor da Fazenda Pública na cessão de seu crédito.

A flagrante inconstitucionalidade dessa compensação foi finalmente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal[70], que em questão de ordem para modular os efeitos das ações declaratórias de inconstitucionalidade 4.357/DF e 4.425/DF, assim pronunciou: "consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades"[71].

53.2.6. EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009 (A EC DO CALOTE)

A Emenda Constitucional 62/2009 modificou substancialmente o art. 100 da CF e as principais modificações são objeto de análise no presente Capítulo. Poucas foram positivas (como as sanções para o inadimplemento), algumas neutras e a maioria foi ruim, sempre sob a ótica de respeito ao credor da Fazenda Pública.

A parte mais sombria, entretanto, não era essa, mas sim a nova redação dada ao art. 97 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias. É justamente em razão dessa alteração que a Emenda Constitucional foi chamada pela doutrina de Emenda do Calote, uma verdadeira vergonha nacional e demonstração cabal do desprezo de nossos governantes aos mais comezinhos princípios do

direito: da ética e da boa-fé.

O art. 97, caput, da ADCT, pela redação dada pela Emenda do Calote, permitia aos Estados, Distrito Federal e Municípios, que estivessem em mora no pagamento de precatórios, a adoção de um regime especial, que excluía o sistema de pagamento previsto pelo art. 100 da CF: uma nova moratória parcial em favor desses entes públicos, agora de 15 anos. Como bem afirmado na ADI 4.357/DF, o parcelamento de débitos em 15 anos é "verdadeira zombaria, galhofa que se faz ao jurisdicionado e ao próprio Poder Judiciário". Além da esdrúxula forma de cálculo do pagamento dos precatórios pelo regime especial, o § 13 do art. 97 excluía a possibilidade de sequestro nesse sistema de pagamento, salvo no caso de não liberação tempestiva dos recursos tratados no inciso II dos §§ 1.º e 2.º do mesmo artigo legal.

Tão funesta quanto a forma de pagamento prevista para o tal "regime especial" era a regra de que somente 50% dos recursos atribuídos a tal fundo serviriam para o pagamento dos precatórios em ordem cronológica (art. 97, § 6.º, do ADCT). Os outros 50% poderiam ser utilizados, segundo o art. 97, § 8.º, do ADCT, da seguinte forma, à escolha do ente público: (a) mediante leilões, regulados pelo § 9.º do ADCT; (b) pela ordem crescente de valor por precatório; e (c) acordo direto com os credores por meio de conciliação.

Não é necessário muito esforço para se notar que as três formas previstas para o pagamento de metade do valor arrecadado para pagamento de precatórios significavam um claro desrespeito ao direito de crédito reconhecido judicialmente contra a Fazenda

Pública. Os mais românticos afirmaram que aqueles que têm precatórios de menor valor devem receber antes, sem perceber que aqueles que têm precatórios de maior valor teriam que esperar um tempo indefinido para o recebimento do que é seu de direito. É preciso lembrar que, independentemente do valor do débito, nem todos escolhem ser credores da Fazenda Pública... Ainda mais acintosa era a proposta de conciliação, que forçaria o credor a abrir mão de parcela de seu direito de crédito com o receio de nunca receber se assim não o fizesse.

Conforme bem colocado na ADI 4.357/DF, tratava-se da "instituição oficial da pechincha da sentença judicial, em verdadeira banca de negociata e absoluto amesquinhamento da autoridade do comando judicial". Pobre país no qual o credor, que deveria ser o mais interessado em cumprir com suas obrigações, vale-se da "empobrecida" classe política para se blindar cada vez mais, deixando o jurisdicionado à míngua. Resumindo tudo em mais uma passagem da petição inicial da ADI 4.357/DF: as regras já criticadas constituem "o maior atentado à cidadania já visto na história brasileira".

O Supremo Tribunal Federal finalmente julgou referida ação declaratória de inconstitucionalidade acolhendo os pedidos dos autores, mas em questão de ordem modulou "para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão

do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/2013 e nº 13.080/2015, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária. 4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado. 5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, § 10, do ADCT)". [72]

53.2.7. DISPENSA DE PRECATÓRIO

Não se pode deixar de mencionar no estudo da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública a disposição do art. 100, § 3.º, da CF, que permite nos casos de condenação de pequeno valor que o pagamento seja realizado sem a necessidade de expedição de precatório.

O "pequeno valor" apontado pelo dispositivo constitucional deverá ser indicado por cada entidade federada, por meio de legislação específica, segundo previsão do art. 100, § 4.º, da CF. O art. 97, § 12, do ADCT (incluído pela EC 62/2009) dispõe que, se a lei referida no art. 100, § 4.º, da CF, não tiver sido publicada em até 180 dias contados da publicação da emenda constitucional, para os Estados e Municípios o valor será de 40 salários-mínimos e para os Municípios de 30 salários-mínimos. No âmbito federal, o pequeno valor foi determinado pelo art. 17, § 1.º, da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001) e confirmado pelo art. 2.º da Resolução 373/2004 do Conselho da Justiça Federal em 60 salários mínimos (art. 17, § 1.º).

A execução por RPA (requisição de pagamento autônoma) ou RPV (requisição de pequeno valor) não tem propriamente um procedimento executivo. Transitada em julgado a sentença, caberá ao juízo da condenação requisitar ao condenado o pagamento do valor da condenação no prazo de 60 dias, por meio de depósito em agência da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil. Não sendo atendida a requisição judicial, o juiz determinará o sequestro da quantia devida, não se confundindo essa medida com o sequestro previsto para o desrespeito à ordem de pagamento, porque nesse sequestro basta o não pagamento dentro do prazo de 60 dias[73].

No caso de o credor de valor acima dos permitidos pela lei pretender a execução sem o precatório, haverá renúncia do valor excedente, não sendo possível executar um mesmo crédito sem precatório até o valor permitido e o restante por precatório. Se não pretender abrir mão de seu crédito, deverá utilizar a via do precatório. O que não se admite, portanto, é o fracionamento do crédito para que a parcela de até 60 salários mínimos seja cobrada por RPV e o restante por precatório, nos termos do art. 100, § 8.º, da CF[74].

Os tribunais superiores afastam a tese de fracionamento em duas importantes situações, quando será admissível a concomitância de execução por precatório e por RPV. O Superior Tribunal de Justiça entende que o capítulo da decisão que fixa honorários sucumbenciais deve ser levado em conta de forma autônoma na execução contra a Fazenda Pública, de forma que será possível a execução dos honorários por RPV mesmo que o crédito principal seja executado por meio de precatórios[75]. Segundo correto entendimento do Supremo Tribunal Federal, havendo litisconsórcio, o valor máximo para a expedição do RPV (ou RPA) deve ser calculado para cada um dos exequentes[76], de forma que um deles pode executar por precatório e o outro por RPV, ou ainda ambos por RPV, mas sem que seus créditos sejam somados.

Interessante notar que, nos termos do Enunciado da Súmula Vinculante 47/STF, “os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno

valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza".

53.2.8. PRETERIÇÃO NO PAGAMENTO

Caso algum credor seja preterido no seu direito de preferência, poderá requerer o sequestro – melhor seria dizer arresto – da quantia necessária para satisfazer o débito. O presidente do Tribunal, após ouvir o chefe do Ministério Público, poderá determinar a apreensão e a entrega do valor ao credor preterido. Apesar da nomenclatura típica da tutela cautelar, a doutrina majoritária entende que o sequestro ora analisado tem natureza de ato executivo, gerando a imediata satisfação do autor do pedido e que foi preterido na ordem de pagamento[77].

Existe intenso debate doutrinário a respeito de quem é o sujeito passivo dessa apreensão, ou seja, o valor do sequestro será retirado do patrimônio da Fazenda Pública ou do credor "fura-fila"?

Os que defendem que o ato de constrição deve recair sobre o patrimônio do credor que recebeu antes da hora afirmam ser essa a única forma de reverter o prejuízo gerado pelo pagamento indevido. Ao admitir que o valor seja retirado do patrimônio público, haveria um indevido incentivo à ilegalidade, porque saberiam todos os credores que, tendo a oportunidade de furarem a fila dos precatórios, o valor indevidamente recebido estaria a salvo de qualquer restituição por parte do Poder Público[78]. Também se valem do argumento da inalienabilidade dos bens públicos que, mesmo sendo penhorados, não poderiam ser posteriormente expropriados[79].

Por outro lado, existe doutrina que defende que o sequestro recaia sobre o patrimônio da Fazenda Pública, que era a devedora original e, mesmo tendo realizado pagamento fora da ordem, continua a ser a devedora, não se podendo entender que, mesmo atuando contrariamente à lei, a Fazenda Pública possa se valer da inalienabilidade dos bens públicos[80]. O Supremo Tribunal Federal entende que o sequestro deve recair sobre renda pública[81], enquanto o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o sequestro deve recair sobre renda pública não só na preterição da ordem de preferência, mas também no caso de omissão no orçamento e em casos de não ser a dívida que foi parcelada paga no vencimento[82].

Uma terceira corrente doutrinária entende que tanto o patrimônio público como o patrimônio do credor que recebeu em desrespeito à ordem podem ser objeto do sequestro, possibilitando ao credor preterido a formação de um litisconsórcio passivo[83]. Há entendimento do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, de que não existe litisconsórcio necessário entre o ente público e o credor que recebeu fora da ordem, sendo a legitimidade passiva no sequestro exclusiva do ente público[84].

Aparentemente, a Emenda Constitucional 62/2009 pretende pôr fim à polêmica por meio da previsão contida no art. 100, § 6.º, da CF. Segundo esse dispositivo legal, as dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente no Poder Judiciário, sendo sequestrados desse valor consignado os valores a serem pagos ao credor preterido.

54. DEFESAS DO EXECUTADO

Sumário: 54.1. Introdução – 54.2. Embargos à execução: 54.2.1. Natureza jurídica dos embargos; 54.2.2. Garantia do juízo; 54.2.3. Prazo dos embargos; 54.2.4. Competência; 54.2.5. Rejeição liminar dos embargos; 54.2.6. Efeito suspensivo; 54.2.7. Procedimento dos embargos à execução – 54.3. Impugnação: 54.3.1. Natureza jurídica; 54.3.2. Matérias alegáveis em sede de impugnação; 54.3.3. Procedimento – 54.4. Exceção e objeção de pré-executividade: 54.4.1. Análise histórica; 54.4.2. Problemas de terminologia; 54.4.3. Defesa executiva atípica; 54.4.4. Requisitos para a admissão da exceção de pré-executividade e objeção; 54.4.5. Julgamento da exceção e objeção de pré-executividade; 54.4.6. Sobrevivência da exceção e da objeção de pré-executividade.

54.1. INTRODUÇÃO

Existem defesas típicas do executado: no cumprimento de sentença é a impugnação e no processo de execução os embargos à execução. Além das defesas típicas, existem formas atípicas de resistência do executado, tais como a objeção ou exceção de pré-executividade e mesmo as ações heterotópicas, que veiculam questões de direito material, as quais afetam o direito representado no título executivo.

54.2. EMBARGOS À EXECUÇÃO

54.2.1. NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS

É tradicional a lição de que os embargos à execução têm natureza jurídica de ação, sendo que o ingresso dessa espécie de defesa faz com que no mesmo processo passem a tramitar duas ações: a execução e os embargos à execução. A natureza jurídica dos embargos pode ser inteiramente creditada à tradição da autonomia das ações, considerando-se que no processo de execução busca-se a satisfação do direito do exequente, não havendo espaço para a discussão a respeito da existência ou da dimensão do direito exequendo, o que deverá ser feito em processo cognitivo, chamado de embargos à execução[85]. Ainda que a tradição da autonomia das ações esteja sendo gradativamente afastada com a adoção do sincretismo processual, o legislador parece ter preferido manter a tradição de autonomia dos embargos como ação de conhecimento incidental ao processo de execução.

Prova definitiva dessa opção legislativa encontra-se na previsão do art. 914, § 1º, do Novo CPC, que prevê expressamente que os embargos "serão distribuídos por dependência, autuados em apartado, e instruídos com cópias das peças processuais relevantes". É evidente que se os embargos não mais tivessem natureza jurídica de ação, não seria essa defesa distribuída por dependência nem autuada em apartado, como determina o dispositivo legal ora referido.

A autuação em apartado se justifica na possibilidade de desenvolvimento autônomo das duas ações com decisões em momentos distintos, de forma que a autuação independente dessas duas ações não geraria problemas práticos para a subida dos autos ao tribunal no caso de eventual apelação. Registre-se que a

modificação, entretanto, não se fazia necessária, até mesmo porque o Superior Tribunal de Justiça já admitia com tranquilidade o desentranhamento dos embargos para subida ao tribunal com a manutenção dos autos da execução em primeiro grau[86].

No tocante às peças em si, o silêncio da lei certamente levará a uma análise casuística, cabendo ao embargante instruir essa ação incidental com todas as peças que no caso concreto se mostrem necessárias e úteis ao julgamento dos embargos. Petição inicial, título executivo, demonstrativo de cálculos, procurações, auto de penhora e avaliação (se já existir), laudo de avaliação (quando houver), são exemplos de peças que deverão instruir os embargos à execução.

54.2.2. GARANTIA DO JUÍZO

Tradicionalmente, a defesa típica no processo de execução de pagar quantia certa só podia ser apresentada uma vez, tendo sido garantido o juízo. A regra era expressa na redação originária do art. 737, I, do CPC/1973, antes da revogação pela Lei 11.382/2006, que exigia para a apresentação dos embargos à execução a realização de penhora. Segundo parcela da doutrina, esse condicionamento se justificava porque somente com a constrição judicial, o executado passaria a correr algum risco, demandando-se, portanto, que tal ato fosse realizado para que se permitisse o ingresso dos embargos[87]. Serviria, também, como resultado de um equilíbrio entre o direito de defesa do executado e a eficácia do título, porque, tendo os embargos efeito suspensivo, sua mera interposição retiraria temporariamente a eficácia do título[88].

Entretanto, esse requisito para a interposição dos embargos à execução deixou de existir com a Lei 11.382/2006, tendo sido mantida a dispensa no Novo Código de Processo Civil, que afasta a garantia do juízo como condição de admissibilidade dos embargos à execução, nos termos do art. 914, caput, do Novo CPC.

Entendo que essa regra não representa exagerada proteção ao executado em razão da ausência, ao menos como regra geral, do efeito suspensivo dos embargos (art. 919, caput, do Novo CPC). De qualquer forma, o executado deverá, sob pena de preclusão, oferecer os embargos no prazo legal, sem que com isso consiga suspender o andamento da execução, de forma que, não tendo ainda ocorrido a penhora, esta poderá se realizar mesmo estando em trâmite o processo executivo.

Registre-se que na execução fiscal o Superior Tribunal de Justiça continua a exigir a garantia do juízo como condição de admissibilidade dos embargos à execução, nos termos do art. 16, § 1.º, da Lei 6.830/1980. A garantia plena do juízo abrange o valor de honorários advocatícios, tanto no caso de constarem da CDA, como no caso de terem sido fixados pelo juiz[89], ainda que a penhora parcial já seja o suficiente para a admissão dos embargos à execução[90]. A exigência de garantia não é afastada pelo fato de ser o executado-embargante beneficiário da assistência judiciária[91].

54.2.3. PRAZO DOS EMBARGOS

Nos termos do art. 915, caput, do Novo CPC, o prazo para o oferecimento dos embargos à execução é de 15 dias, contado, conforme o caso, na forma do art. 231 do mesmo diploma legal.

Como a citação no processo de execução não é mais necessariamente realizada por oficial de justiça, o dispositivo legal ora analisado manda aplicar as regras de termo inicial de contagem de prazo a depender da forma da citação.

O art. 915, § 1.º, do Novo CPC prevê que havendo litisconsórcio passivo na execução, o prazo para cada um deles embargar contar-se-á de forma independente, ou seja, para cada executado a contagem do prazo tem início com a juntada nos autos do respectivo comprovante da citação, salvo tratando-se de cônjuges ou de companheiros. O dispositivo legal consagra, ao menos como regra geral, o entendimento uníssono em doutrina e jurisprudência de que o prazo para embargar conta-se de forma independente para os executados. Sempre se entendeu que, tendo os embargos à execução natureza jurídica de ação, cada executado devia exercer seu direito abstrato de acionar o juízo de forma independente, não sendo viável condicionar o exercício do direito de ação de um dos executados a outros[92].

O que não parece ter qualquer sentido é a exceção à regra prevista pela parte final do dispositivo legal ora comentado, modificando-se a forma de contagem do prazo para o ingresso de embargos na hipótese de o litisconsórcio passivo ser formado entre cônjuges ou companheiros. Nessa hipótese excepcional, portanto, aplica-se, com os devidos temperamentos, o art. 231, § 1º, do Novo CPC, com o termo inicial do prazo sendo o mesmo para todos os executados: a juntada do último comprovante de citação aos autos do processo de execução (art. 915, § 1º, do Novo CPC).

Não há qualquer motivo plausível para esse tratamento diferenciado, ainda que se reconheça que a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça aponta para essa regra na hipótese de penhora de bem imóvel de pessoas casadas[93]. Entendo que a exceção só se aplica na hipótese de litisconsórcio passivo inicial, formado entre os cônjuges ou entre os companheiros[94], já que na hipótese de intimação do cônjuge ou companheiro não devedor da penhora de imóvel, já terá transcorrido o prazo de embargos do cônjuge ou companheiro originariamente executado.

Quanto à aplicação da exceção quanto ao termo inicial da contagem do prazo de embargos à execução consagrada na parte final do § 1º do art. 915 do Novo CPC, aos companheiros, deve se considerar a dificuldade de existir uma relação de união estável reconhecida legalmente. Dessa forma, já havendo comprovação suficiente de que existe uma união estável entre os litisconsortes passivos na execução, com a existência de contrato registrado ou sentença judicial, o termo inicial de contagem de prazo dever ser único para ambos, da juntada do último mandado de citação[95]. Caso contrário, dependendo de prova a união estável, a execução não poderá ter seu procedimento desvirtuado para a solução de tal questão, aplicando-se a regra geral do dispositivo legal ora enfrentado.

O art. 915, §§ 2.º e 4º, do Novo CPC consagra uma peculiaridade quanto ao termo inicial da contagem do prazo dos embargos à execução quando a citação do executado se dá por meio de carta precatória, rogatória ou de ordem. Nesse caso, o § 4º prevê

que a realização da citação será imediatamente informada, por meio eletrônico, pelo juízo deprecado ao juízo deprecante. Preferia o texto do art. 738, § 2º, do CPC/1973, que permitia a comunicação por qualquer meio idôneo, inclusive por meio eletrônico. Não foi feliz o legislador, pois, pela maneira que redigiu o dispositivo, inviabiliza a comunicação por outra forma que não a eletrônica. Melhor teria sido prever a comunicação por qualquer meio idôneo, preferencialmente o eletrônico.

O termo inicial dos embargos à execução passa, nos termos do art. 915, § 2.º, do Novo CPC, a depender da matéria alegável. Na hipótese de alegação exclusiva de vícios ou defeitos da penhora, avaliação e alienação dos bens, o termo inicial é a juntada na carta da certificação da citação (inciso I); quando versarem sobre outras matérias, da juntada da carta ou da comunicação do juízo deprecado aos autos da execução (inciso II). Essa regra tem relação com a competência para o julgamento dos embargos à execução, de forma que havendo, nessa defesa executiva, a alegação de matérias comtempladas nos dois incisos do art. 915, § 2º, do Novo CPC, aplica-se a regra do inciso I.

Quando se encontrarem resistências no envio da comunicação por parte da secretaria, o próprio exequente pode informar o juízo deprecado de que a citação já ocorreu, o que fará com a juntada de cópia do mandado de citação devidamente cumprido. Essa informação do próprio exequente faz plenamente as vezes da comunicação do juízo deprecado prevista em lei, sendo correto concluir que nesse caso a contagem do prazo para a interposição dos embargos terá início quando da juntada dessa informação aos

autos da execução.

A última disposição a respeito da contagem de prazos, contida no art. 915, § 3º, do Novo CPC apenas consagra pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial de que não se aplica à contagem de prazo dos embargos à execução a regra prevista pelo art. 229 do Novo CPC[96]. Dessa forma, torna-se lei o que já se vinha aplicando na praxe forense, sendo sempre de 15 dias o prazo de embargos, ainda que haja litisconsórcio passivo com patronos diferentes, de diferentes sociedades de advogados. A inaplicabilidade do art. 229 do Novo CPC se estende inclusive na hipótese de esse litisconsórcio ser formado por cônjuges, considerando-se que não há qualquer previsão legal em sentido contrário, o que, inclusive, não teria o menor sentido.

A redação do art. 915, § 3.º, do Novo CPC, entretanto, poderá ter outra interpretação, considerando-se que não há uma expressa menção à inaplicabilidade do art. 229 do Novo CPC, apenas no tocante à interposição dos embargos, entendimento, como visto, consagrado doutrinária e jurisprudencialmente. A redação do dispositivo legal aponta para a inaplicabilidade do art. 229 do Novo CPC aos embargos do executado, mas a regra se aplica somente ao prazo para a sua propositura. Durante o procedimento dos embargos, havendo litisconsórcio, aplicar-se-á o art. 229 do Novo CPC[97].

54.2.4. COMPETÊNCIA

A competência para o julgamento dos embargos à execução é absoluta do juízo do processo da execução (competência funcional),

nos termos do art. 914, § 1º, do Novo CPC, que prevê sua distribuição por dependência. Essa regra, entretanto, pode ser excepcionada quando a citação do executado se der por meio de carta.

Nos termos do § 2º do art. 914 do Novo CPC, na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, da avaliação ou da alienação dos bens efetuadas no juízo deprecado. Havendo matérias que seriam de competência de ambos os juízos, o competente para o julgamento será o juízo deprecante.

> Martina ingressa com processo de execução contra Joaquim na Comarca de Porto Alegre, mas a citação é realizada por carta precatória, já que os bens de Joaquim estão em São Paulo. O executado embarga à execução alegando excesso de execução e a impenhorabilidade do bem penhorado. A primeira matéria é de competência do juízo deprecante (Porto Alegre), enquanto a segunda é de competência do juízo deprecado (São Paulo). Como não é possível o fracionamento do julgamento dos embargos entre dois juízos, a competência do juízo deprecante (Porto Alegre) absorve a competência do juízo deprecado (São Paulo).

Registre-se que a norma legal se limita a prever a competência para o julgamento dos embargos e não o foro em que deva ser protocolado, de forma que, independentemente da matéria alegada, o protocolo poderá ocorrer indistintamente perante o juízo deprecante ou deprecado[98].

54.2.5. REJEIÇÃO LIMINAR DOS EMBARGOS

O art. 918 do Novo CPC trata das hipóteses de rejeição liminar dos embargos à execução, quando o juiz extinguirá essa demanda judicial incidental sem nem ao menos intimar o embargado para se manifestar a respeito das alegações do embargante. São três as hipóteses de rejeição liminar dos embargos: intempestividade, indeferimento da petição inicial e de improcedência liminar do pedido e embargos manifestamente protelatórios. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de indeferimento liminar dos embargos, não são devidos honorários advocatícios[99].

O termo "rejeição" utilizado pelo legislador deve ser interpretado de forma ampla, significando tanto a extinção do processo sem resolução do mérito – intempestividade e indeferimento da petição inicial – como também a extinção do processo com resolução do mérito – julgamento liminar de improcedência e embargos manifestamente protelatórios. O conteúdo da decisão, na realidade, variará de caso a caso, tudo a depender do fundamento da decisão judicial, mas o que é essencial para a aplicação do art. 918 do Novo CPC é a extinção dos embargos inaudita altera parte, ou seja, antes da intimação do embargado. Rejeição, portanto, significa impossibilidade de o embargante ver sua pretensão acolhida, seja essa impossibilidade gerada por uma decisão de mérito ou por uma decisão terminativa.

A decisão que rejeita liminarmente os embargos à execução é uma sentença, recorrível por apelação, que não terá efeito suspensivo (art. 1.012, III, do Novo CPC), ainda que seja possível ao apelante obtê-lo no caso concreto, nos termos do § 3º do art. 1.012 do Novo CPC. Em apenas uma situação, a decisão poderá ser

considerada interlocutória e, por tal razão, recorrível por agravo de instrumento. Não existe rejeição liminar parcial nas hipóteses de intempestividade e de embargos meramente protelatórios, mas o mesmo não pode ser afirmado quanto ao julgamento liminar de improcedência e ao indeferimento da petição inicial. Nesse caso, apesar de sua raridade prática, a rejeição liminar se dá por meio de decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento. A regra, entretanto, é de rejeição integral por meio de sentença, recorrível por apelação.

54.2.5.1. Intempestividade dos embargos

O atual art. 918, I, do Novo CPC teve a antiga redação, "quando apresentados fora do prazo legal", alterada para "quando intempestivos", para determinar a primeira hipótese de rejeição liminar de embargos à execução. Conforme devidamente comentado, o prazo para o ingresso dos embargos à execução é de 15 dias, aplicando-se para sua contagem o art. 915 do Novo CPC, e, naquilo que for aplicável, o art. 224 do Novo CPC. A modificação da redação do dispositivo legal não tem qualquer consequência prática relevante, porque intempestividade significa exatamente apresentação fora do prazo. Como não existe mais a necessidade de garantia do juízo para embargar, não tem qualquer sentido imaginar uma intempestividade porque oferecidos os embargos antes do prazo. Tendo sido citado, o executado poderá embargar e, caso ingresse voluntariamente no processo antes de sua citação, também poderá imediatamente apresentar embargos à execução, de forma que é simplesmente impossível uma apresentação de embargos antes do prazo, ou, mais tecnicamente, antes do início de sua contagem. Dessa forma, por intempestivos devem ser entendidos os

embargos apresentados depois de transcorrido o prazo.

A intempestividade, como se vê, é facilmente conceituada, o que, entretanto, não ocorre com o fundamento jurídico dessa decisão. Que se trata de extinção do processo sem resolução do mérito, parece não haver muita dúvida, mas a doutrina diverge a respeito do fenômeno jurídico que impede o ingresso de embargos à execução após o prazo. Para uma parcela doutrinária, o transcurso do prazo gera preclusão temporal, o que impediria o ingresso de embargos extemporâneos[100]. Não parece ser esse o entendimento mais correto, considerando-se a natureza de ação dos embargos e os efeitos endoprocessuais da preclusão[101]. É tradicional a lição de que a preclusão gera efeitos somente no processo em que se verifica, o que significa dizer que a ausência de propositura de qualquer ação incidental – inclusive os embargos à execução – não pode gerar preclusão na ação principal – no caso na ação de execução.

Registre-se que o entendimento de que se trataria de preclusão temporal tem por fim tentar justificar uma consequência indiscutível: a vedação aos embargos à execução após o transcurso do prazo legal. O direito material que seria discutido por meio dos embargos à execução poderá ser objeto de uma outra ação judicial, não mais na forma dos embargos, mas substancialmente com o mesmo conteúdo. Significa dizer que a perda do prazo para a interposição dos embargos não impede que o executado pretenda discutir o direito material exequendo por meio de uma ação autônoma[102].

Interessante notar que no sistema anterior do processo de

execução justificava-se a preferência pela interposição de embargos porque estes teriam efeito suspensivo, de modo que seria mais vantajoso ao executado do que o ingresso de ação autônoma para discutir o direito exequendo. Atualmente, entretanto, o ingresso de embargos não mais suspende automaticamente o andamento da execução, de forma que o ingresso deste ou da ação autônoma já não difere tanto em termos de vantagens ao executado. Também é interessante notar que existiam decisões judiciais concessivas de tutelas de urgência nessas ações autônomas para suspender a execução, desde que preenchidos os requisitos legais. Atualmente, tal proteção ao executado continua a existir, mas é certo que somente poderá ser concedida se presentes, no caso concreto, os requisitos previstos no art. 919, § 1.º, do Novo CPC.

Ainda que seja indiscutível a possibilidade de discussão de matérias de mérito típicas dos embargos por meio de ação autônoma, não parece correto o entendimento de que o indeferimento liminar dos embargos em razão da intempestividade deva-se ao fenômeno da preclusão temporal, conforme já afirmado anteriormente. Melhor será considerar o embargante carecedor por falta de adequação, reputando-se que o instrumento procedimental utilizado para veicular sua pretensão não é mais o adequado após o transcurso do prazo. Sabendo que a condição da ação – interesse de agir – é fundada no binômio necessidade-adequação, entende-se que faltaria ao embargante, nesse caso, interesse processual, o que levaria à extinção sem resolução do mérito dos embargos, não impedindo, naturalmente, o ingresso da ação autônoma alegando as matérias de mérito da execução que poderiam ter sido alegadas em sede de embargos à execução[103].

Um último registro faz-se necessário. Mesmo diante da intempestividade dos embargos, dependendo da natureza da alegação defensiva do executado, o juiz, em vez de simplesmente indeferir liminarmente os embargos, como determina o art. 918, I, do Novo CPC, deverá convertê-lo em mera petição e acolher a alegação. Trata-se das matérias de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e, naturalmente, podem ser alegadas de qualquer forma pelas partes, inclusive por meio de embargos à execução intempestivos.

54.2.5.2. Indeferimento da petição inicial

Tratando-se de ação incidental à execução, os embargos serão oferecidos por meio de uma petição inicial, nos termos dos arts. 319 e 320 do Novo CPC[104]. À tal petição inicial são aplicáveis as hipóteses de indeferimento consagradas no art. 330 do Novo CPC, bem como a possibilidade do juízo de retratação consagrada no art. 331, caput, do Novo CPC. Não havendo a retratação no prazo impróprio de cinco dias, o embargado-apelado será citado para contrarrazoar o recurso, nos termos do § 1º do art. 331 do Novo CPC.

Sendo petição inicial, todas as regras referentes aos vícios formais contidos nessa peça se aplicam aos embargos à execução, em especial o art. 321 do Novo CPC, que prevê a possibilidade de emenda à petição inicial no prazo de 15 dias[105]. Esse prazo para que o autor torne a petição inicial perfeita também deverá ser concedido na hipótese de instrução falha, determinando-se de forma expressa a juntada de cópia de peças processuais que o juiz entender indispensáveis à formação de seu convencimento para o

julgamento dos embargos.

54.2.5.3. Julgamento liminar de improcedência

Nos termos do art. 918, II, do Novo CPC, é cabível o julgamento liminar de improcedência previsto no art. 332 do Novo CPC dos embargos à execução. A norma é compreensível em razão da natureza de processo de conhecimento dos embargos à execução.

54.2.5.4. Embargos manifestamente protelatórios

O art. 918, III, do Novo CPC prevê a rejeição liminar quando os embargos à execução forem manifestamente protelatórios. O objetivo do legislador foi claro no sentido de evitar a interposição de embargos à execução sem qualquer fundamento razoavelmente sério, em verdadeiras aventuras jurídicas, como tradicionalmente se verifica na praxe forense. Ocorre, entretanto, que não parece ter o legislador conseguido transportar para a redação do dispositivo legal ora comentado aquilo que pretendia, o que exigirá do intérprete certo esforço de hermenêutica para que o dispositivo possa ser efetivamente aplicado no caso concreto.

A tradicional prática de ingresso de embargos à execução sem qualquer fundamentação séria era baseada na regra, já superada pelo atual sistema, que determinava a suspensão da execução mediante a mera oposição dos embargos à execução. O executado sabia que mesmo com um fundamento risível em seus embargos conseguiria atrasar o andamento da execução em alguns meses, o que o motivava a ingressar com os embargos em qualquer hipótese, ainda que não tivesse nada sério a afirmar. Nessas circunstâncias era absolutamente correto falar em embargos protelatórios, porque

sua interposição tinha como único objetivo atrasar o desenvolvimento procedimental da execução.

Com a regra de que a mera oposição dos embargos não suspende a execução, a redação do art. 918, III, do Novo CPC se mostra desconectada da realidade. Não há mais efeito suspensivo nos embargos, sendo que somente de forma excepcional, o juiz poderá concedê-lo, desde que o embargante expressamente faça pedido nesse sentido e demonstre o preenchimento dos requisitos previstos pelo art. 919, § 1.º, do Novo CPC, entre eles a relevância da fundamentação. Ou seja, somente será suspenso o processo de execução se o embargante demonstrar que sua fundamentação defensiva é relevante, devendo ser analisada com maior profundidade pelo juiz, o que, obviamente, afasta tais embargos de qualquer caráter protelatório. Caso contrário, por mais absurda que seja a alegação defensiva, o juiz não concederá o efeito suspensivo, de forma que os embargos não poderão ser considerados protelatórios, pelo simples fato de que não afetarão o andamento procedimental da execução.

O que se pretende deixar claro é que, interpretando-se literalmente o dispositivo legal ora comentado, ele se torna letra morta, porque de duas uma: ou os embargos com fundamentos sérios suspendem a execução, mas não são protelatórios; ou não têm fundamento sério algum, não suspendendo a execução e, nesse caso, também não sendo protelatórios. A única interpretação possível ao dispositivo legal é aquela que aponta para o abuso do direito de defesa, sendo irrelevante o caráter protelatório dos embargos à execução. Dessa forma, a rejeição liminar deve se

fundar no conteúdo das alegações dos embargos, e não nos eventuais efeitos que ele poderá gerar no processo de execução. Litigando contra texto expresso de lei ou contra a verdade de fatos já definitivamente esclarecidos e comprovados, será caso de rejeição liminar nos termos do art. 918, III, do Novo CPC. O objetivo do legislador foi evitar embargos à execução derivados de má-fé e deslealdade processual, e a interpretação sugerida vai exatamente de encontro com esse ideal[106].

Ainda que se reconheça que a redação do dispositivo legal carrega consigo uma grande dose de subjetivismo, o que demandará atenção especial do legislador para não tolher indevidamente o direito à ampla defesa do executado, não parece correto o entendimento de que a rejeição liminar na hipótese de "embargos manifestamente protelatórios" se confunde com a rejeição liminar por inépcia da petição inicial[107]. Esse entendimento, além de empobrecer a sempre necessária busca pela preservação da lealdade e boa-fé processual, tornaria a novidade legislativa absolutamente inútil, o que não parece lógico. Os abusos devem ser reprimidos severamente, mas é natural que com ponderação e sensatez.

Há ainda outra justificativa para não se ver no inciso III uma mera repetição do inciso II do dispositivo legal ora analisado. No indeferimento da petição inicial – a exceção do reconhecimento da prescrição e decadência, situações impossíveis na inicial de embargos –, a sentença é terminativa, sendo o processo extinto sem a resolução do mérito. Não parece ser esse o caso da sentença que rejeita os embargos quando protelatórios – melhor seria dizer abusivos –, porque nesse caso o julgamento será de mérito,

considerando-se que é o conteúdo dos embargos que leva à rejeição liminar. Trata-se, aparentemente, de tendência do direito brasileiro, de priorizar as hipóteses de improcedência prima facie.

Registre-se que a causa de rejeição liminar ora analisada não se confunde com a possibilidade de julgamento de mérito liminarmente aplicável aos embargos à execução nos termos do art. 918, II, do Novo CPC. O art. 918, III, do Novo CPC é mais amplo que o art. 332 do Novo CPC, podendo até mesmo se considerar que litigar contra uma posição pacificada a respeito de uma questão de direito possa ser considerado "protelatório", mas, mesmo quando isso não ocorre, será possível a rejeição liminar, em especial quando o embargante se fundar em crítica a fatos já assentados e indiscutíveis. Além disso, para que ocorra a rejeição liminar ora analisada não é necessária a contrariedade a entendimentos consolidados dos tribunais superiores, o que naturalmente torna o alcance do art. 918, III, do Novo CPC mais abrangente do que o programado para o art. 332 do mesmo diploma legal.

54.2.6. EFEITO SUSPENSIVO

54.2.6.1. Requisitos

O art. 919, caput, do Novo CPC prevê que, em regra, os embargos à execução não são recebidos com efeito suspensivo, mas é possível no caso concreto, desde que preenchidos os requisitos, que o embargante consiga suspender o andamento da execução (art. 919, § 1º, do Novo CPC). Significa dizer que os embargos à execução não têm efeito suspensivo ope legis (efeito suspensivo próprio), mas não se afasta a aplicação do efeito suspensivo ope iudicis (efeito suspensivo impróprio). Na execução fiscal, continua

a existir o efeito suspensivo próprio, decorrente da mera apresentação dos embargos pelo executado[108].

Segundo o art. 919, § 1.º, do Novo CPC, o juiz, mediante pedido expresso do embargante, poderá atribuir efeito suspensivo aos embargos à execução quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória, desde que a execução já esteja garantida por penhora, caução ou depósito. São requisitos cumulativos, devendo todos eles ser preenchidos no caso concreto para que possa ser concedido o efeito suspensivo aos embargos à execução.

O pedido expresso do embargante no sentido de que pretende a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução decorre da expressa previsão da lei nesse sentido, ao exigir o requerimento do embargante, o que impedirá qualquer atuação de ofício do juiz nesse sentido[109]. A previsão legal deve ser elogiada, até mesmo porque o efeito suspensivo é de interesse exclusivo do executado, que com isso terá uma maior segurança jurídica de não sofrer danos em uma execução infundada ou ilegal. Dessa forma, sendo norma protetiva do interesse exclusivo de uma das partes, correto o dispositivo legal em prestigiar o princípio dispositivo, deixando a cargo da parte protegida pela norma o pedido ou não de sua aplicação no caso concreto.

Além do pedido expresso do embargante, que inclusive poderá ocorrer a qualquer momento do procedimento dos embargos, o legislador exige a comprovação dos requisitos necessários à concessão da tutela provisória. Equipara-se, de forma elogiável, a

tutela da evidência à tutela de urgência como justificadora para a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução.

A justificativa para a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução poderá, portanto, ser a tutela de urgência, sendo irrelevante se antecipada ou cautelar, já que os requisitos para a concessão de ambas são os mesmos: a comprovação de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. São requisitos que obviamente carregam consigo grande grau de subjetivismo, com conceitos jurídicos abertos, sendo impossível a priori a fixação de parâmetros concretos do que seja relevância da fundamentação e fundado receio de lesão grave e de difícil reparação. É natural que a interpretação do juiz no caso concreto terá enorme relevância para a boa aplicação da norma, no que, evidentemente, não se deve enxergar qualquer permissão para que o juiz atue de forma arbitrária ou mesmo discricionária[110].

Também se justifica a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução, se preenchidos os requisitos da tutela da evidência, previstos no art. 311 do Novo CPC. Nas hipóteses dos incisos II e III, a concessão poderá ocorrer liminarmente, enquanto nas hipóteses dos incisos I e IV somente após o decurso do prazo de defesa do embargado.

Por fim, o último requisito previsto pelo art. 919, § 1.º, do Novo CPC diz respeito à exigência de que o juízo esteja garantido por meio de penhora, depósito ou caução “suficientes”. O requisito tem razão de ser, pois seria extremamente prejudicial ao exequente

ver sua pretensão executiva suspensa para resolver a defesa apresentada pelo executado sem qualquer garantia de que seu processo executivo servirá de meio de satisfação do direito exequendo. Retorna-se, ainda que parcialmente, ao sistema anterior, que condicionava os embargos – com o consequente efeito suspensivo – à existência de garantia do juízo. Esse requisito é bem diferente dos dois anteriormente analisados, porque a análise de seu preenchimento no caso concreto não deverá gerar qualquer dificuldade, sendo um requisito objetivamente aferível.

Interessante notar que, segundo a redação do dispositivo ora analisado, a garantia do juízo deve ser suficiente, o que deve ser interpretado como garantia total do juízo. Dessa forma, havendo tão somente uma garantia parcial do juízo, não será possível, ao menos em regra, a obtenção do efeito suspensivo[111]. A ideia é não desprestigiar a força do título executivo, com a paralisação do andamento do procedimento, a não ser que exista uma grande probabilidade de que o exequente será em determinado momento procedimental satisfeito, o que demanda a garantia total do juízo. Note-se que não será possível aplicar por analogia a essa situação o entendimento de que a garantia parcial do juízo era suficiente para o ingresso dos embargos no sistema anterior[112], porque nesse caso era interessante ao processo que a defesa-ação do executado fosse de uma vez por todas apresentada, analisada e decidida, ainda que o juízo não estivesse totalmente garantido, o que, inclusive, demonstrava que a ideia de garantia do juízo como condição para o ingresso dos embargos encontrava exceções. O efeito suspensivo – insista-se – não interessa ao processo, mas exclusivamente ao embargante.

O entendimento de que a garantia do juízo deva ser sempre total poderá ser excepcionalmente afastada, quando a exigência consubstanciar um extremo gravame ao executado, injustificável à luz da garantia da menor onerosidade (art. 805, caput, do Novo CPC). Ainda que essa circunstância deva ser analisada pelo juiz no caso concreto, há um exemplo que demonstra de maneira bastante clara a possibilidade de concessão de efeito suspensivo, ainda que sem a garantia total do juízo. Trata-se da penhora de percentual de faturamento de empresa, consagrada pelo art. 866 do Novo CPC, e da penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel, consagrada pelos arts. 867 a 869 do Novo CPC, porque, nesse caso, os valores serão mensalmente revertidos ao juízo, num primeiro momento servindo de garantia do juízo. É evidente que não se estará diante de uma garantia total, o que só ocorrerá com a soma de outros valores que serão obtidos por essas formas diferenciadas de penhora. Ocorre, entretanto, que, não tendo os embargos efeito suspensivo, o dinheiro "penhorado" advindo da retirada de parcela do faturamento ou dos frutos e rendimento da coisa, poderá ser levantado pelo exequente, porque, não estando suspenso o processo e existindo dinheiro penhorado, será caso de imediato levantamento. É natural entender que tal circunstância acarretaria um injustificado cerceamento de defesa ao executado, porque ele nunca teria direito ao efeito suspensivo, considerando-se que jamais haveria a garantia total do juízo. A cada penhora parcial, o exequente levanta o dinheiro e aguarda o mês seguinte para o novo levantamento, transformando a penhora do faturamento e dos frutos e rendimento da coisa numa satisfação imediata pelo faturamento, o que não deve ser admitido.

Registre-se que parcela da doutrina, que já se manifestou a respeito do tema, entende que, mesmo sem qualquer garantia do juízo, seria possível, ainda que excepcionalmente, a concessão de efeito suspensivo aos embargos. Menciona-se a grande probabilidade de vitória do exequente, ainda mais contundente que aquela gerada pela relevância de sua fundamentação defensiva (art. 919, § 1.º, do Novo CPC), aliada à insuficiência patrimonial do executado[113].

Ainda que essa parcela da doutrina mostre boas intenções ao permitir excepcionalmente a concessão de efeito suspensivo nos embargos sem a garantia do juízo, o entendimento não deve ser acolhido, sob pena de tornar a exigência legal letra morta, em nítido prejuízo do exequente. Permitir-se que caiba ao juiz no caso concreto a análise a respeito do preenchimento desse requisito é abrir as portas a devedores imbuídos de má-fé, que de tudo farão – como já faziam – para atrasar o andamento procedimental e a consequente satisfação do direito do exequente. Por outro lado, se não houver garantia do juízo, o executado não sofrerá constrição judicial alguma, o que significa que nenhum prejuízo será suportado por ele. Caso realmente tenha razão em seus embargos, sagrando-se vitorioso, colocará um fim ou delimitação à execução, e isso sem ainda ter sofrido qualquer dano, porque até então nenhuma contrição judicial foi realizada[114].

54.2.6.2. Ausência de preclusão judicial

É de se esperar que os pedidos de concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução sejam feitos pelo embargante já no momento de apresentação dessa defesa-ação, cabendo ao juiz

analisar, até mesmo liminarmente, o preenchimento dos requisitos[115]. Verifique-se que não haverá qualquer ilegalidade em ouvir o embargante antes da decisão a respeito do pedido de concessão de efeito suspensivo, sendo inclusive medida saudável à luz do princípio do contraditório, mas é inegável que, quando isso ocorrer, até a decisão do juiz a respeito do pedido, o processo de execução estará com o seu procedimento suspenso. Não teria qualquer sentido permitir a alienação de um bem, ou o levantamento de dinheiro penhorado, enquanto o pedido de efeito suspensivo ainda está sub judice.

É possível, entretanto, que o próprio embargante saiba que ainda não tem condições de obter o efeito suspensivo em razão da ausência do preenchimento de um dos requisitos legais, não lhe sendo vedado, naturalmente, que faça o pedido no momento procedimental que entender adequado, não ocorrendo qualquer espécie de preclusão temporal para a realização do pedido de concessão de efeito suspensivo. Na realidade, o pedido poderá ser feito após a apresentação dos embargos ainda que nenhuma nova circunstância se verifique, ou seja, ainda que o embargante já tivesse a possibilidade de pedir e obter anteriormente o efeito suspensivo, poderá pedir a sua concessão posteriormente, não havendo preclusão de qualquer espécie nesse caso.

O art. 919, § 2.º, do Novo CPC, apesar de também tratar do tema da preclusão no pedido e decisão de concessão de efeito suspensivo, trata de circunstância diferente. Segundo o dispositivo legal, cessando as circunstâncias que a motivaram, a decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte,

ser modificada ou revogada a qualquer momento, em decisão fundamentada. Uma leitura mais descuidada do dispositivo legal poderá levar à falsa conclusão de que quanto à decisão a respeito do pedido de efeito suspensivo não ocorre preclusão, nem para as partes, nem para o juiz. A conclusão é enganosa porque a repetição de pedido para a concessão de efeito suspensivo já indeferido ou ainda o pedido de revogação da concessão estão condicionados à verificação de novas circunstâncias. Dessa forma, proferida a decisão que resolve o pedido do embargante, deverá a parte que entender ter sido prejudicada ingressar com o recurso de agravo de instrumento para discutir a legalidade ou o acerto dessa decisão. Julgado tal recurso, ou não interposto o agravo de instrumento, a decisão estará protegida pela preclusão, não podendo ser modificada pela simples mudança de opinião do juiz, ainda que seja provocado pelas partes – condição indispensável[116] – a rever seu posicionamento.

Na realidade, o dispositivo legal ora comentado era até mesmo dispensável, porque é intuitivo que, diante de novas circunstâncias, o juiz possa decidir sobre pedido já analisado anteriormente. Não teria qualquer sentido, por exemplo, o juiz indeferir o pedido de efeito suspensivo porque o juízo não está garantido e, depois da constrição judicial, diante de novo pedido de concessão de efeito suspensivo, se negue a decidir apontando a preclusão de sua anterior decisão. De qualquer forma, a expressa previsão legal servirá para afastar qualquer dúvida que poderia existir no tocante à preclusão da decisão que resolve o pedido de concessão de efeito suspensivo[117].

54.2.6.3. Limitação objetiva e subjetiva do efeito suspensivo

O art. 919, § 3.º, do Novo CPC prevê que a parte não embargada da execução tenha prosseguimento normal, ainda que os embargos tenham sido recebidos no efeito suspensivo. Trata-se de limitação objetiva do efeito suspensivo, sendo que duas situações podem ser protegidas pelo dispositivo legal ora comentado: parte da pretensão executiva não impugnada tem prosseguimento regular, bem como parte impugnada, mas para a qual o juiz não tenha concedido o efeito suspensivo. O dispositivo legal ora comentado permite expressamente que o efeito suspensivo não atinja todo o objeto da impugnação por meio dos embargos, possibilitando-se que a execução prossiga contra parcela da pretensão que, apesar de estar sendo impugnada pelo executado, não mereceu a concessão do efeito suspensivo pelo juiz.

A concessão do efeito suspensivo também poderá ter uma limitação subjetiva, conforme a expressa previsão do art. 919, § 4.º, do Novo CPC. Trata-se da limitação de efeito suspensivo somente ao executado que embargou à execução, seguindo-se contra os demais normalmente a execução, salvo se o fundamento defensivo utilizado nos embargos for comum aos outros executados. Exceções pessoais, que não dizem respeito a outros devedores, somente beneficiando o sujeito que a alega, ainda que contidas em embargos recebidos com efeito suspensivo, por jamais favorecerem os demais executados, não geram tal efeito suspensivo a eles, para quem a execução prossegue normalmente. Por outro lado, se for possível, no caso concreto, que o acolhimento da alegação favoreça o executado que não ingressou com os embargos recebidos no efeito suspensivo, a suspensão também lhe atingirá como ocorre, por

exemplo, na alegação de inexistência da dívida ou de qualquer matéria processual que possa levar o processo a sua extinção.

Esse efeito expansivo subjetivo da suspensão da execução poderá, inclusive, atingir executados que já tenham proposto seus embargos à execução e não tenha convencido o juiz de seu direito à obtenção do efeito suspensivo, apesar da redação do dispositivo legal. Pouco importa se os demais executados já ingressaram com embargos à execução ou ainda não o fizeram, pois a justificativa da norma legal é impedir o prosseguimento da execução quando a relevante fundamentação de um dos embargantes for apta a favorecer os demais executados. Dessa forma, os demais executados que serão agraciados com efeito suspensivo obtido por outro executado em embargos por ele apresentados podem ainda não ter ingressado com os embargos, podem ter perdido o prazo para tanto, podem ter os embargos que interpuseram em trâmite, ou, ainda, os embargos já podem inclusive ter sido julgados.

54.2.6.4. Suspensão parcial do processo

O art. 739-A, § 6.º, do CPC/1973 continha uma previsão, no mínimo, curiosa, determinando que nem todos os atos do processo de execução serão suspensos ainda que o juiz atribua o efeito suspensivo requerido pelo embargante. O dispositivo legal previa que, mesmo com a concessão do efeito suspensivo, os atos de penhora de bens – na realidade, atos de qualquer espécie de garantia do juízo – e de avaliação seriam praticados normalmente. A norma era estranha porque a garantia do juízo era – como ainda é – condição para a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução.

O § 5.º do art. 919 do Novo CPC resolve essa aparente incongruência ao esclarecer que o efeito suspensivo não impede os atos de substituição, reforço ou redução da penhora e de avaliação dos bens, seguindo posicionamento doutrinário na interpretação do § 6.º do art. 739-A do CPC/1973[118].

Ocorrendo o trivial, ou seja, realizando-se a penhora, seguida pela avaliação do oficial de justiça, é natural que se torne inaplicável o art. 919, § 5º, do Novo CPC, porque o efeito suspensivo depende da garantia do juízo, e nesse caso já terá ocorrido a avaliação, de modo que não haverá mais o que suspender. Imagine agora que o oficial tenha realizado a penhora, mas tenha deixado de avaliar o bem por lhe faltar conhecimento específico para tanto. Nesse caso, o dispositivo legal ora comentado passa a ter alguma utilidade, porque será possível que o prazo dos embargos vença antes da realização da avaliação que, embora simples, demandará algum tempo para ser realizada. Dessa forma, é possível que haja interposição dos embargos enquanto o bem penhorado ainda não tenha sido avaliado, suspendendo-se o prosseguimento da execução, mas mantendo-se a atuação do avaliador.

Na hipótese de alienação antecipada de bens[119], haverá a prática de um ato processual ainda que o processo esteja suspenso, mas esse ato é tão somente preparatório da expropriação, porque o valor obtido com a alienação não é entregue imediatamente ao exequente, sendo mantido em juízo como forma de garanti-lo.

54.2.7. PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

54.2.7.1. Início do procedimento

Os embargos à execução definitivamente não seguem o procedimento comum, o que se demonstra por sua simplicidade estrutural, em especial a existência de somente uma audiência, sem a necessidade formal de uma fase de saneamento. Trata-se de procedimento especial sumarizado.

O procedimento, entretanto, poderá não ser tão concentrado como sugere o dispositivo legal, até mesmo porque a profundidade da cognição nos embargos à execução é ampla e irrestrita, sendo que qualquer restrição ao legítimo direito probatório das partes não é admitida. Dessa forma, apesar de a redação sugerir o julgamento imediato ou a designação de audiência de instrução e julgamento, na qual se produzirá a prova oral (depoimento pessoal e testemunhal), é natural que, sendo necessária a produção de prova de outra natureza que não a oral, em especial a prova pericial, o juiz determinará essa forma de produção de prova[120]. Por outro lado, embora não exista uma expressa previsão para a realização de uma audiência preliminar ou decisão saneadora escrita, conforme previsto no art. 357 do Novo CPC, é natural que possa o juiz no caso concreto, percebendo as vantagens de sua realização, sanear pontualmente o processo, como faz no rito comum[121].

Até mesmo a audiência de conciliação e mediação prevista no art. 334 do Novo CPC poderá ser designada pelo juiz, mas a aplicação da regra não é vinculativa, de forma que sua designação será apenas uma opção do juiz. E assim, sendo, deve ser afastada a sanção consagrada no § 8º do art. 334 do Novo CPC, caso a parte deixe de comparecer à audiência.

Conforme já analisado anteriormente, a petição inicial dos embargos à execução poderá ser liminarmente rejeitada nos termos do art. 918 do Novo CPC, sendo que a rejeição total será impugnável por apelação e a rejeição parcial, por agravo de instrumento. Não sendo hipótese de rejeição da petição inicial, o exequente será ouvido no prazo de 15 dias, conforme previsão do art. 920, I, do Novo CPC. Entendo ser caso de citação do embargado, em razão da natureza de ação dos embargos à execução[122].

No tocante à forma para a realização dessa citação, a doutrina majoritária entende que basta uma intimação no Diário Oficial, considerando-se que o embargado é o exequente, tendo, portanto, ao menos no processo de execução, representação por advogado[123]. A expressa indicação de que o embargado era "intimado" ajudava nessa conclusão, mas é preciso ressaltar que, mesmo a doutrina que entendia essa intimação como citação, concluía pela possibilidade de ser realizada na pessoa do advogado, por meio de publicação no Diário Oficial. Ainda que se possa alegar que tecnicamente a citação, ainda que feita na pessoa do advogado, deve ser sempre pessoal, a facilidade procedimental da publicação no Diário Oficial, aliada à segurança que tal forma de comunicação gera na praxe forense, desaconselha fortemente qualquer mudança no procedimento já consolidado nesta.

O art. 920, I, do Novo CPC se limita a prever que o exequente será ouvido no prazo de 15 dias. A defesa do embargado nesse caso tem natureza de contestação[124], seja qual for o nome dado a ela na praxe forense. O comentário é importante porque, não se sabe bem

por qual razão, na praxe forense é comum chamar essa defesa de impugnação aos embargos. O nome, naturalmente, não tem capacidade de mudar a natureza dessa defesa executiva, mas é consideravelmente inadequado. Além de esconder sua real natureza jurídica, pode levar o operador mais incauto a confundi-la com a impugnação como defesa do executado no cumprimento de sentença.

54.2.7.2. Revelia

O tema da revelia nos embargos à execução é um dos mais interessantes, cercado de extrema polêmica doutrinária e jurisprudencial. Na realidade, a discussão deve ser conduzida partindo-se de um pressuposto básico: a revelia é um mero estado de fato, causado pela ausência jurídica de contestação, não se confundindo com seus efeitos, que, além da revelia em si, dependerão de outros requisitos para que possam ser gerados no caso concreto. Essa premissa é necessária para limitar a discussão a respeito da revelia apenas quanto à geração ou não de seus efeitos nos embargos, sendo inegável que ela existirá sempre que o embargado deixar de apresentar sua contestação no prazo legal[125].

Um dos efeitos da revelia é a desnecessidade de intimação do réu revel, efeito esse que não é gerado no caso concreto sempre que o demandado revel tiver advogado regularmente constituído nos autos. Ainda que na circunstância de o embargado citado nos embargos não se manifestar, não havendo nesse processo um advogado que o represente, mostra-se de extremo rigorismo formal deixar de intimar o advogado constituído no processo de execução pelo exequente. Não se desconhece a autonomia dos embargos, mas

também não se despreza a ligação estreita dessa forma típica de defesa do executado com o processo de execução, de forma que o sacrifício do contraditório com a não intimação do embargado que deixa de contestar não se justifica, em nenhuma hipótese.

O segundo e mais importante efeito da revelia é a presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pelo autor. A grande questão a respeito dos embargos à execução orbita em torno da ocorrência ou não desse efeito da revelia. Para parcela da doutrina, sendo os embargos um processo de conhecimento, a ausência de contestação pelo demandado caracteriza a revelia, de forma que o ônus da prova do demandante, ao menos em regra, deixa de existir. O tratamento dado ao demandado nos embargos seria exatamente o mesmo que se concede a qualquer demandado em qualquer processo de conhecimento[126].

Por outro lado, forte corrente doutrinária entende que, ainda que o embargado não apresente sua contestação, até mesmo poderá ser considerado revel – para alguns nem mesmo isso –, mas o efeito de presunção de veracidade dos fatos alegados não será gerado. É esse o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça[127].

Entende-se, basicamente, que a existência do título executivo impede que o embargado seja comparado com demandados em outras demandas cognitivas, porque na execução o embargado já tem a seu favor a presunção legal advinda do título executivo, o que falta ao demandado em geral. A existência do título executivo de fato faz com que a questão dos efeitos da revelia seja pensada de forma particular ao processo de embargos à execução[128].

O título executivo apresenta uma presunção legal de que o direito exequendo existe – a certeza do título, como já visto, não significa certeza de que o direito exista –, enquanto a ausência de contestação do embargado geraria uma presunção de que os fatos alegados pelo embargante são verdadeiros, o que no mais das vezes gerará um ataque ao próprio título executivo. É natural compreender que as duas presunções são divergentes e não podem ambas prevalecer no caso concreto: ou vale a presunção legal do título e o embargante continua com o ônus de provar o que alegou, ou sua omissão derruba essa presunção legal, permitindo ao juiz decidir a favor do embargante mesmo sem a produção de prova nesse sentido. Entendo que nesse verdadeiro duelo entre as duas presunções – do título e da omissão do embargado – deve prevalecer a presunção legal do título, de forma que o efeito da revelia de presunção de veracidade dos fatos nos embargos diante da revelia do embargado não deve ser gerado.

54.2.7.3. Outras reações

O art. 920, I, do Novo CPC prevê que o exequente será "ouvido no prazo de 15 dias", não havendo qualquer limitação expressa a respeito de qual a espécie de resposta a ser dada por ele diante dos embargos apresentados pelo executado. Houve singela, mas importante mudança na redação de tal dispositivo legal, considerando-se que na antiga redação o embargado era intimado para impugnar os embargos, o que poderia passar a falsa impressão de que a única postura possível a ser tomada seria defensiva contra a pretensão do embargante. Ao prever atualmente que o exequente será "ouvido", resta claro que, apesar de ser a contestação a resposta tradicional, não é possível genericamente e a priori a

exclusão de outras formas de resposta.

Um bom exemplo disso, totalmente cabível aos embargos à execução, é o reconhecimento jurídico do pedido[129], postura pela qual o réu concorda com a pretensão do autor, tanto em seu aspecto fático como jurídico. Outras formas de resposta do réu, entretanto, não são cabíveis nos embargos à execução, tais como a denunciação da lide e chamamento ao processo. Na realidade, a única forma de intervenção de terceiros admitida nos embargos é a assistência[130].

Entre as repostas mais tradicionais, é natural que a mais frequente seja a contestação, forma defensiva de reposta por meio da qual o réu se insurge contra a pretensão do autor. É natural que o exequente queira defender sua pretensão executiva, que estará sendo atacada pelo executado por meio dos embargos à execução, de forma que a contestação será uma reação natural do embargado. Além dela, entretanto, parece que também as exceções rituais de impedimento e suspeição e a reconvenção poderão ser oferecidas pelo exequente-embargado. Note-se que não cabe, nessa contestação, a alegação de incompetência relativa, porque o juízo onde tramita a execução foi escolhido pelo próprio exequente-embargado, e, não tendo havido impugnação do executado a essa escolha, ainda que o juízo fosse originariamente incompetente, terá ocorrido a prorrogação de competência, o que impede essa espécie de resposta[131].

O cabimento da reconvenção como forma de resposta do exequente-embargado é tema bastante controvertido, com exclusão da execução fiscal, na qual o art. 16, § 3.º, da Lei 6.830/1980

expressamente veda a admissibilidade da reconvenção. A maioria da doutrina, de forma acertada, parte da premissa de que os embargos à execução têm natureza de ação de conhecimento, de forma que, preenchidos os requisitos de cabimento da reconvenção, não haverá qualquer razão plausível para defender a sua inadmissibilidade. A conexão com a ação principal ou com os fundamentos de defesa é totalmente possível de verificar; os embargos têm um procedimento ordinário, com o qual a reconvenção se compatibiliza, de forma a não existir qualquer entrave sério ao cabimento dessa espécie de resposta[132].

54.2.7.4. Decisão dos embargos

Tratando-se de uma ação de conhecimento, os embargos à execução serão decididos por meio de uma sentença, que tanto poderá ser terminativa (art. 485 do Novo CPC) como definitiva (art. 487 do Novo CPC). O recurso cabível é a apelação (art. 1.009 do Novo CPC), que será recebida sem o efeito suspensivo (art. 1.012, III, do Novo CPC), quando os embargos forem rejeitados liminarmente ou julgados improcedentes. Significa dizer que nesses casos o andamento da execução não será suspenso em virtude da propositura da apelação, o que atualmente significa dizer que se prosseguirá com a situação de não suspensão da execução, considerando-se a inexistência de efeito suspensivo dos embargos à execução.

Sendo uma decisão de mérito, sempre que houver a rejeição do pedido do embargante, a sentença terá natureza declaratória negativa, já que declara a inexistência do direito alegado nos embargos à execução. Sendo acolhido o pedido do autor, existe

polêmica doutrinária a respeito da natureza jurídica da decisão. A definição da natureza jurídica da sentença de procedência dos embargos exige uma análise prévia dos fundamentos de que poderá se valer o embargado, bem como do pedido feito por ele em sede de embargos à execução. Não parece correto definir a priori pela natureza declaratória[133] ou pela natureza constitutiva.

O embargante poderá alegar matérias referentes ao direito material que fundamenta a execução, tanto no tocante à sua inexistência total ou parcial (excesso de execução). São os chamados "embargos de mérito", porque seu objeto é o mérito do processo executivo. Nesse caso, o objetivo do embargante não se reduz à mera declaração de que o direito material total ou parcialmente não existe, porque na realidade o seu objetivo principal é se liberar da execução, colocando um fim ao processo executivo movido contra ele. Essa circunstância, entretanto, não retira dessa sentença, ao menos em regra, a natureza meramente declaratória, porque a extinção do processo de execução não traz consigo a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica de direito material[134].

Além da declaração de que o direito material não existe conforme exposto pelo exequente, essa sentença poderá ter também uma eficácia constitutiva negativa, sempre que já existir constrição judicial no processo executivo. Nesse caso, além da certeza jurídica, o embargante também obtém a desconstituição do ato judicial de constrição[135]. No caso, entretanto, de não existir constrição judicial, a sentença de procedência dos embargos nessa hipótese se limitará a afastar a dúvida a respeito da existência do

direito material, sendo inegável sua natureza meramente declaratória. Situação excepcional, na qual também será possível verificar a natureza constitutiva negativa dessa sentença, é a hipótese de desconstituição da relação jurídica substancial existente entre as partes (p. ex., anulação de um título de crédito em decorrência de vício do consentimento)[136].

Além da alegação em sede de embargos que tenha como objeto o direito material exequendo, também poderá o executado impugnar o direito à execução, amparado na regularidade formal do título executivo e das condições da ação executiva, sem, entretanto, discutir o direito material. Nas palavras da melhor doutrina, o objetivo desses embargos é obter a extinção do processo de execução sem que sua procedência importe negação da existência do direito exequendo[137]. Nesse caso, as matérias alegáveis em sede de embargos são todas de ordem pública, de forma que poderão ser alegadas por meio de mera petição no próprio processo de execução, em defesa chamada de objeção de pré-executividade.

Por fim, há os embargos puramente processuais, em que o embargante impugna a regularidade do processo executivo como um todo ou de determinados atos processuais. Nesse caso, o pedido será sempre de desconstituição do processo como um todo ou do ato procedimental atacado, naturalmente levando-se em conta os efeitos expansivos no procedimento dessa desconstituição. Para parcela da doutrina, essa espécie de embargos são os genuinamente processuais, tendo como objeto os pressupostos processuais de validade e desenvolvimento do processo[138].

Há corrente doutrinária que defende a natureza mandamental de toda sentença de procedência dos embargos à execução, independentemente da matéria alegada pelo embargante. Nesse entendimento a eficácia mandamental se manifestaria pela existência de um "contramandado", espécie de "contraordem", derivado do principal interesse do embargante que é a obtenção de um mandado contra o mandado executivo. Lembra essa parcela da doutrina que, mesmo tendo eficácia preponderantemente mandamental, não se pode negar a existência de outras eficácias, tais como a declaratória e a constitutiva, a depender do caso concreto[139].

54.2.7.5. Matérias que podem ser objeto de embargos à execução

O art. 917 do Novo CPC prevê as matérias que podem ser alegadas em sede de embargos à execução na hipótese de execução fundada em título executivo extrajudicial. Delimitada a abrangência de aplicação do dispositivo legal, faz-se necessária a análise das matérias previstas em seus incisos, sendo interessante o registro da abrangência ditada pelo art. 917, VI, do Novo CPC, que permite ao executado alegar "qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento". Segundo o Superior Tribunal de Justiça, é incabível o oferecimento de reconvenção em embargos à execução[140].

55.2.7.5.1. Inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação

A primeira matéria alegável em sede de embargos à execução é a inexequibilidade do título (art. 917, I, do Novo CPC), sendo possível duas razões que tornam o título inexequível. O título

apresentado – entenda-se o documento que instruiu a petição inicial – pode não estar previsto em lei como título executivo, o que acarretará a nulidade da execução em virtude da ausência de título executivo (princípios da taxatividade e do nulla executio sine titulo).

Além disso, o documento pode estar previsto abstratamente em lei como título executivo, mas faltando à obrigação representada nesse título certeza, liquidez e exigibilidade (art. 783 do Novo CPC); também haverá, neste caso, nulidade da execução. Parece ser nesse sentido a inexigibilidade da obrigação prevista no art. 917, I, do Novo CPC.

Além dos vícios ligados ao título apresentado pelo exequente, será possível a alegação de outras nulidades da execução, bastando como exemplo as matérias previstas pelo art. 803, II, do Novo CPC, que prevê a nulidade da execução se o executado não for regularmente citado. Registre-se que esse é apenas um exemplo de nulidade da execução que não têm ligação direta com o título apresentado pelo exequente, sendo legítima a alegação de qualquer outro vício formal da execução[141].

Essas matérias referentes à nulidade da execução não dizem respeito ao direito material exequendo, de forma que o eventual acolhimento da defesa apresentada pelo embargante, ainda que gere a extinção do processo de execução, não impedirá que o exequente volte ao Poder Judiciário por meio de um processo de conhecimento. Tratando-se de matérias de ordem pública, ligadas à regularidade formal do procedimento, devem ser conhecidas de

ofício pelo juiz, e, caso não o sejam, podem ser alegadas pela parte de qualquer forma, tanto por meio de embargos à execução como por meio de mera petição no processo de execução (objeção de pré-executividade)[142].

Uma última consideração deve ser feita. Na hipótese de inexistência do título executivo, o juiz, na análise da petição inicial, não deve extinguir o processo sem a resolução do mérito, amparando-se no princípio do nulla executio sine titulo. Deverá o juiz determinar que o demandante transforme o processo executivo em processo de outra natureza, o qual não necessita da existência de um título executivo para se desenvolver, como uma ação cognitiva ou monitória. Dessa forma, preserva-se o processo, em nítido respeito ao princípio da economia processual.

55.2.7.5.2. Penhora incorreta ou avaliação errônea

No art. 917, II, do Novo CPC, a segunda matéria alegável em sede de embargos à execução são os vícios da penhora e da avaliação. No tocante aos vícios da penhora, vislumbram-se três categorias: impenhorabilidade de bens, ofensa à ordem regulamentada pelo art. 835 do Novo CPC e descompasso formal com os atos procedimentais da penhora. Parece mais adequado entender que a primeira categoria – impenhorabilidade de bens – seja a única matéria de ordem pública que possa ser alegada independentemente de alegação da parte[143].

A incorreção na avaliação decorre de vício na estimativa feita pelo oficial de justiça ou, excepcionalmente, pelo avaliador, aplicando-se as causas previstas pelo art. 873, I e II, do Novo CPC:

ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador (também do oficial de justiça) e a verificação posterior à avaliação de que houve majoração ou diminuição substancial do valor do bem.

O aspecto mais interessante desse dispositivo legal é perceber que a matéria prevista nele nem sempre poderá ser alegada pelo embargante, porque não é mais requisito dos embargos a existência de garantia do juízo. Dessa forma, é plenamente possível que, transcorrido o prazo de 15 dias para a oposição dos embargos, não tenha ocorrido a penhora do bem, tampouco a avaliação, de forma que será materialmente impossível ao embargante fundamentar sua defesa no art. 917, II, do Novo CPC. Não deverá o embargante, entretanto, deixar de embargar, porque, havendo outras matérias de defesa que já sejam materialmente possíveis de serem alegadas, a não interposição de embargos gerará preclusão temporal.

É evidente que, no que concerne à incorreção da penhora e da avaliação, não suportará o embargante nenhuma espécie de preclusão, sendo legítima a alegação de tais matérias no momento em que materialmente passe a ser possível tal alegação. Realizada a penhora e/ou a avaliação, o executado terá um prazo de 15 dias, contado a partir da juntada aos autos do mandado de penhora e avaliação – se a avaliação for feita por avaliador, da data de intimação das partes do laudo produzido – para alegar as matérias que não sejam de ordem pública – estas podem ser alegadas a qualquer momento – e que se tipifiquem no art. 917, II, do Novo CPC. Nos termos do § 1º do art. 917 do Novo CPC, a incorreção da penhora ou da avaliação será impugnada por simples petição, no prazo de 15 dias da ciência do ato.

Apesar da previsão legal, entendo que estando em trâmite os embargos à execução, desde que não haja sacrifício injustificado ao embargado e ao andamento do próprio processo, é possível um aditamento dos embargos, ainda que em flexibilização da regra da estabilização objetiva da demanda consagrada no art. 329 do Novo CPC. Dessa forma, aproveitam-se os embargos já existentes para que a alegação superveniente possa ser realizada, desde que, naturalmente, se conte um prazo preclusivo de 15 dias a partir da ciência do embargante da penhora ou da avaliação[144]. O mesmo não ocorre na hipótese de embargos já decididos em primeiro grau, tendo sido a sentença recorrida por apelação. Nesse caso, como também na hipótese de decisão transitada em julgado ou ausência de embargos, parece ser o mais correto permitir ao executado o ingresso de embargos somente com o fito de discutir a matéria prevista no art. 917, II, do Novo CPC, admitindo-se também que a defesa seja feita por mera petição, nos termos do § 1º do dispositivo ora analisado.

54.2.75.3. Excesso de execução ou cumulação indevida de execuções

No inciso III do art. 917 do Novo CPC, encontram-se as alegações de excesso de execução e de cumulação indevida de execuções.

As hipóteses de excesso de execução vêm previstas no art. 917, § 2º, do Novo CPC, sendo equívoco frequente do leitor menos atento acreditar que o excesso de execução signifique somente a cobrança de valor superior ao da dívida ou bens em quantidade maior à que efetivamente devida. De fato, essa é a situação mais

frequente, mas não a única forma que o diploma processual entende por “excesso de execução”.

A alegação de que a quantia pretendida é superior à quantia efetivamente devida está prevista no art. 917, § 2º, I, do Novo CPC, sendo a única que pode ser considerada, nesse artigo, matéria de defesa que versa sobre o mérito da execução, já que nos outros incisos, o acolhimento da defesa levará à extinção do processo por ausência de condição da ação[145]. Sendo acolhida a alegação de que o credor pretende receber valor maior que aquele consignado no título, os embargos serão julgados procedentes, adequando-se o valor da execução, que naturalmente seguirá seu trâmite para que o exequente receba nos limites do título exequendo[146].

Nos termos do art. 917, § 3.º, do Novo CPC, sendo a matéria de defesa nos embargos o excesso de execução, caberá ao embargante indicar o valor que entende correto, acompanhado de memorial de cálculos, sob pena de extinção liminar dos embargos. Interessante notar que nesse caso a execução seguirá somente com relação à parcela incontroversa.

O mesmo dispositivo legal prevê as consequências de seu descumprimento. Segundo o dispositivo legal, quando o embargante alegar que o exequente pleiteia quantia superior à do título (excesso de execução), declarará, na petição inicial, o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo. Caso não seja apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, os embargos à execução serão liminarmente rejeitados, com extinção do processo sem resolução

de mérito, se o excesso de execução for o seu único fundamento; se houver outro fundamento, os embargos à execução serão processados, mas o juiz não examinará a alegação de excesso de execução.

Num mistério insondável que bem demonstra o nível de insegurança jurídica proporcionado pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão de sua Corte Especial decidiu-se, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, pela inaplicabilidade de tal exigência nos embargos à execução contra a Fazenda Pública com o singelo fundamento de que o art. 475-L, § 2.º, do CPC/1973 não havia sido reproduzido no art. 741 do mesmo diploma legal, acolhendo alegação da Fazenda Nacional de que os credores elaboram cálculos muitas vezes com base em documentos que sequer constam dos autos e que não se deveria admitir a transferência do ônus de localizar os documentos ao executado no exíguo prazo de defesa. O Superior Tribunal de Justiça afirmou ainda que, levando-se em conta o princípio da indisponibilidade do interesse público, que impede o julgamento por presunção em desfavor dos entes públicos, a Fazenda Pública não poderia ter o ônus previsto no art. 475-L, § 2.º, do CPC/1973[147].

Em termos de conteúdo, o julgamento é criticável, porque, se o exequente apresenta cálculos sem juntar os documentos necessários à sua elaboração, é óbvio que o juiz não deve admitir os cálculos e muito menos inverter o ônus de elaborá-los. E essa realidade não é privilégio da Fazenda Pública, mas regra aplicável a qualquer executado. Caso contrário, bastaria ao exequente juntar aos autos cálculos sem qualquer base conhecida e com isso desencadear a

execução. Por outro lado, afirmar-se que a indisponibilidade do interesse público não admite julgamento por presunção é repetir o velho e equivocado mantra de que a Fazenda Público só defende, em juízo, direitos indisponíveis.

O mais grave, entretanto, não é a fragilidade dos argumentos utilizados, mas a citação como precedentes desse entendimento de dois julgados da 1.ª Turma em que se decidiu exatamente o contrário, ou seja, pela aplicação da exigência nos embargos à execução contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 739-A, § 5.º, do CPC/1973, por se tratar de dever legal que atinge todos os executados[148]. E ainda pior, se é que isso é possível, outras turmas do tribunal seguiram o mesmo entendimento dos "precedentes" mencionados no julgamento da Corte Especial[149].

O resultado é que todos os órgãos fracionários do Superior Tribunal de Justiça competentes para enfrentar a matéria têm precedentes unânimes em um determinado sentido, e quando a Corte Especial decide a matéria jurídica, o faz em sentido totalmente contrário, e ainda cita como precedentes julgamentos contrários ao entendimento consagrado no próprio julgado. Assim realmente fica difícil.

A par do absurdo da situação exposta, é importante no tocante ao tema o § 2º do art. 535 do Novo CPC, que expressamente exige da Fazenda Pública a declaração de imediato do valor que entende devido quando alegar excesso de execução em sua defesa executiva. Realmente não havia qualquer justificativa para mais uma prerrogativa da Fazenda Pública em juízo, e nesse sentido o

dispositivo deve ser efusivamente saudado.

O art. 917, § 2º, II, do Novo CPC trata como excesso de execução a situação em que a execução recaia sobre coisa diversa daquela declarada no título. Por exemplo, o título indica a construção de um muro e o exequente ingressa com ação de execução pleiteando a construção de uma piscina[150].

A execução que se processa por modo diferente do que ficou estabelecido pelo título também é considerada execução viciada por excesso de execução (art. 917, § 2º, III, do Novo CPC). Assim, se o título aponta para a obrigação de pintar um quadro, o exequente não poderá ingressar com ação de execução por quantia certa, cobrando o valor desse quadro. Uma vez descumprida a obrigação em juízo, pode-se até converter a execução em quantia certa, quando o exequente cobrará as perdas e danos, mas isso somente será possível após o ingresso de execução da forma pela qual indicada no título.

A quarta hipótese de excesso de execução prevista pelo artigo legal ora analisado se verifica quando o exequente, sem ter cumprido a prestação que lhe correspondia, exige o adimplemento da obrigação do executado (art. 917, § 2º, IV, do Novo CPC). Nesse caso, permite-se ao executado a alegação de “exceção de contrato não cumprido”, previsto no art. 476 do CC. Ao embargar uma execução que tem como objeto a entrega do acervo de uma biblioteca, o executado alega que não entregou os livros porque ainda não recebeu o pagamento.

No art. 917, § 2º, V, do Novo CPC, encontra-se a última

hipótese de excesso de execução, o que ocorrerá quando o exequente ingressar com o processo executivo sem que a condição a que estava sujeita a execução tenha se realizado. O exequente ingressa com execução por quantia certa e o executado opõe embargos afirmando que sua obrigação de pagar somente será exigível quando a gloriosa Associação Portuguesa de Desportos for campeã mundial (o que, infelizmente, parece longe de ocorrer).

O Novo Código de Processo Civil permite a cumulação de execuções, inclusive com mais de um título executivo, daí a preocupação do legislador em apontar como matéria oponível nos embargos do devedor a cumulação indevida. Será sempre indevida quando afrontar as disposições contidas no art. 780 do Novo CPC. Reza o artigo de lei que a cumulação será permitida quando for o mesmo executado em todas as execuções, quando o juiz for competente para todas elas e idêntica a forma do processo.

Ao mencionar “mesmo executado”, o artigo legal quer dizer “polo passivo”, daí a inegável possibilidade de cumulação de execuções no caso de litisconsórcio passivo. Quanto à competência, as maiores dificuldades surgem na cumulação de execuções fundadas em títulos executivos judiciais, que deverão ter sido formados perante o mesmo juízo. No caso de sentença penal e arbitral cumulada com sentença condenatória, é possível que o mesmo Juízo seja competente, permitindo a cumulação. O mesmo ocorre entre títulos executivos judiciais e extrajudiciais, seguindo esses segundos as regras de competência dos primeiros. No caso de diferentes títulos, sendo todos extrajudiciais, aumentam as chances de o mesmo Juízo ser o competente para a execução de todos eles, o

que permitiria a cumulação.

Além do mesmo executado e do juízo competente, é necessária a identidade quanto à forma do processo, ou seja, é impossível cumular execuções de diferentes naturezas. Se existem dois títulos, um expressando obrigação de fazer e outro de pagar quantia certa, é impossível a cumulação. Tal exigência decorre dos diferentes procedimentos para cada espécie de execução (tomando-se por base a natureza da obrigação do executado).

A doutrina majoritária entende que o acolhimento de tal defesa deve levar à extinção integral do processo de execução, sendo possível ao exequente mover posteriormente processos de execuções em separado[151]. Há, entretanto, doutrinadores que entendem que o acolhimento de tal defesa enseja ao exequente uma escolha de qual execução pretende dar continuidade, prestigiando-se o princípio da economia processual[152].

Aponta a melhor doutrina que a cumulação indevida de execução é matéria de ordem pública, podendo ser alegada fora dos embargos, e até mesmo reconhecida de ofício pelo juiz[153].

54.2.7.5.4. Retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de entrega de coisa certa

A matéria prevista no art. 917, IV, do Novo CPC é cabível exclusivamente na execução fundada em obrigação de entrega de coisa certa, até mesmo porque somente nessa espécie de execução será plausível a alegação de direito de retenção por benfeitorias.

Segundo o art. 1.219 do CC, o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias, sendo que das três espécies existentes – necessárias, úteis e voluptuárias – tem direito de retenção pelo valor das duas primeiras, sendo exatamente essa a matéria a ser alegada pelo executado por meio dos embargos à execução. Na petição inicial, o embargante deverá indicar quais são essas benfeitorias, bem como o valor que entende devido por elas, sendo até mesmo possível um pedido ilíquido, quando o valor depender de prova técnica de difícil elaboração.

O art. 917, § 5.º, do Novo CPC contém uma regra que pode ser entendida como matéria alegável em contestação dos embargos pelo exequente. A execução tem como objeto uma obrigação de entregar coisa certa, mas, uma vez embargada com a alegação do executado de ter direito a reter o bem até que os gastos com as benfeitorias necessárias e úteis sejam ressarcidos, o exequente poderá pedir compensação desse valor com os frutos ou danos considerados devidos pelo executado. Como se nota, não era desejo inicial do exequente obter a condenação do executado ao pagamento de tais valores, porém, havendo o pedido de benfeitorias, o direito será alegado para fins de compensação.

O dispositivo legal determina que seja nomeado um perito, fixando-se prazo para que entregue o laudo, presumindo-se que o trabalho técnico abrangerá tanto as alegadas benfeitorias como também os alegados frutos e danos. O perito, entretanto, somente será necessário nas hipóteses em que se fizer indispensável a presença de alguém com conhecimento técnico específico, o que deve se limitar naturalmente a questões mais complexas. A presença do perito, portanto, não é indispensável, sendo possível que o juiz, mesmo sem tal auxílio, consiga determinar o valor[154].

Os embargos à execução, nesse caso, terão natureza meramente dilatória, considerando-se que, uma vez reconhecido o direito de retenção, bastará ao exequente pagar ao executado o valor determinado em sentença para que a execução prossiga, com a efetiva satisfação do exequente por meio da entrega da coisa. Tanto é assim que o art. 917, § 6º, do Novo CPC permite a imediata imissão na posse por parte do exequente a partir do momento em que o mesmo preste caução ou deposite o valor devido por benfeitorias.

54.2.7.5.5. Incompetência absoluta ou relativa

A incompetência absoluta sempre foi matéria alegável em sede de preliminar de contestação. Com o Novo Código de Processo Civil, também passa a ser matéria de preliminar em contestação a incompetência relativa, sendo que o art. 917, V, do Novo CPC apenas compatibiliza essa realidade.

54.3. IMPUGNAÇÃO

54.3.1. NATUREZA JURÍDICA

Diferente do processo de execução, no qual o executado se defende por meio dos embargos de execução, a defesa típica do executado no cumprimento de sentença que condena o réu ao pagamento de quantia é a impugnação, prevista no art. 525 do Novo CPC. Apesar de ser tranquila a doutrina quanto à constatação de haver diferentes espécies de defesa do executado no processo de execução e na fase executiva, existe muita polêmica a respeito da natureza jurídica dessa defesa.

Há doutrina que defende a natureza de ação incidental da impugnação, exatamente como ocorre com os embargos à execução. Nesse entendimento, a oposição oferecida pelo executado à impugnação consubstancia-se num pedido de tutela jurisdicional para que os rumos procedimentais sejam corrigidos ou para que a própria pretensão executiva seja extinta, pretensões próprias de ação judicial[155]. Ademais, a impugnação tem praticamente o mesmo conteúdo e os mesmos objetivos dos embargos à execução[156].

Outra corrente doutrinária defende que a natureza da impugnação dependerá das matérias que o executado alegar. Sendo a alegação defensiva voltada a vícios procedimentais – requisitos da execução e validade dos atos executivos –, tais como o excesso de penhora ou avaliação incorreta, a natureza será de incidente processual. Sendo a alegação defensiva voltada à obtenção de um bem jurídico, tais como existência de causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, a natureza será de ação incidental[157].

A doutrina majoritária afirma que a natureza jurídica da impugnação é de incidente processual de defesa do executado[158]. Realmente parece ser esse o melhor entendimento, até porque, mesmo quando o executado pretende obter um bem da vida por meio da impugnação, deve-se prestigiar o sincretismo processual. Não teria sentido o legislador acabar com o processo autônomo de execução de sentença e manter a defesa do executado como ação incidental.

54.3.2. MATÉRIAS ALEGÁVEIS EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO

Não podendo o executado voltar a discutir o direito exequendo fixado em sentença, haverá na impugnação uma limitação da cognição horizontal, restringindose as matérias passíveis de alegação nessa espécie de defesa. O art. 525, § 1º, do Novo CPC prevê o rol das matérias que podem ser alegadas em sede de impugnação, entendendo, corretamente, a doutrina majoritária que se trata de rol exaustivo, salvo as matérias de ordem pública, desde que não estejam já protegidas pela eficácia preclusiva da coisa julgada[159]. Impugnação com matéria alheia ao rol legal deve ser rejeitada liminarmente[160].

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, admite a alegação em sede de impugnação de retenção por benfeitorias, desde que a matéria já tenha sido alegada em sede de contestação na fase de conhecimento. Como não existem mais no sistema os embargos de retenção, o momento adequado ao réu para alegar a matéria é a contestação, sob pena de preclusão, podendo posteriormente, quando executado, se valer dessa alegação para condicionar a

entrega da coisa ao pagamento das benfeitorias já reconhecidas em sentença[161]. Por se tratar de prazo preclusivo, caso não alegue em sua contestação o direito à retenção em razão de benfeitorias, a parte não perde o direito, em ação autônoma, de exigir seu pagamento. Só não poderá alegar a matéria em sede de defesa executiva pretendendo condicionar a entrega da coisa ao pagamento.

54.3.2.1. Falta ou nulidade da citação, se o processo correr à revelia

Conforme analisado no Capítulo 19, item 19.1., a revelia é um estado de fato, representado pela ausência jurídica de contestação. O art. 525, § 1º, I, do Novo CPC exige mais do que a simples revelia na fase de conhecimento, porque mesmo revel, o réu pode se integrar voluntariamente ao processo, e nesse caso, apesar da revelia, a questão a respeito da regularidade ou existência da citação já terá sido superada na fase de conhecimento. Tenha sido ou não tratada essa matéria na fase de conhecimento, sua discussão na fase executiva é impedida em razão da eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508 do Novo CPC). Sendo a citação realizada por edital ou hora certa e não comparecendo o réu no processo, a ele será concedido um curador especial (art. 72, II, do Novo CPC), o que não afasta a alegação de falta ou nulidade dessa citação ficta em sede de impugnação[162].

A falta ou nulidade de citação gera um vício no plano da validade, como afirmado no Capítulo 3, item 3.3.3.3.2.3. tratando-se de uma espécie diferenciada de nulidade absoluta, visto que não se convalida. Essa característica do vício leva parcela doutrinária a

entender que o vício é matéria de ordem pública, podendo ser alegada em sede de objeção de pré-executividade, o que parece ser relevante para aqueles que defendem a necessidade de penhora para a interposição de impugnação. Na realidade, é dispensável até mesmo a impugnação, podendo a parte se valer da ação autônoma de querela nullitatis[163]. Para alguns, além dessa ação e da impugnação, também é cabível dentro do prazo de dois anos do trânsito em julgado a ação rescisória[164].

Sendo acolhida a alegação prevista no dispositivo legal ora comentado, o processo será anulado desde o momento em que se configurou o vício, não sendo necessária, entretanto, a realização da citação do réu, porque, ao apresentar a impugnação, já ingressou voluntariamente no processo, e nos termos do art. 239, § 1.º, do Novo CPC deverá ser simplesmente intimado na pessoa de seu advogado para responder à pretensão do autor na fase de conhecimento[165].

54.3.2.2. Ilegitimidade de parte

A legitimidade ativa para o cumprimento de sentença está prevista no art. 778 do Novo CPC, enquanto a legitimidade passiva vem prevista no art. 779 do Novo CPC. Sempre que qualquer dos dois dispositivos for desrespeitado caberá a alegação em sede de impugnação de ilegitimidade de parte. Respeitando-se a legitimidade passiva consagrada no art. 779 do Novo CPC, entendo cabível a modificação do polo passivo consagrada no art. 339 do Novo CPC.

54.3.2.3. Inexequibilidade do título ou inexigibilidade da

obrigação

Conforme já afirmado, entendo que haverá inexequibilidade do título sempre que o título apresentado – entenda-se o documento que instruiu a petição inicial – não estiver previsto em lei como título executivo, o que acarretará a nulidade da execução em virtude da ausência de título executivo (princípios da taxatividade e do nulla executio sine titulo). No cumprimento de sentença é difícil imaginar essa hipótese, já que somente em situações teratológicas o exequente ingressará com essa forma executiva sem ter um título executivo judicial que a embase.

Há corrente doutrina que entende que a inexequibilidade do título significa a inexistência de eficácia executiva do título, em regra, por ausência de liquidez, certeza ou exigibilidade[166], tal como acontece na sentença pendente de julgamento de recurso com efeito suspensivo ou de reexame necessário ou sentença ilíquida, que necessita passar antes do cumprimento de sentença pela fase de liquidação de sentença. Entendo, entretanto, que nesse caso seria mais adequado falar-se em inexigibilidade da obrigação, que poderá levar à inexequibilidade do título.

Segundo a melhor doutrina entende-se por inexigibilidade da obrigação a existência de algum impedimento à sua eficácia atual[167]. Tratando-se de obrigação a termo, sujeita à condição ou dependente de contraprestação, a obrigação só passará a ser exigível quando determinado evento ocorrer, cabendo ao exequente produzir a devida prova para evitar a extinção do cumprimento de sentença por carência da ação (falta de interesse de agir)[168]. Ocorre, entretanto, que, interpretado o dispositivo legal ora comentado no

sentido exposto, ele se torna repetitivo, considerando-se que a falta de contraprestação e a condição pendente estão incluídas no conceito de excesso de execução, matéria prevista no art. 525, § 1º, I, do Novo CPC[169].

A melhor interpretação para a matéria defensiva ora analisada é associá-la a ausência de qualquer dos requisitos previstos no art. 783 do Novo CPC na obrigação constante do título executivo. Não estando presente no caso concreto a certeza, liquidez ou exigibilidade da obrigação ela será inexigível.

Nos termos do § 12 do art. 525 do Novo CPC, também se considera inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal. Trata-se da chamada "coisa julgada inconstitucional", tratada no Capítulo 25, item 25.10.2.

54.3.2.4. Penhora incorreta ou avaliação errônea

Os arts. 525, § 1º, IV, e 917, II, ambos do Novo CPC têm idêntica redação, sendo a matéria tratada no Capítulo 54, item 54.2.7.5.2.

54.3.2.5. Excesso de execução ou cumulação indevida de execuções

Os arts. 525, § 1º, V, do Novo CPC e 917, III, ambos do Novo CPC têm idêntica redação, sendo a matéria tratada no Capítulo 54, item 54.2.7.5.3.

54.3.2.6. Incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução

Conforme já defendido no Capítulo 43, item 43.1.3.2., entendo que a competência de foro para o cumprimento de sentença é relativa, porque havendo a opção de escolha entre os foros concorrentes previstos no art. 516, parágrafo único, do Novo CPC, o legislador prestigia a vontade das partes, que dessa forma passam a se sobrepor ao interesse público que rege a competência absoluta.

Dessa forma, não tenho dificuldade em imaginar uma alegação de incompetência relativa do juízo caso o executado alegue que a escolha do exequente não respeitou os foros concorrentes previstos no parágrafo único do art. 516 do Novo CPC.

Quanto à possível alegação de incompetência absoluta, entendo que sendo a escolha do exequente continuar no foro em que foi proferida a sentença a ser executada, a competência do juízo que a proferiu é absoluta, de caráter funcional. Assim, caso o exequente consiga uma redistribuição de seu processo para outro juízo dentro do mesmo foro, cabe ao executado alegar a incompetência absoluta do juízo em sua impugnação.

54.3.2.7. Causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, desde que superveniente à sentença

O art. 525, § 1º, VII, do Novo CPC exige que as causas impeditivas, modificativas e extintivas da obrigação tenham ocorrido depois da sentença, em respeito à eficácia preclusiva da coisa julgada. Nas hipóteses de essas causas já existirem durante a fase de conhecimento, de duas uma: ou foram alegadas em contestação e afastadas pelo juiz ou nem chegaram a ser alegadas. Seja como for, como a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge o

deduzido e o dedutível (art. 508 do Novo CPC), não é possível a sua alegação em sede de impugnação[170].

Em razão desta circunstância, o dispositivo legal se equivocou em prever entre as matérias defensivas da impugnação os fatos impeditivos da obrigação, porque essa espécie de fato é sempre anterior ou simultânea à constituição da obrigação, que nesse caso só foi reconhecida na sentença[171]. O que se pode admitir é alguma causa impeditiva da execução singular, e não da obrigação, como a falência do devedor[172].

Constam expressamente do dispositivo legal como causas extintivas ou modificativas o pagamento, novação, compensação, transação e prescrição. O rol é meramente exemplificativo[173], como se nota dos termos "qualquer causa" e "como", ao identificar algumas espécies de causas alegáveis em sede de impugnação. É admissível, portanto, a alegação de outras causas extintivas ou modificativas, tais como a renúncia do crédito, remissão, compromisso, confusão etc.

54.3.3. PROCEDIMENTO

Conforme já devidamente analisado no Capítulo 47, item 47.2., no cumprimento de sentença, o executado será intimado para realizar o pagamento no prazo de 15 dias. Não ocorrendo o pagamento, o caput do art. 525 do Novo CPC prevê o início automático da contagem de novo prazo, também de 15 dias, para a impugnação do executado. É dispensada a intimação do executado para o início desse prazo, pois ele, sendo o responsável por tal pagamento, terá ciência se este foi ou não realizado no prazo legal.

Essa sucessão de prazos já é o suficiente para se concluir que a penhora não é condição de admissibilidade da impugnação. Afinal, nada garante que, transcorrido o prazo previsto no caput do art. 525 do Novo CPC, o juízo já esteja garantido. Para que não fique qualquer espaço para discussão a respeito do tema, o art. 525, caput, do Novo CPC é expresso na regra de que a impugnação poderá ser apresentada independentemente da existência de penhora, contrariando o antigo entendimento do Superior Tribunal de Justiça referente à questão[174].

Diferente dos embargos à execução, o prazo de 15 dias para a impugnação será contado em dobro, havendo litisconsortes passivos representados por advogados de diferentes escritórios, nos termos do art. 525, § 3.º, do Novo CPC. Acredito que essa previsão legal corrobora a conclusão de que a impugnação não tem natureza jurídica de ação autônoma, porque caso tivesse seria, a exemplo do que ocorre nos embargos à execução, inviável a aplicação do art. 229 do Novo CPC.

Aduz o art. 525, § 6º, do Novo CPC que a apresentação de impugnação não impede a prática de atos executivos, inclusive os de expropriação, podendo o juiz conceder efeito suspensivo desde que preenchidos quatro requisitos:

(a) requerimento expresso do impugnante;

(b) estar garantido o juízo, com penhora, caução ou depósito suficientes;

(c) a fundamentação da impugnação ser relevante;

(d) o prosseguimento da execução ser manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

Além do pedido do impugnante e da garantia do juízo, que se justifica a partir do momento em que se passa a admitir a impugnação sem penhora ou qualquer outro ato de constrição judicial, o dispositivo ora comentado prevê os tradicionais requisitos para a concessão de qualquer espécie de tutela de urgência: considerável probabilidade de a parte ter razão em suas alegações e necessidade de concessão urgente de tutela sob pena de perecimento do direito. Ambos os requisitos devem ser preenchidos para a concessão do efeito suspensivo[175]. Lamento que o § 6º do art. 525 do Novo CPC não tenha seguido o exemplo do § 1º do art. 919 do Novo CPC que, ao prever a concessão do efeito suspensivo impróprio aos embargos à execução, aponta os requisitos da tutela provisória. Dessa forma, além da tutela de urgência, também a tutela de evidência legitima a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução, conforme devidamente analisado no Capítulo 54, item 54.2.6.1.

Ainda que a impugnação não tenha natureza de ação e que o artigo ora analisado tenha se limitado a prever os requisitos da tutela de urgência, entendo possível que tal concessão também se funde na tutela da evidência, com aplicação subsidiária do art. 919, § 1º, do Novo CPC.

A concessão ou a denegação do pedido de efeito suspensivo ocorre por meio de decisão interlocutória, recorrível por agravo de instrumento[176]. O exequente, que tem seu pedido negado, em vez de agravar da decisão, poderá oferecer e prestar caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos, para que o procedimento não seja suspenso (art. 525, § 10, do Novo CPC). O

exequente faz o pedido e oferece a caução, que, uma vez aceita, gera a revogação da decisão concessiva do efeito suspensivo[177]. A norma legal é interessante porque compatibiliza a vontade do exequente em continuar com a execução e a necessidade de assegurar ao executado que eventuais danos injustificadamente suportados serão ressarcidos pelo exequente. Ao prestar a caução, o exequente "banca" o prosseguimento do cumprimento da sentença.

Não sendo necessária a elaboração de petição inicial[178], entendo inaplicáveis, à impugnação, algumas das hipóteses previstas no art. 918 do Novo CPC, que regulamenta a rejeição liminar dos embargos à execução. É o caso de indeferimento da petição inicial em razão de sua inépcia.[179] É claro que, havendo vício sanável no requerimento inicial, será caso de intimar o impugnante para o saneamento do vício. Também não parece aplicável o julgamento liminar de improcedência previsto no art. 918, II, do Novo CPC. As demais hipóteses, entretanto, são totalmente aplicáveis à impugnação, de forma que o juiz poderá indeferi-la liminarmente quando intempestiva (inciso I), quando fundado em causas de indeferimento da petição inicial, que não sua inépcia (inciso II) e quando for considerada manifestamente protelatória (inciso III), inclusive com a aplicação da multa prevista no art. 918, parágrafo único, do Novo CPC[180], nos termos expostos no Capítulo 54, item 54.2.5.4.

Apesar da omissão legal, interposta a impugnação, o exequente-impugnado será intimado para se manifestar no prazo de 15 (quinze) dias, em aplicação subsidiária do art. 920, I, do Novo

CPC, e em respeito ao princípio do contraditório[181]. O impugnado, nesse prazo, poderá contestar a impugnação. Também por aplicação subsidiária do art. 920, II, do Novo CPC, todos os meios de prova serão admitidos na impugnação, considerando-se que a limitação de cognição é horizontal (matérias alegáveis) e não vertical (profundidade na análise dos fundamentos e alegações). Apesar disso, tratando-se de impugnação a título judicial, a instrução probatória costuma ser sumária.

Na hipótese de a decisão não colocar fim ao cumprimento de sentença, ter-se-á, nos termos do art. 203, § 2º, do Novo CPC, uma decisão interlocutória, sendo cabível o recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único, do Novo CPC). Caso a decisão coloque fim à fase de cumprimento de sentença, ter-se-á, nos termos do art. 203, § 1º, do Novo CPC, uma sentença, recorrível pelo recurso de apelação (art. 1.009, caput, do Novo CPC).

Note-se que o único critério válido para determinar o recurso cabível é o efeito da decisão impugnada em termos de extinção ou prosseguimento do cumprimento de sentença. Na decisão que rejeita o pedido do impugnante (improcedência da impugnação), o cumprimento de sentença sempre prossegue, parecendo não haver dúvida de que nesse caso sempre será cabível o agravo de instrumento[182]. O mesmo, entretanto, não se pode dizer de uma decisão que acolhe o pedido do impugnante (procedência da impugnação), que tanto pode colocar fim ao cumprimento de sentença – p. ex., no acolhimento da alegação de inexigibilidade do título – como permitir seu prosseguimento – p. ex., no excesso de

execução[183]. Como se nota, o importante é o efeito e não o conteúdo da decisão judicial.

Há, entretanto, uma interessante situação na qual haverá, no mínimo, uma dúvida fundada a respeito do recurso cabível. Em regra, a extinção da execução gerará a extinção do processo, até porque o processo encontrar-se-á na fase de execução, que sendo extinta, acarretará a extinção do processo. Na defesa prevista pelo art. 525, § 1º, I, do Novo CPC, entretanto, a execução será extinta, mas não o processo, porque acolhida a alegação do executado de que a citação na fase de conhecimento for nula ou inexistente, o processo será anulado a partir do vício, retomando daí seu andamento. Como se pode notar, o cumprimento de sentença será extinto, até porque o título executivo também o será, mas o processo, mesmo com o retrocesso procedimental, continuará a existir.

Adotando-se a literalidade dos §§ 1º e 2º do art. 203 do Novo CPC, a decisão será uma sentença e o recurso cabível será a apelação, mas considerando a lógica do sistema, a decisão será interlocutória e o recurso cabível será o agravo de instrumento. Uma ótima hipótese de aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Sendo rejeitada a impugnação, os honorários advocatícios fixados em favor do advogado do exequente no valor de 10% sobre o valor da execução poderão ser majorados até 20% do valor exequendo, em aplicação analógica do art. 827, § 2º, do Novo CPC[184].

54.4. EXCEÇÃO E OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

54.4.1. ANÁLISE HISTÓRICA

É relativamente tranquila a doutrina ao apontar um parecer elaborado por Pontes de Miranda em 1966, responsável, senão pelo surgimento, ao menos pela sistematização da chamada "exceção de pré-executividade"[185]. No notório "caso Mannesmann", o jurista defendeu a possibilidade de o executado alegar incidentalmente no processo de execução, por meio de mera petição, matérias de ordem pública que o juiz deveria conhecer de ofício. No caso específico que mereceu o parecer, foram propostas inúmeras execuções – inclusive de natureza concursal – com fundamento em falsos títulos executivos.

O fundamento do jurista era perfeito e até os dias atuais não pode ser seriamente contraditado. Apesar de o sistema jurídico da época prever como defesa típica do executado os embargos à execução, não teria sentido obrigar o executado a ingressar com uma ação incidental de embargos para alegar uma matéria que o juiz já deveria ter conhecido de ofício. Realmente não tem nenhum sentido lógico ou jurídico condicionar em termos extremamente formais a alegação de uma matéria que o juiz deve conhecer de ofício.

A situação tornava-se à época ainda mais dramática considerando-se que a interposição de embargos à execução estava condicionada a garantia do juízo, de forma que o executado

primeiro teria que sofrer uma constrição patrimonial, evidentemente prejudicial, para somente depois ingressar com os embargos para alegar uma matéria que na realidade o juiz já deveria ter conhecido de ofício. A omissão do juiz em reconhecer a matéria de ordem pública de ofício não poderia resultar no sacrifício do executado, obrigando-o a informar o juízo de sua atuação relapsa somente depois de sofrer uma constrição judicial e por meio de uma ação incidental.

54.4.2. PROBLEMAS DE TERMINOLOGIA

Não resta dúvida do acerto da tese de Pontes de Miranda, mas o nome escolhido pelo jurista para designar a tese executiva atípica, realizada incidentalmente no próprio processo de execução e tendo como objeto matéria cognoscível de ofício, não poderia ter sido pior.

O primeiro e mais significativo equívoco do nome “exceção de pré-executividade” é o desrespeito com uma tradicional distinção entre as matérias defensivas em exceções e objeções. Não parece haver divergência a respeito da divisão das matérias de defesa em duas espécies, tomando como critério a atividade do juiz em seu reconhecimento:

(a) as exceções são defesas que só podem ser conhecidas quando alegadas expressamente pela parte interessada;

(b) as objeções são defesas que podem ser alegadas pelas partes, mas, caso isso não ocorra, devem ser conhecidas de ofício pelo juiz.

Essa distinção entre objeção e exceção demonstra claramente a impropriedade de nomear defesa que tem justamente como objeto

matérias conhecíveis de ofício de “exceção de pré-executividade”[186]. Interessante notar que até mesmo o legislador parece não ter o devido cuidado com a nítida distinção entre essas duas espécies de matérias defensivas, como se nota nas chamadas pela lei “exceções” de suspeição e impedimento do juiz, que tem como objeto matéria de ordem pública, sendo, inclusive, dever do juiz reconhecer de ofício sua parcialidade e remeter o processo a seu substituto legal, conforme analisado no Capítulo 3, item 3.3.3.1.2.

Por outro lado, autorizada doutrina não compreende a utilização do prefixo “pré”, considerando que a característica de anterioridade derivada do termo não se explica na defesa incidental elaborada pelo devedor. Nessa crítica não é possível existir algo precedente à executividade, como um processo “pré-executivo” ou um título “pré-executivo”, demonstrando-se claramente que o adjetivo “pré-executivo” não convive harmoniosamente nem com o substantivo “processo”, nem com o substantivo “título”. Tendo a defesa do executado a pretensão de demonstrar não ter o exequente direito ao processo executivo por não preencher os requisitos indispensáveis a essa espécie de tutela, pretende-se negar a executividade, ou seja, demonstrar que apesar das aparências, não há processo executivo ou título executivo que justifique a continuidade da demanda.

Para essa doutrina, portanto, conjugando-se as duas críticas existentes ao nome originariamente dado ao instituto, o ideal seria chamar a defesa incidental na execução que tenha como objeto matéria de ordem pública de “objeção de não executividade”[187].

Outros, com a mesma crítica, preferem a expressão “objeção na execução”[188]. Em razão da consagração do nome na prática forense, há doutrina que se curva à tradição[189], postura que será adotada na presente exposição.

54.4.3. DEFESA EXECUTIVA ATÍPICA

O Novo Código de Processo Civil não prevê expressamente a defesa executiva ora analisada, que continuará a ser tratada como defesa atípica. As polêmicas procedimentais também serão mantidas, quando não renovadas diante de outras novidades do novo diploma legal que reflexamente podem atingir a exceção de pré-executividade.

Há, entretanto, dois dispositivos no Novo Código de Processo Civil que podem justificar legalmente a exceção de pré-executividade. Segundo o art. 518 do Novo CPC, todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas pelo juiz. Já o art. 803, parágrafo único, do Novo CPC dispõe que a nulidade da execução será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução.

Acredito que com esses novos dispositivos, tanto no cumprimento de sentença como no processo de execução, passe a existir previsão expressa de admissibilidade da exceção de pré-executividade, ainda que a maioria das questões procedimentais continue a depender de entendimento doutrinário e posicionamento jurisprudencial. Mas nesses casos entendo que a exceção de pré-

executividade terá uma diferença sensível com relação às demais questões.

Tratando-se de defesas consagradas expressamente em lei, ainda que elaboradas por meio de mera petição, elas não podem ser consideradas atípicas, já que tipificadas por lei. A consequência prática é que nas hipóteses do arts. 518 e 803, parágrafo único, do Novo CPC, não se aplicam as limitações quanto à matéria alegável e à produção de prova. Significa dizer que nesses casos, previstos em lei, a defesa terá como objeto a matéria prevista pelo dispositivo legal, sendo irrelevante se dela o juiz poderia conhecer de ofício, e, sendo necessária a produção de prova, de qualquer espécie, para o executado convencer o juiz de suas alegações, tal produção deve ser admitida.

54.4.4. REQUISITOS PARA A ADMISSÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E OBJEÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça é tranquilo na admissão da exceção de pré-executividade, desde que a matéria alegada seja conhecível de ofício, o executado tenha prova pré-constituída de sua alegação e não haja necessidade de instrução probatória para o juiz decidir seu pedido de extinção da execução[190]. Esses requisitos estão consagrados na Súmula 393/STJ, que, embora faça remissão expressa à execução fiscal, é plenamente aplicável também na execução comum.

No Superior Tribunal de Justiça há divergência quanto ao termo final para o cabimento da exceção de pré-executividade. Há decisão que não a admite após a realização da penhora, afirmando que ela se justifica somente para evitar a constrição e que, depois

dela, a defesa executiva deve ser realizada por meio de embargos à execução[191]. Por outro lado, já se decidiu que mesmo após a penhora é cabível a exceção de pré-executividade[192].

As alegações mais tradicionais na praxe forense são de prescrição e pagamento. No tocante à prescrição, os arts. 332, § 1º, e 487, parágrafo único, ambos do Novo CPC, permitem seu conhecimento de ofício pelo juiz, de forma que, mesmo não sendo matéria de ordem pública (como poderia, se a prescrição pode ser objeto de renúncia pelo credor?), passa, a partir dessa previsão legal, a ser alegada por meio de objeção de pré-executividade. O pagamento, entretanto, deve ser alegado pelo executado em sede de embargos à execução ou impugnação, e somente em situações excepcionais por meio da exceção de pré-executividade.

Para a alegação de pagamento, o Superior Tribunal de Justiça encontrou interessante fundamento para incluí-lo no rol de matérias de ordem pública. Na realidade, não o pagamento em si, mas a exigibilidade da obrigação exequenda, que inexistirá se já tiver ocorrido o pagamento[193]. Naturalmente, o pagamento continua a ser matéria de interesse exclusivo do devedor, mas os requisitos da obrigação exequenda são matérias de ordem pública e, por isso, podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz. Nas matérias de ordem pública também é exigido não haver necessidade de prova[194].

Quanto ao segundo requisito, é possível que alegação da parte se funde apenas em questão de direito, hipótese em que será dispensada qualquer espécie de produção de prova[195]. É possível, entretanto, a alegação de matéria de fato em pré-executividade,

desde que haja prova pré-constituída para convencer o juiz da veracidade dos fatos alegados. A prova, portanto, é admitida, desde que documental, não se admitindo a dilação de prova, ou seja, a produção de prova de outra natureza que não a documental na própria execução.

O excesso de execução é um bom exemplo de como esse requisito é encarado pelo Superior Tribunal de Justiça. Segundo o entendimento do tribunal, a alegação de excesso de execução só é admitida quando o excesso é evidente[196], ou seja, quando puder ser demonstrada sem a necessidade de dilação probatória[197]. Há também entendimento no tribunal que sendo o excesso de execução fundado em cobrança de encargos indevidos (taxas de juros, comissão de permanência e capitalização) não se admite a alegação por via da exceção de pré-executividade[198].

54.4.5. JULGAMENTO DA EXCEÇÃO E OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Diante do ingresso da exceção ou da objeção de pré-executividade, cabe ao juiz intimar o exequente em cumprimento ao princípio do contraditório[199]. Mesmo sendo a matéria alegada em sede de exceção de pré-executividade conhecível de ofício, o princípio do contraditório, como meio de evitar surpresas no processo, exige a intimação do exequente, abrindo-se um prazo de cinco dias para sua manifestação, nos termos do art. 10 do Novo CPC. Em casos de manifesta inadmissibilidade, pode o juiz indeferir de plano o pedido do executado sem a oitiva do exequente, já que nesse caso a intimação significaria consagrar o contraditório inútil, conforme analisado no Capítulo 3, item 3.4.2.4.

Acolhido o pedido, a execução será extinta por sentença terminativa, recorrível por apelação, sendo o exequente condenado ao pagamento das verbas de sucumbência, ainda que o acolhimento seja parcial[200]; rejeitado, por decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento, prossegue regularmente o procedimento executivo. Somente na hipótese de acolhimento da alegação de prescrição haverá uma sentença de mérito capaz de gerar coisa julgada material (art. 487, II, do Novo CPC).

Na exceção de pré-executividade, cabe ao juiz analisar o pedido do executado após a devida intimação do exequente para que se manifeste em respeito ao princípio do contraditório. Terá o juiz três possíveis posturas:

(a) defere o pedido e extingue a execução, o que fará por meio de sentença, recorrível por apelação;

(b) indefere o pedido e dá prosseguimento à execução, o que fará por meio de decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento, hipótese na qual não haverá condenação ao pagamento de honorários advocatícios[201];

(c) deixa de decidir o pedido com fundamento na necessidade de produção de prova, remetendo o debate do tema alegado aos embargos à execução, o que fará por meio de decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento.

Tendo a exceção de pré-executividade como objeto matéria de mérito da execução, é natural que o acolhimento do pedido gere na execução (processo ou cumprimento de sentença) uma sentença de mérito que acolhe o pedido do executado (art. 487, I, do Novo CPC). O receio em admitir a entrega de tutela jurisdicional ao executado na própria execução não se sustenta, sendo absolutamente impróprio afirmar que nesse caso há mera coisa

julgada formal ou preclusão pro iudicato[202], esse, aliás, fenômeno processual absolutamente inaplicável ao caso. Apesar de excepcional, derivado de um desvio procedimental resultante da admissão de alegação de matéria típica de embargos por via incidental na própria execução, o acolhimento da exceção de pré-executividade é feito por sentença de mérito que em determinado momento produzirá a coisa julgada material[203].

A decisão que indefere a exceção de pré-executividade também depende de cognição exauriente a ser realizada pelo juiz, porque, havendo necessidade da produção de prova, o juiz deverá deixar de decidir o pedido do executado. Essa decisão, apesar de interlocutória, é de mérito, apta a produzir coisa julgada material. A afirmação é importante, porque o executado que teve rejeitado seu pedido em sede de exceção de pré-executividade não poderá renovar a matéria defensiva já rejeitada em sede de embargos à execução. Note-se que esse impedimento não pode ser fundamentado na preclusão, fenômeno endoprocessual que limita seus efeitos ao processo em que se verificou[204]. Entendo que esse impedimento é fruto de coisa julgada material gerada pela decisão interlocutória de mérito que rejeita a exceção de pré-executividade[205].

Tratando-se de decisão interlocutória, o recurso cabível é o agravo de instrumento, sendo erro grosseiro a interposição de apelação, o que afasta a aplicação do princípio da fungibilidade[206]. Excepcionalmente, haverá condenação em honorários nessa decisão interlocutória, quando a exceção for acolhida e a execução,

extinta[207], ainda que o acolhimento seja parcial, com a mera diminuição objetiva da execução[208]. Não caberá fixação de honorários na decisão interlocutória que rejeita a exceção, com a consequente continuidade da execução, mas será cabível, na medida do respectivo proveito econômico, contra a decisão que julga parcialmente procedente a exceção[209].

Havendo dúvida a respeito do pedido do executado que só possa ser dirimida com um aprofundamento da cognição por meio de produção de prova, o juiz não deve cair na tentação de instaurar uma fase instrutória incidental no processo/fase de execução, sob pena de completo e inadmissível desvirtuamento procedimental da execução. Não tendo condições de decidir em razão da duvidosa situação fática, cabe ao juiz remeter a discussão aos embargos à execução. Note-se que não se trata de declarar o non liquet, o que não é permitido ao juiz fazer, mas tão somente remeter à via própria o enfrentamento de determinada matéria.

Compreendo que esse capítulo traz inúmeras conclusões contrárias ao entendimento tradicional a respeito de alguns institutos jurídicos. Não é normal, nem esperado, sentença de mérito na execução, como também não é comum decisão interlocutória de mérito. Acredito que essas peculiaridades são uma consequência inevitável da excepcionalidade de admitir uma defesa incidental na execução não prevista em lei e que tenha como objeto a alegação de matérias que deveriam ser alegadas em sede de embargos à execução. A partir do momento em que a praxe forense começa a trabalhar com o atípico, os institutos tradicionais têm que ser adaptados a essa nova realidade.

54.4.6. SOBREVIVÊNCIA DA EXCEÇÃO E DA OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Não há dúvida de que o objetivo do legislador em retirar a garantia do juízo como condição de admissibilidade das defesas executivas típicas (impugnação ao cumprimento de sentença e embargos à execução) foi retirar do sistema as justificativas da chamada "exceção de pré-executividade". O objetivo do legislador foi claro, mas teria sido tal objetivo efetivamente alcançado?

Conforme amplamente exposto no Capítulo 54, item 54.4.3., por exceção de pré-executividade entende-se a alegação incidental à execução por meio de mera petição, feita pelo executado, contendo como objeto matérias conhecíveis de ofício. Nesse caso, ainda que a interposição das defesas executivas típicas não esteja condicionada à garantia do juízo, é absolutamente equivocado imaginar que não caiba mais a exceção de pré-executividade, porque, tendo como objeto matérias conhecíveis de ofício, não há exigência formal para sua alegação, bem como não se opera a preclusão relativamente a elas[210]. O executado continuará a poder ingressar com uma mera petição, antes, durante ou depois da defesa típica, alegando matéria conhecível de ofício e ainda não enfrentada por meio da exceção de pré-executividade[211].

É possível se notar historicamente que a exceção de pré-executividade atendia a dois interesses do executado: (a) conseguir alegar uma matéria de defesa quando não tinha condições de segurar o juízo, em época em que a constrição judicial era condição de admissibilidade da defesa típica; (b) conseguir a extinção da execução antes da realização do ato de constrição judicial.

Parece que o legislador, ao afastar a penhora como condição de admissibilidade das defesas executivas típicas, imaginou que a exceção de pré-executividade não seria mais cabível, porque o executado passaria a alegar tais matérias de defesa nos próprios embargos à execução ou na impugnação ao cumprimento de sentença, que não mais exigem a garantia do juízo. Realmente não terá muito sentido falar em exceção de préexecutividade quando o momento processual for de oposição de embargos ou impugnação, porque aí o executado preferir se valer de uma defesa atípica quando o ordenamento processual lhe oferece uma defesa típica não seria muito lógico. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já decidiu que, tendo ocorrido a penhora, a exceção de pré-executividade perde o objeto[212].

Dessa forma, para o executado que se valia da exceção de pré-executividade somente por não ter condições de garantir o juízo para ingressar com a defesa executiva típica, a razão de ser da defesa atípica ora analisada desapareceu. Para esse executado bastará apresentar a impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução.

Não se pode, entretanto, descartar a utilização dessa defesa atípica na tentativa de o executado evitar a realização da penhora, tentando convencer o juiz de que a execução não reúne as condições formais mínimas para prosseguir seu andamento. Nesse caso, inclusive, o executado fatalmente pedirá a concessão do efeito suspensivo à sua objeção, procurando demonstrar a relevância de sua fundamentação e o fundado perigo de dano que representaria a realização da constrição judicial. No processo de execução, após a

citação, o executado tem três dias de prazo para pagar, enquanto no cumprimento de sentença, esse prazo é de 15 dias da intimação do executado. Somente após o transcurso desse prazo, e não tendo ocorrido o pagamento, permitem-se os atos de penhora e outras constrições judiciais a depender do caso concreto. É natural que o executado possa ter interesse em evitar a prática de tal ato, o que tentará obter com a concessão de um efeito suspensivo em sua exceção de pré-executividade. E nem se fale que nesse caso deveria apresentar sua defesa típica imediatamente porque a ausência de penhora impediria a obtenção do efeito suspensivo (arts 525, § 6º, e 919, § 1.º, ambos do Novo CPC), ou seja, mesmo com os embargos ou a impugnação, não se impediria a realização da penhora[213].

Nesse caso específico, não há como negar que o executado terá interesse em ingressar com uma exceção de pré-executividade, antes de ser realizada a penhora ou outro ato de constrição judicial, com pedido de efeito suspensivo, para que até mesmo esse ato de constrição não se efetive até que seja julgado seu pedido de extinção da execução. Tudo dependerá do caso concreto, sendo conclusão extraída da praxe forense a possibilidade da concessão de tal efeito suspensivo, desde que o executado convença o juiz da razoabilidade de sua alegação e dos prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação que ocorreriam com a continuação da execução[214].

E nem se fale que nessas condições deveria o executado ingressar imediatamente com os embargos à execução ou a impugnação ao cumprimento de sentença porque, segundo os arts. 525, § 6º, e 919, § 1.º, ambos do Novo CPC, uma das condições para ser atribuído efeito suspensivo aos embargos e à impugnação é

a existência de garantia do juízo, o que não terá ocorrido no caso concreto. Como na exceção de pré-executividade não existe nenhuma norma reguladora da concessão de efeito suspensivo, o juiz que o conceder não estará atuando contra a lei, o que ocorreria na concessão de tal efeito a embargos em execução ou impugnação em cumprimento de sentença sem a garantia do juízo.

É preciso registrar que a opção pela exceção de pré-executividade com pedido de efeito suspensivo em vez dos embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença, justamente como forma de evitar a aplicação legal dos arts. 525, § 6º, e 919, § 1.º, ambos do Novo CPC, somente se justifica para a corrente doutrinária que entende ser a garantia do juízo condição indispensável à concessão de efeito suspensivo aos embargos. A lembrança é relevante em decorrência da existência de doutrinadores que entendem ser possível – ainda que excepcionalmente – a concessão de efeito suspensivo aos embargos e à impugnação, mesmo sem a realização de penhora, desde que haja relevância da fundamentação e prove-se que o perigo de grave dano decorre justamente da realização da constrição judicial[215].

O executado que ingressar com exceção de pré-executividade com pedido de efeito suspensivo para evitar a penhora corre certo risco de o juiz receber a chamada exceção de pré-executividade como embargos ou impugnação, afirmando que o nome que o executado dá à sua defesa é irrelevante. Como a apresentação da defesa típica não está mais condicionada à garantia do juízo, o juiz pode entender que a defesa apresentada é na realidade uma impugnação ou embargos, embora o executado a chame de exceção

de pré-executividade. Nesse caso, a situação do executado se complica de forma considerável, porque, sendo recebida a defesa como embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença, estará preclusa a alegação de qualquer outra matéria de defesa em razão da preclusão consumativa.

No processo de execução, a situação do executado poderá piorar ainda mais, a depender do radicalismo com que o juiz enfrentar a situação. Poderá o magistrado entender que a peça apresentada, apesar do nome dado pelo executado, é genuinamente embargos à execução, mas que a petição apresentada não reúne as condições formais mínimas exigidas para uma petição inicial, forma adequada para dar início aos embargos à execução. E diante da inépcia da petição apresentada, indeferir liminarmente a petição. É evidente que essa solução é absolutamente radical e indesejada, até mesmo porque, não estando em termos a petição inicial dos embargos, o juiz deverá determinar sua emenda no prazo de dez dias[216]. De qualquer forma, a ideia de o juiz receber a exceção como embargos, à luz da preclusão temporal, leva a uma utilização bem mais rara da exceção de pré-executividade[217], o que já pode ser considerado um grande avanço.

No tocante à impugnação ao cumprimento de sentença essa preocupação é significativamente menor, porque não tendo essa defesa típica natureza de ação, não haverá para ela as exigências formais de uma petição inicial (art. 319 do Novo CPC), de forma a ser inviável a sua rejeição liminar mesmo quando resultante de conversão de exceção de pré-executividade apresentada pelo executado.

55. SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Sumário: 55.1 Introdução; 55.2 Suspensão da execução: 55.2.1. Causas gerais de suspensão; 55.2.2. Defesa típica do executado; 55.2.3. Não localização de bens e prescrição intercorrente; 55.2.4. Ausência de interessados na aquisição do bem penhorado; 55.2.5. Moratória legal; 55.3 Extinção da execução.

55.1 INTRODUÇÃO

Apesar de o Título IV ter recebido o nome “Da suspensão e da extinção do processo de execução”, as regras nele previstas também são aplicáveis ao cumprimento de sentença. Melhor teria sido prever apenas “Da suspensão e da extinção da execução”, mas o equívoco do legislador não deve trazer consequências práticas.

O art. 923 do Novo CPC mantém a regra do art. 793 do CPC/1973 de que durante a suspensão não serão praticados atos processuais, salvo na hipótese de providências urgentes. A novidade fica por conta da vedação para a prática de tais atos na hipótese de suspensão do processo em razão de arguição de impedimento ou suspeição do juiz. Nesse caso, o pedido deve ser resolvido pelo substituto legal do juiz acusado de parcialidade, nos termos do art. 146, § 3.º, do Novo CPC.

55.2 SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO

55.2.1. CAUSAS GERAIS DE SUSPENSÃO

As causas de suspensão estão previstas no art. 921 do Novo CPC, em rol mais amplo que o do art. 791 do CPC/1973. Nos dispositivos legais há hipóteses de suspensão própria, quando toda execução é suspensa, como também de suspensão imprópria, quando determinados atos processuais são suspensos, enquanto outros são praticados.

No inciso I, há remissão às hipóteses de suspensão do processo previstas nos arts. 313 e 315, do Novo CPC, que tratam do tema em teoria geral do processo. No que couber, portanto, as hipóteses de suspensão do processo suspendem a execução. As causas de suspensão do processo consagradas nos referidos dispositivos legais foram devidamente analisadas no Capítulo 13, item 13.2, mas é interessante verificar como são aplicáveis à execução.

Não há qualquer dificuldade em se aplicar à execução as hipóteses dos incisos I, II, III e VI do art. 313 do Novo CPC. Afinal, é plenamente possível que ocorra, durante a execução, a morte ou a perda de capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador (I), que as partes convencionem a suspensão (II), que seja arguido o impedimento ou a suspeição do juiz (III) e por motivo de força maior (VI). O Superior Tribunal de Justiça entende que, havendo a suspensão em razão da morte de uma das partes, não há que se falar em prescrição intercorrente durante o prazo de habilitação dos respectivos. [218]

Entendo que, apesar de raro, também é aplicável ao processo de execução a hipótese de suspensão do processo prevista no inciso

IV do art. 313 do Novo CPC. A suspensão em razão da admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas pode ter como objeto direito processual e material, sendo possível que o primeiro diga respeito a algum requisito formal da execução e o segundo, a matéria alegada em sede de defesa executiva.

Pode-se imaginar como exemplo da primeira hipótese um IRDR instaurado para resolver se determinado documento é um título executivo extrajudicial. Nesse caso, parece viável a suspensão prevista no art. 313, IV, do Novo CPC de todas as execuções fundadas naquele documento. Por outro lado, é possível que seja instaurado o IRDR para se decidir a respeito de qual taxa de juros deverá ser aplicada a determinada espécie de dívida, sendo viável a suspensão de todas as execuções em que o executado alega excesso de execução fundada justamente nessa matéria.

O art. 313, V, "a", do Novo CPC prevê a suspensão do processo em razão da sentença de mérito depender de algum ato ou fato externo ao processo. Nesse caso, entendo que a suspensão só poderá atingir indiretamente o processo de execução, tomando-se a sentença de mérito do dispositivo ora comentado como sendo a sentença dos embargos à execução. Nessa situação, caso os embargos tenham suspendido a execução, a sua suspensão prorroga esse estado, mas não tendo a defesa executiva suspendido o andamento do processo de execução a suspensão será somente da ação de embargos à execução.

Não vejo como cabível à execução a causa de suspensão prevista no art. 313, VII, do Novo CPC, porque a discussão indicada pelo dispositivo de questão decorrente de acidentes e fatos

da navegação de competência do Tribunal Marítimo se refere ao processo de conhecimento.

É interessante notar que o rol do art. 313 do Novo CPC é meramente exemplificativo, porque o inciso VIII admite a suspensão nos demais casos regulados pelo Código de Processo Civil (na verdade por qualquer lei, inclusive as extravagantes). Na execução, um interessante exemplo é a suspensão do processo em razão do pagamento parcelado previsto no art. 916 do Novo CPC (a suspensão vem prevista no § 3º do dispositivo legal). Ou ainda a tradicional concessão de efeito suspensivo à impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, § 6º do Novo CPC) e aos embargos à execução (art. 916, § 3º, do Novo CPC).

Quanto ao art. 315 do Novo CPC, que prevê a suspensão quando o conhecimento de mérito depender de verificação de fato delituoso que esteja sendo apurado na justiça criminal, entendo que sempre que o mérito executivo tiver sido controvertido pelo executado, seja pela ação incidental de embargos, seja pela impugnação, é possível que a decisão se adeque ao previsto no artigo ora analisado. Essa suspensão, entretanto, é somente da defesa e não da execução em si, de forma que a execução só sofrerá essa suspensão de forma reflexa com a prorrogação de eventual suspensão concedida à defesa apresentada pelo executado.

55.2.2. DEFESA TÍPICA DO EXECUTADO

No inciso II do art. 921 do Novo CPC vem prevista a suspensão da execução, no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução. A previsão de que a suspensão pode ser apenas parcial – suspensão imprópria – se

coaduna com os §§ 8º e 9º do art. 525 do Novo CPC, que versam sobre a limitação objetiva e subjetiva da suspensão, tema devidamente tratado no Capítulo 54, item 54.2.6.3. Lembre-se que mesmo havendo a chamada "suspensão total", ela ainda poderá, no caso concreto, ser imprópria, já que o art. 525, § 7º, do Novo CPC permite a prática de atos de substituição, de reforço e de substituição da penhora, além da avaliação do bem penhorado. A regra ora analisada é também aplicável à impugnação no cumprimento de sentença.

55.2.3. NÃO LOCALIZAÇÃO DE BENS E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

O inciso III do art. 921 do Novo CPC é o que deve gerar maior polêmica. Segundo o dispositivo, a execução se suspende quando o executado não possuir bens penhoráveis. Nesse caso, o § 1.º do dispositivo legal determina que a execução seja suspensa pelo prazo de um ano, período no qual ficará suspensa a prescrição. A regra também se aplica quando os bens localizados forem impenhoráveis ou insuficientes para cobrir o pagamento das custas processuais (art. 836, caput, do Novo CPC). O que importa é que não existam bens no caso concreto para fazer frente à pretensão do exequente.

A consequência mais importante do decurso desse prazo de um ano é o início de contagem do prazo de prescrição intercorrente, aplicável tanto ao processo de execução como ao cumprimento de sentença[219]. O início de contagem do prazo de prescrição intercorrente independe de decisão judicial, tem início automaticamente um ano após a intimação da decisão de suspensão de que trata o § 1.º do art. 921 do Novo CPC[220].

Na análise concreta do prazo prescricional será aplicável o entendimento consagrado na Súmula 150/STF, contando-se o prazo de prescrição da pretensão da ação, seja ela de conhecimento ou de execução. No cumprimento de sentença, ter-se-á o mesmo prazo contado sucessivamente por três vezes: primeiro, para a propositura do processo de conhecimento; depois, para o início do cumprimento de sentença; e, por fim, eventualmente para a prescrição intercorrente. No processo de execução o mesmo prazo poderá ser contado duas vezes: para a propositura da ação de execução e para a prescrição intercorrente.

Nos termos do § 5º do Novo CPC, mesmo sendo admissível o reconhecimento da prescrição intercorrente de ofício, antes de extinguir a execução, cabe ao juiz intimar as partes dando-lhes prazo de 15 dias para manifestação. O dispositivo representa uma consagração específica da regra geral prevista no art. 10 do Novo CPC.

A regra, prevista no § 4.º do dispositivo ora comentado, prestigiou o entendimento de que a prescrição intercorrente exige inércia do exequente, não sendo a ausência de bens do devedor motivo suficiente para seu reconhecimento[221]. Assim, durante ou decorrido o prazo de um ano, período no qual não se contará a prescrição intercorrente, se o exequente se manifestar no sentido de tentar satisfazer seu direito, afastará tal prescrição. Entendo que não basta uma petição com simples pedido de andamento, porque tal medida poderia tornar letra morta o art. 921, § 5º do Novo CPC. Exige-se, assim, uma provocação de novas diligências que tenham, ao menos em tese, a possibilidade de localizar bens do executado.

O § 2º do art. 921 do Novo CPC não é claro a respeito do momento em que os autos serão encaminhados ao arquivo. O dispositivo prevê que tal remessa ocorrerá quando decorrido o prazo máximo de um ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis. A demora em localizar o executado ou seus bens, entretanto, não podem por si levar os autos ao arquivo, medida cartorial que dependerá da inércia do exequente. É possível que mesmo transcorrido o prazo de um ano, o exequente esteja atuante na tentativa de localização do executado ou de seu patrimônio, não havendo, nesse caso, qualquer sentido a remessa dos autos ao arquivo.

Por outro lado, não fica claro se o prazo poderá ser contado durante a suspensão do processo prevista no § 1º do art. 921 do Novo CPC. A literalidade das normas indica que não, porque se o processo de execução está suspenso não é possível a contagem do prazo previsto no art. 921, § 2º, do Novo CPC. A questão é meramente cartorial, sem consequências processuais.

Seja como for, nos termos do § 3º do dispositivo ora analisado, os autos serão desarquivados a qualquer momento para o prosseguimento da execução quando forem encontrados bens penhoráveis. O dispositivo se omite quanto à localização do executado, devendo também ser aplicado nesse caso, quando o arquivamento tiver como fundamento sua não localização.

Como se pode notar da leitura do § 4º do art. 921 do Novo CPC, a contagem da prescrição intercorrente depende da inércia do exequente, o que configura o abandono do processo. Nesse sentido, a norma contraria o entendimento do Superior Tribunal de Justiça

acerca do cabimento de extinção do processo de execução por abandono do exequente nos termos do art. 485, III, do Novo CPC (antigo art. 267, III, do CPC/1973)[222].

Há entendimento do Superior Tribunal de Justiça, sob a égide do CPC/1973, no sentido de que, durante o período de suspensão da execução em razão de não localização de bens do executado, não correria a prescrição intercorrente[223]. Para parcela da doutrina, o regramento da matéria pelo Novo Código de Processo Civil contrariaria esse entendimento[224]. Parece-me que ocorre exatamente o contrário, já que o art. 921, § 1º, do Novo CPC prevê que a execução ficará suspensa por um ano, restando, nesse tempo, suspensa a contagem da prescrição intercorrente. Significa dizer que o processo retoma seu andamento, mesmo que sem a prática de qualquer ato, depois do prazo de um ano, quando então começará a ser contado o prazo da prescrição intercorrente. Ou seja, durante a suspensão da execução, não há prescrição intercorrente, exatamente como já entendia o Superior Tribunal de Justiça antes do Novo Código de Processo Civil.

55.2.4. AUSÊNCIA DE INTERESSADOS NA AQUISIÇÃO DO BEM PENHORADO

O inciso IV do art. 921 do Novo CPC prevê a suspensão da execução na hipótese de alienação frustrada de bens por falta de licitantes sem que o exequente requeira a adjudicação nem indique outros bens penhoráveis. As causas que evitam a suspensão prevista no dispositivo legal são meramente exemplificativas, considerando que o exequente poderá adotar, após a alienação frustrada, outros atos que darão andamento à execução e evitarão sua suspensão.

Tome-se, como exemplo, o pedido de nova alienação do mesmo bem ou, ainda, a satisfação de seu crédito pelos frutos ou rendimentos da coisa penhorada.

A doutrina vem apontando a aplicação conjunta dos incisos III e IV do art. 921 do Novo CPC, de forma que havendo desídia do exequente no andamento do processo, caso a alienação judicial do bem seja frustrada, após um ano de suspensão do processo, terá início a contagem do prazo de prescrição intercorrente[225].

55.2.5. MORATÓRIA LEGAL

A última hipótese de suspensão da execução prevista no art. 921 do Novo CPC encontra-se em seu inciso V: deferimento do pagamento parcelado previsto no art. 916 do mesmo diploma legal. Nesse caso a suspensão será imprópria, porque os pagamentos parcelados serão feitos na própria execução, o que demonstra que sua suspensão é apenas parcial. Na realidade, o que se suspende é o procedimento principal da execução.

Como o art. 916, § 7º, do Novo CPC expressamente exclui o cabimento do pagamento parcelado do cumprimento de sentença, naturalmente, a causa de suspensão ora analisada é privativa do processo de execução.

55.3 EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO

A extinção da execução, tratada pelos arts. 794 e 795 do CPC/1973, vem disposta nos arts. 924 e 925 do Novo CPC. O art. 924 do Novo CPC prevê as hipóteses de extinção da execução: (I) indeferimento da petição inicial; (II) satisfação da obrigação; (III)

extinção total da obrigação por qualquer outro meio que não o pagamento; (IV) renúncia; e (V) prescrição intercorrente. Na realidade, a amplitude da previsão contida no inciso III dispensa as previsões específicas dos incisos IV e V do CPC.

O legislador manteve a opção, já consagrada anteriormente, de não prever como causa de extinção da execução as hipóteses de sentença terminativa previstas no art. 485 do Novo CPC (art. 267 do CPC/1973), nem mesmo com a ressalva de aplicação no que couber. Resta torcer para que a omissão do legislador novamente consagrada no rol das causas de extinção do processo faça o Superior Tribunal de Justiça modificar seu entendimento quanto à possibilidade de extinção da execução por abandono do exequente[226].

Nos termos do art. 925 do Novo CPC, a extinção da execução continua a produzir efeitos somente quando declarada por sentença, como previa o art. 795 do CPC/1973.

56. PRECEDENTES JUDICIAIS

Sumário: 56.1. Precedente, decisão, jurisprudência e súmula; 56.2. Jurisprudência estável, íntegra e coerente: 56.2.1. Introdução; 56.2.2. Dever de uniformização da jurisprudência; 56.2.3. Jurisprudência estável; 56.2.4. Jurisprudência íntegra; 56.2.5. Jurisprudência coerente – 56.3. (In)constitucionalidade do art. 927 do novo CPC – 56.4. Eficácia vinculante: 56.4.1. Introdução; 56.4.2. Controle concentrado de constitucionalidade; 56.4.3. Enunciados de Súmulas Vinculantes; 56.4.4. Precedentes criados em julgamento de casos repetitivos e no incidente de assunção de competência; 56.4.5. Enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; 56.4.6. Orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados; 56.4.7. Eficácia ex tunc ou ex nunc da novidade legislativa; 56.4.8. Cabimento de reclamação constitucional – 56.5. Precedente brasileiro e precedents na tradição da common law – 56.6. Ratio decidendi e obter dicta – 56.7. Fundamentação – 56.8. Divulgação – 56.9. Distinção (distinguishing) – 56.10. Superação da tese jurídica (overruling): 56.10.1. Introdução; 56.10.2. Motivos para superação; 56.10.3. Fundamentação da decisão de superação; 56.10.4. Modulação dos efeitos da superação; 56.10.5. Procedimento.

56.1. PRECEDENTE, DECISÃO, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULA

O Novo Código de Processo Civil se vale de forma constante das expressões “precedente”, “jurisprudência” e “súmula”, nem sempre da forma mais técnica e adequada. A distinção, entretanto, é

essencial.

Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido. Dessa forma, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada um precedente[227].

Registre-se nesse ponto que nem toda decisão, ainda que proferida pelo tribunal, é um precedente. Uma decisão que não transcender o caso concreto nunca será utilizada como razão de decidir de outro julgamento, de forma que não é considerada um precedente[228]. Por outro lado, uma decisão que se vale de um precedente como razão de decidir naturalmente não pode ser considerada um precedente[229]. Por outro lado, algumas decisões nem tem potencial para serem considerados precedentes, como aquelas que se limitam a aplicar a letra da lei[230].

Jurisprudência, por sua vez, é o resultado de um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferidas pelos tribunais. É formada por precedentes, vinculantes e persuasivos, desde que venham sendo utilizados como razões do decidir em outros processos, e de meras decisões.

Como se pode notar, o precedente é objetivo, já que se trata de uma decisão específica que venha a ser utilizada como fundamento do decidir em outros processos. Ainda mais o precedente brasileiro,

já que no sistema instituído pelo Novo Código de Processo, diferente do que ocorre com o precedent do direito anglo-saxão, o julgamento já nasce predestinado a se tornar um precedente vinculante[231]. A jurisprudência, por sua vez, é abstrata, porque não vem materializada de forma objetiva em nenhum enunciado ou julgamento, sendo extraída do entendimento majoritário do tribunal na interpretação e aplicação de uma mesma questão jurídica.

Conforme ensina a melhor doutrina, apenas um precedente já é o suficiente para fundamentar a decisão do processo julgado posteriormente, enquanto a utilização de jurisprudência como razão de decidir exige do julgador a indicação de vários julgados no mesmo sentido[232]. Essa importante distinção deriva justamente do caráter concreto do precedente e abstrato da jurisprudência.

A súmula é uma consolidação objetiva da jurisprudência, ou seja, é a materialização objetiva da jurisprudência[233]. O tribunal, reconhecendo já ter formado um entendimento majoritário a respeito de uma determinada questão jurídica tem o dever[234] de formalizar esse entendimento por meio de um enunciado, dando notícia de forma objetiva de qual é a jurisprudência presente naquele tribunal a respeito da matéria.

Segundo o § 1.º do art. 926 do Novo CPC, cabe aos regimentos internos dos tribunais a regulamentação da forma e dos pressupostos para a edição de súmulas correspondentes à sua jurisprudência dominante. Nem poderia ser diferente, por se tratar de norma referente ao funcionamento interno do tribunal[235]. A maioria dos tribunais, inclusive, já conta com normas regimentais

nesse sentido, o que, claro, não significa que a regulamentação não deva passar por uma reformulação diante da maior relevância dada às súmulas e aos precedentes no novo diploma processual.

A maior preocupação diz respeito à revogação de súmulas com entendimento já superado por superveniência legal ou mesmo por mudança de posicionamento do próprio tribunal que a editou. Não são poucos, infelizmente, os exemplos de verdadeiras "súmulas zumbis", que continuam entre nós como verdadeiras mortas vivas, há muito já não aplicadas, inclusive e em especial pelos tribunais que as editaram. E assim procedendo os tribunais violam o art. 926, caput, do Novo CPC, esfacelando a exigência de que sua jurisprudência seja estável, íntegra e coerente.

Tudo se torna ainda mais dramático se consideramos que o art. 927, IV, do Novo CPC dotou de eficácia vinculante os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. O dispositivo legal realça a relevância de uma revogação dinâmica e constante de entendimentos sumulados ultrapassados. Ainda mais se considerarmos que o Novo Código de Processo Civil revoga tacitamente dezenas de entendimentos consagrados em súmulas dos tribunais superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça.

Concordo com a doutrina que defende a aplicação por analogia à revogação das súmulas do previsto no art. 927, § 2º, do Novo CPC, devendo tal revogação ser precedida de audiências públicas e a participação do amicus curiae[236], como forma de preservar o

contraditório e legitimar democraticamente a revogação.

Dizendo o óbvio, ainda que nem sempre seja essa a realidade na atuação dos tribunais, inclusive os superiores, o § 2.º do art. 926 do Novo CPC, prevê ser vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenta às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Com a eficácia vinculante que as súmulas passaram a ter, os tribunais devem tomar especial cuidado com a identidade ou ao menos similaridade fática dos precedentes que fundamentam sua edição.

Isso não significa exigir-se a identidade dos fatos presentes nos precedentes, mas uma proximidade suficiente para ensejar a mesma solução jurídica. Assim, por exemplo, é possível sumular o entendimento de que é indenizável o dano moral em razão de incorreto apontamento em cadastros de acesso público de situação de sujeito que nada deve, sendo tal entendimento aplicável tanto ao caso de restrição indevida em cadastros de inadimplentes como em protesto indevido de título.

Entendo que a exigência prevista no art. 926, § 2º, do Novo CPC consagra o respeito à ratio decidendi na edição de súmulas[237], de forma que o tribunal deverá considerar os fundamentos principais dos precedentes aplicáveis aos fatos sobre os quais recaíram a aplicação do Direito, só podendo se valer de julgados na edição da súmula que respeitem esse binômio.

56.2. JURISPRUDÊNCIA ESTÁVEL, ÍNTEGRA E COERENTE

56.2.1. INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 926 do Novo CPC, os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Trata-se de importante dispositivo legal que corrobora a maior aposta do Novo Código de Processo na criação de um ambiente decisório mais isonômico e previsível, exigindo que os tribunais deem o exemplo. Como se exigir o respeito no aspecto vertical (para órgãos hierarquicamente inferiores) se inexiste respeito no aspecto horizontal (do próprio tribunal)? Afinal, quem não respeita não pode cobrar respeito[238].

Conforme já teve oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência variar ao sabor das convicções pessoais dos julgadores, com o próprio tribunal desrespeitando sua jurisprudência, é um desserviço, já que se o próprio tribunal não respeita sua jurisprudência está dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo[239].

Se é verdade que o desrespeito pelos juízos inferiores de entendimentos já consolidados pelos tribunais gera a quebra da isonomia e a insegurança jurídica, tornando o processo uma verdadeira loteria judiciária, ainda mais grave é a instabilidade presente nos próprios tribunais quanto ao respeito à sua própria jurisprudência.

Ademais, quando os tribunais não respeitam a sua própria jurisprudência, ou seja, quando desrespeitam os seus entendimentos majoritários, os órgãos hierarquicamente inferiores não sabem qual entendimento aplicar no caso concreto à luz do entendimento do

tribunal superior[240].

Em termos de brincadeira, ainda que o tema seja bastante sério, costuma-se chamar o Superior Tribunal de Justiça de tribunal gerúndio, já que nunca decide ou entende, mas está decidindo ou entendendo, podendo mudar o entendimento a qualquer momento. Ou ainda de tribunal Band News, já que em 20 minutos tudo pode mudar. É a chamada jurisprudência banana boat, expressão que dispensa explicações.

Ao exigir uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, o art. 926, caput, do Novo CPC busca eliminar a instabilidade nociva dos entendimentos de nossos tribunais, em especial dos superiores, quando o desrespeito aos requisitos exigidos pelo dispositivo legal ora comentado é ainda mais nocivo.

56.2.2. DEVER DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A harmonização dos julgados é essencial para um Estado Democrático de Direito. Tratar as mesmas situações fáticas com a mesma solução jurídica preserva o princípio da isonomia. Além do que a segurança no posicionamento das cortes evita discussões longas e inúteis, permitindo que todos se comportem conforme o Direito. Como ensina a melhor doutrina, a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e de despesas) e à maior eficiência[241].

Apesar da diferença de funções das Cortes de Justiça (tribunais de segundo grau) e das Cortes Supremas (tribunais de superposição), não concordo com o entendimento doutrinário de que o dever de uniformização seja exclusividade dos tribunais superiores[242]. Ainda que os tribunais de segundo grau possam reexaminar os fatos da demanda, o que é vedado aos tribunais de superposição em razão dos limites do efeito devolutivo dos recursos especial e extraordinário, em qualquer órgão colegiado existe um dever de harmonização de entendimento.

Há um dever jurídico, existindo inúmeras formas de uniformização cabíveis nos tribunais de segundo grau, inclusive de ofício, como ocorre com a instauração pelo próprio tribunal de segundo grau do IRDR e do incidente de assunção de competência. E mesmo quando provocado por outro legitimado existe o dever de julgar tais incidentes processuais, sendo a uniformização da jurisprudência uma consequência natural de tais julgamentos.

Por outro lado, o dever dos tribunais de editar súmulas correspondentes à sua jurisprudência dominante também é aplicável aos tribunais de segundo grau. Note-se, o tribunal, e essa realidade é mais sentida nos tribunais de segundo grau, não é obrigado a ter uma jurisprudência dominante, porque é possível e por vezes até saudável que ocorra divergência entre seus órgãos na interpretação e aplicação do Direito. Para esses casos pode-se buscar a uniformização por outras formas processuais que não a edição de súmula, como o IRDR e o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos. Mas a partir do momento em que o tribunal nota que existe uma jurisprudência dominante, de forma

que a maioria de seus componentes e de seus órgãos decide de uma determina forma a mesma questão fático-jurídica, surge um dever do tribunal em consolidar esse entendimento por meio da edição de uma súmula.

É possível até mesmo falar em dever moral de uniformização de jurisprudência, mas nesse caso o dever não é do tribunal, mas sim de seus componentes individualmente considerados. Caso o desembargador ou ministro perceba que seu entendimento é isolado, poderá se submeter ao entendimento da maioria, ainda que não exista qualquer precedente vinculante ou súmula que o obrigue juridicamente a adotar tal conduta. Trata-se de conduta moralmente elogiável[243], preocupada com a uniformização da jurisprudência e de todos os benefícios advindos dela. Não é situação incomum no dia a dia forense, quando juízes expressam seu entendimento pessoal mas decidem conforme o entendimento majoritário[244], em respeito ao postulado da colegialidade[245].

56.2.3. JURISPRUDÊNCIA ESTÁVEL

A estabilidade da jurisprudência impede que os tribunais simplesmente abandonem ou modifiquem sem qualquer justificativa plausível (por vezes até mesmo sem qualquer justificativa) seus entendimentos consolidados. Não pode o tribunal, sob pena de violar o princípio da isonomia jurídica e, principalmente, da segurança jurídica, simplesmente deixar de aplicar um entendimento consolidado sem justificativa séria, palatável e devidamente exposta.

Entendo que essa estabilidade funciona como uma regra do

autorrespeito (mais comumente chamada de autorreferência), ou seja, o próprio tribunal é obrigado a respeitar a jurisprudência por ele mesmo criada[246]. E esse respeito naturalmente independe do órgão jurisdicional interno, porque uma vez uniformizada a jurisprudência, todos os órgãos internos lhe deverão respeito, inclusive os fracionários[247].

A exigência de que os tribunais mantenham sua jurisprudência uniformizada estável, entretanto, não cria uma vedação completa para a sua modificação, o que traria indesejável engessamento do Direito. Estável é a jurisprudência que não se altera frequentemente[248]. Mas nesse caso o tribunal tem o dever de fundamentar a modificação de forma específica e adequada, nos termos do art. 927, § 4º, do Novo CPC, justificando-se porque não aplicará no caso concreto a jurisprudência consolidada[249].

56.2.4. JURISPRUDÊNCIA ÍNTEGRA

Jurisprudência íntegra é aquela construída levando-se em consideração o histórico de decisões proferidas pelo tribunal a respeito da mesma matéria jurídica, ou seja, para se formar uma jurisprudência íntegra devem ser considerados todos os fundamentos rejeitados e acolhidos nos julgamentos que versam sobre a mesma matéria jurídica.

A doutrina vem se valendo da metáfora de Dworkin a respeito da criação do Direito como um romance no qual cada autor escreve um capítulo[250]. Nesse caso, a partir do segundo capítulo, o seu autor terá necessariamente que considerar o(s) anterior(es) para que o romance tenha sentido. Da mesma forma, devem se portar os

magistrados nos tribunais: devem julgar sempre levando em conta o histórico institucional a respeito da interpretação e aplicação da norma a situações fático-jurídicas análogas.

Como os órgãos devem considerar sempre os julgamentos anteriores sobre a mesma matéria jurídica, salvo, naturalmente, o órgão que a enfrenta de forma originária, é correto entender-se que uma das dimensões do dever de integridade da jurisprudência "consiste na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico"[251].

56.2.5. JURISPRUDÊNCIA COERENTE

A coerência exigida pelo art. 926, caput, do Novo CPC, é da própria essência da ideia de uniformização de jurisprudência, porque assegura uma aplicação isonômica do entendimento consolidado em casos semelhantes, ou seja, que versem sobre a mesma questão jurídica. Cria um dever ao tribunal de decidir casos análogos com a mesma interpretação da questão jurídica comum a todos eles[252]. Não há dúvida de que casos análogos devem ter uma mesma interpretação e aplicação do Direito, sendo a coerência exigência pelo dispositivo ora analisado a forma de se garantir tal tratamento isonômico.

Uma jurisprudência coerente impede que os sujeitos envolvidos em situações análogas sejam tratados de forma diferente, o que preserva o princípio da isonomia substancial, impedindo decisões construídas de forma solipsista pelo juiz, formadas a partir de seus entendimentos e valores pessoais ("cada

cabeça uma sentença")[253], postura conhecida como voluntarismo judicial, que na verdade esconde argumentações arbitrárias[254].

56.3. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 927 DO NOVO CPC

A eficácia vinculante do precedente previsto no art. 927, I, do Novo CPC, tem previsão constitucional (art. 102, § 2º, da CF), o mesmo se verificando quanto à súmula vinculante prevista no inciso II do mesmo dispositivo legal (art. 103-A da CF). Nos demais incisos a eficácia vinculante decorre tão somente de normas infraconstitucionais, o que levanta importante questão a respeito de sua constitucionalidade.

Já existe doutrina a apontar a inconstitucionalidade das normas que criam uma eficácia vinculante de precedentes e de súmulas não vinculantes sem previsão nesse sentido no texto constitucional, já que a Constituição Federal reserva efeito vinculante apenas às súmulas vinculantes, mediante devido processo, e aos julgamentos originados em controle concentrado de constitucionalidade.[255]

Afirma-se que a vinculação obrigatória às súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como aos precedentes criados no julgamento de casos repetitivos e no incidente de assunção de competência invade a seara legislativa, por outorgar ao Poder Judiciário o estabelecimento de normas, criando uma vinculação inconstitucional a preceitos abstratos e gerais fixados pelo Poder Judiciário, ou seja, com características de lei[256].

A doutrina que defende a novidade legislativa – uma das mais importantes do Novo Código de Processo Civil –, entende que o Poder Judiciário não cria norma jurídica nesses casos, não se devendo confundir a atividade de dar um sentido unívoco à norma que foi criada pela via legislativa com a tarefa de criação de norma[257]. Entendimento em sentido contrário levaria à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal legisla ao decidir processo objetivo e ao editar súmula vinculante, o que não parece correto[258].

Ainda que a questão a respeito da constitucionalidade dos três últimos incisos do art. 927 do Novo CPC sirva de interessante combustível para discussões doutrinárias, que devem se estender por tempo indefinido, no plano dos fatos é difícil imaginar o Supremo Tribunal Federal declarando tais normas inconstitucionais. E isso por um singelo motivo: é de todo interesse daquela corte a eficácia vinculante consagrada em tais dispositivos, em especial em sua promessa de diminuição no número de processos e recursos, em especial os recursos especial e extraordinário.

56.4. EFICÁCIA VINCULANTE

56.4.1. INTRODUÇÃO

O art. 927, caput, do Novo CPC, prevê que os juízes e os tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria

constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Surge na doutrina o questionamento a respeito do significado do termo "observarão" previsto no dispositivo legal ora analisado. E essa definição é de extrema relevância para se concluir ser ou não o art. 927 do Novo CPC norma que consagra a eficácia vinculante de precedentes e súmulas, nos termos por ele descritos.

Para parcela minoritária da doutrina o dispositivo cria tão somente um dever ao órgão jurisdicional de levar em consideração, em suas decisões, os precedentes e enunciados sumulares lá previstos. De forma que, não havendo em outro dispositivo a previsão expressa de sua eficácia vinculante, o órgão jurisdicional teria o dever de considerar o precedente ou súmula, mas não estaria obrigado a segui-los, podendo fundamentar sua decisão com o argumento de ser equivocado o entendimento consagrado no precedente ou na súmula[259].

Não parece, entretanto, ser esse o melhor entendimento. Conforme entende a doutrina amplamente majoritária o art. 927 do Novo CPC é suficiente para consagrar a eficácia vinculante aos precedentes e enunciados sumulares previstos em seus incisos[260]. Ou seja, "observarão" significa aplicarão de forma obrigatória.

Ao adotar-se o entendimento de que o termo "observarão" utilizado no art. 927, caput, do Novo CPC não consagra a eficácia vinculante estar-se-ia diante de curiosa e insustentável situação. Como é extraído da praxe forense, o Superior Tribunal de Justiça

sumula entendimentos de matérias infraconstitucionais, sendo o direito processual campo fértil de tal atuação. Ao se interpretar que o art. 927, IV, do Novo CPC obriga o órgão jurisdicional a apenas levar em consideração as súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, não existiria tal dever quanto à súmulas de direito infraconstitucional editadas pela Corte Superior?

Como a eficácia vinculante das hipóteses previstas nos primeiros três incisos do art. 927 do Novo CPC tem previsão expressa em outros dispositivos de lei (controle concentrado de constitucionalidade no art. 102, § 2º, da CF; súmula vinculante no art. 103-A, caput, da CF; incidente de assunção de competência no art. 947, § 3º, do Novo CPC; IRDR no art. 985 do Novo CPC, recursos especial e extraordinário repetitivos no art. 1.040 do Novo CPC), a divergência doutrinária coloca em questão a eficácia vinculante apenas dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e da orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Com relação às súmulas previstas no art. 927, IV, do Novo CPC, deve ser feita uma importante observação. A discussão a respeito de sua eficácia vinculante tende a ter pouca ou nenhuma relevância prática, já que as súmulas, como concretização da jurisprudência do tribunal, necessariamente deverão ter como fundamento a ratio decidendi dos precedentes do tribunal que justificam sua edição[261], de forma que a eficácia vinculante desses coloca em segundo plano a divergência ora enfrentada.

Mas como estamos no Brasil, não se deve desconsiderar a possibilidade de o tribunal sumular um entendimento com base em precedentes não vinculantes, ou seja, em decisões que não sejam proferidas em julgamento de casos repetitivos ou no incidente de assunção de competência. Apesar de não ser recomendável, não se deve descartar tal possibilidade. Nesse caso, ainda que não vinculantes, os precedentes utilizados para justificar a edição da súmula deverão ser considerados em seus fundamentos determinantes (ratio decidendi) para a fixação do objeto da vinculação obrigatória.

Ainda que nesse caso se possa constatar uma eficácia vinculante indireta de precedentes meramente persuasivos, não são eles que geram a eficácia vinculante, mas sim a súmula que materializa suas conclusões. É dizer que antes da súmula seus fundamentos determinantes são apenas persuasivos, e com a edição da súmula passam a ser vinculantes.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal já deu exemplos de que a edição de súmula vinculante nem sempre tem como fundamento qualquer precedente, como ocorreu na edição da Súmula Vinculante nº 11. Obviamente se trata de um desvio de conduta, mas nesse caso irrelevante para a divergência ora analisada porque a eficácia vinculante da súmula vinculante tem previsão constitucional e com relação a ela não se discute.

Pelo exposto, diferente do que entende parcela da doutrina[262], não concordo com o entendimento de que a súmula perde sua razão de existir em razão da eficácia vinculante dos precedentes.

Por fim, para se distinguir as súmulas previstas no inciso II do art. 927 do Novo CPC daquelas previstas no inciso IV do mesmo dispositivo, ainda que nos dois casos sua aplicação no caso concreto seja obrigatória, convém se chamar as primeiras de súmulas vinculantes, nome já consagrado, e as segundas de súmulas com eficácia vinculante. Na prática, naturalmente, não existirá diferença, mas as diferentes expressões podem ajudar o operador do Direito a distingui-las no caso concreto.

Até se pode argumentar que com a identidade de eficácia vinculante não teria mais sentido existir súmula vinculante, já que ao Supremo Tribunal Federal bastaria editar uma súmula simples sobre matéria constitucional (e nem se cogita que uma súmula vinculante tenha matéria infraconstitucional) para gerar a eficácia vinculante. Tal argumento é falho por dois motivos: (a) o cabimento de reclamação constitucional, limitado ao desrespeito às súmulas vinculantes e (b) a vinculação à Administração Pública, também privativa das súmulas vinculantes.

56.4.2. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Segundo o art. 927, I, do Novo CPC, os juízes e tribunais observarão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

Numa primeira leitura pode-se concluir não se tratar de grande novidade, considerando-se a eficácia erga omnes do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal (art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999). Nunca é demais lembrar que o art. 102, § 2º, da CF prevê que as

decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Não se descarta a possibilidade de o legislador ter incluído a decisão do controle concentrado de constitucionalidade no rol do art. 927 do Novo CPC apenas com o objetivo de tornar o rol exauriente, tese corroborada pela inclusão também da súmula vinculante, que tem sua eficácia vinculante já prevista em texto constitucional, a exemplo da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade.

Mas é possível se extrair uma utilidade, e de extrema importância, na previsão ora analisada, distinguindo-se a eficácia erga omnes da coisa julgada material gerada no controle concentrado de constitucionalidade, já consagrada no texto constitucional, da eficácia vinculante dos fundamentos determinantes da decisão (ratio decidendi), consagrada no art. 927, I, do Novo CPC[263].

Segundo o Enunciado 168 do FPPC, “os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a ratio decidendi do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”. Trata-se da chamada “transcendência dos motivos determinantes” ou do efeito transcendente de motivos

determinantes, que teria sido expressamente adotado pela previsão do art. 927, I, do Novo CPC[264].

O Supremo Tribunal Federal vinha aplicando a tese ora analisada, mas atualmente o entendimento do tribunal se modificou,[265] de forma que a teoria subsiste apenas no ambiente doutrinário, sem encontrar aplicação na praxe forense. Como consequência prática da inadmissão da teoria ora analisada pelo Supremo Tribunal Federal, encontra-se o não cabimento da reclamação constitucional contra decisão que apenas contrariar fundamentos no controle de constitucionalidade sem agredir o dispositivo da decisão.[266] Espera-se uma mudança da posição jurisprudencial em decorrência do art. 927, I, do Novo CPC.

Qualquer órgão jurisdicional, no julgamento de qualquer processo, recurso ou reexame necessário (nesse caso somente os tribunais de segundo grau), pode declarar de forma incidental a inconstitucionalidade de uma norma legal, mas nesse caso não há qualquer eficácia vinculante de tal declaração. Essa realidade, entretanto, é mais sensível no caso de tal controle incidental ter sido realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Nos estritos termos do art. 927, I, do Novo CPC, essa espécie de controle de constitucionalidade, mesmo que realizada pela Corte constitucional, não tem eficácia vinculante, já que o dispositivo legal é suficientemente claro ao estabelecer tal eficácia somente à declaração de inconstitucionalidade realizada de forma concentrada, portanto, o controle de constitucionalidade realizado por meio de processo objetivo. Ocorre, entretanto, que os arts. 525, § 12, e 535,

§ 5º, do Novo CPC permitem que a alegação de coisa julgada inconstitucional em sede de impugnação ao cumprimento de sentença tenha como fundamento a declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal tanto em controle concentrado como em controle difuso.

A contradição é, na realidade, apenas aparente, porque se o inciso I do art. 927 do Novo CPC a sugere, o inciso V do mesmo dispositivo parece afastá-la. Tendo a orientação do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal eficácia vinculante, é possível se concluir que mesmo no controle difuso de constitucionalidade haverá eficácia vinculante, se não em razão do inciso I do art. 927 do Novo CPC, pelo inciso V do mesmo dispositivo legal.

56.4.3. ENUNCIADOS DE SÚMULAS VINCULANTES

O inciso II do art. 927 do Novo CPC se justifica apenas se levarmos em conta o objetivo do dispositivo legal de elencar todas as hipóteses em que há eficácia vinculante em nosso sistema jurídico. Afinal, se a súmula é vinculante, é dizer o óbvio que tem eficácia vinculante.

Nos termos do art. 103-A, caput, da CF, o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Na realidade a eficácia vinculante na hipótese ora analisada é até mesmo mais ampla do que aquela prevista no art. 927 do Novo CPC, já que enquanto em seu caput há previsão de que os juízes e tribunais observarão o enunciado das súmulas vinculantes, o texto constitucional prevê, em seu art. 103-A, § 3º, da CF, que do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. Ou seja, a eficácia vinculante extrapola a atuação do Poder Judiciário, vinculando também a Administração Pública.

56.4.4. PRECEDENTES CRIADOS EM JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS E NO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

O art. 928 do Novo CPC prevê as hipóteses que se consideram julgamento de casos repetitivos: decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas (I) e em recursos especial e extraordinário repetitivos (II). Os julgamentos proferidos em ambos os casos, ainda que por meio de técnicas procedimentais significativamente distintas, são precedentes obrigatórios. O incidente de assunção de competência não se confunde com o julgamento de casos repetitivos, prevendo o art. 947 do Novo CPC que seu cabimento depende de inexistência de repetição da relevante questão de direito, com grande repercussão social, em múltiplos processos.

São técnicas de julgamento para situações distintas, mas que

tem em comum a criação de precedentes obrigatórios. É natural que o precedente formado no julgamento de casos repetitivos venha a ser aplicado com maior frequência do que aquele formado no incidente de assunção de competência, em razão da quantidade de processos que versam sobre a mesma questão jurídica, mas em termos de eficácia vinculante não há diferenças entre eles, inclusive sendo reunidos num mesmo dispositivo legal (art. 927, III, do Novo CPC).

56.4.5. ENUNCIADOS DAS SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL

Segundo o inciso IV do art. 927 do Novo CPC, os juízes e tribunais observarão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

A norma praticamente torna todas as súmulas dos tribunais superiores com eficácia vinculante, sejam elas súmulas vinculantes ou não, à exceção daquelas editadas pelo Supremo Tribunal Federal que disserem respeito a normas infraconstitucionais, circunstância até certo ponto comum na seara processual. Na realidade, elas nem deveriam existir, quanto menos ter eficácia vinculante. O interessante é que, a partir do momento em que o Superior Tribunal de Justiça sumule a matéria, o Supremo Tribunal Federal estará vinculado ao entendimento consagrado na súmula.

Dessa forma, como sempre defendi que em matéria infraconstitucional é o Superior Tribunal de Justiça o órgão

jurisdicional responsável pela última palavra, certa ou errada, devendo tal realidade ser respeitada inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, ao menos em temas sumulados, isso pode se tornar realidade. Em especial em matérias processuais não são poucas as vezes em que os dois tribunais divergem, o que deveria ser inadmissível num sistema jurídico coeso, cabendo ao Supremo Tribunal Federal seguir o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

56.4.6. ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO OU DO ÓRGÃO ESPECIAL AOS QUAIS ESTIVEREM VINCULADOS

Por fim, o inciso V do art. 927 do Novo CPC dá eficácia vinculante à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados os juízes e os tribunais. Entendo que o termo "orientação" só possa ser interpretado como decisão, porque o órgão jurisdicional não tem natureza consultiva. Em minha percepção, portanto, passam a ter eficácia vinculante as decisões colegiadas proferidas no Tribunal Pleno no Supremo Tribunal Federal e na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça[267].

Com relação ao Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, entendo justificável a vinculação considerando-se tratar de órgão que reúne a totalidade dos Ministros julgadores. O mesmo não se pode dizer da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, mas como outras espécies de decisão de tal órgão têm eficácia vinculante, a generalização criada pelo dispositivo ora mencionado não parece ser temerária.

56.4.7. EFICÁCIA *EX TUNC* OU *EX NUNC* DA NOVIDADE LEGISLATIVA

Partindo-se da premissa de que o art. 927 do Novo CPC, em seus cinco incisos, consagra uma série de precedentes vinculantes e torna súmulas atualmente persuasivas em súmulas com eficácia vinculante, surge uma importante questão: essa eficácia vinculante atingirá os precedentes criados e as súmulas editadas antes da entrada em vigência do novo diploma legal?

Com relação às súmulas não haveria maiores problemas práticos em se admitir uma eficácia ex tunc do art. 927, IV, do Novo CPC, caso os tribunais superiores se empenhassem em fazer uma revisão de todas as suas súmulas antes da entrada em vigência do novo diploma legal. Poderiam assim revogar as chamadas “súmulas zumbis”, que não são mais seguidas nem mesmo pelos tribunais que as editaram, bem como àquelas que são incompatíveis com o Novo Código de Processo Civil. Poderiam, inclusive, revogar súmulas que, apesar de não estarem superadas, o tribunal não pretende permitir que tenham eficácia vinculante.

Infelizmente, entretanto, não parece que essa será a conduta a ser adotada pelos tribunais superiores, o que poderá gerar eficácia vinculante à súmulas que definitivamente não deveriam ter tal eficácia.

A situação torna-se ainda mais dramática quando se analisa a questão ora levantada no tocante aos precedentes obrigatórios, porque nesse caso os tribunais não podem “revogar” decisões já proferidas e transitadas em julgado. E ainda pior, há precedentes contraditórios, como é facilmente notado, por exemplo, com decisões que tratam a mesma matéria jurídica de forma diferente pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Ainda que

nesse caso se possa dizer que a eficácia vinculante seja do precedente mais recente, não se pode desconsiderar que quando eles foram criados os julgadores responsáveis pela sua criação o fizeram com a certeza de que teriam no máximo eficácia persuasiva.

A solução não é simples. Se adotarmos a eficácia ex tunc do art. 927 do Novo CPC, certamente se estará dando uma amplitude imediata considerável à eficácia vinculante de súmulas e precedentes, mas nesse caso é de discutível adequação simplesmente transformar o que foi criado como persuasivo em vinculante. Por outro lado, ao se admitir uma eficácia ex nunc ao art. 927 do Novo CPC, estar-se-á adotando a opção mais segura, que menos problemas práticos gerará, mas nesse caso a eficácia vinculante ou persuasiva dependerá da data de formação do precedente ou da edição da súmula, criando-se uma distinção temporal que também poderá causar problemas práticos.

Sem solução fácil, entendo que o mais adequado seja, nesse caso, prestigiar a segurança jurídica, atribuindo-se ao art. 927 do Novo CPC eficácia ex tunc, ou seja, somente as súmulas editadas e os precedentes formados na vigência do Novo Código de Processo Civil devem ter eficácia vinculante. Tal entendimento, além de prestigiar a segurança jurídica, ainda tem o mérito de tornar a adoção da novidade legislativa paulatina, o que certamente auxilia em sua exata compreensão e aplicação no caso concreto.

56.4.8. CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Apesar de ser o art. 927 do Novo CPC suficiente para atribuir a todos os precedentes e enunciados sumulares por ele previstos em

seus incisos a eficácia vinculante, não é homogêneo o tratamento da impugnação da decisão que desrespeita tal eficácia vinculante.

As decisões que desrespeitam os precedentes obrigatórios, inclusive aqueles derivados de decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, e as súmulas vinculantes, são impugnáveis por reclamação constitucional, nos termos do art. 988, IV, do Novo CPC. Já com relação às decisões que desrespeitam as súmulas com eficácia vinculante (súmulas "simples") do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (art. 927, IV, do Novo CPC) e às orientações do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (art. 927, V, do Novo CPC) não é cabível a reclamação constitucional.

Significa dizer que se uma sentença desrespeitar a eficácia vinculante consagrada nos incisos IV e V do art. 927 do Novo CPC a parte sucumbente deverá apelar da sentença para impugnar a decisão. E caso seja um acórdão de tribunal de 2º grau que desrespeite tal eficácia vinculante, será cabível o recurso especial e/ou extraordinário. Ou seja, a parte sucumbente não terá um instrumento impugnativo que permita seguir diretamente para o tribunal superior.

Essa realidade cria uma eficácia maior e menor entre as hipóteses previstas no art. 927 do Novo CPC, o que coloca, inclusive, em questão a eficácia vinculante prática das hipóteses previstas nos dois últimos incisos do dispositivo ora comentado. Juridicamente não tenho dúvidas a respeito de suas eficácias vinculantes, mas se a parte deve recorrer da decisão que a

desrespeita da mesma forma que recorreria de qualquer outra decisão com a qual não concorde, no plano prático a eficácia vinculante está seriamente comprometida. Trata-se de uma eficácia vinculante jurídica com eficácia apenas persuasiva no plano prático.

E tudo piorou consideravelmente em razão da Lei 13.256, de 04.02.2016, que alterou o Novo Código de Processo Civil em sua vacância, ao modificar o cabimento da reclamação constitucional com relação a decisões que desrespeitem os precedentes obrigatórios criados em julgamento de casos repetitivos e no julgamento da repercussão geral.

Com a criação de um inciso II ao § 5º do art. 988 do Novo CPC, a decisão que desrespeita precedente de repercussão geral ou de recurso especial ou extraordinário em questão repetitiva só poderá ser impugnada por reclamação constitucional se esgotadas as instâncias ordinárias. A lamentável novidade, fruto de pressão dos tribunais superiores receosos do aumento no número de reclamações constitucionais, precisa, antes de ser criticada, ser interpretada, já que se é péssima em seu conteúdo, não é muito melhor em sua forma.

Por “esgotamento das instâncias ordinárias” o legislador aparentemente pretendeu afastar o cabimento de reclamação constitucional contra sentença que desrespeita precedente fixado em julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivo.

Diante da novidade legislativa, se um acórdão desrespeitar o precedente criado em julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivo, e em julgamento de recurso extraordinário

com repercussão geral, ainda que não repetitivo, caberá reclamação constitucional para o tribunal de superposição. Mas no caso de sentença proferida em tais moldes caberá a apelação. Também a decisão monocrática na hipótese ora analisada não poderá ser impugnada por reclamação constitucional por ser cabível contra ela agravo interno (art. 1.021 do Novo CPC).

Como se pode perceber, em nítido desrespeito ao previsto no art. 928 do Novo CPC, o art. 988, em seu inciso IV e § 5º, II, do Novo CPC trata de forma diferente o julgamento de casos repetitivos. Decisão que desrespeite o julgamento em IRDR ainda não julgado pelos tribunais superiores, por meio de recurso especial ou extraordinário, pode ser impugnada por reclamação constitucional, já que o "esgotamento das instâncias ordinárias" é exigido apenas para o julgamento de recurso especial – e extraordinário — repetitivo.

O incidente de assunção de competência continua a ser impugnável por reclamação constitucional, porque permanece previsto no inciso IV do art. 988 do Novo CPC, e não está previsto no § 5º, II, do mesmo dispositivo legal.

Com a Lei 13.256, de 04.02.2016 passa a ser possível se falar em três graus de eficácia vinculante: grande, médio e pequeno.

O julgamento proferido em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, o IRDR e o incidente de assunção de competência têm eficácia vinculante grande, porque o desrespeito a qualquer deles, por qualquer decisão, proferida em qualquer grau de jurisdição, é impugnável por reclamação

constitucional.

O precedente formado em julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos e no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral tem eficácia vinculante média, já que o cabimento da reclamação constitucional exige o exaurimento das instâncias ordinárias.

Finalmente, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados têm eficácia vinculante pequena, porque da decisão que a desrespeita não cabe reclamação constitucional.

56.5. PRECEDENTE BRASILEIRO E *PRECEDENTS* NA TRADIÇÃO DA *COMMON LAW*

Conforme já devidamente exposto, precedente é um julgamento que sirva como razão de decidir de outro julgamento proferido posteriormente. É natural, portanto, que um julgamento não nasça precedente, mas que se torne um precedente a partir do momento em que é utilizado posteriormente como razão de decidir em outro julgamento.

Assim ocorre no sistema da common law, no qual os julgamentos só se tornam precedentes no momento em que passam a concretamente servir como fundamento de decisão de outros

julgamentos. Conforme vem apontando a melhor doutrina, no Brasil foi adotada outra técnica na formação dos precedentes, já que o Novo Código de Processo Civil prevê de forma expressa e específica quais são os julgamentos que serão considerados precedentes. Trata-se de "precedente doloso", em interessante nomenclatura dada por Alexandre Freitas Câmara[268], ou seja, um julgamento já predestinado a ser precedente.

Nesse tocante, entretanto, cabe uma observação. Nem todo precedente é vinculante – obrigatório – já que continuam a existir no sistema processual brasileiro julgamentos proferidos em processo subjetivo que não decidem casos repetitivos e nem o incidente de assunção de competência, e que poderão servir como fundamento de decidir de outros julgamentos a serem proferidos supervenientemente.

Tem-se, portanto, um tratamento diferente de formação de precedente a depender de sua eficácia vinculante (binding precedents) e de sua eficácia persuasiva (persuasive precedents). Enquanto os precedentes vinculantes são julgamentos que já nascem precedentes, os precedentes persuasivos se tornam precedentes a partir do momento em que são utilizados para fundamentar outros julgamentos.

56.6. *RATIO DECIDENDI* E *OBTER DICTA*

A ratio decidendi não é fenômeno alheio ao direito brasileiro, pelo contrário, sendo considerada pelos tribunais superiores com relativa frequência, ora com a utilização da expressão "motivos

determinantes”[269] ora com a utilização da expressão “razões de decidir”[270]. Mas não há dúvida de que o fenômeno terá que ser repensado.

Conforme ensina a melhor doutrina, a ratio decidendi (chamada de holding no direito americano) é o núcleo do precedente, seus fundamentos determinantes, sendo exatamente o que vincula. Distingue-se da fundamentação obter dicta, que são prescindíveis ao resultado do julgamento, ou seja, fundamentos que, mesmo se fossem em sentido invertido, não alterariam o resultado do julgamento[271]. São argumentos jurídicos ou considerações feitas apenas de passagem, de forma paralela e prescindível para o julgamento, como ocorre com manifestações alheias ao objeto do julgamento, apenas hipoteticamente consideradas[272]. Justamente por não serem essenciais ao resultado do precedente os fundamentos obter dicta não vinculam[273].

O § 4º do art. 521 do Projeto de Lei de Novo CPC aprovado na Câmara contribuía, ainda que de forma simplista e incompleta, para a definição da ratio decidendi: (I) prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão; (II) não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão. O texto legal não foi mantido no Novo Código de Processo Civil.

Afirmar-se que a ratio decidendi do precedente vincula, o que não ocorre com a fundamentação ober ditca, é indiscutível e a parte fácil de se compreender a eficácia vinculante dos precedentes. O

mais problemático é a distinção entre elas no caso concreto, já que o conceito de ratio decidendi não é tranquilo, mesmo em países de muito mais tradição em seu exame do que o Brasil, havendo estudo que aponta o incrível número de 74 formas de encontrar a ratio decidendi[274].

Conforme considerável corrente doutrinária, o ideal é a adoção do método eclético sugerido por Rupert Cross. Dessa forma, combinam-se a técnica da inversão defendida por Wambaugh, que defende a identificação da ratio decidendi como a razão jurídica que, se invertida, resultaria em julgamento diferente e a técnica defendida por Goodhart, pela qual a identificação da ratio decidendi parte dos fatos materiais – categorias de fatos relevantes para o direito – e da decisão jurídica neles embasada – o julgamento final[275].

Um mesmo precedente pode ter mais de uma ratio decidendi, sendo que nesse caso todas elas têm eficácia vinculante[276]. Não se admite, portanto, uma eficácia vinculante fatiada, já que, se o que vincula no precedente é sua ratio decidenci, nada mais natural do que se concluir que havendo mais de uma, todas tenham eficácia vinculante.

Apesar de aconselhável, em especial naqueles julgamentos predestinados a se tornarem precedentes vinculantes, não existe um dever de os tribunais identificarem a ratio decidendi[277], cabendo ao intérprete do julgamento tal tarefa. E mesmo que exista tal identificação não se cria um impedimento para que o intérprete identifique uma ratio decidendi não exposta como tal no

precedente, permitindo sua aplicação como razão do decidir de futuros julgamentos[278].

Por fim, é preciso registrar que não basta ser um fundamento determinante para o resultado do julgamento para que se projete a eficácia vinculante. Significa dizer que, só a ratio decidendi vincula, mas nem sempre haverá tal eficácia vinculante.

Somente o fundamento determinante acolhido pela maioria dos julgadores tem eficácia vinculante[279], lembrando-se que o julgamento nem sempre é determinado pela opinião majoritária dos julgadores sobre os mesmos fundamentos, mas pela combinação de entendimentos minoritários que levem a um determinado resultado. Basta imaginar a existência de diferentes causas de pedir fundamentando um mesmo pedido, sendo possível que ele seja acolhido pela maioria que, entretanto, se vale de forma minoritária de cada causa de pedir para chegar ao resultado do julgamento.

Essa exigência, que não está expressamente consagrada no texto legal, estava presente no art. 521, § 3º, do Projeto de Lei de Novo Código de Processo Civil aprovado pela Câmara e não mantido pelo Senado na aprovação do texto final do novo diploma processual.

Essa realidade, conforme bem apontado pela melhor doutrina, exige uma mudança na forma do julgamento colegiado, que atualmente se dá por adesão à conclusão e que deve passar a ser realizado por adesão à fundamentação[280]. Os julgadores não poderão se limitar a aderir ao voto do relator, cabendo expressar sua

concordância de forma expressa aos seus fundamentos, cabendo também, e em especial, ao magistrado expor sua discordância com tais fundamentos, ainda que concorde com a conclusão do voto condutor.

Por outro lado, se for difícil a identificação da ratio decidendi do precedente, seja por ser sua fundamentação insuficiente ou por não estar a questão jurídica decidida bem delineada, afasta-se sua eficácia vinculante[281].

56.7. FUNDAMENTAÇÃO

Reafirmando a importância dos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais, o art. 927, § 1.º, do Novo CPC exige do órgão jurisdicional na formação e aplicação do precedente judicial o respeito ao disposto nos arts. 10 e 489, § 1º, do mesmo diploma legal.

A criação de precedentes obrigatórios e a ampliação das espécies de súmulas com eficácia vinculante derivadas do art. 927 do Novo CPC vem causando justificável apreensão na doutrina. A realidade na aplicação de súmulas e de teses fixadas no julgamento de recursos especial e extraordinário realmente não é muito animadora.

O absurdo volume de trabalho, aliado à constante falta de estrutura adequada, vem fazendo com que os juízes se valham dos entendimentos consagrados nos tribunais superiores de forma mecânica, sem qualquer preocupação na identificação do caso concreto como sujeitável a tais entendimentos, e muito menos na imprescindível correlação entre o caso concreto e o entendimento consolidado pelos tribunais superiores utilizado para resolvê-lo. E com a ampliação da eficácia vinculante teme-se, com razão, que os julgadores não compreendam que a aplicação de um precedente é um ato hermenêutico e não meramente mecânico[282].

Essa indevida forma de aplicar os precedentes e os entendimentos sumulados foi objeto de atenção do legislador, que nos incisos V e VI do art. 489, § 1º, do Novo CPC exige do

julgador uma fundamentação adequada tanto para a aplicação do precedente e do entendimento sumulado, como para a rejeição de sua aplicação no caso concreto. Não basta a aplicação do precedente pura e simplesmente, mas sua interpretação e adequação ao caso concreto[283], inclusive podendo ser extraída de sua ratio decidendi uma aplicação mais ampla do que aquela que foi originalmente pensada na criação do precedente[284].

Conforme ensina a melhor doutrina, a ratio decidendi do precedente, a exemplo da norma legal, deve ser objeto de interpretação para ser aplicada, sendo naturalmente mais restrito o espaço de interpretação uma vez que o precedente já resulta da interpretação do texto legal[285]. De qualquer forma, é importante a consideração de que o precedente em termos de interpretação é ao mesmo tempo um ponto de chegada e um ponto de partida: de chegada na interpretação da norma legal aplicável ao caso concreto e de saída para os que pretendem aplicá-lo para posteriormente decidirem processos com base no precedente.

O cuidado com a fundamentação na utilização ou rejeição de aplicação dos precedentes e dos enunciados de súmula, entretanto, não é suficiente para que um sistema baseado – ou ao menos fortemente influenciado – em precedentes funcione no direito brasileiro. Será necessária uma mudança cultural, sempre difícil, traumática e demorada, que levem os órgãos jurisdicionais a trabalharem de forma adequada com a identificação e aplicação da ratio decidendi dos precedentes.

56.8. DIVULGAÇÃO

Nos termos do § 5.º do art. 927 do Novo CPC, os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

A partir do momento em que nosso sistema processual passa a contar com precedentes vinculantes, é imprescindível que as partes, os advogados e os juízes tenham fácil acesso a eles. Tal ciência servirá aos advogados para otimizar a orientação jurídica às partes diante de um conflito de interesses, no sentido de favorecer a solução consensual dos conflitos[286], e para os juízes a ciência é indispensável para que possam respeitar a eficácia vinculante dos precedentes, já que sem conhecê-los não poderão aplicá-los no caso concreto[287].

Lamento que o dispositivo legal se limite à previsão da publicidade dos precedentes, já que tendo a maioria das súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal assumido eficácia vinculante, a mesma preocupação deveria ter sido destinada a elas. A interpretação extensiva do art. 927, § 5º, do Novo CPC é imperiosa.

56.9. DISTINÇÃO (*DISTINGUISHING*)

Tendo o Novo Código de Processo Civil adotado a teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, era esperado que também consagrasse os fenômenos da distinção (distinguishing) e da superação (overruling). O art. 927, em seus §§ 2º a 4º, do Novo CPC, entretanto, só trata da superação do precedente, não havendo

qualquer previsão legal a respeito da distinção.

Trata-se de hipótese de não aplicação do precedente no caso concreto sem, entretanto, sua revogação. Dessa forma, é excluída a aplicação do precedente judicial apenas para o caso concreto em razão de determinadas particularidades fáticas e/ou jurídicas, mantendo-se o precedente válido e com eficácia vinculante para outros processos.

Registre-se que no § 5.º do art. 521 do Projeto de lei de Novo CPC aprovado na Câmara estava regulamentado o distinguishing. Ainda que a regulamentação não tenha restado consagrada no Novo Código de Processo Civil, é importante a análise do dispositivo legal não consagrado que ainda poderá doutrinariamente auxiliar na compreensão do fenômeno.

Segundo o dispositivo, o precedente ou jurisprudência dotada do efeito vinculante poderia não ser seguida, quando o órgão jurisdicional distinguisse o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

Como se pode notar do dispositivo legal, seriam duas as causas de distinção que levariam à não aplicação do precedente no caso concreto.

A distinção das circunstâncias fáticas deveria ser analisada com cuidado, porque a vinculação dos precedentes não exigia identidade de fatos, bastando a identidade da situação fática.

Significa que, sendo comum a origem fática, o precedente seria vinculante, mesmo que existissem diferenças fáticas entre o processo em curso e o processo em que houve a formação do precedente[288]. A diferença fática só seria capaz de evitar a aplicação do precedente quando fosse determinante para a aplicação da regra jurídica ao caso concreto.

Por outro lado, mesmo havendo identidade fática entre o processo em curso e aqueles que ensejaram a edição do precedente, é possível a sua não aplicação no caso concreto. Para tanto, deve ficar demonstrado que no processo em trâmite foi alegada matéria jurídica ainda não examinada. Apesar de ser algo improvável de ocorrer se os tribunais levarem realmente a sério sua função harmonizadora dos entendimentos jurídicos, é indiscutível haver lógica em deixar de aplicar o precedente quando se discute matéria jurídica inédita, não tratada anteriormente na formação do precedente.

Registre-se que a técnica do distinguishing não deve ser aplicada de forma enviesada para se obter algo que somente pelo overruling pode ser obtido. Conforme lembra a melhor doutrina, nos países da common law não é incomum, ainda que continue a ser reprovável, juízes que não querem aplicar os precedentes por considerá-los injustos ou equivocados, simplesmente se valerem de uma discutível distinção para se afastar da eficácia vinculante dos precedentes[289].

Ao pretender uma superação que não pode fazer, o juízo se vale de uma distinção inexistente para justificar a não aplicação do

precedente obrigatório ao caso concreto. Não é preciso muito esforço para se concluir que nesse caso o próprio sistema de precedentes será desvirtuado.

56.10. SUPERAÇÃO DA TESE JURÍDICA (*OVERRULING*)

56.10.1. INTRODUÇÃO

Não resta dúvida de que a superação do precedente é medida muito mais drástica que a aplicação da distinção no caso concreto, porque por meio da superação do precedente ele deixa de existir como fonte vinculante. Não é naturalmente anulado, revogado ou reformado, porque o precedente na realidade é uma decisão judicial já transitada em julgado, mas com a superação o entendimento nele consagrado deixa de ter eficácia vinculante e até mesmo persuasiva, sendo substituído por outro.

Essa superação, portanto, chamada de overruling no direito norte-americano, deve ser realizada com extremo cuidado, ponderação e o mais importante, raramente. Se o art. 926 do Novo CPC exige uma jurisprudência íntegra, coerente e estável, é natural se compreender que a superação do precedente deva ocorrer com parcimônia, em situações excepcionais. Se o sistema de precedentes e súmulas com eficácia vinculante não deve engessar o direito, por outro lado não existe sistema de precedentes e súmulas com eficácia vinculante sem segurança jurídica e estabilidade.

56.10.2. MOTIVOS PARA SUPERAÇÃO

Apesar de o art. 927, § 4º, do Novo CPC exigir que a

fundamentação da superação considere os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, não há no novo diploma legal qualquer regra a respeito das motivações que justificam a superação do entendimento sumulado ou consagrado em precedente obrigatório.

Registre-se que no art. 521, § 7º, do Projeto de lei de Novo CPC aprovado na Câmara havia expressa menção à superação diante de superveniente realidade econômica, política, econômica ou social ou de revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese do precedente. Não obstante a inexistência de tal regra no Novo Código, parece incontestável que tais circunstâncias autorizam a superação do entendimento fixado em súmula ou precedente[290].

Também parece ser tranquilo o entendimento de que o precedente ou súmula podem ser superados diante de mudança legislativa que com suas razões conflite[291]. Nesses casos a superveniência legislativa pode tornar o entendimento sem sentido ou até mesmo ilegal, cabendo sua superação[292]. Por outro lado, não se deve descartar a possibilidade de a superveniente lei consagrar expressamente o entendimento fixado em precedente ou súmula, quando a lei passará a ser o novo referencial normativo[293].

Essa técnica de overruling não se confunde com o overriding, porque nesse o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente em função de superveniência de regra ou de princípio legal. Não há, portanto, sua superação – quando muito uma superação parcial – mas sua adequação à superveniente

configuração jurídica do entendimento fixado.

Por fim, não é pouca a doutrina, com amparo em estudos de direito comparado na common law, que aponta a correção de erro manifesto ou grave injustiça[294] como motivação suficiente para a superação de súmula ou precedente, ou seja, a superação de precedente manifestamente equivocado[295]. Entendo que nesse caso os tribunais devam ter redobrado cuidado porque o erro deve ser manifesto, e não derivado de uma nova interpretação que, por exemplo, uma nova composição do colegiado venha a ter da mesma matéria.

O órgão é colegiado e como colegiado deve se portar, não sendo a mudança de composição suficiente para a superação do precedente ou do entendimento sumulado. Chega até mesmo a ser descortês com os antigos componentes da corte equiparar interpretação superada em razão de nova composição a erro no julgamento.

De qualquer forma, qualquer que seja o motivo da superação, somente o próprio tribunal que fixou a tese com eficácia vinculante tem competência para superar o seu próprio entendimento[296]. Chega a ser até mesmo intuitivo que órgãos hierarquicamente inferiores não possam fazê-lo, sob pena de se tornar facultativo o que deveria ser obrigatório.

Como muitas vezes é demorado o processo de superação do precedente, é possível que o tribunal adote a técnica conhecida no direito norte-americano como signaling, ou seja, o tribunal sinaliza

aos jurisdicionados que poderá modificar seu entendimento, sem, entretanto, fazê-lo, ou mesmo se vinculando a tal sinalização, já que ela somente demonstra uma possibilidade de futura superação, que poderá nem vir a ocorrer. A partir da adoção dessa técnica os tribunais inferiores terão fundamento mais seguro para se valerem do antecipatory overruling.

Considerando-se que somente os tribunais dos quais emana a eficácia vinculante têm competência para superar o entendimento fixado em súmulas com eficácia vinculante e precedentes obrigatórios, cria-se a possibilidade de os órgãos hierarquicamente inferiores se valerem do chamado antecipatory overruling, sempre que o tribunal do qual emana a eficácia vinculante sinalizar em seus julgamentos a possibilidade de alteração do entendimento. Note-se, não é necessária a adoção da técnica do signaling para a adoção do antecipatory overruling, porque mesmo que não haja uma sinalização expressa do tribunal superior é possível aos órgãos hierarquicamente inferiores se anteciparem a tal superação se notarem dos julgamentos do tribunal superior uma sinalização nesse sentido.

56.10.3. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE SUPERAÇÃO

O § 4º do art. 927 do Novo CPC prevê que a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Considerando-se que toda decisão judicial deve ser fundamentada, nos termos do art. 93, IX, da CF, parece uma redundância o dispositivo ora analisado exigir que a decisão do tribunal que supera o precedente obrigatório ou súmula com eficácia vinculante seja fundamentada. Trata-se, entretanto, de fundamentação diferenciada, ainda mais qualificada que a tradicional, chegando a doutrina a falar em exigência de carga de motivação maior[297] para justificar a decisão de superação ora analisada.

O termo "adequada" para qualificar a fundamentação utilizado pelo art. 927, § 4º, do Novo CPC não cria nada novo ou peculiar para a decisão ora analisada, já que a fundamentação adequada é aquela exigida pelo art. 489, § 1º, do Novo CPC, dispositivo que naturalmente deve nortear o tribunal na decisão de superação do precedente ou da súmula.

Mas ao exigir que a fundamentação seja específica o legislador parece realmente ter inovado, criando uma especialidade quanto à motivação da decisão que supera súmula com eficácia vinculante e precedente obrigatório. Entendo que essa fundamentação específica exija do tribunal a demonstração de que a nova tese adotada em superação da anterior é melhor e/ou mais adequada[298], além de existirem mais fortes razões para alterar o entendimento do que para mantê-lo, mesmo que com sacrifício da ideia de segurança jurídica[299].

56.10.4. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA SUPERAÇÃO

A partir do momento em que o precedente passa a ser

obrigatório e a súmula a ter eficácia vinculante, cria-se uma expectativa de comportamento em todos, que confiantes no entendimento consolidado e vinculante fixado pelos tribunais passam a pautar sua conduta no plano material da forma como entende adequada os tribunais. Cria-se, dessa forma, uma previsibilidade de conduta conforme a interpretação da lei consolidada pelos tribunais em suas súmulas e precedentes, gerada pela expectativa legítima de que o Poder Judiciário continuará a decidir conforme seus precedentes e súmulas[300]. Conforme ensina a melhor doutrina, a vinculação da superação dos entendimentos consagrados pelos tribunais ao princípio da irretroatividade é decorrente da atuação dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva[301].

Como é impossível defender que um sistema baseado em precedentes asfixie o direito, a possibilidade de sua superação, nas condições já analisadas, é imprescindível. Mas essa necessidade não afasta o problema prático advindo de tal revogação: a quebra da confiança das partes que se conduziram conforme o entendimento consolidado e agora são surpreendidas como um novo entendimento.

Parece claro que se o sujeito se portou de determinada maneira confiando no entendimento consolidado pelo tribunal, a mudança de entendimento não pode desprestigiar essa confiança. Em razão disso deve ser saudado o § 3º do art. 927 do Novo CPC no sentido de permitir ao tribunal a modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica, consagrando no direito pátrio a possibilidade de prospective overruling.

Registre-se que, além de preservar a confiabilidade e a segurança jurídica, a possibilidade de modulação de efeitos da superação do precedente permite aos tribunais uma superação com mais tranquilidade, porque em sistemas em que não se admite tal modulação o trauma gerado pela superação do precedente funciona como impeditivo de tal superação. No direito pátrio, o tribunal poderá dimensionar temporalmente o alcance da quebra da confiança no entendimento consolidado e pela modulação limitar os problemas advindos pela superação para aqueles sujeitos que se portaram no sentido do precedente ou súmula superada.

Parcela da doutrina compreende a necessidade da modulação dos efeitos da superação ora analisada, mas lembra que em um país ainda não acostumado com a força dos precedentes, é possível que tal técnica incentive os tribunais a se sentirem confortáveis para realizar sucessivas alterações de entendimentos[302]. A preocupação é absolutamente justificável, o que demonstra mais uma vez que um sistema de precedentes não se impõe somente com mudança legislativa, mas também com uma mudança de mentalidade dos operadores do direito.

Já é tradicional no sistema processual pátrio a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999. Segundo o Supremo Tribunal Federal a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade se presta a preservar relevantes princípios constitucionais, revestidos de superlativa importância sistêmica[303], sendo tal entendimento também aplicável à superação ora analisada.

O tribunal, portanto, por razão de interesse social ou de segurança jurídica, poderá modular os efeitos da superação do entendimento consagrado na súmula com eficácia vinculante e no precedente obrigatório, que pode no caso concreto ter eficácia ex nunc; ex tunc; ex tunc limitado; eficácia projetada para o futuro. A adoção de qualquer modalidade de eficácia dependerá do caso concreto e de decisão fundamentada pelo juiz.

O essencial para a modulação ex nunc ou projetada para o futuro é a preservação da confiança dos jurisdicionados. Como é possível que um precedente venha a ser superado aos poucos, tal circunstância deve ser considerada pelo tribunal para limitar a eficácia ex nunc ou até mesmo aplicar a eficácia ex tunc. Pode ocorrer de o precedente não ser aplicado há longo tempo, ainda que sem revogação expressa, de forma que quando tal revogação é feita não se pode dizer propriamente que os jurisdicionados foram surpreendidos[304]. Por isso não concordo com o entendimento doutrinário que defende ser sempre ex nunc a eficácia da superação ora analisada[305].

56.10.5. PROCEDIMENTO

Não há no Novo Código de Processo previsão específica e geral a respeito do procedimento a ser adotado pelo tribunal na superação do entendimento fixado em súmula com eficácia vinculante e precedente obrigatório.

A única previsão procedimental é o § 2º do art. 927 do Novo CPC ao prever que a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá

ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. Como se pode notar, admitia-se a intervenção do amicus curiae em razão da eficácia ultra partes da revogação do precedente e da realização de audiências públicas para democratizar o procedimento de revogação.

Diante do silêncio da lei quanto ao procedimento, mais uma vez é possível se valer do art. 521 do Projeto de Lei de Novo CPC aprovado pela Câmara. Segundo o § 6.º do artigo ora comentado, a modificação de entendimento sedimentado poderia realizar-se: (I) por meio do procedimento previsto na Lei 11.417/2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; (II) por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando se tratar de enunciado de súmula da jurisprudência dominante; (III) incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do caput.

Como o Novo Código de Processo Civil não revogou o procedimento previsto na Lei 11.417/2006 para a revogação da súmula vinculante, não há qualquer dúvida que para sua superação deva ser esse o procedimento a ser observado. Ainda que as súmulas em matéria constitucional editadas pelo Supremo Tribunal Federal e as súmulas em matéria infraconstitucional editadas pelo Superior Tribunal de Justiça, em razão do art. 927, IV, do Novo CPC, tenham passado a ter eficácia vinculante, não se confundem com as súmulas vinculantes quanto às exigências para sua edição e revogação, de forma que para sua superação o procedimento deve

ser determinado pelo regimento interno do tribunal e não pela Lei 11.417/2006.

Para a superação de tese fixada em julgado de IRDR, o art. 986 do Novo CPC prevê que a revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, III, do mesmo diploma legal. Não se trata propriamente de um procedimento criado pela lei, já que a norma só disciplina a competência (mesmo tribunal) e legitimidade ativa para o pedido, de forma que caberá aos regimentos internos dos tribunais regulamentarem de forma exaustiva a matéria.

No caso de superação de tese fixada em julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos não há qualquer previsão no Novo Código de Processo Civil, cabendo aos tribunais superiores criarem o procedimento por meio de seus regimentos internos.

Observe-se que, à exceção da revogação de súmula vinculante, que tem forma de superação expressamente prevista em lei, nos demais casos, além da criação de incidentes ou procedimentos administrativos para superação de súmula com eficácia vinculante ou precedente obrigatório, a superação também poderá ocorrer no julgamento de processos de competência originária, recurso ou reexame necessário[306].

Quanto à competência para decidir pela superação do precedente, o art. 521, § 9.º, do projeto de lei aprovado na Câmara previa que o órgão jurisdicional que tivesse firmado a tese a ser rediscutida seria preferencialmente competente para a revisão do

precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos. Apesar da não consagração de tal norma no novo diploma legal, seu conteúdo continua a fazer bastante sentido, devendo ser prestigiado.

57. ORDEM DOS PROCESSOS E RECURSOS NO TRIBUNAL

Sumário: 57.1. Distribuição – 57.2. Prevenção – 57.3. Poderes do relator: 57.3.1. Introdução; 57.3.2. Direção do processo; 57.3.3. Tutela provisória; 57.3.4. Inadmissibilidade recursal; 57.3.5. Decisão monocrática que nega provimento; 57.3.6. Decisão monocrática que dá provimento; 57.3.7. Vedação de julgamento monocrático do recurso; 57.3.8. Julgamento monocrático do reexame necessário e dos processos de competência originária; 57.3.9. Demais incumbências; 57.3.10. Oportunidade de saneamento de vícios; 57.5 – Ordem no julgamento – 57.6. Sustentação oral – 57.7. Matérias conhecíveis de ofício – 57.8. Formalidades do acórdão – 57.9. Julgamento virtual – 57.10. Técnica de julgamento substitutiva dos embargos infringentes – 57.11. Saneamento de vício.

57.1. DISTRIBUIÇÃO

Cabe ao Regimento Interno de cada tribunal regulamentar a forma de distribuição dos recursos, processos de competência originária e reexame necessário de sua competência. A liberdade de tais regimentos internos, entretanto, não é absoluta, já que as regras de distribuição devem respeitar a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade. O art. 930, caput, do Novo CPC deve ser lido à luz do art. 285 do mesmo diploma legal, que regulamenta a distribuição de processos em primeiro grau.

Segundo esse dispositivo, a distribuição será alternada e

aleatória, e embora o dispositivo ora analisado tenha consagrado apenas a alternatividade, parece correto concluir também pela exigência da aleatoriedade. Além de se prestar a garantir o respeito ao princípio do juiz natural, a distribuição aleatória e alternativa garante a partilha quantitativa e qualitativa do trabalho jurisdicional, devendo por isso não discriminar as espécies de processo, de forma a ser realizada nos moldes de que a todo juiz seja encaminhada todas as espécies de processo.

Haverá distribuição dirigida no caso de o Tribunal ter seções ou órgãos fracionários com competência absoluta em razão da pessoa ou da matéria, mas entre esses órgãos a distribuição ao relator será alternativa e aleatória.

No primeiro grau a distribuição poderá ser eletrônica, enquanto nos tribunais serão necessariamente realizados os sorteios eletrônicos, realidade que considera todos os tribunais já preparados para a prática do ato por meio eletrônico.

A publicidade é essencial, ainda que em ambos os casos não seja possível a presença física das partes no ato de distribuição. A medida permite por um lado o controle das partes e por outro resguarda o Poder Judiciário de eventuais acusações de distribuição dirigida.

57.2. PREVENÇÃO

Não havia no CPC/1973 previsão a respeito do fenômeno da prevenção nos tribunais. No tocante às ações de competência originária, ainda era possível a aplicação das regras de prevenção

existentes no diploma legal revogado, mas em termos de competência recursal a matéria limitava-se a previsões esparsas e nem sempre existentes nos Regimentos Internos dos Tribunais.

O art. 930, parágrafo único, do Novo CPC modificou essa realidade ao tratar expressamente da prevenção em grau recursal.

Segundo o dispositivo legal, o primeiro recurso protocolado no tribunal tornará prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo. A prevenção, portanto, se fixa pelo protocolo do recurso no tribunal, independentemente da data do julgamento. Para fins de fixação da prevenção, portanto, é irrelevante a data de protocolo do recurso em grau inferior ou a postagem pelo correio. Também é irrelevante o conteúdo do julgamento, de forma que, mesmo sendo inadmitido, o recurso será capaz de gerar a prevenção do juízo para outros recursos a serem interpostos no mesmo processo ou em processo conexo.

Há, entretanto, uma observação necessária. Para a aplicação do dispositivo legal, parece não ser suficiente ou mesmo necessário que os processos sejam conexos.

O principal efeito da conexão é a reunião dos processos perante um mesmo juízo (prevento), mas essa reunião, nos termos do entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, não é obrigatória[307], de forma a ser possível haver processos conexos que não são reunidos perante um mesmo juízo. Nesse caso, parece não ter sentido a concentração de recursos interpostos em processos em trâmite em diferentes juízos perante um juízo prevento no

tribunal.

Por outro lado, como já foi devidamente analisado, mesmo que não exista prevenção entre os processos, é possível sua reunião perante um mesmo juízo quando ela se prestar a evitar a prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, nos termos do art. 55, § 3º, do Novo CPC. Nesse caso, mesmo não havendo a conexão, mas tramitando os processos perante o mesmo juízo, parece ser aplicável a regra consagrada no art. 930, parágrafo único, do Novo CPC, ainda que não seja essa a interpretação literal do dispositivo legal.

Apesar da omissão do dispositivo legal, também haverá prevenção do relator que analisar pedido de efeito suspensivo de recurso que ainda não tenha chegado ao tribunal, nos termos do art. 1.012, § 3º, I, do Novo CPC (apelação) e do art. 1.029, § 5º, I, do Novo CPC (recurso extraordinário e recurso especial).

No projeto de lei aprovado na Câmara, havia ainda mais três parágrafos que foram suprimidos do texto final do Novo CPC pelo Senado, com a justificava de que tratariam de matéria de competência dos regimentos internos dos tribunais, conforme a Emenda constante do tópico 2.3.2.211 do Parecer Final 956 do Senado.

Conforme o § 2.º, se o relator prevento não integrasse o tribunal ou estivesse afastado, por qualquer motivo, da atuação jurisdicional, eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo seria distribuído para o juiz que primeiro houvesse votado no julgamento de recurso anterior,

preservada a competência do órgão fracionário do tribunal.

O dispositivo desconsiderava o julgamento monocrático do recurso anterior, porque nesse caso, com o impedimento do relator, não haveria "juiz que primeiro votou no julgamento do recurso anterior". Na realidade, nesse caso, só um juiz teria votado, e se ele não mais integrasse o tribunal ou estivesse afastado por qualquer motivo, a interpretação literal do dispositivo seria insuficiente para preservar a competência do órgão fracionário.

Entendo que nesse caso o recurso posterior deveria ser distribuído para o juiz que tivesse votado, caso o julgamento tivesse sido colegiado, porque o mais importante com o afastamento do relator era preservar a competência do órgão fracionário, ainda que com composição totalmente renovada quando comparada com o julgamento do recurso anterior.

Os §§ 3.º e 4.º do dispositivo legal, que foram suprimidos do texto final do Novo Código de Processo Civil, serão comentados no capítulo referente ao efeito expansivo dos recursos (Capítulo 67, item 67.6.).

57.3. PODERES DO RELATOR

57.3.1. INTRODUÇÃO

O art. 932 do Novo CPC versa sobre a competência delegada ao relator para a prática de atos processuais e condução dos recursos, reexame necessário e de processos de competência originária do Tribunal. É importante registrar que a competência para a prática dos atos descritos no dispositivo legal ora comentado

é do órgão colegiado, havendo uma delegação legal de poder para que o relator possa decidir, de forma incidental ou final, monocraticamente.

O relator, portanto, funciona nesses casos como um “porta-voz avançado” do órgão colegiado, que por razões de facilitação procedimental ou urgência da situação recebe de forma delegada do órgão colegiado a competência, ou seja, o poder de decidir legitimamente. A previsão legalmente estabelecida de decisões monocráticas do relator contradiz a própria natureza das decisões em segundo grau e nos órgãos de superposição, que tradicionalmente deveriam ser colegiadas. Por exigência de facilitação do andamento procedimental em alguns casos e em virtude da urgência da situação em outros, a lei passou a prever inúmeras situações em que o relator pode proferir decisões monocráticas, dispensando-se, pelo menos naquele momento, a decisão colegiada. É importante frisar que nesses casos em que a lei permite ao relator proferir decisão monocrática, não há atribuição de competência para a prática de tal ato ao juiz singular; competente é, e sempre será, o órgão colegiado. O que ocorre é uma mera delegação de poder ao relator, fundada em razões de economia processual ou necessidade de decisão urgente, mantendo-se com o órgão colegiado a competência para decidir. Essa é a regra básica de delegação; é mantida a competência de revisão do órgão que delegou a um determinado sujeito (no caso o relator) a função inicial de apreciação da matéria.

Enquanto os demais incisos tratam da competência delegada para decidir questões incidentais, os incisos III, IV e V do art. 932

do Novo CPC preveem as hipóteses de julgamento monocrático dos recursos. Existe um momento apropriado para o julgamento monocrático, ocorrendo preclusão lógica a impedir essa espécie de julgamento o ato de lançamento do relatório pelo relator e a remessa dos autos ao revisor ou, ainda, o ato de o juiz relator pedir dia para o julgamento[308]. Conforme ensina a melhor doutrina, não será mais cabível o julgamento monocrático toda vez que o relator já tiver praticado atos incompatíveis com os princípios que estruturam o art. 932 do Novo CPC[309]. Trata-se de fenômeno processual de extrema raridade: preclusão lógica para o juiz.

57.3.2. DIREÇÃO DO PROCESSO

Nos termos do art. 932, I, do Novo CPC, incumbe ao relator dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes.

A tarefa de dirigir e ordenar o processo no tribunal sempre foi do relator, independentemente de regra expressa nesse sentido, não trazendo a primeira parte do artigo ora comentado mudanças práticas. A indicação quanto à produção da prova também está incluída nessa direção do processo, ainda que as decisões monocráticas sobre prova possam ser impugnadas por meio de agravo interno.

A novidade mais interessante do dispositivo é o poder do relator, monocraticamente, homologar autocomposição das partes. Trata-se realmente de novidade por duas razões. Primeiro, porque no art. 557 do CPC/1973, que regulamentava as hipóteses de

julgamento monocrático, não havia qualquer indicação para essa espécie de atuação unipessoal do relator. Segundo – e mais importante –, muitos desembargadores se recusavam a homologar a autocomposição entre as partes, afirmando que essa competência seria do juízo de primeiro grau. Com a previsão legal ora analisada, resta incontroversa a competência do relator.

Naturalmente que, uma vez sendo homologado o ato de autocomposição pelo relator, o recurso será monocraticamente decidido com base na perda superveniente de objeto. Essa decisão que extingue o recurso por considerá-lo prejudicado em razão da autocomposição será recorrível por agravo interno.

57.3.3. TUTELA PROVISÓRIA

Segundo o inciso II do art. 932 do Novo CPC é incumbência do relator apreciar o pedido de tutela provisória (antecipada, cautelar e da evidência) nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal. Ainda que o dispositivo seja omisso nesse sentido, a regra também se aplica ao reexame necessário. Por uma questão de isonomia, a mesma regra deve ser aplicada ao pedido de efeito suspensivo, como, inclusive, consta em alguns artigos do Novo Código de Processo Civil (art. 1.012, § 3º; art. 1.019, I; art. 1.026, § 1º, e art. 1.029, § 5º).

Uma leitura mais apressada do dispositivo pode levar o intérprete a concluir que a competência para decidir pedidos de tutela provisória e efeito suspensivo é do relator, quando na verdade o relator atua com competência delegada pelo órgão colegiado. A competência, portanto, é do órgão colegiado, de forma que o relator poderá levar o pedido à sessão de julgamento para a prolação de

decisão colegiada, não sendo seu dever a prolação de decisão monocrática. É natural que na maioria das vezes a decisão será monocrática em razão da urgência da situação, mas a decisão unipessoal não é um dever do relator nesse caso. Se for proferida a decisão monocrática, será cabível o recurso de agravo interno.

57.3.4. INADMISSIBILIDADE RECURSAL

O julgamento monocrático de inadmissibilidade do recurso vem previsto no art. 932, III, do Novo CPC ao prever que incumbe ao relator não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado (falta superveniente de interesse recursal) ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

Comparado com o art. 557, caput, do CPC/1973, há uma mudança e uma novidade. No texto do CPC/1973, o não conhecimento (no texto superado "não seguimento") dependia de manifesta inadmissibilidade, enquanto no novo dispositivo basta a inadmissibilidade. Por outro lado, é incluída a ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida como causa para o não conhecimento monocrático do recurso. Na prática já era possível, mesmo sem a previsão legal, considerar essa espécie de vício como causa de inadmissibilidade apta à prolação de decisão unipessoal.

Na realidade, como aponta a melhor doutrina, tanto a hipótese de julgamento monocrático por estar o recurso prejudicado como a ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida são hipóteses de inadmissibilidade recursal[310].

57.3.5. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA

PROVIMENTO

O art. 932, IV, do Novo CPC, trata da negativa de provimento por decisão monocrática do relator. Segundo o dispositivo legal, o relator nega provimento a recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal (regra já existente no art. 557, caput, CPC/1973), a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. A manifesta improcedência, prevista no art. 557, caput, do CPC/1973, mas sempre mal compreendida e muito pouca utilizada como causa para julgamento monocrático, não consta mais do diploma processual.

Para parcela da doutrina o dispositivo deve ser interpretado ampliativamente, de forma a ser aplicável sempre que existir precedente sobre a matéria de tribunal superior, ainda que não exista súmula sobre o tema e que a matéria não tenha sido objeto de julgamento de causas repetitivas ou do incidente de assunção de competência[311]. Apesar de se poder considerar ser esse o espírito da norma, por uma opção legislativa associada à segurança jurídica, foi feita uma opção dos fundamentos que justificam a decisão unipessoal, de forma que o entendimento ampliativo não deve ser prestigiado[312].

57.3.6. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DÁ PROVIMENTO

A decisão monocrática, dando provimento ao recurso, é tratada no inciso V do artigo ora analisado ao prever que, depois de facultada, quando for o caso, a apresentação de contrarrazões, o

relator pode dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária à súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal (o art. 557, § 1.º-A, do CPC/1973 não permitia a utilização de súmula do próprio tribunal), acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Para parcela da doutrina o dispositivo deve ser interpretado ampliativamente, de forma a ser aplicável sempre que existir precedente sobre a matéria de tribunal superior, ainda que não exista súmula sobre o tema e que a matéria não tenha sido objeto de julgamento de causas repetitivas ou do incidente de assunção de competência[313]. Apesar de se poder considerar ser esse o espírito da norma, por uma opção legislativa associada à segurança jurídica, foi feita uma opção *pelos* fundamentos que justificam a decisão unipessoal, de forma que o entendimento ampliativo não deve ser prestigiado[314].

A expressa previsão de que o provimento unipessoal ao recurso depende de intimação para o recorrido, abrindo-lhe prazo para as contrarrazões, respeita o princípio do contraditório (*arts. 9º*, ***caput***, *e 10*, do Novo CPC), evitando-se decisão que prejudica o recorrido sem que antes lhe seja dada oportunidade de reação. Já era essa a orientação tranquila do Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC/1973, mesmo sem previsão expressa nesse sentido[315].

A inclusão no dispositivo de que a intimação do recorrido deve ocorrer, quando for o caso, dá-se em razão do recurso de embargos de declaração, que só exigem a intimação e a oportunidade de contrarrazões do recorrido se tiverem efeitos infringentes (art. 1.023, § 2º, do Novo CPC). Em todos os demais recursos a intimação do recorrido e a abertura de prazo para contrarrazões é condição para a prolação de decisão monocrática do relator que dê provimento ao recurso.

Registre-se opinião doutrinária de que a expressão "se for o caso" se aplica ao julgamento de mérito de agravo de instrumento contra decisão proferida inaudita altera parte, quando o agravo ainda não tiver sido integrado ao processo e dessa forma não haverá intimação para contrarrazoar o agravo[316]. Discordo desse entendimento porque entendo que o art. 1.019, II, do Novo CPC, exige nesse caso a intimação pessoal do agravado com a abertura de prazo de 15 dias para a apresentação de contrarrazões.

57.3.7. VEDAÇÃO DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO

Os incisos III, IV e V do art. 932 do Novo CPC preveem hipóteses de julgamento monocrático de recursos, dando a entender que, presentes as condições por ele previstas, será caso de julgamento unipessoal pelo relator.

Essa generalidade, entretanto, não é ampla, existindo recursos que devem sempre ser julgados pelo órgão colegiado, quais sejam o próprio agravo interno e os embargos de declaração, embora com relação a esse último recurso haja divergência no âmbito do

Superior Tribunal de Justiça[317]. A Corte Especial desse tribunal decidiu que para rejeitar os embargos admite-se a decisão monocrática, com o equivocado entendimento de que nesse caso a decisão não seria alterada, restando a competência do órgão colegiado somente para a hipótese de acolhimento dos embargos de declaração[318].

Entendo que essa divergência deve ser superada em razão da regra prevista no art. 1.024, § 2º, do Novo CPC. Segundo o dispositivo, havendo embargos de declaração contra decisão monocrática o recurso deverá ser julgado monocraticamente, permitindo a interpretação, a contrario sensu, de que sendo interpostos embargos de declaração contra decisão colegiada, a decisão deve ser proferida de forma colegiada.

57.3.8. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO REEXAME NECESSÁRIO E DOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA

Apesar de o art. 932, em seus incisos III, IV e V, do Novo CPC se referirem exclusivamente às hipóteses de julgamento monocrático dos recursos, nada indica que será modificado o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido da aplicação de tais regras ao reexame necessário[319].

Com relação aos processos de competência originária deve continuar a resistência do Superior Tribunal de Justiça ao julgamento monocrático[320], ainda mais com a revogação pelo Novo Código de Processo Civil do art. 38 da Lei 8.038/1990, que autorizava o relator, nos tribunais superiores, a decidir pedido que

houvesse perdido seu objeto e a negar seguimento a pedido manifestamente intempestivo, incabível, improcedente ou que contrariasse entendimento sumulado pelo tribunal superior[321].

57.3.9. DEMAIS INCUMBÊNCIAS

Também é incumbência do relator decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal (VI); determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso (VII); e exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal (VIII). Trata-se de rol meramente exemplificativo de decisão monocrática de questões incidentais.

57.3.10. OPORTUNIDADE DE SANEAMENTO DE VÍCIOS

Segundo o parágrafo único do art. 932 do Novo CPC, o relator, antes de considerar inadmissível o recurso, concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível. A norma é redundante porque a complementação de documentação exigível é vício sanável, mas trata-se de redundância dolosa do legislador, para que não reste dúvida a respeito da aplicabilidade do dispositivo legal a essa específica hipótese de vício formal. Embora o dispositivo preveja a possibilidade de saneamento somente aos recursos, não há qualquer razão lógica ou jurídica para não o aplicar também aos processos de competência originária e ao reexame necessário.

Trata-se de consagração pessoal do dever de prevenção presente no princípio da cooperação, devidamente consagrado pelo art. 6º do Novo CPC. Ao intimar o peticionante para o saneamento

do vício, caberá ao juiz cumprir seu dever de esclarecimento (outro dever decorrente do princípio da cooperação), apontando de forma precisa qual vício deverá ser saneado.

O dispositivo ora comentado representa de forma significativa o princípio da primazia no julgamento do mérito no ambiente recursal, tema devidamente desenvolvido no Capítulo 68, item 68.11.

57.4. FATO SUPERVENIENTE

O art. 517 do CPC/1973 previa que as questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderiam ser suscitadas na apelação, se a parte provasse que deixou de fazê-lo por motivo de força maior, tendo sido a regra mantida pelo art. 1.014 do Novo CPC.

Como se pode notar, a alegação de fato superveniente nos termos do art. 1.014 do Novo CPC está condicionada à sua ocorrência em momento anterior à interposição da apelação. No CPC/1973 não havia, entretanto, norma que regulasse o conhecimento pelo tribunal de fato superveniente ocorrido após a interposição do recurso, omissão que veio sanada pelo art. 933, caput, do Novo CPC.

Segundo o dispositivo legal, se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida que deva ser considerada no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de cinco dias. A constatação pelo relator poderá ocorrer de ofício ou de forma provocada por qualquer uma das partes, hipótese em que o contraditório se aperfeiçoará com a

intimação da parte contrária com prazo de cinco dias para manifestação.

O mesmo dispositivo determina também a intimação das partes para manifestação em cinco dias na hipótese de existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada, que deva ser considerada no julgamento do recurso. Consagra-se legislativamente o efeito translativo dos recursos, que permite ao tribunal conhecer matérias apreciáveis de ofício independentemente da provocação das partes. E a necessidade de intimação das partes antes da prolação da decisão preserva o contraditório conforme promessa genericamente feita pelo art. 10 do Novo CPC.

Em sua parte final, o § 1.º do art. 933 do Novo CPC com a redação aprovada na Câmara exagerava no princípio da celeridade, consagrando dessa forma um contraditório "para inglês ver", e por isso deve ser elogiada sua retirada pelo Senado do texto final. Nos termos do dispositivo aprovado pela Câmara, se a constatação de um fato novo ou de questão apreciável de ofício ocorresse durante a sessão de julgamento, esta seria imediatamente suspensa a fim de que as partes se manifestassem especificamente sobre a matéria, em sustentação oral, na própria sessão, no prazo de 15 minutos.

Significava que para ter a oportunidade de se manifestar sob essas circunstâncias os advogados das partes teriam que comparecer a todas as sessões de julgamento. Estariam os tribunais preparados para tal presença? É evidente que tal presença não se verificaria no caso concreto e o fato novo ou a questão apreciável de ofício seria resolvida sem a manifestação das partes. Não é preciso muito esforço para se concluir que estaríamos diante de um contraditório

de faz de conta. O relator levantaria o fato superveniente ou a matéria de ordem pública e afirmaria que as partes – que obviamente não estariam presentes pelos seus advogados na absoluta maioria dos casos – poderiam se manifestar. Informação e possibilidade de reação, como reza a cartilha do contraditório...

Por tal motivo, a supressão dessa parte final do art. 933, § 1.º, do Novo CPC deve ser saudada, passando a ser exigida nas circunstâncias narradas a designação de nova sessão de julgamento, com o que estará garantido o contraditório real. Na Emenda constante do tópico 2.3.2.214 do Parecer Final 956 do Senado, justifica-se a supressão do texto justamente porque, "a depender da complexidade da questão, será preciso conferir à parte o direito de manifestar-se por escrito ou por período de tempo maior".

Nos termos do § 2.º do artigo ora comentado, se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.

Uma vez sendo admitido que fatos supervenientes possam ser considerados no julgamento do recurso, é provável a necessidade de produção de prova a seu respeito. Sendo a prova documental, basta sua juntada aos autos, e, se a prova for pericial ou oral, caberá a conversão do julgamento em diligência com a expedição de carta de ordem para o primeiro grau.

57.5. ORDEM NO JULGAMENTO

Segundo o art. 936, caput, do Novo CPC, ressalvadas as preferências legais e regimentais, os recursos, a remessa necessária e os processos de competência originária serão julgados na seguinte ordem: aqueles nos quais houver sustentação oral, observada a ordem dos requerimentos; os requerimentos de preferência apresentados até o início da sessão de julgamento; aqueles cujo julgamento tenha iniciado em sessão anterior e, por último, os demais casos.

57.6. SUSTENTAÇÃO ORAL

O art. 937 do Novo CPC regulamenta a sustentação oral. O caput do dispositivo prevê a ordem da sustentação e o prazo máximo para que os legitimados sustentem oralmente suas razões.

Após a exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público. Essa oitiva do membro do Ministério Público só se justifica quando o parquet não for parte no recurso, funcionado apenas como fiscal da ordem jurídica; sendo parte no recurso, deverá sustentar oralmente como recorrente ou como recorrido. O dispositivo é silente quando à sustentação oral dos terceiros intervenientes e do amicus curiae. Entendo que o assistente sustenta oralmente após o assistido, o denunciado à lide depois do denunciante e o chamado ao processo depois do réu. O amicus curiae deve sustentar oralmente depois do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, em aplicação por analogia do art. 984 do Novo CPC.

A previsão de que o prazo de 15 minutos para a sustentação

oral é improrrogável afasta o poder geral do juiz de prorrogar os prazos, previstos no art. 139, VI, do Novo CPC. E também afasta a possibilidade de dilatação desse prazo por meio do acordo procedimental entre as partes previsto no art. 190 do Novo CPC. Entendimento em sentido contrário tornaria injustificável a qualificação de improrrogável de tal prazo. Havendo litisconsórcio com patronos diferentes de distintas sociedades de advogados o prazo deverá ser contado em dobro, ou seja, 30 minutos[322].

Os incisos do art. 937 do Novo CPC preveem as hipóteses em que a sustentação é admitida: apelação, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência, ação rescisória, mandado de segurança, reclamação, agravo de instrumento interposto de decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência e em outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal.

O inciso VII do artigo ora comentado previa o cabimento do agravo interno originário de recurso de apelação ou recurso ordinário ou recurso especial ou recurso extraordinário e foi vetado pela Presidente da República por sugestão do Ministério da Justiça com as seguintes razões: “A previsão de sustentação oral para todos os casos de agravo interno resultaria em perda de celeridade processual, princípio norteador do novo Código, provocando ainda sobrecarga nos Tribunais”.

Aqui ficamos entre a cruz e a espada.

Por um lado, é notória a dificuldade de a parte reverter uma decisão monocrática em sede de agravo interno e forte a percepção

de que a formação do órgão colegiado é tão somente formal. Nesse sentido, a sustentação oral seria a principal – senão única – esperança do patrono do agravante fazer chegar sua pretensão recursal além do relator do recurso.

Por outro lado, é evidente a dificuldade que os tribunais teriam em funcionar diante da nova regra. Bastaria que uma pequena parcela de agravos internos passasse a ter sustentação oral para praticamente inviabilizar as sessões de julgamento, sendo a situação ainda mais crítica nos tribunais superiores, em especial no Supremo Tribunal Federal.

Entre o possível e o ideal, o veto presidencial parece ter optado pelo primeiro.

Há nesse rol legal uma inexplicável omissão. A partir do momento em que o Novo Código de Processo Civil consagra as decisões interlocutórias de mérito, recorríveis por agravo de instrumento, como não se admitir nesse caso a sustentação oral das partes? Tome-se como exemplo o art. 356 do Novo CPC, que consagra o julgamento antecipado parcial do mérito e em seu § 5.º prevê expressamente a recorribilidade por agravo de instrumento. Julgado todo o mérito antecipadamente, caberá apelação e, nos termos do inciso I do art. 937 do Novo CPC, será permitida a sustentação oral. Mas julgada apenas parcela desse mérito, não caberá sustentação oral do recurso interposto pela parte sucumbente?

É obvio que, havendo um Novo Código de Processo Civil, o ideal seria a previsão expressa de cabimento de sustentação oral em

agravo de instrumento contra decisão interlocutória de mérito. A injustificada e incompreensível omissão legislativa, entretanto, não é capaz de afastar esse direito das partes, bastando para fundar tal conclusão uma interpretação extensiva das hipóteses de cabimento[323]. Ora, se é cabível sustentação oral em apelação interposta contra sentença terminativa, como impedi-la em agravo de instrumento interposto contra decisão de mérito?

O § 3.º do dispositivo ora comentado é exemplo do caráter exemplificativo de seu caput no tocante à admissibilidade da sustentação oral, prevendo expressamente a possibilidade no agravo interno interposto contra decisão de relator que extingue a ação rescisória, o mandado de segurança e a reclamação constitucional.

Nos termos do § 1º do art. 937 do Novo CPC, a sustentação oral no incidente de resolução de demandas repetitivas observará o disposto no art. 984 do mesmo diploma legal, no que couber. Nesse caso a ordem será: autor e réu do processo originário, ou seja, do processo em que foi instaurado o incidente, e depois o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, que obrigatoriamente participará do incidente (art. 982, III, do Novo CPC). Após a sustentação oral de autor, réu e Ministério Público, serão admitidas as sustentações orais dos amici curiae.

O prazo nesse caso é de 30 minutos, e a depender do número de amici curiae poderá ser ampliado pelo relator. Entendo que essa ampliação é destinada apenas para os amici curiae, de forma que para as partes do processo originário e para o Ministério Público o prazo de 30 minutos é improrrogável.

Nos termos do caput e inciso I do art. 936 do Novo CPC, ressalvadas as preferências legais e regimentais, os recursos, a remessa necessária e os processos de competência originária que serão julgados em primeiro na ordem da pauta são aqueles nos quais houver sustentação oral, observada a ordem dos requerimentos. O § 2º do art. 937 do Novo CPC, além de repetir essa regra, prevê o momento para o procurador requerer a sustentação oral: até o início da sessão.

No § 4.º do disposto ora comentado há permissão para que o advogado, com domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal, realize sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que o requeira até o dia anterior ao da sessão. A norma é saudável porque facilita o acesso de todos ao ato processual da sustentação oral, mas sempre há o perigo de banalização a ponto de inviabilizar praticamente as sessões de julgamento, além de desprestigiar o ato em si.

57.7. MATÉRIAS CONHECÍVEIS DE OFÍCIO

Sendo possível o conhecimento de matéria de ofício pelo tribunal, poderá a parte alegá-la, ainda que originariamente, em sede de sustentação oral. Nesse caso, entretanto, deve se respeitar o princípio do contraditório consagrado nos arts. 9º e 10 do Novo CPC. Como o art. 9º, caput, do Novo CPC proíbe apenas a decisão sem oitiva prévia de decisão contra a parte, caso o tribunal rejeite a alegação realizada originariamente em sustentação oral, poderá

prosseguir normalmente com o julgamento porque nesse caso não haverá prejuízo para a parte não ouvida.

Caso, entretanto, tenda a acolher a alegação, o contraditório será imprescindível nos termos do art. 9º, caput, do Novo CPC. E nesse caso haverá uma complicação prática porque a sustentação oral não é documentada, sendo ato essencialmente oral. Entendo que, diante de tal situação, caberá ao relator abrir prazo para a parte que sustentou oralmente reduzir a termo suas alegações, para daí intimar a parte contrária para que se manifeste sobre a matéria. Não me parece atender plenamente ao contraditório a continuidade do julgamento com o argumento de que a parte poderia estar presente no julgamento. Tratar-se-á do tradicional contraditório de faz de conta. Por outro lado, não cabe intimar a parte contrária para se manifestar sobre alegação meramente oral que não foi documentada, o que obviamente sacrifica o seu direito de reação.

57.8. FORMALIDADES DO ACÓRDÃO

O art. 941, caput, do Novo CPC mantém a regra do art. 556 do CPC/1973 ao prever que, proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. O dispositivo tem novidades em dois de seus parágrafos.

No § 1.º do dispositivo ora analisado consta que o voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído. Sempre tormentosa a questão da preclusão nesse caso, o dispositivo corretamente considerou a sessão de julgamento pela

sua natureza una, sendo impossível existir preclusão judicial durante o ato processual de julgamento colegiado. Já o § 3.º do mesmo dispositivo exige que o voto vencido seja declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento[324].

Ao prever que os votos, os acórdãos e os demais atos processuais podem ser registrados em documento eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, devendo ser impressos para juntada aos autos do processo, quando este não for eletrônico, o art. 943, caput, do Novo CPC apenas melhora a redação da regra prevista no art. 556, parágrafo único do CPC/1973.

Há novidade no art. 944 do Novo CPC ao prever que, não sendo publicado o acórdão no prazo de 30 dias, contado da data da sessão de julgamento, as notas taquigráficas o substituirão, para todos os fins legais, independentemente de revisão. Nesse caso, o presidente do tribunal lavrará, de imediato, as conclusões e a ementa, e mandará publicá-lo.

57.9. JULGAMENTO VIRTUAL

Em alguns tribunais já existe a possibilidade de julgamentos colegiados de recursos por meio eletrônico, como no Tribunal de Justiça de São Paulo (Resolução 549/2011 do Órgão Especial), o mesmo se podendo dizer do julgamento de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. No entanto, essa criação regimental da regra de julgamento por meio eletrônico sofreu forte resistência da doutrina por modificar regra processual, o que demandaria uma mudança no Código de Processo Civil. Provavelmente como isso

em mente o legislador criou regra para regulamentar o julgamento virtual no Novo Código de Processo Civil.

Segundo o art. 945, caput, do Novo CPC, a critério do órgão julgador, os julgamentos dos recursos e dos processos de competência originária que não admitiam sustentação oral poderiam ser realizados por meio eletrônico. A iniciativa do órgão julgador em determinar o julgamento por meio eletrônico era facultativa, sendo resultado de uma análise de oportunidade e conveniência na adoção de tal forma de julgamento.

O dispositivo, entretanto, foi revogado pela Lei 13.256, de 04.02.2016, que alterou o Novo Código de Processo Civil durante sua vacância, de forma que o julgamento virtual, tanto em seu cabimento como em seu procedimento, continuará a ser tema de regimentos internos de tribunais e de suas normas administrativas.

57.10. TÉCNICA DE JULGAMENTO SUBSTITUTIVA DOS EMBARGOS INFRINGENTES

O Novo Código de Processo Civil retira o recurso de embargos infringentes do rol recursal, como se pode notar da mera leitura do art. 994, que prevê o rol das espécies de recursos.

Entretanto, em seu art. 942 cria uma inovadora técnica de julgamento com propósitos muito semelhantes aos do recurso de embargos infringentes, mas com natureza de incidente processual, e não de recurso.

Nos termos do caput do art. 942 do Novo CPC, não sendo unânime o julgamento da apelação, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, a serem convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, sendo assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

Como se pode notar, criou-se uma técnica de julgamento que será implementada de ofício, sem qualquer iniciativa da parte. Nesse ponto, o Novo CPC fez uma aposta, provavelmente sem os necessários dados estatísticos para agir com segurança, ainda que a novidade ora analisada seja mais simples do que os embargos infringentes e, portanto, tenda a ser mais célere o seu julgamento. O recurso, entretanto, depende da vontade da parte, enquanto a nova técnica de julgamento é cogente, sendo aplicável de ofício.

O § 3.º do dispositivo amplia o cabimento da técnica de julgamento para a ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença (nesse caso, deve o seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no Regimento Interno) e para o agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

Como se pode notar das próprias hipóteses de cabimento, a técnica de julgamento prevista no dispositivo ora comentado busca dar ao julgamento uma segurança maior com o aumento do número de julgadores, exatamente como ocorre no CPC/1973 com os embargos infringentes. E seu cabimento em julgamentos por

maioria de votos na apelação, ação rescisória e agravo de instrumento que julga o mérito deixa claro que tal técnica veio para substituir os embargos infringentes.

Há, entretanto, uma séria incongruência quanto ao cabimento da diferenciada técnica de julgamento. Enquanto o § 3.º, I, do dispositivo ora analisado manteve a exigência de que a decisão por maioria de votos na ação rescisória só esteja sujeita à ampliação do colegiado no julgamento de procedência (rescisão da decisão), e o inciso II exija que o julgamento do agravo de instrumento reforme decisão interlocutória que julgar parcialmente o mérito, o caput impõe tão somente o julgamento não unânime da apelação, distanciando-se da previsão mais restritiva presente no art. 530 do CPC/1973.

Nesse caso, há duas possíveis interpretações. O legislador, por ter criado uma técnica de julgamento bem mais simples e informal que a gerada pelos embargos infringentes, teria decidido conscientemente alargar seu cabimento para qualquer julgamento por maioria de votos na apelação[325]. Ou teria sido uma omissão involuntária do legislador, de forma a ser cabível tal técnica de julgamento somente na apelação julgada por maioria de votos que reforma a sentença de mérito[326]. Acredito mais na segunda hipótese, porque, se a pretensão era ampliar o cabimento, não teria sentido continuar a limitá-lo à espécie de resultado na ação rescisória e no agravo de instrumento. Ainda assim, é tema que gerará debates, porque numa interpretação literal qualquer julgamento por maioria de votos na apelação leva à aplicação do art. 942 do Novo CPC, enquanto numa interpretação sistêmica,

somente na hipótese de o julgamento reformar sentença de mérito.

Ainda que presentes os requisitos previstos pelo art. 942, caput e § 3.º, do Novo CPC, não se adotará a técnica de julgamento ora analisada em quatro situações de julgamento (§ 4.º): (i) do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas; (ii) da remessa necessária; e (iii) não unânime proferido, nos tribunais, do plenário ou a corte especial.

No tocante ao não cabimento da técnica de julgamento ora analisada no IRDR faço uma importante ressalva. Conforme devidamente analisado no Capítulo 63, item 63.10, no julgamento desse incidente o tribunal também julgará o recurso, reexame necessário e processo de competência originária do tribunal do qual se originou o incidente processual. Nesse caso entendo que sendo tal recurso uma apelação, agravo de instrumento contra decisão interlocutória de mérito ou ação rescisória, estando presentes os requisitos previstos pelo art. 942 do Novo CPC, ele deve ser aplicado[327].

Apesar de o caput do art. 942 do Novo CPC prever que a continuação do julgamento com a vinda de novos julgadores acontecerá em outra sessão de julgamento, o § 1.º excepciona essa regra, estabelecendo que, sempre que possível, o prosseguimento do julgamento se dê na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado. A agilidade buscada por tal previsão legal não deve ser saudada, porque, a partir do momento em que o caput do dispositivo garante aos advogados das partes o direito à sustentação oral, a continuação

do julgamento deveria ser realizada em outra sessão, salvo na hipótese de os advogados de ambas as partes estarem presentes.

Infelizmente, e nesse caso não sei se era esse o objetivo do legislador (e, se foi, lamento duplamente), a interpretação mais provável desse § 1.º é de que nesse caso de continuação imediata de julgamento não há direito de sustentação oral, considerando-se que, ou ela já ocorreu antes do início do julgamento, aproveitando todos os componentes do órgão colegiado, ou o advogado da parte renunciou a seu direito ao deixar de fazer a sustentação oral nesse momento. Lamento se for mesmo essa a interpretação a se consolidar, porque para mim é bastante claro que o interesse de sustentar oralmente pode surgir justamente diante de um inesperado julgamento por maioria de votos. E nesse caso o advogado não só não terá sustentado, como também provavelmente não terá comparecido à sessão de julgamento.

No CPC/1973, o efeito devolutivo dos embargos infringentes permite que todos os julgadores que compõem o órgão colegiado votem livremente quando decidirem o recurso, mesmo que em sentido contrário ao voto proferido no julgamento por maioria dos votos. Como não há mais recurso, não tem sentido falar em efeito devolutivo, mas a mudança de opinião de magistrado que tiver participado do julgamento não unânime é garantida pelo § 2.º do art. 942 do Novo CPC. Segundo o dispositivo legal, os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento final.

Há duas grandes inovações na substituição dos embargos infringentes pela diferenciada técnica de julgamento criada pelo art.

942 do Novo CPC. Primeiro, não haverá mais razões e contrarrazões após o julgamento por maioria de votos, devendo os julgadores se valerem das razões e contrarrazões do recurso de apelação ou agravo de instrumento e dos fundamentos do autor (petição inicial) e do réu na ação rescisória (contestação). Segundo, serão revogadas as previsões regimentais que renovam totalmente o órgão julgador dos embargos infringentes, de forma que os julgadores que estiverem envolvidos no julgamento não unânime terão participação obrigatória no julgamento que amplia o número de julgadores.

57.11. SANEAMENTO DE VÍCIO

Em nítida opção pela duração razoável do processo o art. 938, § 1º, do Novo CPC permite que o relator, constatando a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, determine a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes. O objetivo de tal regra fica claro no § 2º do artigo ora comentado, que prevê, após o cumprimento da diligência, o prosseguimento, sempre que possível, do julgamento do recurso.

A norma legal preocupa-se com o longo tempo de duração do processo, permitindo a realização ou renovação do ato, desde que respeitado o contraditório, o que evita a simples declaração de nulidade com a remessa dos autos ao primeiro grau. O objetivo é sanear o vício e continuar o julgamento do recurso, em respeito ao princípio da duração razoável do processo e da economia processual.

O dispositivo legal tem duas exigências: nulidade sanável e o respeito ao contraditório. Como já se abandonou o entendimento de que as nulidades relativas são sanáveis e as absolutas não, o dispositivo legal pode ser aplicado tanto num caso quanto noutro, arriscando-me a dizer, inclusive, que a norma tem maior aplicação nas hipóteses de nulidade absoluta, que não são afetadas pela preclusão. A parte deve arguir a nulidade relativa no primeiro momento em que falar nos autos para evitar a sua convalidação, de forma que o art. 938, § 1º, do Novo CPC somente poderá ser aplicado às nulidades relativas caso a parte interessada ainda não tenha se manifestado nos autos[328], como ocorre na hipótese de falta de intimação para contrarrazoar a apelação. Também nos casos de inexistência jurídica parece ser possível a convalidação do vício por meio da repetição do ato reputado juridicamente inexistente ou da prática do ato faticamente inexistente[329].

A ânsia por um processo mais célere não pode ser motivo do afastamento de princípios básicos e fundamentais do processo civil. Essa afirmação é importante porque a aplicação do dispositivo legal ora comentado não pode levar à prática de atos pelos tribunais que caberiam ao juízo de primeiro grau e que são de extrema relevância para a formação de seu convencimento e, consequentemente, servem como substrato da fundamentação de sua sentença. O saneamento dos vícios, sempre que verificados antes da prolação da sentença, só poderá ocorrer nos casos em que tal atividade não seja determinante para a formação do convencimento, limitando-se às questões secundárias, meramente formais[330]. O eventual atropelo de atos que necessariamente devam ser praticados pelo juízo de

primeiro grau significa uma ofensa ao princípio do duplo grau e até mesmo ao contraditório, que deve ser preservado segundo a própria disposição legal[331].

Também é essencial a verificação, no caso concreto, de prejuízo às partes e ao próprio processo, admitindo-se a regularização de vício sempre que inexistir prejuízo no caso concreto. É o que já ocorria mesmo antes da existência do art. 938, § 1º, do Novo CPC, na hipótese de o Ministério Público – em processo no qual deveria atuar como fiscal da lei – ingressar na demanda em fase de apelação e ratificar todos os atos já praticados, prosseguindo-se no julgamento do recurso[332]. O mesmo ocorrerá quando se notar em grau recursal a ausência de um litisconsorte necessário, sendo admissível a sua intimação nesse momento processual e, uma vez ratificados por ele os atos já praticados, a apelação prosseguirá com o seu regular andamento. É natural que tanto num caso como noutro, se o Ministério Público ou o litisconsorte necessário não concordarem com os atos já praticados, a decretação da nulidade do procedimento pelo tribunal seja inevitável.

Tratando-se de vício verificado após a prolação da sentença, a aplicação do dispositivo legal ora comentado parece mais fácil, porque nesse caso não há mais preocupação com a substituição indevida pelo tribunal de atividades essenciais ao juízo de primeiro grau. Sintomático que autorizada doutrina, ao dar exemplos para aplicação do dispositivo legal, se limite a indicar vícios posteriores à prolação da sentença, tais como a ausência de intimação da sentença ou do recurso a um dos litisconsortes, ausência de abertura

de prazo para complementar preparo insuficiente, ausência de intimação para manifestação sobre documento novo juntado nas razões ou contrarrazões da apelação[333].

Em razão da previsão expressa do art. 938, § 4º, do Novo CPC, tanto o relator quanto o órgão colegiado poderão determinar o saneamento do vício sanável, considerando-se que ambos fazem juízo de admissibilidade recursal[334].

58. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Sumário: 58.1. Cabimento – 58.2. Procedimento.

58.1. CABIMENTO

O art. 947 do Novo CPC cria mais um incidente processual: o de assunção de competência. Trata-se, na realidade, de significativo aprimoramento da regra consagrada no art. 555, § 1º, do CPC/1973, em especial com a supressão da cisão de julgamento entre dois órgãos diferentes. No revogado incidente de uniformização de jurisprudência, o órgão pleno fixava a tese e o órgão fracionário julgava o recurso, reexame ou processo de competência originária aplicando-a. No incidente de assunção de competência o próprio recurso, reexame necessário ou processo de competência originária é encaminhado para o órgão pleno, que terá dupla missão: julgá-los e fixar a tese. Por outro lado, em razão do previsto no § 3º do art. 947 do Novo CPC resta indiscutível a eficácia vinculante do julgamento do incidente, tema que gerava grande polêmica doutrinária quanto ao julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência previsto no revogado art. 555 do CPC/1973.

Segundo o caput do dispositivo, é admissível o incidente de assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária

envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

Sendo necessário o trâmite de um recurso, remessa necessária ou processo de competência originária para que o incidente seja instaurado, parece não haver dúvida de que somente os tribunais terão competência para decidi-lo. Quanto ao incidente instaurado no reexame necessário, tal instauração se dará sempre num tribunal de segundo grau, enquanto que no julgamento de recurso – ainda que com dificuldade prática considerável – e nas ações de competência originária, além de instauração em segundo grau (o que deverá ser o mais comum), também é possível a instauração no Superior Tribunal de Justiça para o Supremo Tribunal Federal.

Como se pode notar do dispositivo legal, há um requisito positivo e um negativo para o cabimento do incidente ora analisado. Para que seja cabível é imprescindível que exista uma relevante questão de direito com grande repercussão social, mas essa questão não pode estar replicada em diversos processos. Há vários conceitos indeterminados para serem preenchidos no caso concreto, como o que é relevante, quais questões têm grande repercussão social e quantos são os processos para serem considerados diversos.

De qualquer forma, parece acertada a conclusão do Enunciado 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Por força da expressão ‘sem repetição em múltiplos processos’, não cabe o incidente de assunção de competência quando couber julgamento de casos repetitivos”, ou seja, deve existir, ao menos em tese, a possibilidade de existirem decisões diferentes sobre uma

mesma relevante questão jurídica com grande repercussão social[335].

E o § 4.º do artigo ora comentado especifica mais uma hipótese de cabimento do incidente ao prever a assunção de competência quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

A par disso, o objetivo do legislador parece claro: criar um incidente em processos únicos ou raros de alta relevância social, até porque, se houver a multiplicidade de processos com a mesma matéria jurídica, existirão outros instrumentos processuais para se atingir o objetivo do incidente de assunção de competência.

E o objetivo é deixado claro no § 3.º do dispositivo ora comentado ao prever que o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese, reforçando a eficácia vinculante do julgamento já consagrada no inciso III do art. 927 do Novo CPC. Justamente em razão dessa eficácia vinculante o julgamento do incidente ora analisado deve seguir as regras consagradas no art. 983, caput e § 1º, do Novo CPC, abrindo-se a possibilidade de intervenção do amicus curiae e da realização de audiência pública. A revisão da tese só poderá ser realizada pelo próprio órgão que a fixou, sob pena de esvaziamento da eficácia vinculante[336].

58.2. PROCEDIMENTO

Nos termos do art. 947, § 1.º, do Novo CPC, ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício

ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária seja julgado pelo órgão colegiado indicado pelo regimento interno do tribunal.

Tratando-se de incidente que visa à consolidação da jurisprudência interna dos tribunais, aplica-se o art. 978 do Novo CPC, previsão destinada ao julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, mas plenamente cabível no incidente de assunção de competência. Dessa forma, o julgamento caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização da jurisprudência do tribunal.

Antes de o órgão colegiado decidir o mérito do incidente, caberá uma análise a respeito de seu cabimento, nos termos do art. 947, § 2.º, do Novo CPC. Segundo o dispositivo legal, o órgão colegiado só julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária, se reconhecer interesse público na assunção de competência.

O dispositivo não deixa de ser peculiar porque nos termos do caput do artigo ora analisado o requisito positivo para o julgamento do incidente ora analisado é a repercussão geral, enquanto pelo § 2.º do mesmo dispositivo o incidente só será admitido, e assim julgado em seu mérito, se houver interesse público. Afinal, é preciso ter repercussão social ou interesse público para ser cabível o incidente de assunção de competência? O mais provável é que as expressões sejam consideradas como sinônimas – ainda que não o sejam –, sendo admissível o incidente sempre que interessar a quantidade razoável de sujeitos.

Ainda que não seja expresso nesse sentido, tratando-se de incidente processual, a exemplo do que ocorre com outros incidentes já presentes no CPC/1973, como o de uniformização de jurisprudência e de inconstitucionalidade, o incidente de assunção de competência deve ser suscitado antes do julgamento do recurso, reexame necessário ou ação de competência originária pelo órgão originariamente competente.

O entendimento é corroborado com o duplo julgamento que o incidente ora analisado proporcionará, já que, no momento de seu julgamento, com a fixação da tese jurídica, caberá ao órgão colegiado também decidir o recurso, o reexame necessário ou o processo de competência originária, a depender do caso concreto.

Em razão da eficácia vinculante do julgamento do incidente ora analisado devem ser seguidas as regras consagradas no art. 983, caput e § 1º, do Novo CPC, abrindo-se a possibilidade de intervenção do amicus curiae[337] e da realização de audiência pública[338].

Sendo suscitado o incidente ora analisado, é possível que o recorrente – e até mesmo o autor da ação de competência originária, desde que com isso concorde o réu – desista de seu recurso. Essa desistência, que terá efeito imediato, nos termos do art. 200, caput, do Novo CPC, tornará prejudicado o incidente instaurado. Entendo não ser possível que mesmo diante da desistência do recurso seja dado andamento ao incidente porque essa forma de julgamento foi disciplinada de forma exauriente pelo art. 998, parágrafo único, do Novo CPC.

59. DO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Sumário: 59.1. Controle de constitucionalidade – 59.2. Legitimidade ativa e momento de suscitação – 59.3. Instauração do incidente – 59.4. Rejeição e acolhimento do incidente pelo órgão fracionário – 59.5. Não cabimento do incidente – 59.6. Procedimento perante o plenário ou órgão especial – 59.7. julgamento.

59.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No direito brasileiro há duas formas de controle de constitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público: (a) controle concentrado, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "a", CF), realizado por meio do processo objetivo (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental); (b) controle difuso, de competência de qualquer juízo e realizado de forma incidental em qualquer processo no qual a inconstitucionalidade se mostre como prejudicial ao julgamento do mérito.

Em processos de competência do juízo de primeiro grau não há qualquer especialidade procedimental para a declaração

incidental de inconstitucionalidade, resolvendo-se em sentença como questão prejudicial. Essa decisão tem efeito apenas endoprocessual, e mesmo sendo solução de questão prejudicial não produz coisa julgada material em razão do previsto no art. 503, § 1º, III, do Novo CPC.

O reconhecimento incidental de inconstitucionalidade nos tribunais – grau recursal ou ações de competência originária –, além de respeitar a reserva de plenário (art. 97 da CF), deve seguir o procedimento previsto nos arts. 948 a 950 do Novo CPC.

59.2. LEGITIMIDADE ATIVA E MOMENTO DE SUSCITAÇÃO

Como não existe previsão a respeito da legitimidade ativa para a suscitação do incidente de arguição de inconstitucionalidade, entende-se pela legitimidade ampla. Não poderia ser de outra forma, já que o incidente pode ser instaurado de ofício, e se pode ser instaurado de ofício pode a instauração decorrer de provocação de qualquer sujeito processual. São, portanto, legitimadas as partes e terceiros intervenientes do processo, o Ministério Público nos processos em que participa como fiscal da ordem jurídica, a Defensoria Pública nos processos dos quais participe e os juízes que integram o colegiado.

Costuma-se afirmar que não existe preclusão temporal para a suscitação do incidente de inconstitucionalidade[339], podendo as partes até mesmo em sustentação oral antes do julgamento suscitarem o incidente, bem como os juízes integrantes do órgão

colegiado na própria sessão de julgamento. A única exigência é que o incidente seja suscitado antes do julgamento do recurso, reexame necessário ou do processo de competência originária[340].

59.3. INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE

Segundo o art. 948 do Novo CPC, suscitado o incidente de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, caberá ao relator, após a oitiva do Ministério Público, submeter a questão à turma ou câmara competente para o julgamento do processo. Naturalmente que sendo o próprio Ministério Público o suscitante não haverá sua oitiva. Em respeito ao princípio do contraditório também as partes que não tiverem suscitado o conflito devem ser ouvidas antes da decisão do relator.

Não existe previsão de prazo para a manifestação do Ministério Público e das partes que não suscitaram o incidente de inconstitucionalidade, cabendo ao relator fixá-lo no caso concreto, sendo que diante de sua omissão se aplica o prazo geral de cinco dias previsto pelo art. 218, § 3º, do Novo CPC.

A regra, entretanto, tem temperamentos porque, ainda que excepcionalmente, entendo que o relator pode monocraticamente rejeitar a instauração do incidente, ainda mais quando o próprio art. 949, parágrafo único, do Novo CPC prevê hipóteses de não cabimento do incidente ora analisado. Pergunto: teria sentido encaminhar para o órgão colegiado suscitação do incidente de inconstitucionalidade quando a matéria já tivesse sido objeto de decisão em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal? Entendo que nesse caso conspira contra o princípio da economia

processual e da duração razoável do processo a inadmissão do julgamento monocrático.

Ressalvo apenas que o poder de o relator decidir monocraticamente não é tão largo como aquele previsto para o julgamento de recursos (art. 932, III a V, do Novo CPC), só podendo assim decidir quando manifestamente incabível o incidente, nos termos do parágrafo único do art. 949 do Novo CPC. De qualquer forma, proferida a decisão unipessoal pelo relator, será cabível o recurso de agravo interno para o órgão colegiado (art. 1.021 do Novo CPC).

Não sendo hipótese de julgamento monocrático pelo relator, o que é a regra, o Ministério Público será ouvido, nos termos do art. 948 do Novo CPC. O dispositivo legal não prevê um prazo para tal manifestação, devendo-se aplicar o prazo geral de cinco dias (art. 218, § 3º, do Novo CPC).

Após as devidas intimações previstas pelo art. 948 do Novo CPC, o órgão fracionário colegiado deverá se manifestar a respeito da admissibilidade do incidente processual criado. Na análise do incidente pelo órgão fracionário tem-se exclusivamente uma análise a respeito da admissibilidade do incidente, cabendo ao órgão analisar temas que digam respeito essencialmente ao seu cabimento, tal como a impugnação de ato que não provém do Poder Público e do qual não seja dependente a decisão do recurso, do processo de competência originária ou do reexame necessário.

O órgão fracionário não pode decidir o mérito do incidente porque assim o fazendo estará violando o art. 97 da CF (reserva de

plenário), nos termos do Enunciado da Súmula Vinculante nº 10/STF: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

59.4. REJEIÇÃO E ACOLHIMENTO DO INCIDENTE PELO ÓRGÃO FRACIONÁRIO

A previsão de rejeição do incidente contida no art. 949 do Novo CPC diz respeito tanto à decisão pela inadmissibilidade (não cabimento) quanto à decisão de improcedência (declaração de constitucionalidade). Não se estranhe a afirmação de que o órgão colegiado fracionário pode julgar o mérito do incidente, desde que declare a constitucionalidade da norma, já que para tal decisão possui competência. O que não se admite, nos termos do art. 97 da CF, é a declaração de inconstitucionalidade por tal órgão judiciário.

Nessas duas situações se dá prosseguimento ao julgamento do recurso, do processo de competência originária do tribunal e do reexame necessário.

Entendo que essa decisão colegiada do órgão fracionário não é recorrível por recurso especial ou extraordinário porque nesse caso não há julgamento de qualquer causa, condição para o cabimento dos recursos excepcionais. Para não dizer que a decisão é irrecorrível, é cabível o recurso de embargos de declaração.

Sendo acolhida a arguição, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver. Diferente do que previa o art. 481, caput, do CPC/1973, o art. 949, II, do Novo CPC não exige a lavratura de um acórdão, mas tal supressão se justifica apenas pela inutilidade da previsão legal. Afinal, havendo uma decisão colegiada do órgão fracionário será imprescindível que se elabore um acórdão, cujo único recurso cabível é os embargos de declaração[341].

Registre-se que essa decisão é somente do incidente processual de arguição de inconstitucionalidade, restando o recurso, processo ou reexame necessário sobrestado até seu julgamento definitivo. O sobrestamento é natural em razão da natureza prejudicial da questão da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo do poder público.

Registre-se que a decisão do órgão fracionário – basta maioria simples –, que julga procedente a arguição, declara a norma inconstitucional, mas não decide essa questão dada sua notória incompetência absoluta para tanto. Os juízes que participam do julgamento do incidente no órgão fracionário não estão vinculados à suas decisões no momento de julgarem o incidente no tribunal pleno ou órgão especial, não havendo nesse caso preclusão a atingir o entendimento desses magistrados.

59.5. NÃO CABIMENTO DO INCIDENTE

Nos termos do art. 949, parágrafo único, do Novo CPC não será cabível o incidente de arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento do plenário ou órgão especial do

próprio tribunal ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

A regra do art. 949, parágrafo único, do Novo CPC (que repete o art. 481, parágrafo único do CPC/1973), na vigência do diploma processual revogado, não agradava plenamente parcela doutrinária que a entendia correta somente quando a dispensa dizia respeito à decisão anterior do próprio tribunal ou em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal (nesse caso entendo que a eficácia positiva da coisa julgada explica a dispensa da instauração do incidente processual ora analisado).

Para essa parcela doutrinária, tendo sido a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal realizada de forma incidental, a eficácia dessa declaração é inter partes, de forma que ninguém estará vinculado a essa decisão, nem mesmo o tribunal de segundo grau ou o Superior Tribunal de Justiça[342]. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, aplica a regra em sua literalidade, admitindo a dispensa do incidente processual quando por meio de seu plenário já tenha declarado, mesmo incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma[343].

Correto entendimento doutrinário aponta para a inaplicabilidade do art. 97 da CF e por consequência do procedimento ora analisado no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis[344]. Considera-se que o órgão fracionário responsável pelo julgamento do recurso inominado não pertence a qualquer tribunal, mas sim ao Colégio Recursal, órgão de revisão das decisões criado pela Lei 9.099/95 que é composto por juízes de primeiro grau de

jurisdição.

59.6. PROCEDIMENTO PERANTE O PLENÁRIO OU ÓRGÃO ESPECIAL

Sendo admitido o incidente pelo órgão fracionário e remetido ao plenário ou órgão especial, o art. 950, caput, do Novo CPC prevê que todos os juízes receberão cópia do acórdão, cabendo ao presidente do tribunal designar a sessão de julgamento. As omissões legais devem ser suprimidas pela aplicação por analogia do procedimento de uniformização de jurisprudência e pelo Regimento Interno do Tribunal.

Segundo o art. 950, § 1º, do Novo CPC, o Ministério Público poderá se manifestar no incidente, desde que respeitados os prazos e condições fixados pelo regimento interno do tribunal. É uma previsão curiosa, porque o Ministério Público obrigatoriamente já terá se manifestado no incidente, ainda que perante o órgão fracionário: ou porque suscitou o incidente ou porque se cumpriu o art. 948 do Novo CPC. Por essa razão, parece desnecessária a previsão legal, e o Ministério Público só se manifestará caso pretenda complementar alegação anterior. O mesmo dispositivo legal franqueia às pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado se manifestarem no incidente, o que apesar de não ser obrigatório, exige uma intimação dessa pessoa jurídica para dar-lhe ciência da existência do incidente (princípio do contraditório).

Todos os legitimados ativos à propositura das ações de

controle concentrado de constitucionalidade (art. 103 da CF) poderão manifestar-se por escrito, apresentando memoriais e juntando documentos (art. 950, § 2º, do Novo CPC). Apesar da expressa previsão legal no tocante à forma escrita da manifestação, entendo também ser admissível a sustentação oral na sessão de julgamento, não havendo qualquer sentido lógico e/ou jurídico que afaste esse direito. Nesse caso parece ser dispensável a intimação dos legitimados, até pela sua impossibilidade material.

No art. 950, § 3º, do Novo CPC há previsão que permite o ingresso do amicus curiae no incidente processual. O dispositivo ora analisado incorre no equívoco de qualificar o pronunciamento do relator que tem como objeto a admissibilidade do amicus curiae como despacho, quando evidentemente se trata de uma decisão interlocutória, ainda que por opção legislativa irrecorrível. Diferente dos sujeitos previstos nos dois incisos anteriores, que têm a faculdade de participar do processo (“querendo”) ao amicus curiae não basta querer, cabendo ao relator a análise da adequação de sua intervenção.

59.7. JULGAMENTO

A declaração de inconstitucionalidade depende da manifestação nesse sentido da maioria absoluta dos juízes que compõem o tribunal pleno ou o órgão especial, e, possuindo o incidente natureza dúplice, o julgamento do mérito do incidente declarará ser a norma inconstitucional (procedência) ou inconstitucional (improcedência). Qualquer que seja o resultado de mérito do incidente o órgão fracionário estará vinculado a ele,

considerando-se que o julgamento que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade passa a fazer parte do julgamento do recurso, causa ou reexame necessário. Por essa razão o acórdão que julga o incidente, salvo na hipótese de embargos à execução, é irrecorrível: o julgamento só se completará com a decisão do recurso, causa ou reexame necessário pelo órgão fracionário, que retomará seu regular prosseguimento imediatamente após o julgamento do incidente processual[345].

O julgamento do recurso, ação ou reexame necessário no qual a questão da inconstitucionalidade foi submetida ao tribunal pleno ou órgão especial é objetivamente complexo, sendo composto por duas decisões: (a) a decisão da questão prejudicial (julgamento do incidente de inconstitucionalidade) e (b) a decisão do pedido do autor ou recorrente (julgamento do recurso, ação ou reexame necessário). Por essa razão é pacificado o entendimento nos tribunais superiores de que sendo interposto recurso especial e/ou extraordinário nessa situação, exige-se do recorrente a instrução do recurso com cópia de ambas as decisões mencionadas, única forma de instruir o recurso com a íntegra do julgamento.

Justamente por se tratar de julgamento objetivamente complexo, afirma-se com acerto na melhor doutrina a natureza de competência absoluta do órgão plenário para a declaração incidental de incompetência, de forma que o órgão fracionário, salvo as exceções legais já analisadas, é absolutamente incompetente para tal declaração. Trata-se de competência funcional do órgão pleno do tribunal[346].

60. CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Sumário: 60.1. Conceito – 60.2. Legitimidade – 60.3. Competência para o julgamento do conflito – 60.4. Procedimento.

60.1. CONCEITO

Segundo o art. 66 do Novo CPC, haverá conflito de competência em três hipóteses:

(I) quando dois ou mais juízes se declararem competentes;

(II) quando dois ou mais juízes se declararem incompetentes;

(III) quando entre dois ou mais juízes surgir controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

Uma análise mais cuidadosa do dispositivo legal, entretanto, demonstrará que o art. 66, III, do Novo CPC é tão somente uma especificação dos outros dois incisos antecedentes, existindo apenas duas espécies de conflito de competência:

(a) *positivo* (quando dois ou mais juízes se declaram competentes para o julgamento); e

(b) *negativo* (quando todos ou mais juízes se declaram incompetentes).

A questão de reunião ou separação de processos sempre levará a um conflito de uma dessas espécies:

(a) pretendendo a reunião, um juiz avoca processo que tramita perante outro juízo e ocorre a negativa dessa remessa (positivo);

(b) pretendendo a reunião dos processos perante outro juízo, determina a remessa do processo e o outro juiz o recusa (negativo);

(c) ambos os juízes pretendem conduzir todos os processos (positivo);

(d) ambos os juízes pretendem que a reunião dos processos se dê perante o outro juízo (negativo).

O conflito somente passará a existir a partir do momento em que dois ou mais juízes tenham proferido nos autos determinações divergentes, criando um verdadeiro conflito entre eles[347], sendo nesse sentido a expressa previsão do art. 66, II do Novo CPC, ao exigir que os juízes atribuam um ao outro a competência. A necessidade dessas decisões conflitantes impede a suscitação de conflito de competência quando a exceção de incompetência é acolhida e o juízo que recebe o processo entende ser relativamente incompetente para a demanda. Não poderá existir uma nova exceção (preclusão consumativa) e sendo a incompetência relativa, não poderá o juiz declará-la de ofício[348]. Dessa forma, ainda que se entenda incompetente, o processo seguirá normalmente perante o juízo que recebeu o processo[349]. É evidente que não se pode falar em conflito de competência em hipóteses nas quais a divergência se verifica entre dois órgãos que mantenham uma relação de superioridade/inferioridade hierárquica. Nesses casos, o órgão que seja superior hierarquicamente julgará o processo.

Amaia ingressou com ação de rescisão contratual contra Fernando e Bacen perante a Justiça do Trabalho. O juízo trabalhista reconheceu de ofício a incompetência absoluta da Justiça Laboral e determinou o encaminhamento do processo à Justiça Estadual. O

juízo estadual, em razão da presença do Bacen no polo passivo, reconheceu de ofício sua incompetência em razão da pessoa e determinou a remessa do processo à Justiça Federal. Embora tenha havido duas decisões de incompetência proferidas por juízos incompetentes não cabe o incidente de conflito de competência porque não houve a indispensável imputação recíproca da competência, exigência expressa do art. 66, II, do Novo CPC.

Registre-se entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de se admitir conflito de competência por interpretação extensiva do art. 115, III, do CPC/1973 (art. 66, III, do Novo CPC), mesmo quando não houver a divergência entre juízos diversos quanto à reunião ou separação de feitos quando eles tramitaram em órgãos de diferentes competências absolutas[350].

Quanto à sua natureza jurídica, trata-se de incidente processual, não se podendo atribuir ao conflito de competência natureza recursal, tampouco de ação declaratória incidental. Seria de fato complicado explicar a legitimidade do juiz para propor o conflito de competência se este tivesse natureza de ação, o que não ocorre tratando-se de mero incidente processual, existente para solucionar a questão da competência e permitir que a demanda – ou demandas – siga seu trâmite regular[351].

60.2. LEGITIMIDADE

A legitimidade para suscitar o conflito de competência é ampla. Segundo o art. 951, caput, do Novo CPC, podem suscitar o conflito as partes (autor, réu, terceiros intervenientes), o Ministério

Público como fiscal da ordem jurídica (indicação expressa desnecessária, considerando-se que o Ministério Público atua como parte do processo, ainda que não seja parte na demanda) e o juiz de ofício. Apesar da omissão legal, também o defensor público tem legitimidade para suscitar o conflito sempre que participar de algum dos processos envolvidos no conflito.

Nos termos do parágrafo único do art. 951 do Novo CPC, o Ministério Público não terá mais intervenção obrigatória no julgamento do conflito de competência. Se for o suscitante, naturalmente participará, mas só intervirá como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses em que a lei indica sua participação com essa qualidade jurídica.

O art. 952, caput, do Novo CPC indica que a parte não poderá suscitar o conflito de competência se já tiver se utilizado da exceção declinatória de foro. No mesmo dispositivo legal há previsão de que o conflito de competência não obsta que a parte que não o suscitou ofereça exceção de incompetência (art. 952, parágrafo único, do Novo CPC). A primeira disposição do artigo legal ora comentado, apesar de reconhecidamente buscar evitar a chicana processual, sofre algumas críticas da doutrina, que vê possibilidade de o réu suscitar o conflito mesmo após ter excepcionado o juízo, não podendo apenas fazê-lo concomitantemente[352].

Parcela da doutrina entende que não teria interesse em suscitar o conflito de competência a parte que já teve a oportunidade de manifestar-se sobre tal matéria, tendo optado pela oposição de exceção declinatória de foro. Em tal visão, estar-se-ia diante de uma

preclusão consumativa para o réu[353]. Entendo ser o entendimento equivocado, e se alguma preclusão houvesse (o que não parece ocorrer) nesse caso seria a lógica, jamais a consumativa, visto que na preclusão consumativa o próprio ato é praticado e não pode ser praticado novamente, o que evidentemente não acontece nesse caso, em que o ato de suscitar o conflito de competência e o de opor a exceção declinatória são naturalmente atos diferentes.

Registre-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o anterior oferecimento de exceção de incompetência não obsta o conhecimento de conflito de competência quando o objeto deste for absolutamente distinto do objeto daquela[354].

60.3. COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DO CONFLITO

O Supremo Tribunal Federal terá competência sempre que estiver envolvido no conflito um Tribunal Superior (art. 102, I, o, da CF). É até mesmo possível que o conflito envolva um juiz de primeiro grau, na hipótese de estabelecer entre ele e o Tribunal Superior ao qual não é vinculado, considerando-se que, se houver tal vinculação, não haverá propriamente um conflito de competência, prevalecendo o entendimento do órgão hierarquicamente superior. Há, entretanto, uma incongruência no dispositivo legal, considerando que, no conflito entre o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, não haverá propriamente um conflito de interesse, em razão da posição hierarquicamente superior do primeiro em relação

aos segundos.

O art. 105, I, d, da CF fixa a competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento de conflitos de competência. O dispositivo legal teve o cuidado de apontar para a necessidade de desvinculação funcional entre o juízo de primeiro grau e o tribunal de segundo grau envolvidos no conflito, sempre em respeito à ideia de que, havendo a subordinação hierárquica, não haverá efetivamente o incidente gerado pelo conflito de competência. No tocante ao conflito entre juízo de primeiro grau e Tribunal ao qual não pertença, vale a lembrança da Súmula 180 do STJ, que atribui a competência ao Tribunal Regional do Trabalho para decidir conflito entre juiz trabalhista e juiz estadual.

Havendo conflito entre juízos de primeiro grau vinculados à mesma Justiça (e sempre que se fala em tal vinculação se entende que estejam ambos os juízos vinculados a um Tribunal competente para rever suas decisões), será o Tribunal de tal Justiça o competente para o julgamento do conflito. Cumpre ressaltar que, após polêmica envolvendo o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, o primeiro, após a definição do segundo, consagrou o entendimento de que a competência para julgar conflito entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária é do Tribunal Regional Federal[355]. Partindo da mesma premissa, o mesmo tribunal já decidiu ser de competência do Tribunal de Justiça o julgamento do conflito de competência entre juizado especial estadual e juízo estadual do mesmo Estado[356].

Uma observação final se faz necessária em razão do estabelecido pela Súmula 3 do STJ, que atribui ao Tribunal Regional Federal a competência para julgamento de conflito envolvendo juízo federal e juízo estadual que esteja atuando com competência delegada (art. 109, § 3.º, da CF). A solução de fato se impõe em virtude de a competência exercida nesse caso pelo juízo estadual continuar sendo da Justiça Federal, sendo tão somente delegada ao juízo estadual por motivos de comodidade ao jurisdicionado. Ademais, embora se trate de mero incidente processual, se processará no Tribunal, o que legitima ainda mais a competência do Tribunal Regional Federal nesse caso, que será o órgão jurisdicional competente para todos os recursos proferidos nesse processo (art. 109, § 4.º, da CF).

60.4. PROCEDIMENTO

O conflito de competência será suscitado pelo juiz por meio de ofício ou pelas partes por meio de petição, ambos dirigidos ao presidente do tribunal competente, devendo tanto o ofício quanto a petição estar acompanhados dos documentos necessários à prova do conflito. Tais documentos não podem ser determinados a priori, e quanto a isso o legislador andou bem em indicar uma instrução genérica no art. 953, parágrafo único, do Novo CPC. A instrução insuficiente é vício sanável[357].

Após a distribuição, de responsabilidade do presidente, o relator deverá primeiramente sobrestar o feito, indicando qual o juízo deverá praticar atos urgentes enquanto o incidente não for decidido. Evidentemente que no caso de conflito negativo o

sobrestamento será uma consequência natural, mas ainda assim o relator deverá indicar o juízo temporariamente competente para conhecer de matérias urgentes. Registre-se ainda que nem a suscitação do conflito de competência tampouco a indicação de um juízo para a solução das medidas urgentes impedirão que os atos já praticados deixem de gerar seus efeitos, o que somente poderá ser obtido por meio do recurso cabível contra tal decisão[358].

Segundo previsão do art. 955, parágrafo único, do Novo CPC, o relator poderá decidir liminarmente e de forma monocrática o conflito de competência com fundamento em súmula do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do próprio tribunal (inciso I), além de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (inciso II). O recurso cabível contra essa decisão monocrática é o agravo interno, a ser proposto no prazo de 15 dias, nos termos do art. 1.021, caput, do Novo CPC, tendo o órgão colegiado como competente para seu julgamento.

Sendo caso ou não de decisão monocrática (art. 955, parágrafo único, do Novo CPC), o relator ouvirá os juízes em conflito, ou apenas o suscitado, caso o conflito tenha sido suscitado por um dos juízes envolvidos. Caberá ao relator a determinação do prazo, tratando-se, portanto, de prazo judicial. Na omissão do relator aplica-se o prazo geral de cinco dias. O juiz (ou juízes) se manifestará por meio de informações, que, se não forem prestadas, não influirá no julgamento do incidente, gerando no máximo e tão somente alguma punição disciplinar ao juiz. Com ou sem as informações dos juízes envolvidos no conflito, o relator deverá

ouvir o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica no prazo de 5 dias sempre que sua presença no incidente se faça necessária.

Nos termos do art. 956 do Novo CPC, o prazo para manifestação do Ministério Público é de cinco dias, e, mesmo sem a manifestação do Parquet, o procedimento deve seguir seu andamento.

A opção do legislador em prever expressamente o andamento procedimental diante da inércia do Ministério Público em se manifestar no prazo legal como fiscal da ordem jurídica no conflito de competência segue o exemplo já adotado para o mandado segurança, nos termos do art. 12, parágrafo único, da Lei 12.016/2009. Entendo que o prazo de cinco dias não é prazo próprio, daqueles que geram a preclusão temporal, parecendo não ser legítimo se desprezar a manifestação do Ministério Público, ainda que oferecida fora do prazo legal, desde que ainda haja tempo para essa análise.

Após o decurso do prazo para a manifestação do representante do parquet, sendo o julgamento monocrático caberá ao relator prolatá-lo, caso contrário, apresentará o conflito em sessão de julgamento.

Lamenta-se que o legislador tenha mantido injustificável omissão, já constante do diploma processual revogado, ao não prever no procedimento do conflito de competência a intimação e possibilidade de manifestação das partes (salvo a parte que suscitou o incidente). Como elas serão afetadas pela decisão do tribunal, em respeito ao princípio do contraditório consagrado no art. 9º, caput,

do Novo CPC, a intimação deve ocorrer, apesar da omissão legal[359].

No julgamento do conflito, o tribunal declarará qual o juízo competente, podendo, inclusive, ser diferente daqueles envolvidos no conflito. Além de declarar o juízo competente, decidirá a respeito da validade dos atos praticados pelo juiz incompetente, sempre levando em conta o princípio da instrumentalidade das formas. O art. 957, caput, do Novo CPC está em contradição com o art. 64, § 4º, do Novo CPC, que prevê que os atos praticados por juízo incompetente são válidos, podendo o juízo competente proferir decisão em sentido contrário àquelas proferidas pelo juízo incompetente.

Parece que o legislador não se atentou com a nova realidade por ele mesmo criada em relação ao vício dos atos praticados pelo juízo incompetente. Não teria sentido, portanto, a incompetência reconhecida pelo próprio juízo (ou mesmo em grau recursal) não tornar os atos já praticados nulos, mas aquela reconhecida em julgamento de conflito de competência gerar tal anulação. Por isso entendo que não cabe mais ao tribunal anular qualquer ato praticado pelo juízo incompetente quando julgar o conflito de competência, limitando-se a determinar o juízo competente que, querendo, poderá proferir decisão em sentido contrário àquela proferida pelo juízo incompetente, nos termos do art. 64, § 4º, do Novo CPC.

O julgamento do incidente é recorrível (embargos de declaração, recurso especial e recurso extraordinário), mas a partir do momento do primeiro julgamento os autos serão encaminhados

para o juízo apontado como competente, com o prosseguimento regular do procedimento. Evidentemente que, dependendo do resultado do julgamento, não será necessário nenhum encaminhamento dos autos, para tanto bastando que se declare competente o juízo que já se encontre com o processo em seu poder.

61. HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA E DA CONCESSÃO DO *EXEQUATUR* À CARTA ROGATÓRIA

Sumário: 61.1. Introdução – 61.2. Ação constitutiva necessária? – 61.3. Forma processual de homologação – 61.4. Decisão interlocutória estrangeira – 61.5. Homologação de sentença arbitral – 61.6. Eficácia em território nacional – 61.7. Decisão estrangeira não judicial – 61.8. Homologação parcial – 61.9. Tutela de urgência – 61.10. Execução fiscal – 61.11. Decisão estrangeira de divórcio consensual – 61.12. Decisão estrangeira concessiva de medida de urgência – 61.13. Tutela da evidência – 61.14. Requisitos indispensáveis para a homologação da decisão – 61.15. Competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira – 61.16. Competência para a execução.

61.1. INTRODUÇÃO

Dentre as inúmeras novidades trazidas ao sistema jurídico pela EC 45/2004, o Superior Tribunal de Justiça passou a ser o tribunal competente para a ação de homologação de sentença estrangeira, tendo num primeiro momento o regimento interno daquele tribunal cuidado do procedimento de tal ação por meio da Resolução 09, de 2005, com posterior inclusão das regras procedimentais em seu Regimento Interno pela Emenda Regimental 18, de 2014.

O Novo Código de Processo Civil originariamente inclui a homologação de decisão estrangeira e a concessão do exequatur à carta rogatória no diploma processual, seguindo fundamentalmente o já previsto nos arts. 216-A a 216-X do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Há, entretanto, algumas novidades dignas de nota.

61.2. AÇÃO CONSTITUTIVA NECESSÁRIA?

Ações constitutivas necessárias são aquelas que visam à criação de uma nova situação jurídica que só pode ser obtida por meio de intervenção jurisdicional, ou seja, o bem da vida pretendido não pode ser obtido por outro meio que não uma decisão judicial. Seria a ação de homologação de decisão estrangeira uma ação constitutiva necessária? Quanto a ter natureza constitutiva parece não haver dúvida, já que a homologação pretendida cria uma nova situação jurídica, permitindo que a decisão estrangeira passe a gerar seus efeitos no Brasil[360]. Quanto a ser necessária a questão é bem mais polêmica.

Concordo com parcela da doutrina que afirma ser possível que uma decisão estrangeira seja plenamente eficaz no Brasil mesmo sem a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, já que o art. 960, caput, do Novo CPC permite a conclusão de que tal ação poderá ser dispensada por tratado. Além do tratado, também a lei nacional poderá dispensá-la, como, inclusive, está expresso no art. 961, § 5º, do Novo CPC, ao permitir que a sentença estrangeira de divórcio consensual gere efeitos no Brasil independentemente de

homologação. Também a decisão interlocutória é cumprida no Brasil por carta rogatória, independentemente, portanto, de homologação (art. 960, § 2º, do Novo CPC). Dessa forma, nem sempre a decisão estrangeira precisa ser homologada para gerar efeitos no Brasil[361].

Essa realidade, entretanto, não é suficiente para afastar a conclusão de que a ação de homologação de decisão estrangeira seja uma ação necessária, porque sempre que a lei exigir a homologação para que tal decisão gere efeitos no Brasil – o que será a regra – as partes não terão outra opção que não pedir a homologação perante o Poder Judiciário. As partes, assim, não podem obter o bem da vida – eficácia em território nacional – sem a necessária intervenção do Poder Judiciário, o que, no meu entender, torna essa ação de homologação uma ação constitutiva necessária.

Assim sendo, independentemente de eventual conflito entre as partes quanto à homologação da sentença estrangeira, a ação de homologação será necessária. Quero com isso dizer que, mesmo ambas as partes tendo interesse na homologação, numa convergência de vontades, a ação será necessária. Acredito, inclusive, que nesse caso a ação de homologação seja de jurisdição voluntária[362]. Será, entretanto, de jurisdição contenciosa, sempre que o réu nessa ação não concordar com a homologação, opondo-se à procedência do pedido do autor.

61.3. FORMA PROCESSUAL DE HOMOLOGAÇÃO

Consagrando uma realidade já existente antes do Novo CPC, o art. 960, caput, prevê que a homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado. Segundo o art. 960, § 2º, do Novo CPC, a ação de homologação de decisão estrangeira deverá obedecer ao que dispuserem os tratados em vigor no Brasil e o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. Ainda que omisso o dispositivo, é natural que também as normas referentes ao tema consagradas no Novo Código de Processo Civil sejam observadas.

61.4. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA ESTRANGEIRA

Nos termos do art. 960, § 1º, do Novo CPC, a decisão interlocutória estrangeira poderá ser executada no Brasil por meio de carta rogatória. Essa forma de permitir a geração de efeitos da decisão interlocutória estrangeira no Brasil permite a conclusão de que nesse caso não será necessária a ação de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

Parece correta a corrente doutrinária que faz uma distinção a respeito da provisoriedade ou definitividade dessa decisão interlocutória estrangeira, porque admitindo-se que o país estrangeiro tenha técnica de julgamento parcial do mérito por meio de decisão interlocutória, exatamente como ocorre no Brasil, não teria sentido permitir a execução de tal decisão interlocutória estrangeira sem a devida homologação. Apesar de não ser uma sentença, terá o mesmo conteúdo de definitividade, não podendo

nesse caso gerar efeitos no Brasil sem a devida homologação[363]. A regra do art. 960, § 1º, do Novo CPC, portanto, é destinada à decisão interlocutória de questões incidentais e à decisão interlocutória de mérito fundada em tutela de urgência (art. 962 do Novo CPC).

61.5. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL

Quanto à homologação de sentença arbitral estrangeira, o art. 960, § 3.º, do Novo CPC prevê que sua homologação obedecerá ao disposto em tratado e na lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Capítulo referente à homologação de sentença estrangeira. *Registre-se que, nos termos do art. 35 da Lei 9.307/1996, a sentença arbitral estrangeira depende de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.*

Sentença arbitral estrangeira é aquela proferida fora do Brasil e sentença estrangeira nacional a proferida em território nacional, ou seja, o que interessa para a determinação de nacionalidade ou não da sentença arbitral é o critério geográfico. O Superior Tribunal de Justiça já entendeu ser nacional sentença arbitral proferida no Brasil mesmo que o pedido de instauração da arbitragem tenha se dado perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional[364].

61.6. EFICÁCIA EM TERRITÓRIO NACIONAL

Nos termos do art. 961, caput, do Novo CPC, a decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado.

A decisão homologatória, com nítido caráter constitutivo, torna a decisão proferida em estado estrangeiro executável em território nacional, ocorrendo na linguagem de autorizada doutrina uma "nacionalização da sentença". Ainda que todas as sentenças estrangeiras só passem a gerar efeitos em território nacional após a sua homologação, somente aquelas que tenham natureza condenatória serão executadas, de forma que nem toda decisão de homologação de sentença estrangeira (de natureza meramente declaratória ou constitutiva) é um título executivo judicial.

61.7. DECISÃO ESTRANGEIRA NÃO JUDICIAL

Além da sentença judicial estrangeira, será homologável pela ação indicada no art. 960, caput, do Novo CPC a decisão não judicial definitiva que, pela lei brasileira, teria natureza jurisdicional (art. 961, § 1.º, do Novo CPC). O dispositivo copia a previsão contida no art. 216-A, § 1.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

A melhor interpretação do dispositivo é a possibilidade de homologação de atos que substituam a sentença no país de origem, como já ocorre com a homologação de atos administrativos que substituem a sentença em caso de divórcio em determinados

países[365], *ainda que nesse caso a homologação tenha passado a ser desnecessária por aplicação analógica do § 5º do art. 961 do Novo CPC.*.

61.8. HOMOLOGAÇÃO PARCIAL

Repetindo a previsão já contida no art. 216-A, § 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o art. 961, § 2.º, do Novo CPC prevê a possibilidade de a decisão estrangeira ser homologada parcialmente, no mesmo sentido do entendimento do Superior Tribunal de Justiça[366].

A homologação parcial pode decorrer da vontade da parte ou de decisão judicial, quando o Superior Tribunal de Justiça entende que o vício formal que impede a homologação atinge apenas parte da decisão estrangeira[367]. Também haverá homologação parcial quando a decisão estrangeira tiver capítulo de divórcio consensual e de outras questões que seriam, no Brasil, necessariamente decididas em juízo, como o direito a guarda e o direito de visita. Nesse caso para o divórcio não haverá homologação, mas para as demais questões sim, ou seja, uma homologação parcial[368].

61.9. TUTELA DE URGÊNCIA

No art. 961, § 3.º, do Novo CPC há expressa autorização para que a autoridade judiciária brasileira defira pedidos de urgência e realize atos de execução provisória no processo de homologação de decisão estrangeira. Na realidade, caberá ao Superior Tribunal de Justiça conceder a tutela de urgência e ao órgão jurisdicional de

primeiro grau sua execução, que será provisória e seguirá as regras do cumprimento provisório de sentença previstas no Novo Código de Processo Civil.

O dispositivo legal apenas esclarece que mesmo se tratando de procedimento especial, é cabível a concessão de tutela cautelar e de tutela antecipada seguindo-se as regras consagradas no Novo Código de Processo Civil a respeito dessas espécies de tutela provisória.

61.10. EXECUÇÃO FISCAL

O § 4º do art. 961 do Novo CPC prevê uma condição muito específica para que a decisão estrangeira seja homologada perante o Superior Tribunal de Justiça. Para que alguém possa ser executado no Brasil a pagar um tributo estrangeiro reconhecido em sentença estrangeira, a homologação dependerá de previsão em tratado ou em promessa de reciprocidade apresentada à autoridade brasileira.

61.11. DECISÃO ESTRANGEIRA DE DIVÓRCIO CONSENSUAL

Em exceção à regra do art. 961, caput, do Novo CPC, o § 5º do mesmo dispositivo prevê que a sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Segundo o § 6.º do dispositivo, nesse caso competirá a qualquer juiz examinar a validade da decisão, em caráter principal ou incidental, quando essa questão for suscitada em processo de sua

competência. O dispositivo tem difícil interpretação quando prevê que o juízo examinará a validade da decisão estrangeira em caráter principal. Nesse caso, justamente por não ser necessária a homologação da decisão estrangeira, não tem cabimento imaginar um processo que tenha como objeto principal a validade de tal decisão. Entendo, portanto, que a questão da validade será sempre incidental, surgindo em razão de controvérsia entre as partes em processo no qual se buscará efetivar a decisão estrangeira de divórcio consensual.

A validade da decisão estrangeira de divórcio consensual é uma questão prejudicial, já que o juiz não tem como decidir sobre os efeitos do divórcio no Brasil sem antes decidir se a decisão é ou não válida. Parcela da doutrina entende ser inaplicável a coisa julgada dessa decisão prevista no art. 503, § 1º, do Novo CPC, por não poder o juízo de primeiro grau usurpar a competência do Superior Tribunal de Justiça[369]. Não concordo com esse entendimento porque, no caso de decisão estrangeira de divórcio consensual, não existe competência do Superior Tribunal de Justiça para a homologação pela simples razão de não existir tal homologação. Dessa forma, a decisão incidental de validade dessa decisão estrangeira poderá produzir coisa julgada material nos termos do art. 503, § 1º, do Novo CPC.

Entendo que nesse caso a sentença estrangeira de divórcio consensual poderá ser levada ao cartório de pessoas naturais para registro independentemente de qualquer atividade jurisdicional. Caso haja dúvida a respeito da autenticidade da decisão estrangeira ou impugnação por parte interessada em juízo, aplicar-se-á a regra

do art. 961, § 6.º, do Novo CPC.

61.12. DECISÃO ESTRANGEIRA CONCESSIVA DE MEDIDA DE URGÊNCIA

O art. 962 do Novo CPC trata da possibilidade de execução de decisão estrangeira concessiva de medida de urgência, prevendo o § 1.º do dispositivo que nesse caso a execução dar-se-á por carta rogatória. O dispositivo é inútil, porque apenas especifica para as medidas de urgência a regra geral já consagrada no art. 960, § 1.º, do Novo CPC, que estabelece a execução das decisões interlocutórias estrangeiras por meio de carta rogatória.

Na hipótese específica de decisão interlocutória estrangeira que concede medida de urgência sem a oitiva prévia do réu, o art. 962, § 2.º, do Novo CPC permite a execução desde que garantido o contraditório em momento posterior. A norma parece consagrar o contraditório diferido, mas deve ficar claro que ao juízo nacional não caberá efetuá-lo, porque a presença de tal espécie de contraditório é condição para a validade da decisão estrangeira. Significa dizer que ao juízo nacional cabe perquirir, provavelmente com a ajuda das partes, se no país de origem a concessão de tutela de urgência liminar não afastou por completo o exercício do contraditório, para então decidir sobre a validade da decisão interlocutória estrangeira.

É feliz a redação do art. 962, § 3.º, do Novo CPC ao prever que o juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à

autoridade jurisdicional prolatora da decisão estrangeira. O Superior Tribunal de Justiça não deve entrar no mérito da decisão estrangeira definitiva[370], e não teria qualquer sentido que procedesse de forma diferente no tocante a decisões provisórias concessivas de tutela de urgência. Dessa forma, a probabilidade de o direito existir e o perigo do tempo para a eficácia da tutela e proteção efetiva do direito são temas que não podem ser analisados pelo juízo nacional[371].

Segundo o § 4.º do artigo ora comentado, quando for dispensada a homologação para que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil, a decisão concessiva de medida de urgência dependerá, para produzir efeitos, de ter sua validade expressamente reconhecida pelo juiz competente para dar-lhe cumprimento, dispensada a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

61.13. TUTELA DA EVIDÊNCIA

Ainda que o art. 962 do Novo CPC trate exclusivamente da tutela provisória de urgência, por uma questão de harmonia sistêmica, parece ser também possível a concessão de tutela provisória de evidência no processo de homologação de sentença estrangeira[372].

O cabimento abstrato dessa espécie de tutela provisória, entretanto, não permite a conclusão de que venha a constituir situação comum, já que pela mera análise dos requisitos para a concessão da tutela da evidência, previstos nos incisos do art. 311 do Novo CPC, fica clara a sua pouca adequação com o objeto e

com o procedimento do processo de homologação de sentença estrangeira.

61.14. REQUISITOS INDISPENSÁVEIS PARA A HOMOLOGAÇÃO DA DECISÃO

O art. 963 do Novo CPC prevê os requisitos indispensáveis à homologação da decisão, tema também versado pelo art. 216-D do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Há identidades, alterações e novidades.

A necessidade de ser competente a autoridade que profere a decisão a ser homologada está consagrada no inciso I do art. 963 do Novo CPC. Para parcela da doutrina somente a incompetência absoluta justifica a não homologação[373]. Entendo que tudo depende do tratamento das regras de competência do país de origem da decisão a ser homologada. Se lá, como cá, a incompetência relativa se convalida, nem será materialmente possível reconhecê-la no momento de homologar a sentença. Mas se houver regra no país de origem em sentido contrário, a ponto de a incompetência relativa tornar a decisão estrangeira nula, também será um óbice à homologação.

No inciso II do art. 963 do Novo CPC, a exigência é a citação regular, ainda que verificada a revelia no caso concreto. O que se exige é o contraditório, que se perfaz com a informação mais a possibilidade de reação. Importante observar que essa regularidade na citação deve ser analisada à luz da legislação processual do país de origem, onde o réu foi citado, não se podendo exigir que tal

citação siga as regras procedimentais brasileiras[374].

No inciso III do dispositivo ora comentado há uma modificação substancial. Enquanto o dispositivo no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça exige o trânsito em julgado da decisão a ser homologada como condição de sua homologação, o dispositivo no Novo Código de Processo Civil impõe apenas que ela já seja eficaz no país em que foi proferida. No Regimento Interno é exigida a definitividade e no Novo Código de Processo Civil basta a eficácia.

Também não serão homologadas sentenças estrangeiras que violem a coisa julgada material já formada em território nacional. Segundo a doutrina majoritária, a existência de um processo estrangeiro não obsta a existência de um processo idêntico em território nacional e vice-versa. Tendo elementos diferentes (causa de pedir e pedido) é possível a concomitância da ação de homologação de sentença estrangeira e de ação em trâmite no território nacional idêntica àquela que gerou a sentença que se busca homologar. Transitando em julgado a homologação da sentença estrangeira, o processo nacional deverá ser extinto sem a resolução de mérito por ofensa superveniente à coisa julgada material. Transitando em julgado a decisão proferida no processo nacional, o Superior Tribunal de Justiça não poderá homologar a sentença estrangeira, que homologada nessas circunstâncias agrediria a coisa julgada e, por consequência, a soberania nacional[375], havendo correto entendimento de que a simples existência de um processo nacional idêntico ao estrangeiro em trâmite não representa óbice para a homologação[376].

O inciso V do art. 963 do Novo CPC, ao prever a exigência de tradução oficial, salvo disposição que a dispense estabelecida em tratado, simplifica a redação do art. 216-C do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (autenticação pelo cônsul brasileiro acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil), mas mantém o seu conteúdo.

O art. 216-F do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça prevê que não serão homologadas sentenças estrangeiras que ofendam a soberania, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública; enquanto o inciso IV do art. 963 do Novo CPC prevê como impeditivo à homologação ofensa à coisa julgada brasileira, o inciso VI repete a ofensa à ordem pública, passando a qualificá-la de "manifesta", e o art. 964 traz a hipótese de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira.

Apesar da omissão do Novo Código de Processo Civil quanto ao impedimento expresso de homologação de sentença estrangeira que ofende a dignidade da pessoa humana, acredito que a previsão que busca resguardar a ordem pública já é o suficiente para a aplicabilidade da regra regimental.

61.15. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA

Nas hipóteses de competência concorrente, previstas nos arts. 21 e 22 do Novo CPC, tanto o juízo brasileiro como o juízo estrangeiro têm competência para o julgamento do processo envolvendo as matérias e situações previstas no dispositivo legal.

Dessa forma, caso a demanda tramite em país estrangeiro, a questão da competência não será obstáculo para a homologação da sentença estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, nas hipóteses de competência exclusiva, previstas no art. 23 do Novo CPC, nenhum outro Estado, ainda que contenha norma interna apontando para sua competência, poderá proferir decisão que seja eficaz em território nacional. A ineficácia vem justamente da vedação da homologação da decisão nesse caso, consagrada expressamente no art. 964, caput, do Novo CPC, já sendo esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema na vigência do CPC/1973[377].

61.16. COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO

Quanto à execução da homologação da sentença estrangeira por meio de cumprimento, o art. 965, caput, do Novo CPC prevê que será realizada perante o juízo federal competente, a requerimento da parte, conforme as normas estabelecidas para o cumprimento de decisão nacional. Essa competência na realidade é prevista no art. 109, X, da CF. O parágrafo único do dispositivo prevê que o pedido de execução deverá ser instruído com cópia autenticada da decisão homologatória ou do exequatur, conforme o caso.

62. AÇÃO RESCISÓRIA

Sumário: 62.1. Natureza jurídica – 62.2. Conceito de rescindibilidade – 62.3. Objeto da rescisão: 62.3.1. Decisão de mérito; 62.3.2. Decisão que não é de mérito – 62.4. Hipóteses de cabimento: 62.4.1. Prevaricação, concussão, corrupção passiva do juiz; 62.4.2. Impedimento do juiz e incompetência absoluta do juízo; 62.4.3. Dolo ou coação da parte vencedora e simulação ou colusão entre as partes para fraudar a lei; 62.4.4. Ofensa à coisa julgada; 62.4.5. Violação manifesta de norma jurídica; 62.4.6. Prova falsa; 62.4.7. Obtenção de documento novo; 62.4.8. Erro de fato – 62.5. fundamento para invalidar sentença homologatória de mérito – 62.6. Legitimidade – 62.7. Competência – 62.8. Prazo: 62.8.1. Prazo e termo inicial gerais; 62.8.2. Termos iniciais diferenciados – 62.9. Ação rescisória e cumprimento executivo do julgado – 62.10. Procedimento: 62.10.1. Petição inicial; 62.10.2. Reações do juiz diante da petição inicial; 62.10.3. Resposta do réu; 62.10.4. Atividade saneadora; 62.10.5. Fase probatória; 62.10.6. Manifestações finais; 62.10.7. Julgamento.

62.1. NATUREZA JURÍDICA

Como o próprio nome sugere, a ação rescisória tem natureza jurídica de ação[378], sendo uma espécie de sucedâneo recursal externo, ou seja, meio de impugnação de decisão judicial que se desenvolve em processo distinto daquele no qual a decisão impugnada foi proferida, comumente chamada de ação autônoma de impugnação. Enquanto o recurso é meio de impugnação cabível durante o trâmite processual, a ação rescisória é remédio processual

cabível somente após o trânsito em julgado, fenômeno processual que se verifica com o esgotamento dos recursos cabíveis contra a decisão judicial ou a ausência de interposição do recurso cabível. Além do trânsito em julgado, o art. 966, caput, do Novo CPC exige que a decisão a ser impugnada por meio de ação rescisória seja de mérito.

Diante da necessidade de a decisão impugnada resolver o mérito da demanda (ao menos em regra, como se verá), é correta a conclusão de que a ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação que busca desconstituir decisões judiciais que tenham gerado coisa julgada material, daí ser considerada uma excepcional hipótese, legalmente prevista, de "relativização da coisa julgada", como já analisado no Capítulo 25, item 25.10. No eterno conflito entre dois essenciais valores de nosso sistema processual, o legislador, ao prever, ainda que de forma excepcional, a ação rescisória, dá uma derradeira chance à justiça em detrimento da segurança jurídica. É possível tratar a ação rescisória como o último suspiro de justiça do sistema processual pátrio.

62.2. CONCEITO DE RESCINDIBILIDADE

Não se deve confundir decisão rescindível com decisão nula. Tampouco se admite tal confusão entre decisão rescindível e decisão inexistente.

É natural que, para ser desconstituída por meio da ação rescisória, a decisão deve existir juridicamente, uma vez que aquilo que não existe não precisa ser desconstituído, bastando uma mera declaração da inexistência jurídica. Dessa forma, sentença proferida

em processo juridicamente inexistente (p. ex., tramitado perante órgão sem jurisdição), ou que tenha vício in procedendo intrínseco que a torne juridicamente inexistente (p. ex., ausência de dispositivo), não é objeto de ação rescisória[379].

Por outro lado, todas as nulidades se convalidam com o trânsito em julgado, de forma que não é correta a afirmação de que as nulidades absolutas permitem o ingresso de ação rescisória. Aquilo que antes do trânsito em julgado era considerado uma nulidade absoluta, após esse momento procedimental pode tornar-se, por vontade do legislador, um vício de rescindibilidade, sendo esse o vício que legitima a ação rescisória[380]. Ademais, é importante notar que mesmo as sentenças válidas poderão ser desconstituídas pela ação rescisória, como ocorre, por exemplo, na hipótese de rescisória com fundamento em documento novo.

O vício de rescindibilidade, portanto, não se confunde com a inexistência jurídica nem com a nulidade absoluta, sendo o resultado de uma opção de política legislativa em prever determinadas situações aptas a afastar a segurança jurídica gerada pela coisa julgada material.

62.3. OBJETO DA RESCISÃO

62.3.1. DECISÃO DE MÉRITO

Segundo prevê o art. 966, caput, do Novo CPC, a “decisão de mérito” é passível de desconstituição por meio da ação rescisória. Conforme a previsão expressa não só a sentença pode ser objeto de rescisão, mas também a decisão interlocutória[381], a decisão

monocrática do relator e o acórdão. Basta que seja de mérito e tenha transitado em julgado.

A ação rescisória pode ser parcial, nos termos do § 3º do art. 966 do Novo CPC, ou seja, que não precisa necessariamente impugnar todos os capítulos da decisão rescindenda, seguindo nesse sentido jurisprudência já consolidada no Superior Tribunal de Justiça.[382] O legislador poderia, entretanto, ter sido mais cuidadoso com a redação legal, considerando-se que o autor da rescisória pode impugnar apenas um dos capítulos, como prevê o dispositivo legal, bem como apenas alguns capítulos da decisão rescindenda. Trata-se, como já afirmado, da possibilidade de impugnação parcial da decisão rescindenda.

O art. 701, § 3º, do Novo CPC prevê o cabimento de ação rescisória de decisão que expede o mandado monitório e que, diante da ausência de embargos, constitui-se de pleno direito em título executivo judicial. A norma entra no rol "do que abunda não prejudica", porque a única dúvida a respeito de tal decisão é ser ela interlocutória ou uma sentença, conforme analisado no Capítulo 36, itens 36.10 e 36.11. Como o art. 966, caput, Novo CPC prevê que a decisão de mérito é rescindível, não era necessária a previsão expressa de cabimento da ação rescisória na hipótese ora analisada.

Existem decisões de mérito que não são impugnáveis por meio de ação rescisória em razão de expressa vedação legal:

(i) acórdão proferido em ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) ou em ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) (art. 26 da Lei 9.868/1999);

(ii) acórdão proferido em arguição de descumprimento de preceito fundamental

(ADPF) (art. 12 da Lei 9.882/1999); e

(iii) decisões proferidas nos Juizados Especiais (art. 59 da Lei 9.099/1995).

Existe majoritária corrente doutrinária que inadmite a ação rescisória contra as decisões proferidas em processo cautelar, com ressalva ao previsto no art. 310 do Novo CPC[383] e em processos de jurisdição voluntária[384], afirmando que nesses casos a inexistência de coisa julgada material afastaria o interesse de agir no ingresso da ação rescisória.

62.3.2. DECISÃO QUE NÃO É DE MÉRITO

O Novo Código de Processo Civil inova ao prever expressamente o cabimento de ação rescisória contra duas decisões que não julgam o mérito.

Nos termos do art. 966, § 2º, I, do Novo CPC, é cabível ação rescisória contra decisão terminativa que impeça a repropositura da ação. O dispositivo deve ser combinado com o art. 486, § 1º, do Novo CPC, devidamente analisado no Capítulo 23, item 23.2.2.1.10, que prevê que a repropositura da ação em determinadas hipóteses de extinção terminativa do processo depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução de mérito.

Entendo que sempre que essa correção do vício necessariamente envolver a modificação de um dos elementos da ação não caberá sua repropositura, mas a propositura de uma nova ação. Nesse caso, ainda que a sentença não seja de mérito, e por tal razão não seja capaz de gerar coisa julgada material, ela se torna imutável e indiscutível, sendo apenas nesse caso cabível a ação

rescisória após o trânsito em julgado.

Martina ingressa com ação judicial de cobrança contra Fernanda, sendo o processo extinto sem resolução de mérito por ilegitimidade de parte, afirmando o juízo sentenciante que se dívida existisse nem em tese Fernanda seria devedora, e sim seu marido, João. A única forma que Martina tem para cobrar a dívida novamente em juízo é corrigindo o vício apontado na sentença terminativa transitada em julgado, mas se modificar o polo passivo da demanda, incluindo João, estar-se-á diante de uma nova ação. Caso Martina entenda que a sentença tem alguns dos vícios de rescindibilidade previstos no art. 966 do Novo CPC poderá ingressar com ação rescisória, nos termos do art. 966, § 2º, I, do Novo CPC.

O inciso II do § 2º do art. 966 do Novo CPC consagra o cabimento de ação rescisória contra decisão terminativa que impeça a admissibilidade do recurso correspondente. Na realidade essa decisão não existe, porque a admissibilidade recursal será sempre analisada, podendo ser positiva, quando o recurso será admitido, ou negativa, quando o recurso será inadmitido. O que pode não ocorrer, portanto, é a admissão, nunca a admissibilidade. E o termo correspondente em nada contribui com a clareza do dispositivo legal.

Ainda que com tais imprecisões redacionais, o dispositivo traz importante novidade ao sistema processual: o cabimento de ação rescisória contra decisão que inadmite recurso[385]. Registre-se que no silêncio do CPC/1973 o Superior Tribunal de Justiça entendia pelo não cabimento da ação rescisória com o fundamento de que essa decisão não é de mérito[386]. Sob a égide do sistema revogado o entendimento era compreensível, tirado da letra da lei, mas com a

novidade imposta pelo art. 966, § 2º, II, do Novo CPC, tal entendimento resta superado.

Há divergência doutrinária a respeito do conteúdo da decisão impugnada pelo recurso inadmitido. Para parcela da doutrina a decisão deve ser necessariamente de mérito[387], enquanto outra parcela defende o cabimento de ação rescisória mesmo se a decisão recorrida pelo recurso inadmitido não tiver decidido o mérito[388]. Entendo preferível o segundo entendimento por duas razões. Primeiro porque a condição de ser a decisão impugnada pelo recurso inadmitido não está prevista em lei. Segundo porque a ação rescisória nesse caso não guarda qualquer relação com a decisão impugnada com o recurso inadmitido, servindo de impugnação exclusiva da decisão de inadmissão do recurso.

Registre-se que essa hipótese de cabimento da ação rescisória foi incluída na revisão final do texto do Novo Código de Processo Civil antes de sua sanção presidencial. Como não houve destaque ou outra questão constante do Parecer nº 1.099/2014, há doutrina que aponta a norma como inconstitucional[389].

Registre-se que a decisão, de mérito ou terminativa, para ser objeto de ação rescisória, deve ter transitado em julgado porque, havendo algum recurso ainda cabível contra tal decisão, não se admite sua rescisão pela via excepcional da ação rescisória. Na realidade, faltará interesse de agir – ausência de necessidade – na ação rescisória ingressada nesse momento procedimental[390]. Não é necessário que a parte esgote todos os recursos cabíveis para só então ser cabível a ação rescisória, basta que no caso concreto o

recurso cabível não tenha sido devidamente interposto[391]. Uma sentença pode ser apelada, mas, não o sendo, transitará em julgado e, sendo de mérito, poderá ser desconstituída por meio de ação rescisória.

62.4. HIPÓTESES DE CABIMENTO

O art. 966 do Novo CPC prevê em seus oito incisos os vícios de rescindibilidade, sendo considerado restritivo esse rol, de forma a não admitir rescisória fundada em qualquer outro vício que não esteja expressamente previsto em tal dispositivo legal.

62.4.1. PREVARICAÇÃO, CONCUSSÃO, CORRUPÇÃO PASSIVA DO JUIZ

O art. 966, I, do Novo CPC prevê três crimes que podem ser cometidos pelo juiz na condução e solução do processo. A prevaricação está prevista no art. 319 do CP, a concussão, no art. 316 do CP, e a corrupção passiva, no art. 317 do CP. Na superada redação do Código de Processo Civil de 1939 mencionava-se "juiz peitado", em sentido amplo, técnica superada pela atual redação que indica especificamente as infrações penais que, cometidas pelo juiz, ensejam a propositura de ação rescisória.

Apesar dos atos ilícitos previstos no dispositivo legal, não se exige prévia condenação penal ou mesmo a preexistência de processo criminal a respeito da conduta do juiz[392]. Significa dizer que o reconhecimento do crime pode ser feito originariamente, e de forma incidental, no juízo cível competente para o julgamento da ação rescisória[393]. Apesar de não ser necessária a solução prévia no

âmbito penal, havendo sentença penal transitada em julgado, é importante analisar o conteúdo da decisão e seu reflexo na esfera cível. Havendo sentença penal condenatória, haverá vinculação obrigatória do juízo cível, de forma que numa eventual ação rescisória o fundamento da decisão será necessariamente a existência do crime. Havendo sentença de absolvição com fundamento na inexistência material do fato, haverá vinculação do juízo cível, mas, sendo a absolvição amparada em outro motivo (p. ex. ausência de provas; prescrição), a decisão penal não vincula o juízo cível[394].

Na hipótese de concomitância entre ação penal e ação rescisória, é cabível a suspensão da ação rescisória prevista no art. 315 do Novo CPC, cabendo ao juízo cível uma análise da oportunidade e conveniência dessa suspensão[395].

Por fim, tratando-se de decisão colegiada (acórdão), nem sempre a existência de um juiz que pratique um dos crimes previstos no art. 966, I, do Novo CPC permite o ingresso da ação rescisória, sendo necessário que o voto dado por esse juiz tenha concorrido para unanimidade ou para a maioria[396]. Na questão da votação unânime, considera-se a possível influência do juiz criminoso nos votos proferidos pelos outros integrantes do órgão colegiado. Só não será cabível a ação rescisória na hipótese de o juiz criminoso proferir voto minoritário, superado pelos votos dos outros membros do colegiado que não estejam envolvidos na prática do crime.

62.4.2. IMPEDIMENTO DO JUIZ E INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO

A imparcialidade do juiz é considerada essencial para a adequada prestação da tutela jurisdicional, sendo que as causas de parcialidade são divididas pela lei em duas classes:

(a) causas de suspeição (art. 145 do Novo CPC); e

(b) causas de impedimento (art. 144 do Novo CPC).

Ainda que não seja desejável contar com juiz parcial, há uma preocupação maior com o impedimento do juiz, presumindo-se que nesse caso exista um vício de maior gravidade. Dessa forma, a suspeição do juiz não enseja ação rescisória, limitada às causas de impedimento. Registre-se ser dispensável a alegação de impedimento durante a tramitação do processo originário[397]. Na hipótese de julgamento colegiado, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que não há nulidade se o voto do juiz impedido não foi decisivo para o resultado final[398].

No tocante à incompetência, já se asseverou que a doutrina majoritária entende que somente a competência absoluta do juízo é pressuposto processual de validade do processo, de forma que a rescindibilidade está limitada a essa espécie de vício. Como as regras de competência absoluta tutelam interesse público, sua violação gera vício suficiente para ensejar a propositura de ação rescisória. Registre-se que uma sentença proferida por juízo absolutamente incompetente, sendo substituída por acórdão proferido em apelação julgada por Tribunal competente, não enseja a propositura de ação rescisória[399].

Marina ingressa com ação de usucapião que tramita perante

> uma vara comum da Justiça Estadual. Proferida sentença, a parte sucumbente ingressa com o recurso de apelação, que é julgado pelo Tribunal de Justiça. Não obstante ser a vara comum absolutamente incompetente para a ação de usucapião, de competência da vara de registros públicos (naturalmente nas comarcas em que existe essa vara especializada), o Tribunal de Justiça é competente para essa espécie de ação. Tendo sido substituída a sentença pelo acórdão, não é cabível a ação rescisória.

A ação rescisória é admissível ainda que o impedimento do juiz ou a incompetência absoluta do juízo tenham sido arguidas e resolvidas no processo originário[400].

62.4.3. DOLO OU COAÇÃO DA PARTE VENCEDORA E SIMULAÇÃO OU COLUSÃO ENTRE AS PARTES PARA FRAUDAR A LEI

Como se nota da mera leitura do art. 966, III, do Novo CPC, o legislador reúne no mesmo dispositivo legal duas hipóteses de cabimento nitidamente distintas, o que exige um enfrentamento individualizado.

O dolo ou coação da parte vencedora (também pode ser do representante legal ou advogado) diz respeito à ofensa aos princípios da lealdade e da boa-fé processual, mas só enseja ação rescisória quando o dolo ou coação impedir ou dificultar a atuação processual do adversário ou, ainda, quando influenciar significativamente o juiz, a ponto de afastá-lo da verdade[401]. É exigido, portanto, um nexo de causalidade entre o dolo e a coação da parte e o resultado da demanda, limitando-se o cabimento da ação rescisória somente aos casos nos quais a postura de má-fé da

parte tenha sido determinante para o resultado do processo[402].

A colusão entre as partes está prevista no art. 142 do Novo CPC, parecendo que tanto a realização de processo simulado como o processo com objetivo de alcançar algo proibido por lei sejam alcançados pelo dispositivo legal[403]. Como se pode notar, adota-se o entendimento majoritário na doutrina pelo cabimento da ação rescisória no caso de processo simulado, o que restou definitivamente consagrado no dispositivo ora analisado. Nesse caso, mesmo de ofício, cabe ao tribunal, ao julgar procedente a ação rescisória, condenar as partes nas penalidades da litigância de má-fé, nos termos do art. 142, do Novo CPC.

Diferente do dolo e da coação, na colusão e na simulação sempre existirá um acordo prévio entre as partes com o objetivo de fraudar a lei, de forma que dificilmente a ação rescisória será proposta por alguma delas, sendo o mais comum a propositura se dar por terceiro prejudicado ou pelo Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.

62.4.4. OFENSA À COISA JULGADA

Como devidamente analisado no Capítulo 25, item 25.4., verifica-se o efeito negativo da coisa julgada quando esta é entendida como pressuposto processual negativo, ensejando a extinção da demanda sem resolução de mérito (art. 485, V, do Novo CPC), na qual se verifica tal fenômeno processual. Para a geração do efeito negativo, como já visto, exige-se a tríplice identidade. Não sendo gerado o efeito negativo e verificando-se duas decisões transitadas em julgado em demandas idênticas, a decisão que

transitou mais recentemente pode ser desconstituída por meio de ação rescisória. A desconstituição independe do teor da segunda decisão, que pode ser conforme ou discordante da primeira[404].

Também haverá ofensa à coisa julgada quando o efeito positivo da coisa julgada não é respeitado. Conforme analisado no Capítulo 25, item 25.5., havendo solução de relação jurídica protegida por coisa julgada material, cria-se uma vinculação em outras demandas nas quais a mesma relação jurídica venha a ser discutida incidentalmente. Nesse caso, a decisão que se busca rescindir será proferida em demanda diversa daquela que gerou a coisa julgada material ofendida, o que em nada modifica o direito da parte em vê-la desconstituída por meio da ação rescisória.

Ressalte-se o cabimento da ação rescisória nesse caso ainda que o tema da coisa julgada tenha sido devidamente debatido e decidido no processo originário. O fato de o juízo que proferiu a decisão que ofenda a coisa julgada tê-lo feito ciente da existência de outra demanda que impediria o julgamento não afasta o cabimento da ação rescisória[405].

Não é correto julgamento do Superior Tribunal de Justiça que admitiu a alegação de violação à coisa julgada em sede de exceção de pré-executividade, com o fundamento de que a sentença que viola a coisa julgada é juridicamente inexistente, porque faltaria ao autor do processo em que ela foi proferida o interesse de agir e a carência de ação conduziria à própria inexistência jurídica do processo[406]. Esse julgamento parte da falsa premissa de que a carência de ação leva à inexistência jurídica do processo e torna

letra morta o art. 966, IV, do Novo CPC.

62.4.5. VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA

Pode-se entender que a hipótese de cabimento da ação rescisória prevista pelo art. 966, V, do Novo CPC tem como fundamento o erro crasso do juízo na aplicação do direito no caso concreto, considerando-se que a decisão que violar manifestamente norma jurídica deva ser desconstituída. O termo normas é abrangente, mas o Superior Tribunal de Justiça não admite a ação rescisória por ofensa à súmula[407]:

(a) de direito material e processual;

(b) constitucionais e infraconstitucionais; e

(c) nacionais e estrangeiras.

Entendo que a amplitude desse entendimento inclui até mesmo os princípios não escritos[408], entendimento corroborado pela redação do dispositivo se comparada com a redação revogada do art. 485, V, do CPC/1973. Enquanto a norma revogada mencionava violação à "lei" a nova norma prevê violação à "norma jurídica", reconhecendo que a lei não é a única fonte do Direito que pode ser violada para ensejar ação rescisória. Apesar da correta lição no sentido de que decisão proferida contra jurisprudência ou súmula não pode ser objeto de rescisão, tratando-se de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, caberá ação rescisória[409].

Não é qualquer violação da lei que admite o ingresso da ação rescisória, entendendo a melhor doutrina e a jurisprudência que a literal violação exige que no momento de aplicação da norma por

meio da decisão judicial não exista interpretação controvertida nos tribunais. Há inclusive súmula nesse sentido[410]. Significa dizer que, se havia polêmica à época da prolação da decisão, ainda que à época da ação rescisória o entendimento tenha se pacificado em torno da tese defendida pelo autor dessa ação, não será possível a desconstituição[411]. Note-se que a divergência deve ser real, ou seja, que efetivamente haja quantidade significativa de decisões fundadas em diferentes interpretações.

Esse entendimento, entretanto, não é absoluto, havendo posição jurisprudencial em sentido contrário na hipótese de declaração de inconstitucionalidade de lei. Nesse caso, mesmo que à época da prolação da decisão houvesse divergência interpretativa a respeito da constitucionalidade, admite-se o ingresso de ação rescisória se posteriormente a lei que fundamentou a decisão foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal[412]. Em recente decisão da Corte Constitucional, foi decidido, sob o regime dos recursos repetitivos, que, havendo no Supremo Tribunal Federal mudança posterior de entendimento anteriormente consagrado, não cabe ação rescisória para afastar o antigo entendimento e fazer valer o posterior[413].

A Lei 13.256, de 04.02.2016, responsável pela alteração do Novo Código de Processo Civil em seu período de vacância, acrescentou ao art. 966 do Novo CPC dois novos parágrafos. No § 5º vem previsto que cabe ação rescisória, nos termos do inciso V do art. 966 do Novo CPC, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão

discutida no processo e o padrão decisória que lhe deu fundamento.

Trata-se, na verdade, de uma contrapartida por outra modificação da mesma lei, que passou a inadmitir agravo para os tribunais de superposição nas hipóteses de inadmissão de recursos especial e extraordinário com fundamento em súmulas e precedentes com eficácia vinculante (art. 1.030, § 2º, do Novo CPC). A contrapartida é insuficiente por ao menos três razões. Primeiro porque a ação rescisória nesse caso será de competência do tribunal de segundo grau, ou seja, a parte continua a não ter acesso imediato por meio dessa ação aos tribunais superiores, o que ocorrerá somente em grau recursal. Segundo porque chegar ao tribunal por meio de recurso em ação rescisória é infinitamente mais complexo do que fazê-lo por meio de um recurso de agravo. Terceiro porque a decisão que despreza a distinção no caso concreto pode ser terminativa, não sendo cabível nesse caso ação rescisória porque o § 5º do art. 966 do Novo CPC está condicionado pelos limites traçados pelo caput de referido dispositivo legal.

Como o § 5º do art. 966 do Novo CPC não faz qualquer distinção, a decisão rescindível pode ser uma sentença transitada em julgado, um acórdão irrecorrido proferido em segundo grau, um acordão proferido em segundo grau recorrido por recurso especial ou extraordinário inadmitidos ou mesmo um acórdão de agravo interno interposto contra essa inadmissão nos termos do art. 1.030, § 2º, do Novo CPC. Nessa última hipótese entendo inclusive que havendo decisão terminativa do agravo interno seja cabível a ação rescisória, não contra essa decisão do agravo interno, mas contra a decisão *impugnada* pelo agravo interno.

O § 6º do art. 966 do Novo CPC supostamente cria um ônus específico ao autor da ação rescisória quando seu fundamento legal for o inciso V combinado com o § 5º do mesmo dispositivo legal. Cabe ao autor, "sob pena" de inépcia da petição inicial, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor outra situação jurídica.

Entendo que a exigência é desnecessária, revelando-se em excesso de zelo do legislador, conclusão que pode ser explicada por um simples raciocínio lógico. A causa de pedir na hipótese de ação rescisória ora analisada é a distinção entre o precedente ou súmula aplicada no caso concreto e o processo julgado, de forma que sem a demonstração dessa distinção não haverá causa de pedir, o que, por si só, é causa de inépcia da petição inicial nos termos do art. 330, § 1º, I, do Novo CPC.

62.4.6. PROVA FALSA

A ação rescisória com fundamento no art. 966, VI, do Novo CPC, conforme a própria previsão legal, não depende de prévio processo criminal para a apuração da falsidade da prova, admitindo-se que a prova dessa falsidade seja produzida na própria ação rescisória[414]. É natural que a eventual existência de processo criminal poderá gerar efeitos no campo cível, mais especificamente à ação rescisória. Estando ambas as demandas em trâmite, poderá o juiz da ação rescisória se valer do art. 315 do Novo CPC e determinar a suspensão da ação rescisória até o encerramento do processo criminal. Havendo decisão transitada em julgado no processo criminal, aplicam-se as mesmas conclusões já apontadas

para a hipótese de ação rescisória em razão de juiz praticante dos crimes de prevaricação, concussão ou corrupção passiva (art. 966, I, do Novo CPC). Interessante notar que, mesmo havendo condenação na esfera penal, a ação rescisória pode ser julgada improcedente, porque, apesar da vinculação do juízo cível à decisão penal transitada em julgado, ainda caberá a análise da prova ser fundamento único ou indispensável à sustentação da decisão impugnada.

É pacífico na doutrina o entendimento de que a decisão só será rescindível pelo art. 966, VI, do Novo CPC, na hipótese de a prova falsa ser o fundamento principal da decisão, de forma que, havendo outros fundamentos aptos a manter a decisão, apesar da existência de uma prova falsa, não caberá a ação rescisória[415]. A razão é óbvia, porque, havendo outros fundamentos aptos à manutenção da decisão, a eventual procedência da ação rescisória será inútil, não tendo condições concretas de desconstituir a decisão impugnada.

O debate a respeito da falsidade documental – que pode ser material ou ideológica[416] – durante o processo originário, e mesmo a existência de decisão incidental sobre o tema em tal processo, não impede a propositura da ação rescisória. Por outro lado, tendo pedido pela parte que a decisão sobre a falsidade documental seja decidida como questão principal, nos termos do art. 430, parágrafo único, do Novo CPC, a decisão estará protegida pela coisa julgada material, devendo necessariamente ser respeitada pelo juízo da ação rescisória (efeito positivo da coisa julgada)[417].

O fundamento para invalidar a confissão era vício de

rescindibilidade expressamente previsto no art. 485, VIII, do CPC/1973, mas não está elencado no rol do art. 966 do Novo CPC. Se interpretarmos a confissão como espécie de ato de disposição de direito processual, tal vício pode ser incluído no § 4.º do artigo ora analisado, sendo a via impugnativa adequada a ação anulatória. Parece ser nesse sentido o art. 393, caput, do Novo CPC ao prever que a confissão pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.

Sob a égide do CPC/1973, a forma procedimental para impugnar confissão viciada vinha expressamente consagrada nos incisos do art. 352, a depender do trânsito em julgado: antes, ação anulatória; depois, ação rescisória. No Novo Código de Processo Civil, aparentemente, será sempre cabível a ação anulatória, numa simplificação que promete gerar sérias complicações na praxe forense.

Tendo transitado em julgado uma decisão de mérito em processo com fundamento em confissão, não parece viável imaginar-se que uma ação anulatória tenha condições de rescindir a decisão e afastar a coisa julgada material. Ainda que essa realidade tenha sido consagrada pelo Novo CPC (art. 966, § 4.º) para as sentenças homologatórias transitadas em julgado, no caso em análise ter-se-á uma sentença genuína de mérito, por meio da qual o juiz acolherá ou rejeitará o pedido do autor em aplicação do direito material ao caso concreto.

Nesse caso, portanto, ainda que todos os indicativos legais presentes no Novo Código de Processo Civil apontem para o cabimento da ação anulatória, essa terá condições apenas de anular

a confissão, nunca de rescindir a decisão transitada em julgado no processo em que tal meio de prova foi produzido. E o que é pior, como não está mais previsto o cabimento de ação rescisória com fundamento em confissão viciada, a parte não poderia mais rescindir o julgado.

Afirmo que a parte aparentemente não poderia porque, para resolver o impasse gerado pelo equívoco do legislador, cabe ao intérprete incluir a hipótese ora analisada no inciso VI do art. 966 do Novo CPC. Ainda que seja evidente a diferença entre confissão viciada e prova falsa, o esforço hermenêutico é indispensável para que, mesmo sem previsão como aquela presente nos incisos do art. 352 do CPC/1973, a regra continue a ser respeitada e aplicada na praxe forense. Corroboram o entendimento julgados do Superior Tribunal de Justiça que alargam o conceito de prova falsa para o laudo pericial incorreto, incompleto ou inadequado[418].

62.4.7. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO NOVO

O art. 966, VII, do Novo CPC trata da obtenção de prova nova cuja existência era ignorada pelo autor da ação rescisória – autor ou réu da ação originária – ou de que não pode fazer uso por motivo estranho à sua vontade.

No art. 485, VII, do CPC/1973, o cabimento de ação rescisória estava condicionado à obtenção de documento novo, entendendo-se que o documento novo não se confunde com documento produzido posteriormente, de forma que o documento já deve existir no momento em que a decisão que se busca desconstituir tiver sido proferida. Como lembra a melhor doutrina, documento que não era

conhecido ou de que não se pode fazer uso é necessariamente documento que já existia[419].

A ampliação dessa hipótese de cabimento da ação rescisória passa a contornar a ginástica hermenêutica feita pelo Superior Tribunal de Justiça para admitir a ação rescisória com fundamento em exame de DNA realizado após o trânsito em julgado nas ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes[420]. É natural que nesse caso não será um documento novo que fundamentará a ação rescisória, mas sim uma prova pericial, o que passa a ser plenamente admissível diante da redação do art. 966, VII, do Novo CPC.

Numa interpretação mais restritiva do termo "prova nova" pode-se defender que o legislador passou a admitir como fundamento de ação rescisória, além da prova documental, também a prova documentada, ou seja, a prova pericial ou oral materializada em um documento (laudo pericial e termo de audiência). Nesse caso a prova a fundamentar a ação rescisória necessariamente já deve ter como amparo material um documento, que será juntado à petição inicial, não havendo dilação probatória na ação rescisória.

Por outro lado, pode-se entender que o termo "prova nova" permite a ação rescisória com base em prova pericial e testemunhal a ser produzida na própria ação. Nesse caso, não tendo que ser a "prova nova" pré-constituída, aparentemente o legislador teria criado uma espécie sui generis de coisa julgada secundum eventum probationis sui generis por duas razões: (i) a nova prova poderia modificar resultado de procedência ou de improcedência do pedido;

(ii) essa modificação da decisão fundada em prova nova não seria realizada na ação reproposta, mas por meio de ação rescisória.

Sendo qualquer espécie de prova nova apta a fundamentar uma ação rescisória, e não mais apenas a prova documental, deve ser analisado como adequar a exigência de prova já existente no momento da prolação da decisão rescindenda quanto a prova pericial e oral.

No tocante à prova pericial parece adequado o entendimento de que ela só pode ser utilizada como fundamento de ação rescisória diante da impossibilidade, alheia à vontade da parte, de sua produção durante o processo. Ou seja, apesar de possível, não foi produzida por motivo estranho à vontade da parte. Registre-se que esse entendimento contraria julgamento do Superior Tribunal de Justiça que não admitiu ação rescisória fundada em exame de DNA como o fundamento de ser tal exame tecnicamente viável na referida ação[421].

Mantendo-se o mesmo critério para a prova oral, jamais será cabível ação rescisória com fundamento em depoimento pessoal, ainda que não realizado no processo de origem, porque essa espécie de prova é sempre materialmente possível de ser produzida. Quanto à prova testemunhal, entendo que caberá ao autor da ação rescisória a comprovação de que não tinha conhecimento, e nem tinha como ter, da existência da testemunha, razão pela qual a prova não foi produzida no processo de origem.

O art. 966, VII, do Novo CPC, prevê que para a prova ser nova ela deve ser obtida pelo autor depois do trânsito em julgado da

decisão que se busca rescindir. Há alteração da redação do revogado art. 485, VII, do CPC/1973, que indica a obtenção após a prolação da sentença para qualificar a prova como nova. Os dois dispositivos são criticáveis, porque, conforme ensina a melhor doutrina, o momento adequado para qualificar uma prova como nova é o último momento em que seria lícita a produção da prova nova no processo originário[422].

O art. 966, VII, do Novo CPC, deve ser lido como momento posterior à última oportunidade de utilizar a prova no processo originário, porque numa demanda em que a sentença tenha sido recorrida por apelação e comprovandose que antes de seu julgamento a parte tomou conhecimento da existência do documento ou passou a poder utilizá-lo, não o juntando aos autos, perderá o direito à ação rescisória. O mesmo se diga quanto à prova oral e pericial, considerando-se possível nesse momento o tribunal converter o julgamento em diligência para a produção de tais meios de prova.

Por outro lado, caso tais eventos ocorram em sede de recurso especial ou extraordinário, não se admitirá a juntada de documento ou a produção de prova oral ou pericial, considerando-se a limitação às matérias de direito do efeito devolutivo desses recursos. Nesse caso, caberá ação rescisória, em curiosa situação na qual a parte aguarda sua derrota para depois desconstituí-la. Aplicando-se o dispositivo ora comentado em sua literalidade ter-se-ia um limbo temporal: durante o trâmite dos recursos excepcionais não se pode produzir prova nova, mas também não será possível ação rescisória após o trânsito em julgado.

Para o cabimento da ação rescisória, a prova nova deve ter a aptidão de, por si só, assegurar um resultado positivo ao autor da ação rescisória, porque de nada vale a desconstituição da decisão se a prova nova não tiver força suficiente de convencimento para que uma eventual nova decisão a ser proferida seja em sentido contrário ao julgamento rescindido[423], ainda que disso não resulte uma decisão totalmente favorável ao autor da ação rescisória, bastando que melhore sua situação anterior[424].

Não se confunde prova nova com fato novo, ou ainda fato que somente após o trânsito em julgado passa a ser conhecido pela parte. Significa dizer que a prova nova que fundamenta a ação rescisória deve se referir a um fato que tenha sido alegado na ação originária[425]. Sendo o fato não alegado um fato simples, a coisa julgada não poderá ser afastada com a sua alegação em razão da eficácia preclusiva da coisa julgada; sendo um fato jurídico, a parte poderá ingressar com nova demanda, já que nesse caso não haverá mais a tríplice identidade (a causa de pedir é diferente).

62.4.8. ERRO DE FATO

Dispõe o art. 966, § 1.º, do Novo CPC que se verifica erro de fato quando a decisão rescindenda admite um fato inexistente ou quando considera um fato inexistente efetivamente ocorrido. Essa equivocada percepção a respeito de um fato enseja ação rescisória, registrando-se que o mero equívoco a respeito da qualificação jurídica de um fato não está abrangido pelo art. 966, VIII do Novo CPC.

Para que seja admitida a ação rescisória com fundamento no dispositivo legal ora analisado, é necessário o preenchimento de quatro requisitos[426]:

(a) O erro de fato deve ser fundamento essencial da sentença, ou seja, não fosse o erro de fato, a decisão teria sido em outro sentido[427];

(b) A apuração do equívoco factual deve ser realizada com as provas produzidas no processo originário, de forma que a produção de prova na própria ação rescisória nesse caso é proibida[428];

(c) o fato não pode representar ponto controvertido (questão) no processo originário, ou porque as partes não alegaram e caberia ao juiz conhecê-los de ofício, ou porque houve confissão de uma parte ou ainda porque a parte contrária se absteve de impugnar a alegação de fato[429];

(d) Inexistência de pronunciamento judicial a respeito do fato, entendendo-se que a má apreciação de prova não gera ação rescisória[430].

62.5. FUNDAMENTO PARA INVALIDAR SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE MÉRITO

A forma de desconstituição de decisão de mérito homologatória de renúncia, transação e reconhecimento jurídico do pedido transitada em julgado era extremamente polêmica sob a égide do CPC/1973 em razão de aparente duplicidade do tema nos arts. 485, VIII, e 486 do diploma processual revogado.

Para parcela da doutrina seria cabível a ação anulatória nos casos de vícios no negócio jurídico homologado, ainda que existisse sentença de mérito homologatória transitada em julgado; enquanto a ação rescisória seria utilizada nos casos de vício na própria sentença homologatória, e não no negócio jurídico homologado[431]. Outra corrente doutrinária entendia que a sentença que acolhia ou rejeitava o pedido com fundamento em renúncia, transação ou reconhecimento do pedido seria rescindível (art. 485, VIII, do CPC/1973), mas a sentença que apenas homologasse o ato da parte ou das partes seria anulável (art. 486 do CPC/1973)[432]. E uma terceira corrente doutrinária defendia que o meio de impugnação adequado dependia do trânsito em julgado da decisão judicial: havendo o trânsito em julgado, seria cabível a ação rescisória; não havendo, caberia a ação anulatória, em aplicação por analogia do art. 352 do CPC/1973[433].

O Novo Código de Processo Civil resolveu esse impasse ao passar a prever expressamente no § 4° do art. 966 que os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei. A previsão legal se coaduna com a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça a respeito

do tema[434].

62.6. LEGITIMIDADE

A legitimação ativa na ação rescisória é determinada pelo art. 967 do Novo CPC:

> (a) parte no processo ou seu sucessor a título universal ou singular;
>
> (b) terceiro juridicamente interessado; e
>
> (c) Ministério Público.

É possível que exista no caso concreto mais de um legitimado ativo, sendo possível a formação de um litisconsórcio, sempre facultativo. Apesar de autorizada doutrina afirmar que o litisconsórcio nesse caso é unitário[435], entendo que a lição se aplica somente para o pedido realizado para julgamento no juízo rescindendo, porque uma eventual manutenção ou desconstituição da decisão atingirá todos os litisconsortes indistintamente. Já na hipótese do juízo rescisório, é possível imaginar que no novo julgamento o resultado possa ser diferente para os litisconsortes ativos.

As partes que participam do processo originário têm legitimidade ativa para propor a ação rescisória, incluídos autor, réu e terceiros intervenientes, inclusive o assistente. Pouco importa como se deu a participação desses sujeitos no processo originário, de forma que o réu revel, mesmo não tendo efetivamente participado do processo[436], tem legitimidade para a ação rescisória, bem como terceiros intervenientes que tenham se mantido inertes

durante o trâmite processual.

A sucessão inter vivos ou causa mortis torna os herdeiros ou sucessores legitimados à propositura da ação rescisória. A sucessão pode ter decorrido antes ou depois do encerramento do processo originário, desde que não tenha havido naquele processo a sucessão processual, porque nesse caso os herdeiros ou sucessores terão sido partes no processo originário, o que já garantirá sua legitimidade ativa para a propositura da ação rescisória. Interessante peculiaridade fica por conta da previsão do art. 393, parágrafo único, do Novo CPC: na ação rescisória com fundamento em confissão viciada por erro, dolo ou coação, somente o confitente tem legitimidade para propor a ação rescisória, ficando aos seus herdeiros a legitimidade de continuar a ação rescisória já iniciada pelo confitente. Os herdeiros, portanto, só têm legitimidade ativa superveniente.

O terceiro juridicamente prejudicado é aquele sujeito que mantém com uma ou ambas as partes da demanda uma relação jurídica que tenha sido afetada com a decisão que se busca rescindir. Poderia ter sido litisconsorte facultativo ou assistente no processo originário, o que lhe garantiria a legitimidade como parte, mas por não ter participado continua a ser terceiro. Sendo juridicamente afetado, tem legitimidade para a propositura da ação rescisória[437].

Também o Ministério Público tem legitimidade ativa na ação rescisória. É natural que o art. 967, III, do Novo CPC, ao tratar especificamente da legitimidade do Ministério Público, o faz

voltado para as hipóteses em que não houve sua participação no processo originário, porque nesse caso tem legitimidade como parte, o que tornaria o dispositivo legal inútil. São duas as hipóteses de legitimidade do Ministério Público nessas circunstâncias:

(a) quando não tenha sido ouvido como fiscal da lei em processo no qual sua participação era obrigatória; e

(b) quando a decisão resultar de colusão ou simulação das partes a fim de fraudar a lei[438].

Registre-se posição doutrinária que entende que o Ministério Público, quando participa do processo originário como fiscal da lei, é parte no processo, mas não é parte na demanda, de forma que só passa a ter legitimidade para a ação rescisória na hipótese de colusão ou de simulação entre as partes (art. 966, III, do Novo CPC)[439]. Não é esse, entretanto, o entendimento da jurisprudência, que entende serem meramente exemplificativas as alíneas “a” e “b” do art. 487, III, do CPC/1973, admitindo o ingresso de ação rescisória pelo Ministério Público sempre que existir interesse público[440], tendo sido esse entendimento consagrado pela alínea “c” do dispositivo ora comentado ao prever a legitimidade ativa do Ministério Público em outros casos em que se imponha sua atuação.

O inciso IV do art. 967 do Novo CPC inova ao prever a legitimidade ativa para a ação rescisória daquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção, previsão sem correspondência no CPC/1973. Não resta dúvida de que a legitimidade nesse caso é de um terceiro que deveria ter participado do processo – ou ao menos ter sido ouvido – e que não o integrou.

Para parcela da doutrina, trata-se de entes distintos do Ministério Público que deveriam ter sido intimados a se manifestar e isso não ocorreu, como é o caso da Comissão de Valores Mobiliários, cuja intervenção é obrigatória nos processos em que se discutam matéria de sua competência (art. 31, Lei 6.385/1976), e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, cuja intervenção é obrigatória nos processos em que se discuta matéria de sua competência (art. 118 da Lei 12.529/2011)[441].

Tenho dificuldade de chegar à mesma conclusão diante do texto legal. Se é verdade que o inciso IV do art. 967 do Novo CPC fala em não ter sido ouvido, dando a entender que não houve oportunidade para tanto, o dispositivo legal é claro em prever a obrigatoriedade da intervenção.

Os arts. 31 da Lei 6.385/1976 e 118 da Lei 12.529/2011 não preveem intervenção obrigatória da Comissão de Valores Mobiliários e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, respectivamente. Os dois dispositivos preveem uma obrigatória intimação, mas deixam aos referidos entes a opção de participar ou não do processo. O art. 31 da Lei 6.385/1976 é mais obscuro, porque prevê que a Comissão de Valores Imobiliários será intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos. Já o art. 118 da Lei 12.259/2011 não deixa margem para dúvida ao prever que o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.

Como se pode notar, em nenhuma das duas hipóteses a intervenção do ente é obrigatória, já que sua mera intimação não é

capaz de integrá-lo ao processo, o que só pode ser realizado por meio de citação ou voluntariamente. Até imagino que o legislador tenha tentado contemplar essas hipóteses quanto à legitimidade para a ação rescisória, mas com a redação dada ao art. 967, IV, do Novo CPC tal conclusão fica prejudicada.

Acredito que, não ocorrendo a intimação que a lei prevê como obrigatória, estar-se-á diante de um vício que acarreta nulidade absoluta até o trânsito em julgado e depois se transforma em vício de rescindibilidade. Entendo que nesse caso o ente que deveria ter sido intimado e não foi tenha legitimidade para o ingresso da ação rescisória, mas numa interpretação mais flexível de terceiro prejudicado.

Por outro lado, e sem entrar na discussão sobre a forma processual adequada para o litisconsorte necessário que não participou do processo atacar a decisão transitada em julgado – ação rescisória ou querela nullitatis –, entendo que o dispositivo também não tenha sido criado para ele. Trata-se indubitavelmente de terceiro prejudicado e assim sempre teve legitimidade ativa para a ação rescisória[442].

Conclusivamente, o legislador parece ter pretendido ampliar a legitimidade ativa da ação rescisória, mas criou dispositivo inócuo e incapaz de atingir tal objetivo.

Ainda que inexista previsão expressa no tocante à legitimidade passiva na ação rescisória, a doutrina e jurisprudência entendem que devem ser réus dessa demanda todos os sujeitos que figuravam como parte no processo originário e não estejam propondo a ação

rescisória. Na hipótese de desconstituição total da decisão, haverá litisconsórcio passivo necessário, considerando-se que a eventual desconstituição da decisão impugnada afetará todos os sujeitos que participaram como parte no processo originário[443]. Dessa regra decorre interessante fenômeno: os sujeitos que participaram do processo originário no mesmo polo da demanda poderão figurar em polos opostos na ação rescisória. Visando a ação rescisória a somente um capítulo da decisão que não afete todos os sujeitos processuais (por exemplo, rescisão do capítulo que decidiu a denunciação da lide), não será necessário que todos os sujeitos do processo originário façam parte da ação rescisória[444].

Formado litisconsórcio passivo na ação rescisória, no tocante ao pedido rescindendo será unitário, não se admitindo que se opere a rescisão da decisão para alguns litisconsortes e a sua manutenção para outros. Já no tocante ao pedido rescisório o litisconsórcio é simples, porque no novo julgamento – do pedido inicial do autor da ação originária – o resultado poderá ser diferente para os litisconsortes, desde que, naturalmente, o litisconsórcio da ação originária tenha sido simples. Tendo sido unitário o litisconsórcio passivo formado na ação originária, naturalmente que também relativamente ao pedido rescisório será caso de litisconsórcio da mesma natureza[445].

Nos termos do art. 967, parágrafo único, do Novo CPC, nas hipóteses do art. 178 (hipóteses gerais de intervenção no processo civil), o Ministério Público será intimado para intervir como fiscal da ordem jurídica quando não for parte.

62.7. COMPETÊNCIA

A ação rescisória é uma ação de competência originária de tribunal, sendo que a determinação de qual o tribunal competente dependerá dos eventuais recursos interpostos no processo originário e da espécie de julgamento de tais recursos. Não havendo apelação contra a sentença, a competência será do tribunal de segundo grau competente para o julgamento desse recurso que no caso concreto não existiu. Também não traz nenhuma complicação a competência na hipótese de o processo originário acabar com o julgamento da apelação; nesse caso, o próprio tribunal que julgou a apelação será competente para desconstituir o seu julgamento.

A hipótese mais polêmica diz respeito aos processos nos quais há interposição de recurso especial e/ou extraordinário. A regra é de que a competência para a ação rescisória só será dos tribunais superiores no caso de esses recursos terem sido julgados em seu mérito, de forma que, não sendo admitidos (não recebimento/conhecimento), a competência será do tribunal de segundo grau, ainda que faticamente o processo tenha chegado até os tribunais superiores[446].

Merece destaque o entendimento consagrado na Súmula 249 do STF, que aponta para a competência do Supremo Tribunal Federal na hipótese de não conhecimento do recurso extraordinário, desde que tenha sido no caso concreto apreciada a questão constitucional, hipótese frequente no caso de não conhecimento em razão de ausência de ofensa à norma constitucional (art. 102, III, a, da CF). A mesma regra é aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça

na hipótese de recurso especial não conhecido com a matéria federal apreciada[447], o que ocorre em regra no caso de ausência de ofensa à norma federal (art. 105, III, a, da CF). Trata-se da indevida confusão entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento dos recursos excepcionais, devidamente analisada no Capítulo 77, item 77.2.

A competência da ação rescisória difere da competência da querela nullitatis, sendo entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça que enquanto naquela a competência é originária de tribunal, nessa a competência é do próprio juízo que proferiu a decisão atacada[448].

Seguindo a tradição do CPC/1973, o Novo Código de Processo Civil não versa sobre a competência para o julgamento da ação rescisória, mas traz importante novidade quanto ao tema da incompetência. Atualmente, a incompetência absoluta do tribunal leva à extinção terminativa da ação rescisória, não havendo remessa da ação de um tribunal para outro[449]. Contra essa conduta, o art. 968, § 6.º, do Novo CPC prevê expressamente a remessa dos autos ao tribunal competente. Imaginando que a mudança de tribunal possa exigir uma adequação da petição inicial, o § 5.º do mesmo dispositivo prevê que, sendo reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda não tiver apreciado o mérito e não se enquadrar na situação prevista no § 2.º do art. 966 do Novo CPC (I) e quando tiver sido substituída por decisão posterior (II).

Nos termos do art. 968, § 6.º, do Novo CPC, depois de emendada a petição inicial, ao réu será permitida a complementação dos fundamentos de sua defesa, para só então ocorrer a remessa dos autos para o tribunal competente. A regra naturalmente não será aplicável quando a incompetência for reconhecida de ofício liminarmente, o que leva à conclusão de que, excepcionalmente, será admitida a emenda da petição após a citação e apresentação de contestação do réu. Por outro lado, a complementação da defesa estará limitada ao objeto das mudanças realizadas na petição inicial em respeito ao princípio da causalidade.

Cabe uma observação quanto à competência adotando-se o entendimento de que só deve existir uma ação rescisória por processo. Imagine-se a hipótese de uma parcela do mérito ser decidida e a decisão transitar em julgado no primeiro grau, enquanto a outra parcela do mérito é julgada em último grau recursal pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse caso, se o vício de rescindibilidade estiver presente no julgamento parcial a competência para a ação rescisória será do tribunal de segundo grau, enquanto que estando o vício presente no julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça a competência será desse tribunal superior. Pergunto: e caso a parte pretenda alegar vício das duas decisões? Nesse caso, mesmo para os que defendem a existência de uma só ação rescisória por processo parece inviável sustentar esse entendimento: mesmo que com mesmo termo inicial, serão cabíveis duas ações rescisórias em razão dos diferentes órgãos competentes para o julgamento de cada vício de rescindibilidade alegado pelo autor.

62.8. PRAZO

62.8.1. PRAZO E TERMO INICIAL GERAIS

Segundo prevê o art. 975 do Novo CPC, o prazo para a propositura de ação rescisória é de dois anos, contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. Em razão da expressa previsão legal é irrelevante a data em que a parte tomou conhecimento dos fatos que possibilitariam a propositura da ação rescisória, valendo sempre, para qualquer situação e para qualquer legitimado, inclusive o terceiro juridicamente prejudicado, o termo inicial do trânsito em julgado. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o trânsito em julgado conta-se da última decisão proferida no processo, ainda que tal decisão seja de inadmissão de recurso[450]. O entendimento encontra-se atualmente sumulado[451]. No caso de intempestividade do recurso, somente em situação de extrema excepcionalidade, na qual a intempestividade é flagrante e se presume a má-fé do autor em reabrir o prazo para o ingresso da ação rescisória, o termo inicial não será a última decisão proferida no processo[452].

Registre-se que, para o Superior Tribunal de Justiça, participando do processo a Fazenda Pública, o trânsito em julgado, e, portanto, o termo inicial da contagem de prazo para o ingresso de ação rescisória, somente ocorre após o esgotamento do prazo em dobro que esta tem para recorrer, ainda que o ente público tenha sido vencedor na última decisão proferida na demanda[453].

Existe tese doutrinária que defende o entendimento de coisa

julgada material parcial na hipótese de recurso parcial, entendendo que a parcela da decisão não recorrida transita em julgado e, sendo de mérito, produz imediatamente coisa julgada material. Nesse entendimento, o termo inicial da ação rescisória não é a última decisão proferida no processo, mas o momento em que a parcela da decisão não foi objeto de recurso[454]. O posicionamento, entretanto, não convenceu o Superior Tribunal de Justiça, que não admite a tese de coisa julgada parcial, reafirmando o entendimento de que somente após a última decisão proferida no processo passa a ser contado o prazo da ação rescisória[455]. Há, por outro lado, entendimento do Supremo Tribunal Federal que admite a tese e aponta para diferentes termos iniciais para a propositura da ação rescisória, a depender do momento do trânsito em julgado do capítulo não impugnado da decisão[456].

Para parcela da doutrina, o art. 975, caput, do Novo CPC, teria consagrado o entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de haver apenas um termo inicial para a ação rescisória: a última decisão proferida no processo. Por esse entendimento, mesmo havendo a coisa julgada material parcial, fenômeno inegavelmente possível diante do julgamento antecipado parcial do mérito previsto no art. 356 do Novo CPC, o termo inicial da contagem do prazo de dois anos para a ação rescisória será a última decisão proferida no processo[457].

Diante de tal entendimento será cabível apenas uma ação rescisória por processo, independentemente do trânsito em julgado parcial, com o que se evitaria o tumulto processual decorrente de

inúmeras coisas julgadas em um mesmo feito[458], com a consequente pluralidade de ações rescisórias.

Não parece correto esse entendimento diante do que efetivamente encontra-se previsto no dispositivo ora comentado. O art. 975, caput, do Novo CPC não prevê o termo inicial da ação rescisória, mas tão somente seu termo final: "o direito à rescisão se extingue em dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo". Significa dizer que, constando o trânsito em julgado de capítulo de decisão de mérito a parte poderá imediatamente ingressar com ação rescisória, tendo como termo final do exercício desse direito o prazo de dois anos da última decisão proferida no processo[459].

Esse entendimento, entretanto, não elimina um sério inconveniente: a possibilidade de propositura de ação rescisória muito tempo depois que o mérito tenha sido julgado definitivamente. Como é notório, os processos em trâmite perante a Justiça Brasileira em geral não atendem ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Imagine uma hipótese, em nada improvável, que uma decisão interlocutória de mérito tenha resolvido parcela do pedido e que, em razão de sucessivos recursos contra a parcela de mérito decidida, a última decisão a ser proferida nesse processo ocorra somente 10 anos depois. Significa que a parte terá um prazo de 12 anos para rescindir a decisão parcial de mérito... Não é preciso muito esforço para se notar que, nesse caso, estar-se-á diante de grave violação à segurança jurídica.

Para contornar esse indesejável inconveniente – registre-se,

também presente no entendimento de que o prazo só tem início após a última decisão proferida no processo – é possível se imaginar uma interpretação mais criativa do dispositivo legal ora comentado. A última decisão proferida no processo não seria exatamente a "última decisão proferida no processo", mas sim a última decisão proferida a respeito do capítulo não impugnado ou da decisão interlocutória de mérito proferida nos processos. Nessa interpretação o termo inicial seria o trânsito em julgado de tal capítulo ou decisão. Não tenho dúvida de que o resultado desse entendimento seria o mais adequado, mas aparentemente contaria tanto a previsão legal como seu espírito. A atividade hermenêutica, afinal, precisa ter limites.

É tranquilo o entendimento de que no prazo de dois anos a parte não perde o direito à ação rescisória, mas o próprio direito material de desconstituir a decisão, de forma que o prazo de dois anos tem natureza decadencial. Não poderia ser outra solução, considerando-se que ação rescisória tem natureza constitutiva e versa sobre direito potestativo[460]. Como se sabe, sendo de decadência, o prazo não se interrompe nem se suspende, sendo entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça que vencido em data na qual não há expediente forense caberá à parte interessada ingressar com a ação rescisória no primeiro dia útil subsequente[461], em entendimento consagrado pelo art. 975, § 1º, do Novo CPC.

Segundo entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, o prazo decadencial de dois anos só se considerará interrompido quando a relação jurídica processual estiver completa,

de forma que a formação de litisconsórcio necessário ulterior só será admitida antes do vencimento do prazo[462]. Caso o prazo de dois anos transcorra sem tal formação, caberá a extinção da ação por decadência, nos termos do art. 487, II, do Novo CPC.

Registre-se, por fim, que o prazo de dois anos não flui em desfavor de incapazes, nos termos do art. 208 do Código Civil[463]. Nesse caso, o termo inicial do prazo de dois anos é a perda da condição de incapaz.

62.8.2. TERMOS INICIAIS DIFERENCIADOS

Conforme já analisado, o prazo para a ação rescisória é de dois anos e o termo inicial desse prazo é a última decisão proferida no processo. Há, entretanto, situações especiais em que o termo inicial se afasta da regra geral consagrada no caput do art. 975 do Novo CPC.

Quando fundada na hipótese prevista no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de cinco anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (art. 975, § 2.º). Nessa hipótese o prazo continua a ser tecnicamente de dois anos, mas com a modificação do termo inicial de sua contagem na prática a parte passa a ter até cinco anos da prolação da última decisão no processo para a propositura da ação rescisória.

O dispositivo é interessante porque é injusto se contar um prazo quando o fundamento da ação rescisória é desconhecido pela parte. Por outro lado, o legislador entendeu que não poderia deixar aberto eternamente o cabimento da ação rescisória nesse caso.

Numa ponderação entre a justiça e a segurança jurídica chegou-se à técnica consagrada no § 2º do art. 975 do Novo CPC.

Sendo o fundamento da ação rescisória a simulação ou a colusão das partes, o prazo começa a contar para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não interveio no processo, a partir do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão (art. 975, § 3.º, do Novo CPC). Novamente o prazo continua a ser de dois anos, mas com a fluidez do termo inicial, na prática, a ação rescisória poderá ser proposta muito além do prazo de dois anos da última decisão proferida no processo.

Nesse caso específico o legislador não põe limite temporal, considerando que a proteção da lei e/ou do terceiro prejudicado poderá ocorrer a qualquer tempo, desde que dentro do prazo de dois anos da ciência da simulação ou colusão entre as partes. Assim, é admissível a ação rescisória mesmo depois de transcorridos vários anos da última decisão proferida no processo.

Há também um termo inicial para o prazo da rescisória consagrado nos arts. 525, § 15, e 535, § 8º, do Novo CPC. Sendo a ação rescisória fundada em inconstitucionalidade da norma que fundamentou a decisão rescindenda, o termo inicial do prazo de dois anos da rescisória será a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal declarando tal inconstitucionalidade. Novamente tem-se um termo inicial fluido, que dependerá da data da decisão da Corte Constitucional. É mais um caso de admissão de ação rescisória mesmo depois de transcorridos vários anos da última decisão proferida no processo.

62.9. AÇÃO RESCISÓRIA E CUMPRIMENTO EXECUTIVO DO JULGADO

O art. 969 do Novo CPC prevê que a propositura da ação rescisória em regra não impede o cumprimento da decisão que se busca rescindir, mas que é admissível que no caso concreto o autor da ação rescisória obtenha tutela provisória para impedir o início ou suspender o andamento do cumprimento de sentença.

Quanto à tutela de urgência, esse atípico impedimento ou suspensão do cumprimento de sentença sempre foi admitido pela melhor doutrina, existindo alguma divergência a respeito de qual a tutela de urgência adequada para tal desiderato. Para alguns, o ideal seria o pedido de medida cautelar[464], enquanto outros, com razão, entendiam pelo cabimento de tutela antecipada na própria ação rescisória[465]. A divergência não foi solucionada pelo art. 969 do Novo CPC ao prever genericamente a tutela provisória, sem optar pela mais adequada, que naturalmente é a tutela antecipada. De qualquer forma, com a previsão de tutela provisória, parece que o legislador optou pela maior abrangência possível no tocante à tutela do autor da ação rescisória, sendo atualmente cabível o pedido por meio de qualquer uma das duas tutelas de urgência e também da tutela da evidência.

No caso de pedido incidental de tutela provisória o autor poderá elaborá-lo na própria petição inicial da ação rescisória, sempre que cabível, já que há tutela de evidência que não pode ser

concedida liminarmente (art. 311, parágrafo único, do Novo CPC), ou por meio de mera petição após a propositura da ação. Também será admissível o pedido antecedente, seja a pretensão provisória fundada em tutela de urgência ou da evidência, conforme devidamente analisado no Capítulo 12, item 12.2.2.

Registre-se o entendimento de que o pedido de suspensão do cumprimento de sentença também pode ser feito no primeiro grau de jurisdição, diante do juízo que conduz o cumprimento de sentença. Apesar de reconhecer que o meio mais adequado é o pedido de tutela provisória perante o tribunal competente para a ação rescisória, essa corrente doutrinária entende que em aplicação do poder geral de cautela do juiz, o pedido de concessão de tutela de urgência no primeiro grau é cabível[466]. Por analogia deve ser o mesmo entendimento aplicado na tutela da evidência. Deve se lamentar a opção do legislador em manter a previsão no sentido de que a tutela provisória impede o cumprimento de sentença.

Na realidade, nem toda decisão rescindenda gera cumprimento de sentença, como ocorre com as decisões meramente declaratórias – salvo aquelas que declaram a exigibilidade de uma obrigação, com as decisões constitutivas e até mesmo com as decisões de improcedência. Nesses casos, apesar de não existir cumprimento de sentença no caso concreto, não se deve destacar a aplicação do art. 969 do Novo CPC, que terá como função impedir a geração de efeitos da decisão rescindenda. Nesse sentido teria andado melhor o legislador se tivesse previsto a possibilidade de a tutela provisória impedir a geração de efeitos da decisão rescindenda, que como analisado não será sempre um efeito executivo (cumprimento de

sentença).

62.10. PROCEDIMENTO

62.10.1. PETIÇÃO INICIAL

Tendo natureza jurídica de ação, vigora na ação rescisória o princípio da inércia da jurisdição, exigindo-se a provocação de um dos legitimados pelo art. 967 do Novo CPC. Essa provocação inicial dar-se-á por meio de uma petição inicial, nos termos dos arts. 319 e 320 do Novo CPC. Apesar de a petição inicial ser tema do Capítulo 15, existem algumas particularidades na petição inicial da ação rescisória que merecem breves comentários.

O art. 319, I, do Novo CPC prevê o endereçamento da petição inicial, sendo certo que no caso da ação rescisória o endereçamento sempre apontará um tribunal, conforme já analisado no Capítulo 15, item 15.2.1. Eventual equívoco quanto ao endereçamento, que criará no caso concreto um vício de incompetência absoluta, não enseja a extinção do processo, o que poderia no caso concreto ser extremamente danoso à parte em razão do prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória. Dessa forma, reconhecida a incompetência absoluta – o que deve ser feito de ofício pelo órgão jurisdicional –, o processo deverá ser remetido ao tribunal competente[467], nos termos do art. 968, § 5º, do Novo CPC.

No tocante ao pedido é preciso recordar que a regra na ação rescisória é a existência de dois juízos:

(a) juízo rescindendo (iudicium rescindens), que é o pedido de rescisão do julgado impugnado; e

(b) juízo rescisório (iudicium rescissorium), que é o pedido de novo julgamento.

Sempre que for necessária a cumulação de pedidos – cumulação sucessiva, na qual o segundo pedido só será analisado se o primeiro for acolhido –, é indispensável que ambos os pedidos sejam feitos expressamente, não se admitindo pedido implícito de novo julgamento. A exigência consta do art. 968, I, do Novo CPC. O princípio da instrumentalidade das formas exige do juízo a determinação de emenda da petição inicial no caso de ausência de pedido de novo julgamento nesses casos[468], mas é inegável que um juízo mais formalista possa vir a indeferir liminarmente a petição inicial.

As exceções à necessidade de cumulação de pedidos ficam por conta da ação rescisória fundada no art. 966, II, do Novo CPC, sempre que o órgão que desconstituir a decisão o fizer exatamente porque reconheça sua incompetência absoluta para proferir o julgamento impugnado (não teria nenhum sentido desconstituir o julgamento e proferir novo julgamento com o mesmo vício), e da ação rescisória fundada no art. 966, IV, do Novo CPC, já que, afastada a decisão que contraria a coisa julgada, nenhuma outra terá que ser proferida, mantendo-se a decisão originariamente afrontada pela decisão desconstituída. Nesses casos não haverá cumulação de pedidos, limitando-se a pretensão do autor ao pedido de rescisão do julgado (juízo rescindendo)[469].

No tocante ao valor da causa, entendo que se deva analisar no caso concreto o valor econômico do bem da vida perseguido pelo autor da ação rescisória, não existindo uma vinculação necessária

entre o valor da causa do processo originário e o da ação rescisória[470]. Atualmente esse é o entendimento prestigiado no Superior Tribunal de Justiça[471], que corretamente se afastou do entendimento de que o valor da causa da rescisória seria sempre o valor da causa da ação originária devidamente atualizado[472]. A dissociação ora defendida entre valor da causa da ação rescisória e da ação originária fica ainda mais evidente quando a ação rescisória não se voltar à impugnação da totalidade da decisão, objetivando a desconstituição de apenas alguns capítulos do ato decisório[473].

Segundo o art. 968, II, do Novo CPC, caberá ao autor realizar um depósito no valor de 5% do valor da causa, valor esse que se converterá em multa e será revertido à parte contrária na hipótese de decisão unânime de inadmissão da ação rescisória ou de improcedência do pedido. O objetivo do dispositivo legal é evitar o abuso na utilização da ação rescisória, servindo como um desestímulo àqueles que não têm razões fundadas para a demanda, ainda que para parcela minoritária da doutrina trate-se de requisito inconstitucional por restringir injustificadamente o direito de acesso ao processo[474].

Como o dispositivo legal aponta para a exigência de decisão unânime, entende-se que, sendo a decisão monocrática proferida pelo relator, não caberá a aplicação da multa ao autor com a perda do valor depositado, o mesmo ocorrendo na hipótese de decisão colegiada se ao menos um juiz decidir em favor do autor da ação rescisória. Compreende-se que nesses casos – em especial no segundo – não é adequado se presumir que houve um abuso no

manejo da ação rescisória, o que isentaria o autor do pagamento da multa.

O art. 968, § 2º, do Novo CPC cria um valor máximo de mil salários mínimos para a caução prévia, o que se justifica para que a exigência legal não se torne proibitiva da propositura da ação rescisória.

Há previsão expressa no § 1º do art. 968 do Novo CPC de dispensa do recolhimento do depósito prévio à União, Estado, Distrito Federal, Município, às suas respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e àqueles que tenham obtido o benefício da gratuidade da justiça[475].

O art. 320 do Novo CPC exige que os documentos indispensáveis à propositura da demanda sejam juntados com a petição inicial. Na ação rescisória existem ao menos duas peças do processo originário que necessariamente deverão instruir a petição inicial por meio de cópias. São considerados documentos indispensáveis à propositura da ação rescisória: (a) cópia da decisão que se busca rescindir, até mesmo porque sem essa peça não seria possível ao tribunal analisar a causa de rescindibilidade; e (b) a cópia da certidão do trânsito em julgado[476], para que o tribunal possa verificar que o momento é adequado para a propositura da ação rescisória, tanto no tocante ao termo inicial como ao termo final.

62.10.2. REAÇÕES DO JUIZ DIANTE DA PETIÇÃO INICIAL

Como ocorre com qualquer petição inicial, também a que dá início à ação rescisória pode ser indeferida, prevendo o art. 968, § 3º, do Novo CPC que o indeferimento ocorre nas hipóteses do art. 330 do Novo CPC e quando não for realizado o depósito prévio previsto em lei. A previsão é excessivamente formalista, porque a ausência do depósito prévio é vício sanável, devendo ser determinada a emenda da petição inicial, e não o seu indeferimento. É natural que, não realizada a emenda, será caso de indeferimento, nos termos do art. 330, IV, do Novo CPC.

O indeferimento pode ocorrer por decisão monocrática do relator, em aplicação subsidiária do art. 932, III, IV e V, do Novo CPC, hipótese em que caberá ao autor a propositura de agravo interno no prazo de 15 dias[477]. Sendo a decisão colegiada, caberá no máximo – a depender do caso concreto – recurso especial e/ou extraordinário. Por questão de agilidade procedimental a decisão que indefere ou determina a emenda da petição inicial pode ser proferida pelo relator, embora não exista ilegalidade na prolação de tal decisão pelo órgão colegiado[478].

O § 4.º do art. 968 do Novo CPC prevê expressamente a aplicação do julgamento liminar de improcedência com fundamento no art. 332 do Novo CPC, ou seja, pelas mesmas razões que qualquer ação tem tal espécie de julgamento.

A citação não tem qualquer especialidade, seguindo as regras comuns, sendo inclusive possível a realização pela via eletrônica, valendo-se o tribunal do endereço constante no processo originário.

62.10.3. RESPOSTA DO RÉU

O prazo de resposta será determinado pelo juiz no caso concreto entre 15 e 30 dias (art. 970 do Novo CPC). Há decisão do Superior Tribunal de Justiça indicando a aplicabilidade do art. 188 do CPC/1973, de forma que o prazo seja contado em quádruplo para a Fazenda Pública responder à petição inicial[479], ainda que se trate de prazo judicial e não legal, já que fixado no caso concreto pelo juízo. Não há razão para acreditar que ocorra diferente com o art. 180 do Novo CPC, que prevê o prazo em dobro para a Fazenda Pública falar em geral nos autos. Tal posicionamento permite a conclusão de que também o art. 229 do Novo CPC seja aplicável, sendo contado em dobro o prazo de resposta fixado pelo juízo no caso de litisconsórcio passivo com pluralidade de patronos de diferentes sociedades de advogados[480].

Das espécies de respostas previstas pelo art. 970 do Novo CPC, não resta qualquer dúvida a respeito do cabimento da contestação, típica resposta defensiva, não sendo cabível nesse caso a alegação de incompetência relativa, considerando-se que qualquer vício de competência será de incompetência absoluta. Nessa contestação será admissível a reconvenção, desde que se respeite o prazo decadencial de dois anos e que o réu realize o depósito prévio de 5% do valor da causa previsto pelo art. 968, II, do Novo CPC[481]. Também se admite a impugnação ao valor da causa e a impugnação à concessão dos benefícios da assistência judiciária caso essa tenha sido concedida liminarmente. Por fim, são cabíveis as exceções de impedimento e suspeição, nos termos da lei processual.

A ausência de defesa por meio da contestação torna o réu revel, considerando-se a revelia uma situação de fato gerada pela

ausência jurídica de contestação. A doutrina e jurisprudência, entretanto, em razão da especialidade procedimental da ação rescisória, entendem que não há geração do principal efeito da revelia, que é a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor[482].

62.10.4. ATIVIDADE SANEADORA

A segunda parte do art. 970 do Novo CPC determina que após o prazo de resposta, com ou sem contestação, observar-se-á o procedimento comum, ou seja, "providências preliminares" e "julgamento conforme o estado do processo". A utilização da advertência de que a aplicação das normas previstas para o procedimento comum deve ocorrer no que couber é importante em razão das particularidades procedimentais da ação rescisória.

A audiência de conciliação e de mediação não tem lugar na ação rescisória, considerando-se que a desconstituição de decisão de mérito transitada em julgado não pode ser objeto de transação. Diferente ocorre com a audiência de saneamento prevista no art. 357, § 3º, do Novo CPC, que poderá ocorrer normalmente.

Também não se admite a presunção de veracidade dos fatos gerada pela revelia do réu, o que afasta a possibilidade de julgamento antecipado do mérito com fundamento no art. 355, II, do Novo CPC. Nem mesmo todas as extinções previstas nos arts. 485 e 487 do Novo CPC são admissíveis na ação rescisória, sendo incabível a extinção em razão de convenção de arbitragem (as partes não podem optar por desconstituir a coisa julgada material por arbitragem) e por reconhecimento jurídico do pedido (a

disposição do direito nesse caso é ineficaz)[483].

62.10.5. FASE PROBATÓRIA

Tanto o pedido rescisório quanto o pedido rescindendo podem no caso concreto exigir a produção probatória, que ocorre de uma só vez. Tratando-se de prova documental aplicam-se as regras analisadas no Capítulo 22, item 22.2.5, não existindo nenhuma dificuldade prática na produção dessa espécie de prova no próprio tribunal competente para o julgamento da ação rescisória. Diferente realidade se dá quando a prova a ser produzida é oral e/ou pericial, meios de prova que exigem certa estrutura funcional que os tribunais não possuem. Em razão dessa dificuldade para a prática de tais atos processuais, é admitida a delegação da função probatória para o juízo de primeiro grau[484].

Dispõe o art. 972 do Novo CPC que, havendo a necessidade de produção de prova, o relator delegará a função probatória do tribunal para o órgão que proferiu a decisão rescindenda, que deverá produzir a prova. Entendo que não seja prudente aplicar a regra legal na hipótese da ação rescisória fundamentada no art. 966, I, do Novo CPC, porque nesse caso o alegado crime praticado pelo juízo que proferiu a decisão rescindenda o coloca em situação desaconselhável a produzir a prova. Nesse caso, melhor que seja respeitado o foro, mas não o juízo. Por outro lado, devendo a prova ser produzida em foro distinto daquele em que tramitou o processo cuja decisão de mérito transitada em julgado busca-se rescindir não haverá necessidade de a carta de ordem ser dirigida ao juízo de origem[485].

Salvo no caso de prova documental, havendo a necessidade de colhimento de depoimento pessoal, oitiva de testemunhas ou realização de prova pericial, será expedida carta de ordem para o juízo de primeiro grau, com prazo de um a três meses para cumprimento, a ser fixado pelo relator no caso concreto. Apesar de a delegação ser uma mera faculdade do relator, admitindo-se que a prova seja produzida no próprio tribunal, é mais comum a atuação do juízo de primeiro grau.

62.10.6. MANIFESTAÇÕES FINAIS

Encerrada a instrução probatória, será aberta vista para a apresentação de razões finais escritas no prazo de 10 dias. A ordem é: autor, réu e Ministério Público, que sempre participará da ação rescisória como fiscal da lei, uma vez que a desconstituição da coisa julgada material tem por si só interesse público que justifica a intervenção do Ministério Público[486].

Após as manifestações finais ocorre o julgamento da ação rescisória, cujo procedimento verifica-se nos termos dos regimentos internos dos tribunais superiores e das normas de organização judiciária estaduais e dos regimentos internos dos tribunais de segundo grau de jurisdição.

62.10.7. JULGAMENTO

No julgamento da ação rescisória caberá ao tribunal, em primeiro lugar, a análise da admissibilidade da ação, o que passa necessariamente pelo enfrentamento dos pressupostos processuais e das condições da ação. Importante também a análise da causa de rescindibilidade, realizada à luz da causa de pedir alegada pelo

autor. Caso a irresignação do autor da ação rescisória não esteja fundada nas causas de rescindibilidade previstas pelo art. 966 do Novo CPC, não se admite a ação rescisória, com extinção terminativa. Superada a admissibilidade, passa-se ao julgamento de mérito da ação.

Por questão de lógica o primeiro pedido analisado é o de rescisão da decisão impugnada (juízo rescindendo) e somente no caso de acolhimento desse pedido passará ao julgamento do pedido de novo julgamento (juízo rescisório).

Verificada a efetiva ocorrência da causa de rescindibilidade, o pedido será julgado procedente, estando o tribunal adstrito à causa indicada pelo autor em sua petição inicial, de forma que, mesmo entendendo pela existência de outra causa de rescindibilidade, ausente aquela indicada pelo autor em sua petição inicial, o pedido de rescisão deverá ser rejeitado. Eventuais equívocos na indicação do inciso do art. 966 do Novo CPC são irrelevantes, aplicando-se no caso o princípio iura novit curia[487].

Rejeitado o pedido de rescisão, o pedido de novo julgamento perderá o objeto (prejudicado), nem ao menos chegando a ser enfrentado. Acolhido o pedido de rescisão, cuja decisão terá natureza constitutiva negativa com efeitos ex nunc[488], o tribunal poderá:

(a) encerrar o julgamento quando a decisão do pedido rescindendo esgotar a atividade jurisdicional necessária do tribunal, o que se verifica na ação rescisória fundada em ofensa à coisa julgada (art. 966, IV, do Novo CPC);

(b) determinar a remessa para outro órgão em razão da incompetência absoluta do

tribunal que julgou a ação rescisória (art. 966, II, do Novo CPC); e

(c) realizar um novo julgamento (juízo rescisório), no qual poderá acolher ou rejeitar o pedido formulado pelo autor no processo originário: havendo rejeição, o capítulo da decisão terá natureza declaratória negativa; sendo acolhido, terá a natureza do pedido feito no processo originário, podendo ser meramente declaratório, constitutivo ou condenatório[489].

63. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Sumário: 63.1. Cabimento – 63.2 Legitimidade para requerer a instauração do incidente – 63.3. Competência – 63.4. Divulgação – 63.5. Sujeitos com legitimidade para participar do incidente – 63.6. Instauração – 63.7. Admissão do incidente – 63.8. Poderes do relator – 63.9. Julgamento e seus efeitos – 63.10. Julgamento do IRDR e do recurso, reexame necessário e ação de competência originária do tribunal – 63.11. Juizados Especiais – 63.12. Desistência ou abandono do processo – 63.13. Recursos.

63.1. CABIMENTO

Nos termos do art. 976, caput, do Novo CPC, é cabível o incidente de resolução de demandas repetitivas, conhecido por IRDR, quando houver simultaneamente a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Concordo com o Enunciado 342 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) no sentido de o incidente ora analisado aplicar-se a recurso, remessa necessária ou a qualquer causa (processo) de competência originária de tribunal.

O tratamento isonômico de diferentes processos que versam

sobre a mesma matéria jurídica, gerando dessa forma segurança jurídica e isonomia, é a justificativa do incidente ora analisado, como se pode constatar da mera leitura do art. 976, caput, do Novo CPC.

A literalidade da norma, entretanto, deixa uma dúvida. Ao prever a repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, o dispositivo dá a entender que, havendo diferentes questões de fato em tais processos, não seria cabível a instauração do incidente processual[490].

No entanto, essa realidade deve ser analisada com certa flexibilidade, porque, mesmo existindo diversidade de fatos, a questão jurídica pode ser a mesma. Basta imaginar diferentes remessas de nomes para cadastros de devedores por uma causa comum, quando cada autor indicará um fato diferente, afinal, cada inclusão é um fato. Contudo, nesse caso a causa da inclusão nos cadastros de devedores é comum, de forma a ser irrelevante a diversidade dos fatos para a fixação da tese jurídica.

A diversidade de fatos apta a afastar o cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser aquela suficiente a influenciar a aplicação do direito ao caso concreto, porque, havendo fatos diferentes de origem comum, deve ser cabível o incidente ora analisado.

Cabe registrar que no projeto aprovado originariamente no Senado o incidente tinha natureza preventiva porque poderia ser instaurado quando “identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica

questão de direito". A redação aprovada afasta essa realidade a exigir a existência de múltiplos processos, dando a entender que a questão jurídica deve ser enfrentada e decidida em diversos processos antes de ser instaurado o incidente processual[491].

A redação final do dispositivo deve ser elogiada porque é necessária uma maturação no debate jurídico a respeito da questão jurídica para que só então seja instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas. O dissenso inicial a respeito da mesma questão jurídica, apesar de ofender a isonomia e a segurança jurídica, é essencial para uma maior exposição e mais aprofundada reflexão sobre todos os entendimentos possíveis a respeito da matéria[492].

Compreende-se o temor de parcela da doutrina de que não se pode esperar que o caos se instaure em primeiro grau, com milhares de decisões conflitantes, para só então se instaurar o incidente[493]. E nesse sentido essa corrente doutrinária defende que a mera existência de algumas dezenas de processos, que versem sobre uma mesma matéria jurídica que, inexoravelmente, gerará muitos outros, já seja o suficiente para a instauração do IRDR[494].

Entendo que deva ser encontrado um meio termo. Não deve se admitir o IRDR quando exista apenas um risco de múltiplos processos com decisões conflitantes, como também não será plenamente eficaz o IRDR a ser instaurado quando a quebra da segurança jurídica e da isonomia já forem fatos consumados. A instauração, dessa forma, precisa de maturação, debate, divergência, mas não pode demorar demasiadamente a ocorrer.

Por outro lado, a mera existência de algumas decisões em sentido contrário ao que vem majoritariamente se decidindo, pode não ser suficiente para colocar em risco a isonomia e a segurança jurídica, porque se houver um entendimento amplamente majoritário sendo aplicado nas decisões sobre a mesma questão jurídica, a previsibilidade do resultado não estará sendo afetada de forma considerável, não sendo nesse caso necessária a instauração do IRDR[495].

E é justamente por essa razão que a interpretação mais adequada do caput do art. 976 do Novo CPC é a necessidade não só de múltiplos processos, mas de múltiplos processos já decididos, com divergência considerável, nos quais a questão jurídica tenha sido objeto de argumentações e decisões[496]. Caso a mera existência de processos sem decisões sobre a matéria já seja suficiente para a admissão do incidente ora analisado, teremos uma natureza preventiva, o que parece não ter sido o objetivo do legislador.

Reconheço, entretanto, que não foi nesse sentido a previsão legal. Enquanto o inciso I do art. 976 do Novo CPC exige a existência de múltiplos processos repetitivos para a instauração do IRDR, o inciso II do mesmo dispositivo exige apenas que exista um risco de que as decisões nesses processos sejam ofensivas à isonomia e à segurança jurídica. Se o requisito exige apenas o risco, é possível concluir que mesmo sem divergência real instaurada seja cabível o incidente ora analisado.

Apesar de não estar previsto como requisito de admissibilidade do IRDR, já se discute na doutrina a necessidade de haver ao menos

um processo em trâmite no tribunal, seja em grau recursal ou em razão do reexame necessário, para que se admita a instauração do incidente processual ora analisado.

Parcela da doutrina entende que não, de forma que o IRDR deva ser admitido ainda que os múltiplos processos estejam todos em primeiro grau de jurisdição[497]. Parece também ter sido essa intenção do legislador, como se pode notar de trecho da Emenda constante do tópico 2.3.2.231 do Parecer Final 956 do Senado, que na realidade notou um problema que eu entendia não existir no projeto de lei aprovado pela Câmara: "Os §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 998 do SCD desfiguram o incidente de demandas repetitivas. Com efeito, é nociva a eliminação da possibilidade da sua instauração em primeira instância, o que prolonga situações de incerteza e estimula uma desnecessária multiplicação de demandas, além de torná-lo similar à hipótese de uniformização de jurisprudência.

Prefiro a corrente doutrinária que defende a necessidade de ao menos um processo em trâmite no tribunal, justamente o processo no qual deverá ser instaurado o IRDR. Esse requisito não escrito decorre da opção do legislador de prever, no art. 978, parágrafo único, do Novo CPC, a competência do mesmo órgão para fixar a tese jurídica, decidindo o IRDR, e julgar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente[498].

Caso só existam processos em trâmite no primeiro grau e seja instaurado o IRDR, necessariamente o processo de onde se originou o incidente será um processo de primeiro grau, o que

impossibilitará o cumprimento pleno do art. 978, parágrafo único, do Novo CPC.

Ainda que estejam preenchidos todos os requisitos previstos pelo art. 976, caput, do Novo CPC, não se admitirá a instauração do incidente ora analisado quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (art. 976, § 4.º, do Novo CPC).

A regra é elogiável já que, segundo a melhor doutrina, não teria sentido se instaurar incidente com o objetivo de criar um precedente vinculante para determinado Estado (Justiça Estadual) ou Região (Justiça Federal), quando já há outro incidente instaurado em tribunal superior que criará um precedente vinculante com eficácia nacional[499]. Além desta maior abrangência, a inadmissão do IRDR nesse caso evita possíveis decisões conflitantes ou contraditórias na fixação da mesma tese jurídica[500].

63.2 LEGITIMIDADE PARA REQUERER A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE

A legitimidade para instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas está prevista no art. 977 do Novo CPC.

No inciso I vem prevista a legitimidade do juiz ou relator, quando a instauração se dará mediante ofício. Ainda que assim não esteja expressamente prevista no texto legal, a legitimidade do relator só existirá concretamente quando o processo repetitivo tiver

chegado ao tribunal em grau recursal, reexame necessário ou, excepcionalmente, em ações de competência originária que estejam em trâmite perante o tribunal.

Como parto da premissa de que o processo no qual seja instaurado o IRDR deve estar necessariamente em trâmite no tribunal, surge natural dificuldade em se compreender como se dá a legitimidade do juiz na instauração do incidente nos termos do art. 977, I, do Novo CPC.

Se o processo precisa estar em trâmite no tribunal, de duas uma: ou ele já teve um juiz (processo que começou em primeiro grau e está em fase recursal ou aguardando julgamento de reexame necessário), ou nunca teve nem terá juiz (processo de competência originária do Tribunal).

Há corrente doutrinária que defende como solução do problema a legitimidade não estar atrelada ao processo no qual será instaurado o IRDR. Assim, poderia qualquer juiz que esteja conduzindo um processo repetitivo, requerer por ofício ao presidente do tribunal a instauração do IRDR em outro processo repetitivo que esteja em trâmite no tribunal[501]. E o mesmo com relação aos demais legitimados[502]. A solução, deve-se admitir, é inteligente e garante no caso concreto a legitimidade abstrata do juiz prevista pelo inciso I do art. 977 do Novo CPC. Não entendo, entretanto, que tenha sido esse o objetivo do legislador ao prever a legitimidade no art. 977 do Novo CPC, ainda que não haja expressa previsão de que o juiz legitimado deva ser o da causa, o mesmo ocorrendo com o relator e as partes. Ocorre, entretanto, que a

legitimidade para suscitar qualquer incidente processual é limitada aos sujeitos processuais que formam a relação jurídica processual no processo no qual o incidente será instaurado. Particularmente não vejo motivos para se deixar de aplicar tal regra ao IRDR.

Poder-se-ia alegar que a regra deve ser afastada porque nos incidentes a legitimidade das partes se justifica nos limites subjetivos de sua decisão, ou seja, se o incidente só vincula os sujeitos do processo, somente eles poderão alegá-lo. Já no IRDR a fixação da tese jurídica, com a consequente criação de um precedente vinculante, interessa também aos sujeitos processuais que participam de outros processos repetitivos que não aquele em que será instaurado o IRDR.

Não há como negar a correção do raciocínio, mas deve-se lembrar que a instauração do incidente não gera apenas a fixação da tese, mas também o julgamento do recurso, reexame necessário ou processo de competência originária. E, nesse caso, haverá uma mudança de competência, já que o julgamento não ocorrerá mais pelo órgão fracionário do tribunal, mas sim pelo seu órgão pleno. Tenho uma dificuldade insuperável em admitir que terceiros possam modificar a competência absoluta (toda competência de tribunal, inclusive a interna, é absoluta de caráter funcional) do julgamento de recurso, reexame necessário e processo de competência originária do tribunal.

Em meu entendimento, portanto, a legitimidade do juiz só existe no caso concreto após a interposição da apelação contra sua sentença. Nesse caso, o processo ainda ficará por certo tempo no primeiro grau, para que o cartório intime o apelado e aguarde o

transcurso do prazo de 15 dias das contrarrazões. Como o primeiro grau não tem mais competência para o juízo de admissibilidade da apelação, sua mera interposição é garantia de que o processo chegará ao tribunal de segundo grau. Aqui, embora os autos ainda não estejam no segundo grau, esse é o seu destino certo, sendo assim possível ao juiz do processo requisitar a instauração do IRDR.

Além das partes dos processos repetitivos, o Ministério Público e a Defensoria Pública têm legitimidade para instauração do incidente, nos termos do inciso III do dispositivo ora analisado, quando o incidente será instaurado por meio de petição.

No projeto de lei aprovado na Câmara havia a previsão de legitimidade ativa de pessoa jurídica de direito público ou da associação civil, cuja finalidade institucional incluísse a defesa do interesse ou direito objeto do incidente. A legitimidade, portanto, exigia a pertinência temática, a exemplo do que ocorre na propositura da ação civil pública, e, embora omisso o texto legal, também a necessidade de existência jurídica da associação civil por ao menos um ano.

Conforme observado pela melhor doutrina, essa legitimidade era inspirada na legitimidade para a propositura da ação civil pública[503], que a exemplo do incidente tem como objetivo a economia processual e a harmonização dos julgados. A redação final do art. 977 do Novo CPC, entretanto, não conta com tal legitimidade, o que, apesar de limitar o rol de legitimados, não elimina a conclusão que justifica a legitimação para o Ministério

Público e para a Defensoria Pública.

Dessa forma, a legitimidade do Ministério Público para suscitar o incidente é ampla e irrestrita quando a questão envolver direitos difusos ou coletivos, mas, no caso de direitos individuais homogêneos, só terá legitimidade se o direito for indisponível ou disponível com repercussão social[504]. É nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à legitimidade do Ministério Público na tutela coletiva[505]. Há, entretanto, corrente doutrinária que defende uma legitimação ampla e irrestrita, decorrente da função institucional do Ministério Público de defesa da ordem jurídica[506].

Nos termos do art. 976, § 2.º, do Novo CPC, se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. Diferente do que ocorre com a ação coletiva, caso haja abandono ou desistência, o Ministério Público tem o dever institucional de assumir a titularidade do incidente de resolução de demandas repetitivas[507].

Para a Defensoria Pública a legitimidade deve seguir o que for estabelecido quanto à sua atuação no polo ativo da ação civil pública. Caso se entenda que a propositura da ação civil pública é função atípica da Defensoria Pública, na defesa dos hipossuficientes organizacionais, também será essa sua atuação na instauração do incidente ora analisado[508]. Por outro lado, caso se entenda que a propositura da ação civil pública faz parte da função típica da Defensoria, na defesa dos hipossuficientes econômicos, nesse

sentido estará limitada a sua atuação na instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas[509].

63.3. COMPETÊNCIA

No projeto de lei aprovado na Câmara havia regra expressa no sentido de o incidente ora analisado poder ser suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal, deixando claro que a competência para o julgamento do incidente é dos tribunais de segundo grau de jurisdição.

A regra foi suprimida no texto final do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado, o que, entretanto, não é o suficiente para mudar a competência dos tribunais de segundo grau. A essa conclusão pode-se chegar pela previsão de cabimento de recurso especial e extraordinário contra a decisão que resolve o incidente (art. 987, caput, do Novo CPC) e pela previsão de que a suspensão dos processos pendentes se dará nos limites de estado ou na região (art. 982, I, do Novo CPC).

Correto quanto ao tema o Enunciado 343 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “O incidente de resolução de demandas repetitivas compete a tribunal de justiça ou tribunal regional”.

Também havia no projeto de lei aprovado pela Câmara expressa previsão de que o incidente somente poderia ser suscitado na pendência de qualquer processo de competência do tribunal. Novamente, a retirada de regra expressa do texto final do Novo CPC não seria apta a mudar tal realidade, o que se pode concluir da

previsão contida no art. 978, parágrafo único, do Novo CPC, que prevê a competência do órgão julgador do incidente para o julgamento do recurso, remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

No projeto aprovado originariamente no Senado havia indicação da competência interna dos tribunais para julgar o incidente (plenário ou órgão especial), previsão que não foi repetida no projeto aprovado. Evitou-se assim uma inconstitucionalidade, pois cabe ao regimento interno dos tribunais a definição da competência interna de seus órgãos para o julgamento do incidente ora analisado, como acertadamente previsto no art. 978, caput, do Novo CPC.

Ainda que o Novo Código de Processo Civil tenha se abstido de prever a competência interna dos tribunais para julgamento do incidente, criou uma regra que condiciona a escolha a ser feita pelos regimentos internos. Nesse sentido, o caput do art. 978 prevê que o órgão indicado deve ser escolhido pelo regimento dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Quanto à competência interna do tribunal para o julgamento do incidente ora analisado, o projeto de lei aprovado pela Câmara ainda previa que a competência seria do plenário ou do órgão especial do tribunal quando, no julgamento do incidente, a questão a ser resolvida envolvesse a inconstitucionalidade de norma. A norma foi suprimida do texto final do Novo Código de Processo Civil pelo Senado porque, diante da exigência constitucional de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade pelo tribunal (art. 97, CF), era mesmo desnecessária.

Os tribunais de superposição não têm competência para julgar originariamente o incidente de resolução de demandas repetitivas, mas poderão participar do julgamento em grau recursal e proferir decisão determinando a suspensão de todos os processos em trâmite no território nacional, como será analisado no momento adequado.

63.4. DIVULGAÇÃO

Segundo o art. 979, caput, do Novo CPC, a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Para alimentar o cadastro mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, o art. 979, § 1.º, do Novo CPC impõe aos tribunais a manutenção de banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

A ampla divulgação tanto da instauração como do julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas tem várias funções.

Como o incidente, desde que admitido, tem como efeito a suspensão dos processos submetidos à competência do tribunal que versem sobre a mesma matéria jurídica, a manutenção do cadastro se prestará a auxiliar as partes e o juízo na identificação dos processos a serem suspensos. Para tanto, é preciso ter acesso não só à informação de existência do incidente, mas também ao seu conteúdo.

Com essa exigência em mente, o § 2.º do artigo ora analisado prevê que o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Por outro lado, a divulgação da existência do incidente permite que interessados em sua solução tomem conhecimento de sua existência e intervenham nos limites fixados pelo art. 983 do Novo CPC.

E a publicidade do julgamento é importante para que a sua eficácia vinculante seja a mais ampla e completa possível. Ainda que seja possível o juiz, de ofício, seguir o decidido no incidente ora analisado, com a popularização do instituto tudo leva a crer que a tarefa de levar ao juízo o julgamento será da parte interessada, que para defender seus interesses em juízo deve ter acesso pleno ao banco de incidentes de resolução de demandas repetitivas já julgadas.

63.5. SUJEITOS COM LEGITIMIDADE PARA PARTICIPAR DO INCIDENTE

Além dos legitimados à instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, há outros sujeitos que podem ou devem participar do procedimento do incidente.

Como já afirmado, o Ministério Público tem participação obrigatória, mesmo que não tenha sido ele a suscitar o incidente, quando participará como fiscal da ordem jurídica.

Nos termos do art. 982, II, do Novo CPC, o relator poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de quinze dias. Pelo teor do dispositivo, tanto o juízo em que tramita o processo que ensejou a instauração do incidente processual, como outros em que tramitam processos com a mesma matéria jurídica, poderão se manifestar, desde que instados nesse sentido pelo relator.

Segundo o art. 983, caput, do Novo CPC, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida.

Entendo que as partes mencionadas no dispositivo legal sejam as partes do processo que ensejou a instauração do incidente, enquanto os interessados são as partes em outros processos que versem sobre a mesma matéria jurídica e o amicus curiae. No primeiro caso, os sujeitos atuariam como assistentes litisconsorciais e no segundo, como auxiliares eventuais do juízo.

As partes dos processos vinculados ao incidente ora analisado têm interesse jurídico em sua solução, considerando que serão diretamente atingidas pela eficácia inter partes do julgamento, já que, após a fixação da tese, o tribunal passa a julgar o recurso, ação de competência originária ou reexame necessário de onde surgiu o incidente, nos termos do art. 978, parágrafo único, do Novo CPC.

Quanto aos terceiros, que são partes em processos suspensos em razão da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas, entendo que a intervenção se dará por meio da assistência litisconsorcial porque, apesar de os terceiros não serem titulares do direito discutido no processo no qual foi suscitado o incidente, são titulares de relação jurídica que estará sendo decidida no tribunal[510]. Afinal, no incidente ora analisado o tribunal fixa a tese jurídica a ser aplicada de forma vinculante a todos os processos suspensos.

Ainda que me pareça adequado o entendimento ora defendido, reconheço que há pouca chance de ele ser admitido pelo Superior Tribunal de Justiça. A razão de minha descrença decorre de posicionamento daquele tribunal em inadmitir a participação de partes de processos sobrestados em julgamento por amostragem de recursos especiais repetitivos[511]. O receio demonstrado no julgamento de ingresso de número excessivo de sujeitos a ponto de inviabilizar a técnica de julgamento dos recursos repetitivos deverá ser também utilizada no incidente ora analisado. De qualquer forma, a doutrina que já se manifestou sobre o tema é tranquila na admissão de intervenção das partes de processos repetitivos[512].

Registre-se, por outro lado, que o interesse na controvérsia exigido de pessoas, órgãos e entidades não significa que esses sujeitos tenham necessariamente um interesse próprio na fixação da tese jurídica, bastando existir um interesse institucional na melhor solução da questão. É o que justifica a intervenção do amicus curiae.

O interesse institucional é voltado à melhor solução possível do processo por meio do maior conhecimento da matéria e dos reflexos no plano prático da decisão[513].

Há doutrina que fala em "legítimo interesse no resultado da ação", outra parcela que trata como "interesse público de controle" e outra que se refere a "interesse objetivo relativamente à questão jurídico-constitucional em discussão".

Esse verdadeiro interesse jurídico, diferente do interesse jurídico do assistente, porque não diz respeito a qualquer interesse subjetivo, é justamente o que legitima a participação do amicus curiae no incidente de resolução de demandas repetitivas, considerando a eficácia vinculante de seu julgamento.

Havendo a intervenção de amicus curiae, o art. 983, § 1.º, do Novo CPC prevê que o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, o que reforça a intervenção de amicus curiae no incidente ora analisado.

63.6. INSTAURAÇÃO

Conforme já analisado, os legitimados previstos nos três incisos do art. 977 do Novo CPC instaurarão o incidente de resolução de demandas repetitivas perante o tribunal de segundo grau – Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal – competente para o julgamento do recurso (atual ou potencial, quando o processo ainda estiver em primeiro grau), da ação de competência originária e do reexame necessário.

Nos termos do art. 977, parágrafo único, do Novo CPC, o ofício ou a petição de instauração do incidente será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente. O pedido de instauração será dirigido ao Presidente do Tribunal (art. 977, caput, do Novo CPC).

63.7. ADMISSÃO DO INCIDENTE

Após a distribuição, o art. 981, caput, do Novo CPC prevê que o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos já analisados. A decisão, portanto, não pode ser unipessoal do relator[514].

Num primeiro momento entendi que a eventual inadmissibilidade do incidente ora analisado depende de julgamento colegiado que poderá ser objeto de recurso para o Superior Tribunal de Justiça. Nesse caso, o recurso especial seria fundamentado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal. Mas refletindo sobre o tema mudei meu entendimento.

O cabimento de recurso especial ou extraordinário nesse caso contraria a previsão do art. 987, caput, do Novo CPC, que prevê o cabimento de tais recursos apenas contra a decisão que julga o mérito do incidente. Por outro lado, não haverá qualquer causa decidida por essa decisão, nem mesmo reflexamente, porque se o IRDR for inadmitido, o recurso, o reexame necessário ou o processo de competência originário do qual o incidente se originou não será julgado pelo órgão que decidiu pela inadmissibilidade,

retornando para o órgão fracionário originariamente competente para seu julgamento para que ali seja decidido.

Segundo o art. 976, § 3.º, do Novo CPC, a inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado e admitido, passando o tribunal competente ao julgamento de seu mérito.

É natural que a inadmissão não obste um novo pedido de instauração do IRDR quando se demonstrar que os requisitos, não preenchidos na primeira oportunidade, agora estão. O tribunal, por exemplo, pode inadmitir o IRDR por entender que não há multiplicidade de processos que justifique a instauração, mas com a propositura de outros processos após esse momento é possível que mude sua opinião diante do novo quadro fático apresentado pelo suscitante do incidente.

No projeto de lei aprovado na Câmara havia dispositivo no sentido de ser suspensa a prescrição das pretensões nos casos em que se repetia a questão de direito. A medida era salutar para evitar a propositura de ações enquanto não se definisse a tese jurídica aplicável somente pelo receio do vencimento do prazo prescricional. No texto final do Novo CPC aprovado pelo Senado, entretanto, a norma foi suprimida.

Consta da Emenda do tópico 2.3.2.231 do Parecer Final 956 do Senado a justificativa: “Convém a sua rejeição, visto que tal matéria é afeta ao Direito Civil e em razão de a suspensão da prescrição

perdurar durante a tramitação do processo nos termos do parágrafo único do art. 202 do Código Civil. Não é oportuno inserir, na norma processual, um dispositivo que poderá conflitar com esse dispositivo do Código Civil".

Apesar da supressão da regra do texto final, acredito que a regra continua a ser aplicável, sendo nesse sentido o Enunciado 206 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) que, inclusive, consagra o texto do dispositivo presente no Projeto de Novo CPC e não convertido em lei: "A prescrição ficará suspensa até o trânsito em julgado do incidente de resolução de demandas repetitivas"[515].

A admissão do incidente ora versado leva o relator a determinar a suspensão dos processos em primeiro grau dentro dos limites de competência territorial do tribunal de segundo grau. Entendo que a suspensão é obrigatória, independendo do estágio procedimental do processo ou mesmo da convicção do relator[516], havendo, inclusive, doutrina que entende pela dispensa de decisão expressa nesse sentido, sendo a suspensão dos processos um efeito natural da admissão do IRDR[517]. Não chego a tanto, mas entendo que a decisão de suspensão é um ato vinculado, e por essa razão contra ele não caberá recurso, afastando-se nesse caso, de forma excepcional, a aplicação do art. 1.021, caput, do Novo CPC[518].

Na eventualidade de o processo suspenso ter outras matérias além da repetitiva, sujeita à solução do IRDR, a suspensão do processo será imprópria, já que, com relação à parcela do processo não afetada pelo IRDR, não tem sentido a suspensão[519]. Há

doutrina que entende que nesse caso a instrução probatória dessa parcela do processo deverá ser realizada normalmente, dando a entender, entretanto, que o julgamento deve esperar o julgamento do IRDR. Entendo que nesse caso a suspensão gerada pelo IRDR não impede inclusive o julgamento da parcela do processo afetada por ele, devendo o juiz se valer da técnica do julgamento antecipado parcial do mérito consagrada no art. 356 do Novo CPC[520].

Processos em trâmite perante outro Estado ou Região não são alcançados pela suspensão determinada pelo relator do IRDR no tribunal de segundo grau, que não tem competência além do território de seu tribunal.

Pensando nesses processos que não são atingidos pela suspensão determinada pelo relator, o art. 982, § 3.º, do Novo CPC cria uma possibilidade de suspensão além dos limites territoriais do tribunal competente para o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Nos termos do art. 982, § 3.º, do Novo CPC, visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, II e III, do mesmo diploma legal, poderá requerer ao tribunal competente para conhecer de recurso extraordinário ou recurso especial a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. Interessante notar que a legitimidade nesse caso é somente das partes, Ministério Público e Defensoria Pública, o que impede o pedido de ofício pelo tribunal

de segundo grau.

Apesar da clara previsão legal atribuindo legitimidade para tal pedido para as partes do incidente e do processo no qual ele foi instaurado, há corrente doutrinária que entende que nesse caso não há interesse desses sujeitos na formulação do pedido ora analisado porque o seu processo já está suspenso[521]. A seguir tal linha de raciocínio também não teriam legitimidade as partes dos processos já suspensos pela decisão do relator. Como o Ministério Público e a Defensoria Pública visam tutelar a ordem jurídica teriam legitimidade mesmo que presentes no IRDR.

Entendo que essa limitação não deve ser prestigiada, e não somente porque contraria norma expressa e clara de lei, mas porque dá a entender que o interesse público gerado pela suspensão nacional não pertence às partes que já estão com seus processos suspensos, contrariando a regra fundamental de que o interesse público pode ser tutelado por todos, porque nesse caso não se busca um benefício pessoal.

Como se pode notar da regra legal, é cabível pedido junto ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal para que todos os processos repetitivos em trâmite no território nacional sejam suspensos ainda que o incidente tenha sido suscitado em apenas um Estado (Justiça Estadual) ou em uma Região (Justiça Federal).

Os legitimados previstos pelo art. 977, II e III, do Novo CPC (partes, Ministério Público ou Defensoria Pública) são legitimados para o pedido ora analisado, nos termos do § 3.º do art. 982 do

Novo CPC. Essa previsão legal, ao menos teoricamente, afasta a atividade oficiosa do tribunal superior. Entendo, entretanto, que em razão do poder geral de tutela de urgência (não mais só cautelar), o relator do recurso especial ou extraordinário poderá conceder o efeito suspensivo independentemente de pedido expresso.

No § 4.º do art. 982 do Novo CPC, há previsão de legitimidade das partes em processos em curso nos quais se discuta a mesma questão do objeto do incidente, independentemente dos limites da competência territorial. Interpreto a norma legal como permissão para que qualquer parte, mesmo que figurando em processo em trâmite em Estado ou Região distinta daquela em que tramita o processo que deu causa à instauração do incidente processual, possa pedir a suspensão dos processos em todo território nacional diante da interposição de recurso especial ou extraordinário.

Nos termos do § 5.º do artigo ora analisado, cessa a suspensão a que se refere o caput se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

Caso não haja qualquer recurso contra tal decisão, existirá o trânsito em julgado e a questão não chegará aos tribunais superiores, não havendo sentido na manutenção determinada por eles de suspensão dos processos. No entanto, é possível que haja interposição de recurso excepcional para tribunal distinto daquele que determinou a suspensão, quando esta cessará, mas o incidente continuará seu trâmite procedimental para julgamento em via recursal pelo tribunal superior competente. Nesse caso, será cabível um novo pedido de suspensão dos processos para o tribunal que julgará o recurso interposto.

O pedido dirigido aos tribunais superiores quando já interposto recurso especial e/ou extraordinário está previsto no art. 1.029, § 4.º, do Novo CPC, ao prever que, por ocasião de incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, quando receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a eficácia da medida a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial interposto.

63.8. PODERES DO RELATOR

Uma vez admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas pelo órgão colegiado, há diligências que deverão ser adotadas pelo relator na condução do incidente ora analisado.

Segundo o art. 982, I, do Novo CPC, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso.

Nos termos do art. 982, § 1.º, do Novo CPC, a medida será adotada por meio de expedição de ofício para os juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária. Ainda que não haja previsão expressa nesse sentido, entendo que o ofício deve conter o inteiro teor do incidente para que os juízos de primeiro grau possam analisar no caso concreto quais os processos estão vinculados ao incidente e por isso devem ser suspensos.

Além do ofício a ser expedido, é possível que as partes tomem conhecimento do incidente em razão da divulgação prevista no art. 979 do Novo CPC já devidamente analisada.

No projeto de lei aprovado na Câmara havia regras que disciplinavam a atuação das partes dos processos suspensos em razão da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas, todas elas retiradas pelo Senado do texto final do Novo CPC.

A parte que tomasse conhecimento do incidente poderia pedir a suspensão de seu processo demonstrando que a questão jurídica a ser decidida estaria abrangida pelo incidente a ser julgado pelo tribunal. Acredito que, mesmo sem previsão expressa nesse sentido, tal pedido continua a ser plenamente possível.

Mais importante era a regra expressa a respeito da conduta a ser adotada pela parte que não concordasse com a suspensão de seu processo determinada pelo juízo de primeiro grau. O interessado poderia requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, ou seja, que a matéria jurídica a ser decidida no incidente era diferente da presente em seu processo. Mesmo com a supressão da norma do texto final do Novo CPC, entendo que também esse pedido continua a ser possível, até porque, se o juiz se convencer da distinção, a suspensão prevista no art. 982, I, do Novo CPC será inaplicável no caso concreto.

Nesse sentido o Enunciado 348 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Os interessados serão intimados da suspensão de seus processos individuais, podendo requerer o

prosseguimento ao juiz ou tribunal onde tramitarem, demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida e aquela a ser julgada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou nos recursos repetitivos".

Em qualquer hipótese havia previsão expressa no projeto de lei aprovado pela Câmara de cabimento de agravo de instrumento da decisão que resolvesse o pedido da parte.

O problema prático da supressão não se refere aos pedidos das partes, mas à impossibilidade de recurso da decisão que os resolver. Não havendo regra específica e não estando tais decisões no rol do art. 1.015 do Novo CPC, não caberá o recurso de agravo de instrumento, sendo tal realidade nefasta, porque a questão terá sido superada no momento de interposição de apelação ou contrarrazões nesse processo. Trata-se, portanto, de irrecorribilidade, e não simplesmente do não cabimento de agravo de instrumento[522].

No mesmo sentido, o texto da Emenda constante do tópico 2.3.2.231 do Parecer Final 956 do Senado afirma que os pedidos da parte dos processos suspensos podem ser realizados independentemente de expressa previsão legal, mas que a previsão de cabimento de agravo de instrumento não era recomendável porque poderia ensejar indesejável multiplicação de recursos em demandas repetitivas. De qualquer forma, a própria Emenda deixa em aberto a possibilidade de interposição de mandado de segurança contra a decisão que rejeitar a alegação de distinção feita pela parte.

É possível que durante o período de suspensão seja necessária a prática de algum ato urgente. Nesse caso, nos termos do § 2.º do

art. 982 do Novo CPC, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. Não haveria de fato outro juízo mais adequado para decidir tal pedido, deixando claro o dispositivo que a competência do órgão colegiado no tribunal é apenas para julgar o recurso, reexame necessário ou processo de competência originária, não para decidir sobre a tutela de urgência nesses processos.

Segundo o art. 982, II, do Novo CPC, o relator poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 dias. Trata-se de mera faculdade do relator, que poderá dispensar o pedido de informações se entender que essas não contribuirão significativamente para a qualidade da decisão do IRDR. E, segundo o inciso III do mesmo dispositivo legal, o relator intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 dias.

O dispositivo deixa claro que a exigência é de intimação obrigatória do Ministério Público, e não de efetiva manifestação, de forma que o procedimento deve seguir seu curso no caso de inércia do Ministério Público. O contraditório, mesmo o institucional gerado pela manifestação do Ministério Público como fiscal da lei se satisfaz com a mera possibilidade de reação. O prazo de 15 dias, entretanto, é impróprio, de modo que a manifestação do Parquet será admitida mesmo depois de vencido o prazo, desde que seja feita antes do julgamento do incidente.

O art. 983, caput, do Novo CPC prevê a participação das partes e demais interessados, inclusive com a possibilidade de

designação de audiência pública pelo relator, já tendo sido devidamente analisado.

Após a conclusão das diligências ora analisadas, o art. 983, § 2.º, do Novo CPC determina que o relator solicite dia para o julgamento do incidente.

63.9. JULGAMENTO E SEUS EFEITOS

Nos termos do art. 980, caput, do Novo CPC, o incidente será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. Sendo superado esse prazo, o parágrafo único do artigo ora analisado prevê que cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário. É muito provável que o fundamento dessa decisão seja o excesso de trabalho, atualmente notório nos tribunais. Cabe, entretanto, ao tribunal compreender o espírito do IRDR, de forma a não exceder o prazo de um ano para seu julgamento, salvo em situações excepcionais.

Tratando-se de decisão monocrática do relator, é cabível o recurso de agravo interno para o órgão colegiado competente para o julgamento do IRDR, nos termos do art. 1.021, caput, do Novo CPC. Essa recorribilidade, entretanto, pode se mostrar inútil no caso concreto, bastando ao relator segurar o julgamento desse recurso até o julgamento do IRDR, quando então não admitirá o agravo interno por perda superveniente de objeto.

O procedimento do julgamento do incidente de resolução de

demandas repetitivas é tratado pelo art. 984 do Novo CPC.

Segundo o dispositivo, feita a exposição do objeto do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de 30 minutos, para sustentar suas razões. Em seguida, os demais interessados poderão manifestar-se no prazo de 30 minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com dois dias de antecedência. Considerando o número de inscritos, o órgão julgador poderá aumentar o prazo para sustentação oral.

Nos termos do § 2.º do artigo ora analisado, o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários. A norma acertadamente exige uma fundamentação exauriente de todos os fundamentos suscitados no incidente em razão da eficácia vinculante do julgamento, mas erra ao condicionar o julgamento a eles.

Ainda que o art. 489, § 1º, do Novo CPC já crie uma obrigatoriedade de fundamentação real e exauriente, a previsão ora analisada reforça essa ideia, como forma de conscientizar o tribunal de que seu julgamento formará um precedente vinculante, daí a extrema preocupação com a fundamentação do acórdão.

Como o tribunal não está julgando ação ou recurso, mas incidente processual com o objetivo de fixar tese jurídica, não parece exigível a observância do princípio da adstrição, de forma que, mesmo fundamentos não suscitados podem ser considerados pelo tribunal, ainda que para isso seja respeitado o contraditório

com a intimação das partes e interessados para se manifestarem sobre tal fundamento.

O julgamento do incidente deve ocorrer mesmo que o autor do processo em primeiro grau desista de seu processo ou o abandone (art. 976, § 1.º, do Novo CPC), o que impede que partes interessadas em evitar a fixação de tese jurídica contrária a seus interesses se organizem para convencer o autor do processo que deu causa à instauração do incidente a desistir ou abandonar (desistência tácita) seu processo visando por consequência a extinção do incidente processual ora analisado.

O incidente de resolução de demandas repetitivas é voltado para conflitos de massa, nos quais se tem uma mesma parte no polo passivo ou partes diferentes que atuam no mesmo ramo econômico. Dessa forma, e a experiência dos recursos especiais e extraordinários repetitivos assim já demonstrou, é plenamente possível que os interessados pretendam evitar a fixação da tese jurídica com a desistência do processo que deu causa à instauração do incidente. A tática de perder os anéis para manter os dedos é vedada expressamente pelo art. 976, § 1.º, do Novo CPC. O tema será analisado em separado.

Segundo o art. 985, I, do Novo CPC, julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que transitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região. Trata-se da eficácia vinculante, obrigatória, do precedente criado no julgamento do IRDR.

Além de aplicação nos processos em trâmite, a tese jurídica fixada no incidente também será aplicada aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a transitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise (inciso II). Realmente não teria sentido que o precedente só fosse vinculante para os processos pendentes, já que a ratio da vinculação naturalmente também alcança processos propostos após o julgamento do IRDR. Nesse caso, inclusive, caberá a concessão de tutela da evidência (art. 311, II, do Novo CPC) e o julgamento liminar de improcedência (art. 332, III, do Novo CPC)

Essa revisão da tese jurídica fixada deve ser provocada pelo tribunal, de ofício, ou pelos legitimados à instauração do incidente, devendo ser regulamentada pelo regimento interno dos tribunais. É importante a previsão legal de que a revisão da tese só pode ser feita pelo próprio tribunal que julgou o IRDR, já que, caso qualquer juiz pudesse entender o precedente como superado e deixar de aplicá-lo, a eficácia vinculante seria seriamente comprometida.

O art. 986 do Novo CPC retira a legitimidade para pedir a revisão da tese dos legitimados no inciso II do art. 977 do Novo CPC, ou seja, as partes. Ocorre, entretanto, que a supressão feita na calada da noite, após a aprovação do texto legal, não gera qualquer resultado prático. Se a revisão pode ser determinada de ofício, é natural que as partes poderão pedi-la, já que tudo que pode ser realizado ou conhecido de ofício pode ser objeto de provocação das partes[523].

Além da eficácia vinculante para processos judiciais, a criação do precedente no julgamento do IRDR gera outra importante consequência. Nos termos do § 2***o*** do art. 985 do Novo CPC, tendo o incidente como objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. Trata-se de importante norma porque o respeito aos precedentes vinculantes pelos prestadores de serviços pode servir como importante fator de diminuição no número de processos[524].

A inobservância pelo juízo de primeiro grau e do próprio tribunal competente para o julgamento do IRDR da eficácia vinculante do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas permite a propositura de reclamação constitucional, nos termos do § 1.º do art. 985 do Novo CPC. Trata-se do remédio processual contra o desrespeito à eficácia vinculante do precedente criado no julgamento do IRDR.

63.10. JULGAMENTO DO IRDR E DO RECURSO, REEXAME NECESSÁRIO E AÇÃO DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL

Antes de se fazer a análise do parágrafo único do art. 978 do Novo CPC é importante dizer que o dispositivo é inconstitucional, e se assim fosse declarado muitos problemas práticos do IRDR

seriam resolvidos. Conforme apontado pela melhor doutrina, a norma é formalmente inconstitucional porque não constava da versão originária aprovada no Senado e tampouco na versão da Câmara dos Deputados[525]. A opção, além de inconstitucional, foi extremamente infeliz.

No direito estrangeiro há duas espécies de tratamento procedimental para a solução de processos repetitivos. O primeiro se vale de causas-piloto (processos-teste), por meio do qual o próprio processo é julgado no caso concreto e a tese fixada nesse julgamento é aplicada aos demais processos com a mesma matéria jurídica. O sistema é adotado na Inglaterra, por meio do Group Litigation Order, e na Áustria, por meio do Pilotverfahren, tendo seu espírito sido incorporado nos julgamentos dos recursos especial e extraordinário repetitivos em nosso sistema. No segundo sistema tem-se o chamado procedimento-modelo, como o Musterverfahren alemão, pelo qual há uma cisão cognitiva e decisória, de forma a ser criado um incidente pelo qual se fixa a tese jurídica a ser aplicada em todos os processos repetitivos, inclusive aquele em relação ao qual o incidente foi suscitado.

Entendo que o IRDR é um sistema inovador, já que não adotou plenamente nenhum dos sistemas conhecidos no direito estrangeiro. Julgará o recurso ou ação e fixará a tese jurídica. Parece ser o sistema de causas-piloto, mas não é, porque exige a formação de um incidente processual, não sendo, portanto, a tese fixada na "causa-piloto". E não é um procedimento-modelo porque o processo ou recurso do qual foi instaurado o IRDR é julgado pelo próprio órgão competente para o julgamento do incidente. Um

sistema, portanto, brasileiríssimo.

Nos termos do parágrafo único do art. 978 do Novo CPC, o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Para parcela da doutrina, trata-se de regra de prevenção do órgão colegiado, de forma que seria possível o julgamento do incidente num primeiro momento somente quando o processo chegasse ao tribunal em grau recursal ou em razão do reexame necessário[526]. Naturalmente, tratando-se de processo de competência originária o julgamento do incidente e do processo se daria no mesmo momento. O entendimento teria o mérito de permitir a instauração do incidente em processo de primeiro grau, porque o órgão colegiado poderia fracionar sua competência, julgando primeiro o IRDR e somente depois o processo, quando chegasse ao tribunal.

Apesar desse inegável mérito, o entendimento não pode ser adotado. Há, na verdade, variados impedimentos para sua admissão.

Primeiro, não se pode garantir no caso concreto que exista a apelação, para tanto bastando que a parte sucumbente, diante da apelação, deixe de apelar. Aliás, parece ser exatamente esse o desejo do legislador com a eficácia vinculante do precedente criado no julgamento do IRDR: o desestímulo na interposição de recursos contra decisões que apliquem tese já pacificada e com eficácia vinculante fixada pelos tribunais.

Segundo, nesse caso não existirá reexame necessário, já que a sentença fundada em precedente criado no julgamento do IRDR não está sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 496, § 4º, III, do Novo CPC.

Por fim, o entendimento contraria o próprio espírito do IRDR, de forma que ao julgar o incidente o órgão colegiado deverá também julgar, ao mesmo tempo, o recurso, o reexame necessário e o processo de competência originária[527].

63.11. JUIZADOS ESPECIAIS

A regra criada no art. 978, parágrafo único, do Novo CPC, cria um enorme problema nos Juizados Especiais, porque, embora pareça legítimo entender-se pela possibilidade de instauração no IRDR em seu âmbito, o dispositivo cria um impedimento legal para que isso possa ocorrer.

Nos Juizados Especiais não cabe reexame necessário e não existem ações de competência originária do tribunal pela simples razão de não existir tribunal em tal microssistema. O problema, portanto, é centrado no recurso, e até mesmo no processo antes da prolação da sentença, para aqueles que admitem esse momento procedimental como apto para a suscitação do IRDR. Por não ser esse meu entendimento, foco o problema no recurso inominado de competência do Colégio Recursal.

O tribunal de segundo grau nesse caso será o competente para o julgamento do IRDR, mas não terá competência para julgar o recurso inominado. Como então respeitar o art. 978, parágrafo

único, do Novo CPC?

Uma forma de resolver o impasse seria atribuir uma competência não prevista em lei ao próprio colégio recursal para julgar tanto o IRDR como o recurso inominado. Essa solução está expressa no Enunciado 44 da ENFAM[528]. É solução, entretanto, que além de criar uma competência inexistente e contra legem, cria um sério problema prático. Basta imaginar um IRDR sendo julgado por órgão colegiado do Colégio Recursal e outro pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado. Numa situação dessa é possível que existam decisões conflitantes ou contraditórias, prestando-se o IRDR a violar justamente os princípios que fundamentam sua existência. Não parece, portanto, uma boa solução.

Outra solução será permitir que o tribunal de justiça excepcionalmente ganhe competência para julgar o recurso inominado. Essa solução, entretanto, não deve ser prestigiada, já que os tribunais de segundo grau não têm ingerência jurisdicional nos Juizados Especiais. Ademais, tratando-se de competência absoluta do tribunal, é necessária a existência de expressa previsão legal.

Outra saída seria, nesse caso, excepcionalmente, se fracionar o julgamento, de forma que ao tribunal caberá a fixação da tese jurídica com o julgamento do IRDR e ao Colégio Recursal o julgamento do recurso inominado. Trata-se da solução menos traumática, mas que não escapa de crítica, porque afasta, ainda que parcialmente, a aplicação do art. 978, parágrafo único, do Novo CPC.

O problema apresentado não existiria se o órgão colegiado definido pelo regimento interno do tribunal de segundo grau tivesse competência limitada ao julgamento do IRDR, deixando para o órgão fracionário – do próprio tribunal ou do colégio recursal – o julgamento do recurso com a obrigatória aplicação do precedente fixado no julgamento do IRDR. A opção do legislador, entretanto, como fica claro da leitura do art. 978, parágrafo único, do Novo CPC, não foi essa.

63.12. DESISTÊNCIA OU ABANDONO DO PROCESSO

A previsão do art. 976, § 1º, do Novo CPC sugere que a desistência ou abandono do processo de onde se originou o IRDR será *homologado* pelo juízo, de forma que aquele processo será extinto sem a resolução do mérito. Como parto da premissa de que o incidente só pode ser instaurado em processo que tramite perante o segundo grau de jurisdição, entendo que o dispositivo tenha alcance consideravelmente limitado, aplicando-se tão somente aos processos de competência originária dos tribunais.

Isso em razão do disposto no art. 485, § 5º, do Novo CPC, que admite a desistência do processo – e por consequência também o abandono, que é uma desistência tácita – até a prolação da sentença. Ou seja, se o IRDR for instaurado em processo em grau recursal ou a espera do julgamento do reexame necessário, não será cabível a desistência ou abandono do processo. Uma forma de otimizar a aplicação do dispositivo é interpretá-lo extensivamente, de forma que onde se lê desistência do processo possa se entender desistência

do recurso[529].

É claro que, para aqueles que entendem que é possível a instauração do IRDR em processo em trâmite no primeiro grau de jurisdição, o disposto no art. 976, § 1º, do Novo CPC faz mais sentido. E nesse caso se aplicarão as regras consagradas nos §§ 4º e 6º do art. 485 do Novo CPC, de forma que, depois de apresentada a contestação, a homologação da desistência ou abandono dependerá de anuência do réu.

Independentemente de todos esses problemas de interpretação, e dos esforços hermenêuticos para otimizar sua aplicação no caso concreto, o ratio da norma é clara: a desistência ou abandono, do processo ou do recurso, não pode ser capaz de evitar que o tribunal fixe a tese jurídica. E mesmo sendo omisso o dispositivo legal, o mesmo ocorre com a transação, que será homologada resolvendo-se o processo no caso concreto, mas não impedirá o julgamento do IRDR[530]. Afirma-se que o interesse público no bom funcionamento do instituto, capaz de gerar segurança jurídica, previsibilidade e isonomia, justifica o julgamento do incidente, com a fixação da tese, mesmo com o processo do qual se originou tal incidente já tendo sido extinto[531].

Trata-se, entretanto, de situação bastante singular, que contraria a regra básica e secular de que o acessório segue o principal. A sobrevivência de um incidente com o processo de onde ele se originou extinto, lembra a figura da alma sem corpo. Ainda que a regra se preste para evitar manobra de partes interessadas em evitar a fixação de tese jurídica contrária a seus interesses, com a

consequente criação de um precedente com eficácia vinculante, não deixa de causar estranheza.

63.13. RECURSOS

O relator na condução do incidente proferirá decisões monocráticas interlocutórias, recorríveis por agravo interno, salvo na hipótese da decisão que determina a suspensão dos processos individuais e coletivos que versam sobre a mesma matéria, porque nesse caso não resta alternativa ao relator que não a determinação da suspensão.

Da decisão que inadmite o incidente não cabe recurso especial, seja pela expressa previsão legal do art. 987, caput, do Novo CPC, seja porque não haverá o julgamento da "causa" exigida pelo art. 105, III, da CF. Do acórdão que julga o incidente no mérito cabe recurso especial e extraordinário.

E de todas essas decisões, interlocutórias ou finais, monocráticas ou colegiadas, cabe o recurso de embargos de declaração.

Segundo o art. 987, caput, do Novo CPC, contra a decisão que julgar o incidente caberá recurso especial ou recurso extraordinário, conforme o caso, que excepcionalmente terão efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional discutida (art. 987, § 1.º, do Novo CPC). Trata-se, à evidência, de presunção absoluta de repercussão geral.

Esse cabimento *recursal, ainda que de duvidosa*

constitucionalidade, é plenamente justificável, já que sem a possibilidade de julgamento do IRDR pelos tribunais superiores a eficácia vinculante do precedente nele firmado ficaria limitada a somente o Estado (Justiça Estadual) ou Região (Justiça Federal), o poderia levar a uma multiplicidade de incidentes com eficácia territorial reduzida e eventual desarmonia dos julgados.

Por outro lado, com eficácia vinculante limitada territorialmente e sem uma decisão com eficácia vinculante proferida pelos tribunais superiores, as partes dos processos julgados em segundo grau com aplicação da tese fixada no IRDR estariam livres para a interposição de recurso especial e/ou recurso extraordinário, o que conspira contra o propósito claro do legislador de diminuir a quantidade desses recursos.

Apesar da justificativa pragmática, deve se questionar a constitucionalidade do art. 987, caput, do Novo CPC, considerando-se que tanto o art. 102, III, caput, como o art. 105, III, caput, da CF exigem para o cabimento do recurso extraordinário e especial que o acórdão impugnado tenha decidido "causa" em única ou última instância.

De nada adianta, como parcela da doutrina sustenta, que com o recurso especial ou extraordinário, além do IRDR também siga para o tribunal superior o recurso, reexame necessário ou processo de competência originária de onde se originou o incidente processual, pois desta forma o tribunal superior estaria julgando em grau recursal "causa" já decidida pelo tribunal de segundo grau[532].

No caso, estar-se-á diante de dois julgamentos, ainda que

formalmente possa ser elaborado somente um acórdão, o que, inclusive, nem é recomendável que aconteça. Mas mesmo que exista somente um acórdão, fica claro que ele terá dois capítulos: um que julgará o IRDR e fixará a tese jurídica, e outro que julgará o recurso, reexame necessário ou processo de competência originária de onde se originou o incidente. Quanto a este é indiscutível a decisão da causa, mas quanto àquele, terá havido realmente julgamento de uma causa? Ao se responder que não, o recurso especial ou extraordinário seria admitido apenas parcialmente, o que não chega a ser anormal diante de nosso sistema processual.

Mas o art. 987, caput, do Novo CPC prevê o cabimento de recurso especial e extraordinário contra a decisão do IRDR, omitindo-se quanto ao cabimento de tais recursos contra o julgamento do recurso, reexame necessário ou processo de competência originária de onde se originou o incidente. E tal omissão não gera qualquer problema, porque nesse caso o julgamento atende ao requisito de "causa decidida" previsto no texto constitucional.

Há, entretanto, outra razão, ainda mais significativa, para se afastar a pretensão de decisão reflexa da causa no julgamento concomitante do IRDR e do recurso, reexame necessário ou processo de competência originária de onde se originou o incidente. Nos termos do art. 976, § 1º, do Novo CPC, a desistência ou abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente, sendo claro nesse sentido que o único julgamento a ser realizado pelo tribunal de segundo grau será do IRDR. Nessa hipótese, a "causa" da qual se originou o incidente não será impugnável por

recurso especial ou extraordinário...[533]

A realidade é que não se podem buscar subterfúgios para tentar explicar a constitucionalidade do dispositivo ora comentado. Ou o julgamento do IRDR representa decisão de "causa" e o art. 987, caput, do Novo CPC é constitucional, ou não há causa decidida nesse caso e o dispositivo é inconstitucional.

Compreendo que se entender pela inconstitucionalidade do dispositivo seria trágico para a realidade forense e para os objetivos traçados pelo legislador para o IRDR. A solução, ainda que tecnicamente discutível, será alargar o conceito de "causa" para fazer nele caber o julgamento do IRDR. O histórico desse entendimento, entretanto, não é favorável, como denuncia o enunciado da Súmula 513 do STF: "A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito".

Ademais, com bem colocado pela melhor doutrina, um problema colateral de entender-se que o IRDR é uma "causa" é a constitucionalidade do próprio IRDR, que passaria a ser uma causa de competência originária do tribunal de segundo grau sem previsão expressa na Constituição Federal (art. 108 da CF) nem nas Constituições Estaduais (art. 125, § 1º, da CF)[534].

Será uma disputa épica entre o técnico e o pragmático, com provável vitória do pragmático.

A legitimidade ativa para a interposição desses recursos é bastante ampla. São legitimados todos os sujeitos que têm legitimidade para a suscitação do incidente, salvo o juiz ou relator, já que não existe recurso de ofício no sistema processual brasileiro. Também são legitimadas as partes dos processos individuais e coletivos que, por versarem sobre a mesma matéria jurídica do IRDR, serão obrigatoriamente afetados em razão da eficácia vinculante do precedente formado em seu julgamento. A legitimidade, nesse caso, será de terceiro prejudicado[535]. Também o amicus curiae tem legitimidade recursal, nos termos do art. 138, § 3º, do Novo CPC.

Caberá ao relator ou ao órgão colegiado competente a análise da admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, não havendo nesse ponto qualquer excepcionalidade. Caso não tenha havido a suspensão dos processos em todo o território nacional prevista no art. 982, § 3.º, do Novo CPC, o órgão colegiado do tribunal superior poderá determiná-la, inclusive de ofício.

Sendo julgado o recurso especial ou extraordinário no mérito, o art. 987, § 2.º, do Novo CPC, prevê que a tese jurídica adotada pelo tribunal superior será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. Embora não exista expressa menção nesse sentido, no julgamento do recurso especial ou extraordinário o tribunal superior também decidirá, em grau recursal, o recurso, a ação de competência originária ou o reexame necessário de onde surgiu o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Apesar de sua duvidosa constitucionalidade, do ponto de vista pragmático a recorribilidade da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas por meio de recurso especial e/ou recurso extraordinário deve ser saudada. Afinal, com a decisão dos tribunais superiores em grau recursal, a tese jurídica estará resolvida em julgamento com eficácia vinculante em todo o território nacional. Sendo a principal preocupação do legislador na criação do incidente ora analisado o respeito ao princípio da isonomia, é compreensível que a tese jurídica fixada venha a ser aplicada em todos os processos, independentemente do local em que tramitem.

E é justamente por isso que o legislador, ao condicionar a chegada do incidente ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça à interposição de recurso, correu um risco sério e desnecessário. E caso não seja interposto recurso contra a decisão do tribunal de segundo grau, com o consequente trânsito em julgado e formação de coisa julgada material em segundo grau? Ainda que se possa alegar que com tantos participantes no incidente (partes, Ministério Público, amicus curiae e Defensoria Pública) a chance de não haver a interposição de recurso é mínima, ela existe e deve ser considerada.

Vou exemplificar minha preocupação. Um incidente de resolução de demandas repetitivas é julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e, em razão da não interposição de recurso, tem sua decisão transitada em julgado. A eficácia vinculante obrigará todos os juízos paulistas a aplicar a tese jurídica fixada pelo tribunal. Mas em outro incidente proposto perante o Tribunal de Justiça da Paraíba há prolação de decisão em sentido

diametralmente oposto, e que também transita em julgado pela ausência de interposição de recurso. Processos em trâmite em São Paulo e na Paraíba terão obrigatoriamente decisões divergentes, e a grande pretensão com a criação do incidente ora analisado, a preservação da isonomia será ferida de morte.

Cenário também pouco confortável é o trânsito em julgado de um incidente em tribunal estadual ou federal e posteriormente trânsito em julgado em incidente que em grau recursal chegou ao tribunal superior. Teríamos a aplicação da tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em todos os estados e regiões, salvo naquela em que já havia trânsito em julgado de incidente previamente julgado. Novamente, não é preciso muito esforço para se notar uma violação clara e inaceitável do princípio da isonomia.

Os riscos apresentados, ainda que reconhecidamente pequenos, poderiam ter sido resolvidos de duas formas. O legislador poderia ter previsto para o tribunal de segundo grau apenas a análise da admissibilidade do incidente, sendo o julgamento de seu mérito de competência privativa dos tribunais superiores. É a solução mais radical porque envolveria uma mudança significativa do procedimento. A outra forma teria sido criar uma nova hipótese de reexame necessário, prevendo-se que a decisão do incidente em segundo grau seria necessariamente revista pelos tribunais superiores. Seria uma solução inovadora, porque o reexame necessário atualmente é de sentença e não de acórdão, mas menos dramática do que modificar todo o procedimento do incidente.

No projeto de lei aprovado na Câmara, havia dispositivo

prevendo que, no tribunal superior, o relator que recebesse recurso especial ou wextraordinário originário de incidente de resolução de demandas repetitivas ficaria prevento para julgar outros recursos que versassem sobre a mesma questão. A regra não foi mantida pelo Senado no texto final do Novo Código de Processo Civil, mas a conclusão pode ser mantida nos termos do parágrafo único do art. 930 do Novo CPC.

1 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 332, p. 391.

2 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 11.1, p. 526-527; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.726, p. 601.

3 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 374-375; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 416.

4 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 377-378; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 318. Contra: Araken de Assis, *Manual*, n. 399, p. 904-905; Greco, *O processo*, n. 11.1.3, p. 531; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 434-435.

5 (Voltar) STJ, 3ª Turma, RHC 28.853/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Massami Uyeda, j. 01/12/2011, DJe 12/03/2012.

6 (Voltar) Pela aplicação: Dinamarco, *Instituições*, n. 1.726, p. 601; Greco, *O processo*, n. 11.1, p. 526; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 422. Contra: Câmara, *Lições*, v. 1, p. 314.

7 (Voltar) *Informativo* 435/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.117.639-MG, rel. Min. Massami Uyeda, j. 20.05.2010, DJe 21.02.2011.

8 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 334, p. 392; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 373-374; Fux, *Curso*, p. 1.467.

9 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 11.1, p. 526-527; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.726, p. 601.

10 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, HC 182.228/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 01.03.2011, *DJe* 11.03.2011.

11 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, HC 224.769/DF, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14.02.2012, *DJe* 17.02.2012.

12 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 333, p. 391; Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 1.068.

13 (Voltar) Câmara, *A nova*, n. 10.3, p. 157-161; Rodrigues, *Manual*, p. 423.

14 (Voltar) Costa Machado, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 1.261; Tartuce-Simão, *Direito*, p. 429-430.

15 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 274.

16 (Voltar) *Informativo* 447/STJ: 2.ª Turma, RHC 27.936-RJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 16.09.2010.

17 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, HC 184.305/GO, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 17.03.2011, *DJe* 22.03.2011.

18 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 379; Araken de Assis, *Manual*, n. 414.2, p. 948.

19 (Voltar) *Informativo* 485/STJ: 4.ª Turma, REsp 997.515/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.10.2011, DJe 26.10.2011.

20 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 11.1, p. 529.

21 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 11.1.3, p. 532.

22 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, RHC 14.993/CE, rel. Min. Castro Filho, j. 05.02.2004, *DJe* 25.02.2004, p. 167; STJ, 4.ª Turma, REsp 414.514/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 19.11.2002, *DJ* 10.03.2003, p. 230.

23 (Voltar) *Informativo* 531/STJ, 4.ª Turma, HC 256.793/RN, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 1.º.10.2013.

24 (Voltar) STF, 1.ª Turma, HC 87.134/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 08.08.2006; STJ, 3.ª Turma, HC 55.842/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.08.2006; HC 49.408/SP, 3.ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.02.2006.

25 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no HC 135.742/DF, rel. Min. Massami Uyeda, j. 26.05.2009, *DJe* 10.06.2009.

26 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 769.735/RS, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão, Min. Teori Albino Zavascki, j. 26.05.2008, *DJe* 18.02.2009.

27 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, RHC 11.758/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 18.09.2001, *DJ* 29.10.2001, p. 199.

28 (Voltar) Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 435.

29 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 437.144/RS, rel. Min. Castro Filho, j. 07.10.2003, DJ 10.11.2003.

30 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 274.

31 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.727, p. 605; Theodoro Jr., *Processo*, n. 334, p. 393. Contra: Barbosa Moreira, *O novo*, p. 274.

32 (Voltar) *Informativo* 391/STJ, 3.ª T., HC 128.229-SP, rel. Massami Uyeda, j. 23.04.2009.

33 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 382; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 274.

34 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 410.1, p. 940; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 317.

35 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, RHC 23.040/MG, rel. Min. Massami Uyeda, j. 11.03.2008, DJ 30.06.3008; RHC 16005/SC, 3.ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 1.º.06.2004, DJ 30.08.2004.

36 (Voltar) *Informativo* 504/STJ, 4.ª Turma, RHC 31.302-RJ, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 18.09.2012.

37 (Voltar) *Informativo* 551/STJ, 3ª Turma, HC 305.805-GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13/10/2014.

38 (Voltar) Súmula 309/STJ: "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo"; STF, 2.ª Turma, HC 93.501/SP, rel. Min. Eros Grau, j. 23.09.2008.

39 (Voltar) *Informativo* 531/STJ, 3.ª Turma, HC 271.637/RJ, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 24.09.2013.

40 (Voltar) *Informativo* 535/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.362.113/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.02.2014.

41 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, HC 39.902/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.04.2006, *DJ* 29.05.2006, p. 226.

42 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 11.1.3, p. 533; Araken de Assis, *Manual*, n. 410.5, p. 943-944; STJ, 4.ª Turma, RHC 23.040/MG, rel. Min. Massami Uyeda, j. 11.03.2008.

43 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 319, p. 379; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 391.

44 (Voltar) Pereira, *Execução*, n. 24, p. 444.

45 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 11.2.1, p. 542; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 2.037.

46 (Voltar) Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 399.

47 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.729, p. 610.

48 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 319, p. 379.

49 (Voltar) Greco, *O processo*, n. 11.2.1, p. 540; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 392; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.729, p. 611; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 398.

50 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no Ag 1.040.411/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.10.2008, DJe 19.12.2008; AgRg no Ag 1.025.234/SP, 1.ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 07.08.2008, DJe 11.09.2008.

51 (Voltar) Súmula 655/STF e Súmula 144/STJ.

52 (Voltar) *Informativo* 535/STJ, 2.ª Turma, RMS 44.836/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. 20.02.2014, DJe 27.02.2014.

53 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Código*, p. 2.037.

54 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 329, p. 388. Contra: Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 392; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 309.

55 (Voltar) No mesmo sentido; STJ, 2.ª Turma, REsp 397.853/CE, rel. Min. Franciulli Netto, j. 18.09.2003, DJ 24.11.2003.

56 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 379, p. 388; Greco, *O processo*, n. 11.2.1, p. 541; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 392.

57 (Voltar) Súmula 279/STJ.

58 (Voltar) Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 403.

59 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.497.627/PR, rel. Min. Humberto Martins, j. 14/04/2015, DJe 20/04/2015; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.224.556/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18/10/2012, DJe 13/11/2012.

60 (Voltar) STJ, REsp 1.024.128/PR, 2.ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 13.05.2008, *DJe* 19.12.2008; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 394.

61 (Voltar) Viana, *Execução*, p. 115; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 310.

62 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, AgRg no REsp 1.079.310/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. 11.11.2008, DJe 17.11.2008; EREsp 251.841/SP, Corte Especial, rel. Min. Edson Vidigal, j. 25.03.2004, DJ 03.05.2004; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 395; Franco, *Execução*, p. 297-299.

63 (Voltar) Súmula 311/STJ.

64 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, IF-AgR 4.663/MG, rel. Min. Ellen Gracie, j. 06.03.2008, DJe 25.04.2008.

65 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 396; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 407.

66 (Voltar) Súmula 733/STF.

67 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Código*, p. 2.041.

68 (Voltar) *Informativo* 481/STJ: AgRg no REsp 1.240.532/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.08.2011, DJe 24.08.2011.

69 (Voltar) *Informativo* 465/STJ: 2.ª Turma, REsp 1.221.402/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 1.º.03.2011, DJe 15.03.2011.

70 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, ADI 4.357/DF, rel. Min. Ayres Britto, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 14/03/2013, DJe 26/09/2014.

71 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, ADI 4.425 QO/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 25/03/2015, DJe 04/08/2015.

72 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, ADI 4.425 QO/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 25/03/2015, DJe 04/08/2015.

73 (Voltar) Pereira, *Execução*, n. 24.6, p. 463.

74 (Voltar) STF, 2.ª Turma, RE 595.978 AgR/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 24.04.2012, *DJe* 22.05.2012.

75 (Voltar) *Informativo* 539/STJ, 1.ª Seção, REsp 1.347.736/RS, rel. Min. Castro Meira, rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, j. 09.10.2013.

76 (Voltar) *Informativo* 760/STF, Tribunal Pleno, RE 568.645/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 24.09.2014.

77 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 1.468; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 313; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 410; Viana, *Execução*, n. 3.6.3.2, p. 126.

78 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 397.

79 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 272; Fux, *Curso*, p. 1.468; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 313-314.

80 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 429.4, p. 970; Greco, *O processo*, n. 11.2.1, p. 544; Franco, *Execução*, p. 181-184; Viana, *Execução*, n. 3.6.3.3, p. 126-128.

81 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, ADI 1.662/SP, rel. Min. Maurício Correa, j. 30.08.2001.

82 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, RMS 22.519/RO, rel. Min. Humberto Martins, j. 19.06.2008,

DJe 04.08.2008; RMS 23213/SP, 1.ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 26.02.2008, DJ 12.03.2008.

83 (Voltar) Cunha, *A Fazenda*, n. 12.1.6, p. 257.

84 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, RMS 18.729/SP, rel. Min. Denise Arruda, j. 02.10.2007, DJ 08.11.2007.

85 (Voltar) Liebman, *Processo*, p. 145-147; Lucon, *Embargos*, p. 84-85.

86 (Voltar) STJ, AgRG no AG 470.752/RJ, 6.ª Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 29.11.2005, DJ 19.12.2005; STJ, REsp 584.806/RJ, 5.ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 25.11.2003, DJ 15.12.2003.

87 (Voltar) Lucon, *Embargos*, p. 271; Araken de Assis, *Manual*, p. 1.139.

88 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 647-648.

89 (Voltar) *Informativo* 539/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.409.688/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 11.02.2014.DJE 19.03.2014.

90 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, AgRg no REsp 1.092.523/PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 03.02.2011, *DJe* 11.02.2011.

91 (Voltar) *Informativo* 538/STJ, REsp 1.437.078/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 25.03.2014, DJe 31.03.2014.

92 (Voltar) Lucon, *Embargos*, p. 259; Greco, *Processo*, p. 621; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 498.

93 (Voltar) REsp 788.529/MT, 1.ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, j. 04.04.2006, DJ 08.05.2006; REsp 408.285/MG, 3.ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18.05.2006, DJ 12.06.2006; REsp 681.266/DF, 3.ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.06.2005, DJ 01.07.2005.

94 (Voltar) Wambier-Wambier-Medina, *Breves 3*, p. 196-198. Parece ter entendimento contrário: Ernane Fidelis dos Santos, *As reformas*, p. 58.

95 (Voltar) Ferres, *Nova*, p. 213.

96 (Voltar) Lucon, *Embargos*, p. 258; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 499; Câmara, *Lições*, p. 405.

97 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 652; Nery-Nery, *Código*, p. 1.078.

98 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 850; Wambier-Conceição-Ribeiro-

Mello, *Primeiras*, p. 1.290.

99 (Voltar) *Informativo* 519/STJ, 1.ª Turma, AgRg no AREsp 182.879-RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. 05.03.2013.

100 (Voltar) Lucon, *Embargos*, p. 290; Machado, *Código*, p. 1.274; Malachini, *Comentários*, p. 470.

101 (Voltar) Neves, *Preclusões*, p. 51-55.

102 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, p. 1118; Neves, *Preclusões*, p. 76-98. Dinamarco, *Instituições*, p. 697, fala em "decadência do direito de embargar", deixando claro que a decadência não atinge o direito material.

103 (Voltar) Câmara, *Lições*, p. 405-406.

104 (Voltar) Amaral Santos, *Primeiras*, p. 420-421.

105 (Voltar) STJ, 2ª Turma, PET no REsp 1.452.671/RS, rel. Min. Og Fernandes, j. 10/06/2014, DJe 25/06/2014; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 450; Pontes de Miranda, *Comentários*, v. 11, p. 76-77.

106 (Voltar) Theodoro Jr., *A reforma*, p. 190-192.

107 (Voltar) Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 204; Fidelis dos Santos, *As reformas*, p. 59.

108 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 1.178.883/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 20.10.2011, *DJe* 25.10.2011.

109 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 450; Araken de Assis, *Manual*, n. 510.5, p. 1.148.

110 (Voltar) Mazzei, *Reforma 2*, p. 520-521.

111 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 450-451; Ferres, *Nova*, p. 222.

112 (Voltar) Lucon, *Embargos*, p. 269-270.

113 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 449; Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 214-215.

114 (Voltar) Theodoro Jr., *A reforma*, p. 195.

115 (Voltar) Mazzei, *Reforma 2*, p. 507-508.

116 (Voltar) Para Mazzei, *Reforma 2*, p. 524-525, a decisão poderá ser de ofício, por aplicação analógica do art. 462 do CPC.

117 (Voltar) Afirmando tratar-se de decisão instável, mas sua alteração depender de modificações do estado de fato ou de direito, Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 451.

118 (Voltar) Didier Jr.-Cunha-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 353.

119 (Voltar) Mazzei, *A reforma 2*, p. 196, entende que a alienação antecipada é uma exceção ao art. 739-A, § 6.º, do CPC.

120 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 699-700.

121 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 296.

122 (Voltar) Greco, *Processo*, p. 622; Machado, *Código*, p. 1.276; Fadel, *Código*, p. 920; Marinoni-Arenhart, Execução, p. 452; Mazzei, Reforma 2, p. 554.

123 (Voltar) Lucon, *Código*, p. 2.090; Greco, *Processo*, p. 622; Câmara, *Lições*, p. 413.

124 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, p. 1.155; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 295; Theodoro Jr., *Processo*, p. 402.

125 (Voltar) Nesses exatos termos, Araken de Assis, *Manual*, p. 1.159.

126 (Voltar) Nesse sentido Araken de Assis, *Manual*, p. 1.159-1.160; Lucon, *Embargos*, p. 297-298; Fadel, *Código*, p. 920.

127 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 576.926/SP, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 12/02/2015, DJe 26/02/2015; STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 578.740/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/11/2014, DJe 11/11/2014.

128 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 699; Greco Filho, *Direito*, p. 110; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 452; Machado, *Código*, p. 1.277-1.278; Talamini, *Embargos*, p. 99.

129 (Voltar) Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 535, indica o reconhecimento jurídico do pedido como forma possível de reação do embargado.

130 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, p. 1.163-1.166; Dinamarco, *Instituições*, p. 698; Talamini, *Embargos*, p. 97-98.

131 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, p. 1.157, tem opinião diferente: “A exceção de incompetência restará inviabilizada sob o ângulo do embargado, pela falta de hipóteses de cabimento, e não porque inconcebível dentro do procedimento”.

132 (Voltar) Defendem o cabimento da reconvenção: Araken de Assis, *Manual*, p. 1.157-1.158; Lucon, *Embargos*, p. 301-303; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 536. Contra: Dinamarco, *Instituições*, p. 698, e Fornaciari Júnior, *Da reconvenção*, p. 78.

133 (Voltar) Lucon, *Embargos*, p. 189-196.

134 (Voltar) Segundo Dinamarco, *Instituições*, p. 668, a eficácia de extinguir a relação jurídica executiva não se confunde com os efeitos substanciais derivados da procedência do pedido nos embargos de mérito, que consistem em, a depender do caso concreto, "declarar a inexistência do crédito, em declarar que ele tem menor valor que o afirmado pelo exequente, ou ainda em desconstituir a relação jurídica obrigacional existente entre as partes".

135 (Voltar) Talamini, *Embargos*, p. 106, fala em penhora potencial, mas parece que, não havendo efetiva penhora, não haverá nada a desconstituir.

136 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 707; Araken de Assis, *Manual*, p. 1.169, afirmando que, em caso de inexistência de penhora, a natureza constitutiva ou declaratória dependerá do caso concreto.

137 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 670. Conforme lições de Lucon, *Embargos*, p. 155-186, essa espécie de embargos terá sempre como objeto as condições da ação executiva.

138 (Voltar) Lucon, *Embargos*, p. 150-154.

139 (Voltar) Pontes de Miranda, *Comentários*, t. XI, p. 81-83; Baptista da Silva, *Código*, p. 158.

140 (Voltar) *Informativo* 567/STJ, 2ª Turma, REsp 1.528.049-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/8/2015, DJe 28/8/2015.

141 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, v. 3, p. 293; Mazzei, *Reforma 2*, p. 577.

142 (Voltar) Mazzei, *Reforma 2*, p. 578; Theodoro Jr., *A reforma*, p. 209.

143 (Voltar) Para Theodoro Jr., *A reforma*, op. cit., p. 209, também a ofensa à ordem legal é matéria que pode ser conhecida de ofício, e por isso dispensa a propositura de embargos à execução.

144 (Voltar) Em sentido contrário, entendendo que após a intimação do embargado a alegação não mais poderá ser feita nos próprios embargos, bastando mera petição no próprio processo de execução, Cunha, *As defesas*, p. 655.

145 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, v. 2, p. 114.

146 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, p. 679.

147 (Voltar) *Informativo* 540/STJ, Corte Especial, REsp 1.387.248/SC, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07.05.2014, DJe 19.05.2014.

148 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, AgRg no Ag 1.369.072/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 20.09.2011, *DJe* 26.09.2011; STJ, 1.ª Turma, REsp 1.115.217/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.02.2010, *DJe* 19.02.2010.

149 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.095.610/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 01.09.2009, *DJe* 16.09.2009; STJ, 6.ª Turma, REsp 1.085.948/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16.06.2009, *DJe* 01.07.2009; STJ, 5.ª Turma, AgRg no REsp 1.080.925/RS, rel. Min. Jorge Mussi, j. 08.02.2011, *DJe* 28.02.2011.

150 (Voltar) Para Theodoro Jr., *A reforma*, p. 210, essa matéria depende de alegação do executado para ser conhecida pelo juiz. No entender de Lucon, *Embargos*, p. 178-180, todas as hipóteses de excesso de execução são matérias de ordem pública, podendo ser conhecidas de ofício pelo juiz.

151 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, p. 1.091.

152 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, v. 3, p. 114.

153 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, p. 299; Lucon, *Embargos*, p. 176-178.

154 (Voltar) Theodoro Jr., *A reforma*, p. 212.

155 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 529, p. 1.177-1.178.

156 (Voltar) Arruda Alvim, *Impugnação*, p. 47.

157 (Voltar) Wambier-Wambier-Medina, *Sobre*, p. 396-403. Nery-Nery, *Código*, p. 734, afirmam que a impugnação tem natureza híbrida, sendo um misto de ação e de defesa.

158 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 493, p. 578; Abelha Rodrigues, *Curso*, p. 528; Barbosa Moreira, *O novo*, p. 200; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 288-290.

159 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 738; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 468-469; Theodoro Jr., *Processo*, n. 494, p. 578; Bondioli, *O novo*, p. 117.

160 (Voltar) Araken de Assis, *Cumprimento*, n. 110, p. 315; Knijnik, *A nova*, p. 148.

161 (Voltar) *Informativo* 502/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.278.094-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.08.2012, DJe 22.08.2012.

162 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 200; Araken de Assis, *Manual*, n. 486.1, p.

1.088; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 558-559. Contra: Fux, *Impugnação*, p. 207.

163 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 293; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 559; Lucon, *Embargos*, n. 68, p. 170.

164 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 486.2, p. 1.089; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 529.

165 (Voltar) Fux, *Impugnação*, p. 207.

166 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 486.2, p. 1.09-1.091; Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, n. 24.2, p. 71; Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 469; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 530-531.

167 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.767, p. 675; Greco, *O processo*, n. 13.2.3, p. 603.

168 (Voltar) Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 561; Lucon, *Embargos*, n. 69. p. 171-172; Greco, *O processo*, n. 13.2.3, p. 603-604; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 368.

169 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.767, p. 675-676.

170 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 741; Lucon, *Embargos*, n. 48, p. 112; Knijnik, *A nova*, p. 157-158; Didier-Braga-Oliveira, *Curso*, p. 538.

171 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, n. 1.758, p. 661; Abelha Rodrigues, *Manual*, p. 567; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 377.

172 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 201.

173 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 494, p. 581; Marinoni-Arenhart, *Código*, p. 470; Araken de Assis, *Manual*, n. 486.8, p. 1.095.

174 (Voltar) *Informativo* 496/STJ, 3.ª T., REsp 1.195.929/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 24.04.2012, DJe 09.05.2012.

175 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 746; Wambier-Wambier-Medina, *Sobre*, p. 412.

176 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 544, p. 1.188.

177 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, n. 27, p. 79.

178 (Voltar) Theodoro Jr., *Processo*, n. 497, p. 586.

179 (Voltar) Contra: Araken de Assis, *Manual*, n. 539, p. 1.184-1.186.

180 (Voltar) Enunciado 50/ENFAM: “O oferecimento de impugnação manifestamente protelatória ao cumprimento de sentença será considerado conduta atentatória à dignidade da Justiça (art. 918, III, parágrafo único, do CPC/2015), ensejando a aplicação da multa prevista no art. 774, parágrafo único”.

181 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, n. 29, p. 83; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 305.

182 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 550, p. 1.191; Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, n. 29, p. 84.

183 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 551, p. 1.191: Theodoro Jr., *Processo*, n. 500, p. 588.

184 (Voltar) Enunciado 450 do FPPC: “Aplica-se a regra decorrente do art. 827, § 2º, ao cumprimento de sentença.”

185 (Voltar) Talamini, *A objeção*, p. 584-585, afirma que o primeiro a utilizar a expressão foi Galeno Lacerda.

186 (Voltar) Barbosa Moreira, *Exceção*, p. 120-121; Nery-Nery, *Código*, p. 1.072.

187 (Voltar) Barbosa Moreira, *Exceção*, p. 119-120; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.796, p. 715; Theodoro Jr., *Curso*, n. 337, p. 399.

188 (Voltar) Lucon, *Objeção*, p. 571-572.

189 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 475, p. 1.070.

190 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no Ag 1.051.891/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 23.09.2008, *DJe* 23.10.2008; REsp 575.167/MG, 4.ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 18.05.2004, *DJ* 30.08.2004, p. 303.

191 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.061.759/RS, rel. Min. Nancy Andrigui, j. 21/06/2011, DJe 29/06/2011.

192 (Voltar) STJ, 2ª Seção, EREsp 905.416/PR, rel. Min. Marco Buzzi, j. 09/10/2013, DJe 20/11/2013.

193 (Voltar) *Informativo* 521/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.078.399/MA, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.04.2013, *DJe* 09.04.2013; STJ, 2.ª Turma, AgRg no AREsp 268.511/CE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 12.03.2013, *DJe* 18.03.2013.

194 (Voltar) *Informativo* 391/STJ, 1.ª Seção, REsp 1.110.925-SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 22.04.2009, DJe 04.05.2009; *Informativo* 388/STJ, 1.ª Seção, REsp

1.104.900-ES, rel. Min. Denise Arruda, j. 25.03.2009. DJe 01.04.2009.

195 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.002.970/MT, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 02/02/2012, DJe 10/02/2012.

196 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.438.105/PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 25/11/2014, DJe 02/12/2014.

197 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 573.426/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18/11/2014, DJe 21/11/2014.

198 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 516.209/CE, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 23/09/2014, DJe 30/09/2014.

199 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 478, p. 1.076; Greco, *O processo*, n. 13.2, p. 627; Lucon, *Objeção*, p. 581.

200 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.074.400/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 04.11.2008, *DJe* 21.11.2008; REsp 806.362/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.09.2008, *DJe* 06.10.2008.

201 (Voltar) *Informativo* 490/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.256.724-RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 07.02.2012, DJe 14.02.2012.

202 (Voltar) Lucon, *Objeção*, p. 592.

203 (Voltar) STJ, REsp 931.340/RS, 2.ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 19.02.2009, *DJe* 25.03.2009; STJ, REsp. 666.637/RN, 4.ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09.05.2006, *DJ* 26.06.2005, p. 151.

204 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 481, p. 1.077, que por essa razão entende que o executado pode repetir a matéria nos embargos à execução.

205 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, AgRg no Ag 908.195/RS, rel. Min. Denise Arruda, j. 06.12.2007, *DJ* 17.12.2007, p. 137; EDcl no REsp 795.764/PR, 2.ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 16.05.2006, *DJ* 26.05.2006, p. 248.

206 (Voltar) *Informativo* 313/STJ, 1.ª T., REsp 749.184-MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 13.03.2007.

207 (Voltar) *Informativo 446, STJ, 1.ª Seção,* REsp 1.185.036-PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 08.09.2010, DJe 01.10.2010.

208 (Voltar) *Informativo* 452/STJ, 1.ª Turma, REsp 948.412-PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.10.2010, DJe 03.11.2010.

209 (Voltar) *Informativo* 534/STJ, 1.ª Turma, REsp 1.276.956/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 04.02.2014, DJe 13.02.2014.

210 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 442.448/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 25.03.2003, *DJ* 07.04.2003, p. 282.

211 (Voltar) Theodoro Jr., *A reforma*, p. 178; Moreira Pinto, *A nova*, p. 403. Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 193-194, e Câmara, *Lições*, v. 2, p. 389-390, ainda que tratem a defesa como "exceção de pré-executividade". Para Gusmão Carneiro, *Cumprimento*, p. 217, a inovação extingue com a "objeção de não executividade".

212 (Voltar) *Informativo* 478/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.061.759/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.06.2011, DJe 29.11.2011.

213 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 474, p. 1.070.

214 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 1.002.031/PE, rel. Min. José Delgado, j. 20.05.2008, *DJe* 23.06.2008; Marinoni-Arenhart, *Execução*, p. 310; Dinamarco, *Instituições*, n. 1.796, p. 717, em casos extraordinariamente graves. Contra: Araken de Assis, *Manual*, n. 478, p. 1.076; Greco, *O processo*, n. 13.2, p. 627; Nery-Nery, *Código*, p. 1.072.

215 (Voltar) Wambier-Wambier-Medina, *Os embargos*, p. 639; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 449.

216 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 1.032.474/PR, rel. Min. José Delgado, j. 18.03.2008, DJ 16.04.2008; REsp 962.629/RS, 2.ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 04.03.2008, DJe 14.03.2008; Mazzei, *Reforma 2*, p. 466.

217 (Voltar) Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, p. 189; Ferres, *Nova*, p. 211/212; Camiña Moreira, *Embargos*, p. 25.

218 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.485.127/AL, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 05/02/2015, DJe 12/02/2015; STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 259.255/CE, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 12/03/2013, DJe 18/03/2013.

219 (Voltar) Enunciado 194 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

220 (Voltar) Enunciado 195 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

221 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.521.490/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 12/05/2015, DJe 19/05/2015; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.515.261/PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 07/05/2015, DJe 22/05/2015.

222 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.478.145/RN, rel. Min. Herman Benjamin, j. 18/11/2014, DJe 26/11/2014; STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 1.170.091/RJ, rel. Min. Raul

Araújo, j. 15/05/2014, DJe 16/06/2014.

223 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.463.664/SC, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23/10/2014, DJe 30/10/2014.

STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 470.154/MS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 22/04/2014, DJe 05/05/2014.

224 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 1.307; Miranda, *Breves*, p. 2.065.

225 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 1.230; Miranda, *Breves*, p. 2.066.

226 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.248.866/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 13.09.2011, *DJe* 27.09.2011.

227 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 426; Salles, *Precedentes*, p. 81.

228 (Voltar) Cambi-Fogaça, p. 342.

229 (Voltar) Zaneti Jr, *Comentários*, p. 1.318.

230 (Voltar) Marinoni, *Precedentes*, p. 214.

231 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 437.

232 (Voltar) Madeira, *A força*, p. 527.

233 (Voltar) Mancuso, *O Direito*, pp. 401-402.

234 (Voltar) Didier Jr., *Sistema*, p. 385.

235 (Voltar) Contra, entendendo que caberia ao Novo Código de Processo Civil a previsão da forma e requisitos para a edição das súmulas: Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 543.

236 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 430.

237 (Voltar) Mancuso, *O Direito*, p. 402.

238 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 872.

239 (Voltar) STJ, 2ª Seção, AgRg nos EREsp 593.309/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.10.2005, *DJe* 23.11.2005, p. 154.

240 (Voltar) Zaneti Jr., *Comentários*, p. 1.319.

241 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 1.241.

242 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, pp. 869-870.

243 (Voltar) Enunciado 172 do FPPC: “A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória.”

244 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, Inq 2.704/RJ, rel. Min. Rosa Weber, j. 17.10.2012, *DJe* 27.2.2013; STJ, 5ª Turma, HC 201.589/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. 26.08.2014, *DJe* 02.09.2014; STJ, 6ª Turma, REsp 1.443.385/RS, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 26.08.2014, *DJe* 24.11.2014.

245 (Voltar) STF, 2ª Turma, MS 33.426 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 14.04.2015, *DJe* 11.06.2015; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.428.174/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 17.09.2015, *DJe* 24.09.2015.

246 (Voltar) Enunciado 453 do FPPC: “A estabilidade a que se refere o *caput* do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes.”

247 (Voltar) Enunciado 316 do FPPC: “A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários.”

248 (Voltar) Zaneti Jr., *Comentários*, p. 926.

249 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 427.

250 (Voltar) Câmara, *O novo*, 432; Didier Jr., *Sistema*, p. 391; Theodoro Jr.-Nunes-Bahia-Pedron, *O Novo*, p. 306; Cambi-Fogaça, *Sistema*, p. 342. No original, Dworkin, *O império*, p. 133.

251 (Voltar) Enunciado 457 do FPPC.

252 (Voltar) Enunciado 454 do FPPC: “Uma das dimensões da coerência a que se refere o *caput* do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência)”; Enunciado 455 do FPPC: “Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação.”

253 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 433.

254 (Voltar) Didier Jr., *Sistema*, p. 395; Streck-Abboud, *O NCPC*, p. 179.

255 (Voltar) Tucci, *O regime*, p. 454; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 538.

256 (Voltar) Nery Jr-Nery, *Código*, p. 1.836.

257 (Voltar) Zaneti Jr., *Comentários*, p. 1.312; Salles, *Precedentes*, p. 86; Mancuso, *O Direito*, p. 417.

258 (Voltar) Salles, *Precedentes*, p. 86; Mancuso, *O Direito*, p. 415.

259 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 434.

260 (Voltar) Theodoro Jr-Nunes-Bahia-Pedron, *Novo*, p. 309; Amaral, *Comentários*, p. 948; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 545; Marinoni, *Breves*, p. 2.077; Streck-Abboud, *O NCPC*, pp. 176-177; Cambi-Fogaça, *Sistema*, p. 348; Tucci, *O regime*, p. 454; Zaneti Jr., *Comentários*, p. 1.322.

261 (Voltar) Marinoni, *Breves*, pp. 2.076-2.077.

262 (Voltar) Mâcedo, *O regime*, p. 385; Cambi-Fogaça, *Sistema*, p. 346.

263 (Voltar) Zaneti Jr., *Comentários*, p. 1.321; Didier Jr-Oliveira-Braga, *Curso*, p. 464.

264 (Voltar) Marinoni, *Breves*, p. 2.076.

265 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, Rcl 11.479 AgR/CE, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19.12.2012, *DJe* 25.2.2013.

266 (Voltar) STF, 1.ª Turma, Rcl 11.478 AgR/CE, rel. Min. Marco Aurélio, j. 5.6.2012, *DJe* 21.6.2012.

267 (Voltar) Zaneti Jr., *Comentários*, p. 1.322.

268 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 437.

269 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, Rcl 5.216 AgR/PA, rel Min. Cármen Lúcia, j. 13.06.2012, *DJe* 19.09.2012; STJ, 1ª Seção, MS 15.920/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. 14.11.2012; *DJe* 05.02.2013.

270 (Voltar) STF, 1ª Turma, RE 578.582 AgR/RS, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.11.2012, *DJe* 19.12.2012; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 786.612/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 17.10.2013, *DJe* 24.10.2013.

271 (Voltar) Zaneti Jr., *Comentários*, p. 1.324.

272 (Voltar) Didier Jr.-Oliveira-Braga, *Curso*, p. 445.

273 (Voltar) Enunciado 318 do FPPC: “Os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante.”

274 (Voltar) Citado por Mâcedo, *Contributo*, p. 223.

275 (Voltar) Zaneti Jr., *Comentários*, p. 1.323; Marinoni, *Precedentes*, pp. 250-251; Didier Jr-Oliveira-Braga, *Curso*, pp. 448-450.

276 (Voltar) Marinoni, *Precedentes*, pp. 260-261; Mâcedo, *Contributo*, p. 234.

277 (Voltar) Didier Jr.-Oliveira-Braga, *Curso*, pp. 447-448.

278 (Voltar) Zaneti Jr., *Comentários*, p. 1.325.

279 (Voltar) Enunciado 317 do FPPC: "O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado."

280 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 440.

281 (Voltar) Didier-Oliveira-Braga, *Curso*, p. 448; Mâcedo, *Contributo*, pp. 236-237.

282 (Voltar) Streck-Abboud, *O NCPC*, pp. 177-178.

283 (Voltar) Bustamante, *A dificuldade*, pp. 288-294; Nunes-Horta, *Aplicação*, p. 310.

284 (Voltar) Mâcedo, *Contributo*, p. 218.

285 (Voltar) Peixoto, *Aspectos*, p. 176.

286 (Voltar) Marinoni, *Breves*, p. 2.081.

287 (Voltar) Cruz e Tucci, *O Regime*, p. 455.

288 (Voltar) Cambi-Fogaça, *Sistema*, p. 353.

289 (Voltar) Nunes-Horta, *Aplicação*, p. 313.

290 (Voltar) Enunciado 322 do FPPC: "A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida."

291 (Voltar) Zaneti Jr., *Comentários*, p. 1.328.

292 (Voltar) Enunciado 324 do FPPC: "Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto."

293 (Voltar) Mâcedo, *A disciplina*, p. 484.

294 (Voltar) Didier Jr-Oliveira-Braga, *Curso*, p. 497.

295 (Voltar) Marinoni, *Breves*, p. 2.079.

296 (Voltar) Mâcedo, *A disciplina*, p. 486.

297 (Voltar) Didier-Oliveira-Braga, *Curso*, p. 497.

298 (Voltar) Marinoni, *Breves*, p. 2.080.

299 (Voltar) Mâcedo, *A disciplina*, p. 486.

300 (Voltar) Zufelato, *Precedentes*, p. 107.

301 (Voltar) Nery Jr., *Boa-fé*, p. 95.

302 (Voltar) Didier Jr-Oliveira-Braga, *Curso*, p. 500.

303 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, ADI 2.797 ED/DF, rel. Min. Menezes Direito, rel. p/ acórdão Min. Ayres Britto, j. 16.5.2012, *DJe* 28.2.2013.

304 (Voltar) Peixoto, *A modulação*, p. 309; Marinoni, *Breves*, p. 2.079.

305 (Voltar) Carraza, *Segurança*, p. 63; Nery Jr., Boa-fé, p. 95.

306 (Voltar) Enunciado 321 do FPPC; "A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal."

307 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 1.278.217/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.2.2012, *DJe* 13.3.2012; STJ, 3.ª Turma, REsp 1.226.016/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.3.2011, *DJe* 25.3.2011.

308 (Voltar) Daniel Neves, *Preclusões*, p. 44-45.

309 (Voltar) Carvalho, *Poderes*, n. 6.5, p. 76.

310 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 879; Medina, *Novo*, p. 1.261.

311 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 879.

312 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 451.

313 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 879.

314 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 451.

315 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 1.252.702/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 7.6.2011, *DJe* 14.6.2011.

316 (Voltar) Câmara, *O novo*, pp. 451-452.

317 (Voltar) Contra a aplicação do art. 557 do CPC/1973: STJ, 2.ª Turma, REsp 791.856/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 16.05.2006, *DJ* 14.06.2006. A favor do julgamento monocrático: STJ, 5.ª Turma, AgRg no Ag 890.210/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 09.10.2007, *DJ* 5.11.2007; STJ, 1.ª Turma, AgRg no REsp 729.439/AL, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.02.2006, *DJ* 13.03.2006.

318 (Voltar) *Informativo* 437/STJ, Corte Especial, REsp 1.049.974-SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.06.2010.

319 (Voltar) Súmula 253/STJ.

320 (Voltar) STJ, 1ª Seção, AgRg no MS 19.764/DF, rel. Min. Sérgio Kukina, rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler, j. 26.03.2014, *DJe* 05.12.2014; Barbosa Moreira, Comentários, n. 366, p. 681; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 141.

321 (Voltar) Freire, *Breves*, p. 2.089.

322 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 888.467/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 1.9.2011, *DJe* 6.10.2011.

323 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 1.267; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 883; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.333; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 627.

324 (Voltar) Enunciado 200 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Fica superado o enunciado 320 da súmula do STJ.”

325 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.341; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 556.

326 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 1.274.

327 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 557.

328 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, 2, n. 8, p. 16; Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, 2, p. 222; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 86.

329 (Voltar) Wambier-Wambier-Medina, *Breves*, 2, p. 222; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 6.17, p. 203.

330 (Voltar) Barioni, *Efeito*, p. 179-186.

331 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, 2, n. 10, p. 20.

332 (Voltar) Cheim Jorge, *A terceira*, p. 210; Didier-Cunha, *Curso*, p. 132; STJ, 3.ª Turma, REsp 803.897/SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.02.2008, *DJ* 05.03.2008; STJ, 5.ª Turma, REsp 795.102/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 30.8.2007, *DJ* 15.10.2007.

333 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, 543-a, p. 666; Araken de Assis, *Manual*, 40.3., p. 441.

334 (Voltar) Scarpinella Bueno, *A nova*, 2, n. 13, p. 26-28; Nery-Nery, *Código*, p. 858.

335 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 558.

336 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.346.

337 (Voltar) Côrtes, Breves, p. 2.113.

338 (Voltar) Scarpinella Bueno, Manual, p. 559; Câmara, o Novo, p. 454.

339 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 183.

340 (Voltar) Pantoja, *Breves*, p. 2.116.

341 (Voltar) Pantoja, *Breves*, p. 2.117.

342 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, nº 33.2.4.3, pp. 337-338; Barbosa Moreira, *Comentários*, nº 33, p. 44.

343 (Voltar) STF, 1ª Turma, RE 370.765 AgR/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.02.2011, *DJe* 11.03.2011.

344 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, nº 30, p. 40; Didier-Cunha, *Curso*, p. 537.

345 (Voltar) Súmula 513 do STF: " A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito."

346 (Voltar) Leonardo Greco, *Instituições*, p. 140; Didier-Cunha, *Curso*, p. 537; Dirley da Cunha Jr., *Controle difuso de constitucionalidade*, p. 144.

347 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, p. 179; Pizzol, *A competência*, p. 348. Ainda Nery-Nery, *Código*, p. 516.

348 (Voltar) Súmula 33 do STJ.

349 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, CC 37.401/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 08.06.2005, *DJ* 20.06.2005, p. 120.

350 (Voltar) *Informativo* 777/STF, Plenário, CC 7706 AgR-segundo-ED-terceiros/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 12.03.2015.

351 (Voltar) Nesse sentido Câmara, *Lições*, p. 110; Agrícola Barbi, *Comentários*, p. 370; Frederico Marques, *Instituições*, p. 461. Pizzol, *Código*, p. 331. Em sentido contrário, atribuindo natureza de ação declaratória ao conflito de competência, Greco Filho, *Manual*, p. 214.

352 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Jurisdição*, p. 182. Com considerações similares, Agrícola Barbi, *Comentários*, p. 374-375; Dall'Agnol, *Comentários*, p. 77.

353 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 519.

354 (Voltar) *Informativo* 522/STJ: 2.ª Seção, CC 111.230/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.05.2013.

355 (Voltar) Súmula 428/STJ: "Compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária".

356 (Voltar) STJ, 2.ª Seção, CC 100.609/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 12.05.2010, *DJe* 21.06.2010.

357 (Voltar) Dall'Agnol, *Comentários*, p. 82. Contra, entendendo ser caso de não conhecimento, Nery-Nery, *Código*, p. 520.

358 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 521; Pizzol, *Código*, p. 340; Dall'Agnol, *Comentários*, p. 86.

359 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 563.

360 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.357.

361 (Voltar) Carmona, *Breves*, p. 2.132.

362 (Voltar) Contra: Carmona, *Breves*, p. 2.132.

363 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.356.

364 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.231.554/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.05.2011.

365 (Voltar) STJ, Corte Especial, SE 7312/EX, rel. Min. Humberto Martins, j. 05.09.2012, *DJe* 18.09.2012.

366 (Voltar) STJ, Corte Especial, SEC 2410/EX, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ acórdão Nancy Andrighi, j. 08.12.2013, *DJe* 19.02.2014.

367 (Voltar) Carmona, *Breves*, p. 2.140; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 896.

368 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 1.361.

369 (Voltar) Carmona, *Breves*, p. 2.136.

370 (Voltar) STJ, Corte Especial, SEC 10.643/EX, rel. Min. Humberto Martins, j.

19.11.2014.

371 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 897; Carmona, *Breves*, p. 2.141.

372 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 897.

373 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.363.

374 (Voltar) STJ, Corte Especial, SEC 5.268/GB, rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, j. 07.11.2012.

375 (Voltar) Informativo 584/STJ: Corte Especial, SEC 6.485-EX, rel. Min. Gilson Dipp, j. 03.09.2014; Informativo 485/STJ: Corte Especial, SEC 1-EX, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19.10.2011.

376 (Voltar) Informativo 463/STJ: Corte Especial, AgRg na SEC 854-EX, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 16.02.2011.

377 (Voltar) STJ, Corte Especial, SEC 7171/EX, rel. Nancy Andrighi, j. 20.11.2013, *DJe* 02.12.2013.

378 (Voltar) Por todos: Nery-Nery, *Código*, p. 777.

379 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 68, p. 107.

380 (Voltar) Câmara, *Ação*, p. 37.

381 (Voltar) Enunciado 336 do FPPC: “Cabe ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito.”

382 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 1.308.611/BA, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 21.08.2012, *DJe* 27.08.2012; STJ, 1ª Seção, AgRg nos EREsp 1.111.092/MG, rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.06.2012, DJe 22.08.2012.

383 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 69, p. 113; Rizzi, *Ação*, n. 5, p. 12.

384 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 69, p. 110; Câmara, *Ação*, p. 57-58. Pelo cabimento, Yarshell, *Ação*, n. 56, p. 178-180; Didier-Cunha, *Curso*, p. 345.

385 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 463.

386 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.472.811/CE, rel. Min. Og Fernandes, j. 07.10.2014, *DJe* 15.10.2014; STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 1.111.939/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07.11.2012, *DJe* 21.11.2012.

387 (Voltar) Barioni, *Breves*, p. 2.149.

388 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 901.

389 (Voltar) Scarpinella, *Novo*, p. 605.

390 (Voltar) Yarshell, *Ação*, n. 41, p. 132.

391 (Voltar) Súmula 514/STF; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 70, p. 117; Theodoro Jr., *Curso*, n.601, p. 771; Pimentel, *Introdução*, n. 18.2, p. 481.

392 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 603, p. 773; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 73, p. 121; Pimentel, *Introdução*, n. 18.3.2, p. 488.

393 (Voltar) Yarshell, *Ação*, n. 96, p. 295; Didier-Cunha, *Curso*, p. 366.

394 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 73, p. 122.

395 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 73, p. 122; Nery-Nery, *Código*, p. 367; Costa Machado, *Código*, p. 110. Contra, entendendo ser dever do juiz: Câmara, *Ação*, p. 63.

396 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 73, p. 122-123; Câmara, *Ação*, p. 62; Pimentel, *Introdução*, n. 18.3.2, p. 488; Didier-Carneiro, *Curso*, p. 366.

397 (Voltar) Yarshell, *Ação*, n. 97, p. 297; Pimentel, *Introdução*, n. 18.3.3, p. 489; Didier-Carneiro, *Curso*, p. 369.

398 (Voltar) *Informativo* 462/STJ, 2.ª Seção, EREsp 1.008.792/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.02.2011.

399 (Voltar) Câmara, *Ação*, p. 66.

400 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, vol. 5, p. 336.

401 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 75, p. 124; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 651.

402 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 605, p. 774; Rizzi, *Ação*, n. 45, p. 71; Didier-Carneiro, *Curso*, p. 370.

403 (Voltar) Rizzi, *Ação*, n. 59, p. 94-97; Porto, *Comentários*, p. 310; Nery-Nery, *Código*, p. 779, p. 492; Didier-Carneiro, *Curso*, p. 372.

404 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 77, p. 128; Rizzi, *Ação*, n. 78, p. 131; Fux, *Curso*, p. 849.

405 (Voltar) Rizzi, *Ação*, n. 77, p. 130-131; Pimentel, *Introdução*, n. 18.3.5, p. 493.

406 (Voltar) *Informativo* 557/STJ, 3ª Turma, REsp 1.354.225-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24.02.2015, *DJe* 05.03.2015.

407 (Voltar) *Informativo* 510/STJ, 3.ª Seção, AR 4.112-SC, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 28.11.2012.

408 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 779; Didier-Carneiro, *Curso*, p. 378; Fux, *Curso*, p. 849.

409 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 782; Wambier-Wambier-Medina, *Reformas* 3, p. 280.

410 (Voltar) Súmula STF/343. Em sentido crítico: Marinoni-Arenhart, *Curso*, p. 651.

411 (Voltar) *Informativo* 547/STJ, Corte Especial, REsp 736.650-MT, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 20.8.2014.

412 (Voltar) Câmara, *Ação*, p. 88-89; Pimentel, *Introdução*, n. 18.3.6, p. 495-496; Didier-Cunha, *Curso*, p. 381. Na jurisprudência: *Informativo* 414/STJ: Corte Especial, EREsp 687.903-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 04.11.2009; STJ, 1.ª Seção, EREsp 608.122/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 09.05.2007, *DJ* 28.05.2007. *Informativo* 497/STF, Plenário, RE 328.812 ED/AM, rel. Gilmar Mendes, j. 06.03.2008.

413 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, RE 590.809/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.10.2014.

414 (Voltar) *Informativo* 468/STJ, 3.ª Turma, REsp 885.352/MT, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 7.4.2011.

415 (Voltar) Porto, *Comentários*, p. 323; Talamini, *Coisa*, p. 177; Marinoni-Arenhart, *Curso*, p. 652.

416 (Voltar) *Informativo* 353/STJ, 1.ª Seção, AR 1.291-SP, rel. Luiz Fux, j. 23.4.2008; *Informativo* 355/STJ, 1.ª Seção, EDcl no AgRg na AR 2.013-SP, rel. Herman Benjamin, j. 14.5.2008.

417 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 783; Rizzi, *Ação*, n. 84, p. 145; Porto, *Comentários*, p. 323; Pimentel, *Introdução*, n. 18.3.7, p. 498.

418 (Voltar) STJ, 1ª Seção, AR 1.291/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 23.04.2008, *DJe* 02.06.2008; STJ, 1ª Seção, EDcl no AgRg na AR 2.013/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.5.2008, *DJe* 23.09.2009.

419 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 81, p. 137-138; Theodoro Jr., *Curso*, n. 610, p. 777; Pimentel, *Introdução*, n. 18.3.8, p. 498-499; Didier-Carneiro, *Curso*, p. 385.

420 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 653.942/MG, rel. Min. Honildo Amaral de Mello

Castro, j. 15.09.2009, *DJe* 28.09.2009; REsp 300.084/GO, 2.ª Seção, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28.04.2004, *DJ* 06.09.2004; REsp 255.077/MG, 3.ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.3.2004, *DJ* 03.05.2004.

421 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.215.932/SP, rel. Min. SidneiBeneti, j. 06.08.2013, *DJe* 26.08.2013.

422 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 81, p. 140; Talamini, *Coisa*, p. 181; Rizzi, *Ação*, n. 96, p. 175-176.

423 (Voltar) STJ, AR 3.444/PB, 3.ª Seção, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 8.8.2007, *DJ* 27.8.2007, p. 187; Rizzi, *Ação*, n. 100, p. 183; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 653.

424 (Voltar) Porto, *Comentários*, p. 32.

425 (Voltar) *Informativo* 522/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.293.837-DF, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 2.4.2013; Rizzi, *Ação*, n. 99, p. 181-182; Theodoro Jr., *Curso*, p. 610, p. 778; Didier-Cunha, *Curso*, p. 387.

426 (Voltar) STJ, REsp 839.499/MT, 1.ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.08.2007, *DJ* 20.09.2007, p. 234.

427 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 653; Theodoro Jr., *Curso*, n. 612, p. 779; Nery-Nery, *Código*, p. 783.

428 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 85, p. 148; Talamini, *Coisa*, p. 189; Rizzi, *Ação*, n. 69, p. 118.

429 (Voltar) *Informativo* 436/STJ, 2.ª Seção, AR 1.421-PB, rel. Min. Massami Uyeda, j. 26.05.2010; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 87, p. 150; Porto, *Comentários*, p. 338; Câmara, *Ação*, p. 118-120.

430 (Voltar) STJ, REsp 225.309/SP, 3.ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 06.12.2005, *DJ* 22.5.2205, p. 190; Rizzi, *Ação*, n. 75, p. 126; Porto, *Comentários*, p. 338; Câmara, *Ação*, p. 119-120. Contra: Pimentel, *Introdução*, n. 18.3.10, p. 504-505.

431 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, vol. 5, p. 343; Porto, *Comentários*, p. 333-334. *Informativo* 513/STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp 1.314.900-CE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.12.2012; STJ, 3.ª Turma, AgRG no REsp 596.271/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.04.2004, *DJ* 17.05.2004.

432 (Voltar) Theodoro Jr. *Curso*, n. 611, p. 778; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 653;

Informativo 513/STJ, 4.ª Turma, AgRg na Rcl 10.805-RS, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 04.02.2013.

433 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 92, p. 161-162; Câmara, *Ação*, p. 111-113; Fux, *Curso*, p. 854.

434 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1.152.702/MT, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 15.05.2014, *DJe* 27.05.2014; STJ, 4.ª Turma, REsp 1.150.745/MG, rel. Min. Marco Buzzi, j. 11.02.2014, *DJe* 19.2.2014; STJ, Corte Especial, AgRg na Pet 9.274/BA; j. 7.8.2013, *DJe* 13.08.2013.

435 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 97, p. 168.

436 (Voltar) Didier-Cunha, *Curso*, p. 350; STJ, 4.ª Turma, REsp 19.992/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.03.1995, *DJ* 17.04.1995.

437 (Voltar) Pimentel, *Introdução*, n. 18.7, p. 518.

438 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 857; Theodoro Jr., *Curso*, n. 614, p. 783.

439 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 100, p. 173.

440 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, EAR 384/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.02.2006, *DJ* 06.03.2006; STJ, 1.ª Turma, AgRg no REsp 935.477/DF, rel. Min. Francisco Falcão, j. 22.05.2007, *DJ* 14.06.2007; Súmula 407/TST.

441 (Voltar) Barioni, *Breves*, pp. 2.157-2.158; Medina, *Novo*, p. 1.310; Didier Jr., Nova hipótese de legitimidade para a propositura de ação rescisória. Novo CPC. Art. 979, IV, versão da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-183/>. Acesso em: 13 fev. 2015, às 13:14.

442 (Voltar) Em sentido contrário: Scarpinella, *Novo*, 607.

443 (Voltar) STJ, REsp 785.666/DF, 2.ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.4.2007, *DJ* 30.04.2007, p. 303.; AR 2.009/PB, 1.ª Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 14.4.2004, *DJ* 03.05.2004, p. 86.

444 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 101, p. 175; Fux, *Curso*, p. 856.

445 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 792.

446 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 793.

447 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no Ag 917.818/DF, rel. Min. Castro Meira, j.

13.11.2007, *DJ* 27.11.2007; STJ, 1.ª Turma, REsp 712.285/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 04.08.2005, *DJ* 29.8.2005.

448 (Voltar) *Informativo* 478/STJ, 3.ª Seção, CC 114.593/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22.06.2011.

449 (Voltar) STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl na AR 3.418-DF, 1.ª Seção, rel. Min. Eliana Calmon, j. 08.10.2008 (*Informativo* 371/STJ).

450 (Voltar) STJ, 6.ª Turma, AgRg no REsp 958.333/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17.12.2007, *DJ* 25.02.2008; STJ, 2.ª Turma, REsp 543.368/RJ, rel. Eliana Calmon, rel. para acórdão Castro Meira, j. 04.05.2006, *DJ* 02.06.2006. Contra, na doutrina: Nery-Nery, *Código*, p. 495. *Informativo* 283/STJ, 2.ª T., REsp 543.368-RJ, rel. Castro Meira, j. 04.05.2006.

451 (Voltar) Súmula 401/STJ: "O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial."

452 (Voltar) REsp 784.166/SP, 3.ª Turma, rel. Min. Castro Filho, j. 13.03.2007, *DJ* 23.04.2007; STJ, 4.ª Turma, REsp 441.252/CE, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22.10.2002, *DJ* 17.02.2003.

453 (Voltar) *Informativo* 514, 1.ª Turma, Ag no AREsp 79.082-SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 05.02.2013.

454 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 622-a, p. 792-796; Pimentel, *Introdução*, n. 18.5.2, p. 515.

455 (Voltar) *Informativo* 547/STJ, Corte Especial, REsp 736.650-MT, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 20.08.2014; STJ, REsp 781.923/DF, 2.ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 21.08.2007, *DJ* 31.08.2007; STJ, EREsp 404.777/DF, Corte Especial, rel. Min. Fontes de Alencar, rel. p/ acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, j. 03.12.2003, *DJ* 11.04.2005.

456 (Voltar) STF, 1.ª Turma, RE 666.589/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.03.2014, *DJe* 03.06.2014; STF, Tribunal Pleno, AP 470 QO-décima primeira/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13.11.2013, *DJe* 19.02.2014.

457 (Voltar) Scarpinella, *Novo*, p. 611; Medina, *Novo*, pp. 1.319-1.320.

458 (Voltar) STJ, Corte Especial, REsp 736.650/MT, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 20.08.2014, *DJe* 01.09.2014.

459 (Voltar) Neves, *Novo*, p. 497; Barioni, *Breves*, p. 2.176; Wambier-Conceição-Ribeiro-

Mello, *Primeiros*, p. 1.394.

460 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 130, p. 221; Fux, *Curso*, p. 844.

461 (Voltar) Informativo 553/STJ, Corte Especial, REsp 1.112.864-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, j. 19.11.2014, *DJe* 17.12.2014 (Recurso Especial repetitivo tema 552).

462 (Voltar) *Informativo* 463/STJ, 3.ª Turma, REsp. 863.890/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.2.2011; *Informativo* 458/STJ, Corte Especial, EREsp 676.159/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1.º.12.2010.

463 (Voltar) *Informativo* 482/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.165.735/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 6.9.2011.

464 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 799.

465 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 106, p. 186; Theodoro Jr., *Curso*, n. 617, p. 784; Fux, *Curso*, p. 860.

466 (Voltar) STJ, REsp 900.888/PR, 1.ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, j. 12.03.2008, *DJe* 31.3.2008. *Informativo* 353/STJ, 1.ª Seção, EREsp 770.847-PR, rel. Luiz Fux, j. 23.04.2008.

467 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 102, p. 177; Nery-Nery, *Código*, p. 794.

468 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.227.735/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 22.3.2011, *DJe* 4.4.2011; Pimentel, *Introdução*, n. 18.9, p. 528.

469 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 103, p. 178; Nery-Nery, *Código*, p. 795.

470 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 104, p. 180-181.

471 (Voltar) Informativo 556/STJ, 2ª Seção, PET 9.892-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.2.2015, *DJe* 03.03.2015; STJ, 1.ª Turma, REsp 913.751/DF, rel. Min. José Delgado, j. 18.09.2007, *DJ* 04.10.2007; STJ, 1.ª Seção, EREsp 383.817/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 24.08.2005, *DJ* 12.09.2005.

472 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 794.

473 (Voltar) Pimentel, *Introdução*, n. 18.9, p. 525.

474 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 332-333.

475 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 105, p. 183; Fux, *Curso*, p. 862; STJ, 3.ª Seção, AR 2.968/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. 12.12.2007, *DJ* 1.º.02.2008; STJ, 3.ª

Turma, REsp 592.818/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2005, *DJ* 19.12.2005.

476 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 862; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 659; Pimentel, *Introdução*, n. 18.9, p. 526. Súmula 299/TST.

477 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 801; STJ, 1.ª Seção, AgRg na AR 3.691/MG, rel. Min. Denise Arruda, j. 27.6.2007, *DJ* 27.8.2007.

478 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 347-348. Contra, entendendo tratar-se de competência exclusiva do relator: Nery-Nery, *Código*, p. 801; Câmara, *Ação*, p. 174.

479 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 801; STJ, 6.ª Turma, REsp 363.780/RS, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 27.8.2002, *DJ* 2.12.2002. Contra, Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 113, p. 193; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 661; Didier-Cunha, *Curso*, p. 401-408.

480 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 113, p. 193; Nery-Nery, *Código*, p. 801. Contra: Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 661; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 353.

481 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 113, p. 193-194.

482 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 114, p. 195; Fux, *Curso*, p. 864; Theodoro Jr., *Curso*, n. 619, p. 786.

483 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 114, p. 194-195.

484 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 619, p. 786.

485 (Voltar) Enunciado 340 do FPPC.

486 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 120, p. 201; Nery-Nery, *Código*, p. 803.

487 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 124, p. 206-207.

488 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 803; Theodoro Jr., *Curso*, n. 620, p. 787.

489 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 803; Theodoro Jr., *Curso*, n. 620, p. 787.

490 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 913.

491 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 1.324.

492 (Voltar) Cambi-Fogaça, *Incidente*, p. 280.

493 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.398.

494 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 479; Enunciado 87 do FPPC.

495 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, pp. 913-914. Contra: Câmara, *O Novo*, p. 479, para quem a falta de interesse depende de todos os julgamentos serem no mesmo sentido.

496 (Voltar) Cabral, *Comentários*, p. 1.422.

497 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 914; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 578.

498 (Voltar) Câmara, *A nova*, p. 479.

499 (Voltar) Câmara, *O Novo*, p. 479.

500 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.399.

501 (Voltar) Câmara, *A nova*, p. 480.

502 (Voltar) Contra: Dantas, *Breves*, p. 2.184.

503 (Voltar) Cunha, "Incidente", p. 335-336.

504 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.400; Cambi-Fogaça, *Incidente*, p. 282.

505 (Voltar) STF, 2.ª Turma, RE. 514.023/AgRg/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.12.2009, *DJe* 05.02.2010; STF, 2.ª Turma, RE 472.489/AgRg/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2008, *DJe* 29.08.2008; STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 938.951/DF, rel. Min. Humberto Martins, j. 23.02.2010, *DJe* 10.03.2010; STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp 800.657/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 05.11.2009, *DJe* 16.11.2009.

506 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 914.

507 (Voltar) Contra: Cabral, *Comentários*, p. 1.424.

508 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 1.264.116/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.10.2011, *DJe* 13.04.2012. Com o mesmo entendimento amplo: STJ, 1.ª Turma, REsp 912.849/RS, rel. Min. José Delgado, j. 26.02.2008, *DJe* 28.04.2008.

509 (Voltar) *Informativo* 541/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.192.577/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.05.2014.

510 (Voltar) Cambi-Fogaça, *Incidente*, p. 287. Dantas, *Breves*, p. 2.193, entende tratar-se de assistência simples.

511 (Voltar) *Informativo* 540/STJ, 2.ª Seção, REsp 1.418.593-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.05.2014.

512 (Voltar) Câmara, *O Novo*, 482; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.408

513 (Voltar) Bueno, *Amicus curiae*, p. 500-511; Barroso, *O controle*, p. 177, fala em "legítimo interesse no resultado da ação". Del Prá, "Breves", p. 64, chama de "interesse público de controle". Cunha Jr., "A intervenção", p. 157, refere-se a "interesse objetivo relativamente à questão jurídico-constitucional em discussão".

514 (Voltar) Cabral, *Comentários*, p. 1.430; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 581.

515 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 583.

516 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 916; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 982. Contra: Medina, *Novo*, p. 1.327.

517 (Voltar) Cabral, *Comentários*, p. 1.433.

518 (Voltar) Dantas, *Breves*, p. 2.189.

519 (Voltar) Enunciado 205 do FPPC: "Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e §3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas".

520 (Voltar) Castro Mendes-Temer, *O incidente*, pp. 253-254.

521 (Voltar) Dantas, *Breves*, p. 2.192. Contra: Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 917.

522 (Voltar) Pelo cabimento do agravo de instrumento: Castro Mendes-Temer, *O incidente*, pp. 250-251.

523 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 485. Contra: Dantas, *Breves*, p. 2.196.

524 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 484; Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 590; Cabral, *Comentários*, p. 1.447.

525 (Voltar) Cabral, *Comentários*, p. 1.428; Scarpinella Bueno, *Novo*, p. 618; Castro Mendes-Temer, *O incidente*, p. 241.

526 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 915; Medina, *Novo*, p. 1.325.

527 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 481; Dantas, *Breves*, p. 2.185.

528 (Voltar) Enunciado 44: "Admite-se o IRDR nos juizados especiais, que deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema".

529 (Voltar) Cabral, *Comentários*, p. 1.423.

530 (Voltar) Cabral, *Comentários*, p. 1.423.

531 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.398.

532 (Voltar) Dantas, *Breves*, p. 2.197.

533 (Voltar) Scarpinella, *Novo*, p. 632.

534 (Voltar) Scarpinella, *Novo*, p. 631.

535 (Voltar) Medina, *Novo*, pp. 1.330-1.331.

64. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Sumário: 64.1. Natureza jurídica – 64.2. Cabimento: 64.2.1. Forma de preservação da competência do tribunal; 64.2.2. Forma de garantir a autoridade da decisão do tribunal; 64.2.3. Garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; 64.2.4. Forma de garantir a observância de súmula vinculante; 64.2.5. Forma de garantir a observância de precedente proferido em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Incidente de Assunção de Competência; 64.2.6. Forma de garantir a observância de precedente proferido em repercussão geral e recurso excepcional repetitivo – 64.3. Procedimento: 64.3.1. Introdução; 64.3.2. Petição inicial; 64.3.3. Prazo; 64.3.4. Posturas do relator ao receber a reclamação constitucional; 64.3.5. Reações dos interessados; 64.3.6. Julgamento.

64.1. NATUREZA JURÍDICA

Segundo ensina a doutrina majoritária, a reclamação constitucional tem natureza jurisdicional, sendo equivocado o entendimento de enxergá-la como mera atividade administrativa[1]. A confusão decorre de antiga associação da reclamação com a correição parcial, o que a atual conjuntura constitucional fez desaparecer.

Os motivos de tal conclusão são variados: (a) necessidade de provocação pelo interessado, respeitando-se, portanto, o princípio

da inércia da jurisdição; (b) capacidade de se cassar decisão que porventura contrarie a autoridade de decisão proferida por tribunal[2]; (c) possibilidade de avocação dos autos, de forma a garantir a competência do tribunal e, por consequência, o princípio do juízo natural; (d); cabimento de medidas cautelares que busquem garantir a eficácia de seu resultado final[3]; (e) geração de coisa julgada quando do trânsito em julgado de sua decisão de mérito[4]; (f) exigência de capacidade postulatória, sendo indispensável a presença de um advogado devidamente registrado na OAB ou de um promotor de justiça no exercício de suas funções institucionais[5].

Interessante observar que, no tocante à capacidade postulatória, o Supremo Tribunal Federal, apesar de, em regra, a exigir, expressamente a dispensou em reclamação constitucional por descumprimento de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. Nesse caso específico, a Corte Suprema entendeu que, tendo o Governador de Estado excepcional capacidade postulatória para a ação declaratória de controle concentrado de constitucionalidade, também o teria para a reclamação constitucional pelo descumprimento de decisão proferida em tal ação[6]. De qualquer forma, o julgamento serve para confirmar que, em regra, exige-se a capacidade postulatória.

A natureza recursal deve ser descartada, porque a reclamação constitucional não atende a elementos essenciais dessa espécie de impugnação de ato judicial:

a) não há qualquer previsão em lei federal que a aponte como recurso, e, sem essa previsão legal expressa, considerar a reclamação constitucional um recurso seria

afrontar o princípio da taxatividade[7];

b) a reclamação constitucional está prevista nos arts. 102, I, l, e 105, I, f, ambos da CF, e no art. 988 do Novo CPC, como atividade de competência originária dos tribunais superiores, e não como atividade recursal[8];

c) o interesse recursal gerado pela sucumbência, indispensável pelo menos para as partes recorrerem, não existe na reclamação constitucional[9];

d) a reclamação constitucional, ao menos em regra, não tem prazo preclusivo para seu oferecimento, característica indispensável a qualquer recurso[10];

e) o objetivo da reclamação constitucional não é a reforma de decisão, nem sua anulação, de forma que não se pretende nem a substituição de decisão nem a prolação de outra em seu lugar, sendo perseguida pela parte simplesmente a cassação da decisão ou a preservação da competência do tribunal[11].

Também não é correto o entendimento de que a reclamação constitucional seja um incidente processual. Ainda que se admita certa divergência doutrinária a respeito do conceito de incidente processual, parece ser pacífico o entendimento de que sua existência depende de haver um processo em trâmite. A existência de processo em trâmite, entretanto, não é exigência indispensável para a reclamação constitucional, que pode ser apresentada diante de descumprimento da decisão de tribunal por autoridade administrativa[12].

Só não concordo com a afirmação de que a reclamação constitucional não tem natureza de incidente processual, porque pode ser ajuizada por desrespeito a decisão já transitada em julgado, ou seja, após o encerramento do processo judicial[13]. O entendimento me parece equivocado, porque, ainda que o processo no qual foi proferida a decisão pelo tribunal já tenha se encerrado, se o desrespeito à autoridade da decisão derivar de ato judicial –

omissivo ou comissivo – é porque haverá ação em trâmite, na qual o ato judicial criticado virá a ser praticado.

A divergência mais séria encontra-se na discussão entre a natureza de ação e de exercício do direito de petição, com importantes consequências práticas da adoção de um desses entendimentos. Prefiro a corrente doutrinária que defende a natureza jurídica de ação da reclamação constitucional[14], considerando-se presentes os elementos fundamentais que compõem uma ação: petição inicial veiculando uma pretensão, citação, contraditório, decisão de mérito coberta por coisa julgada material, além de exigências formais que corroboram a conclusão, tais como a exigência de pressupostos processuais positivos, a capacidade de ser parte, de estar em juízo e postulatória, e negativos, a ausência de coisa julgada, de perempção e de litispendência.

Ocorre, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, em célebre julgamento no qual teve de enfrentar o tema, chegou à conclusão de que a reclamação constitucional não seria uma ação, mas o mero exercício do direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, a, da CF[15]. A consequência mais interessante reconhecida por esse julgamento é a possibilidade de as Constituições Estaduais preverem reclamação constitucional de competência dos Tribunais de Justiça, enquanto a competência dos tribunais regionais federais dependeria de previsão na Constituição Federal.

Essa consequência, entretanto, passa a ser irrelevante diante do art. 988, I e II, do Novo CPC, que se limita a indicar apenas

tribunal, não exigindo tribunais de superposição como ocorre no texto constitucional, ao se referir ao cabimento da reclamação constitucional para preservação da autoridade de suas decisões e evitar usurpação de competência. Por outro lado, o art. 988, § 1º, do Novo CPC prevê expressamente que a reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, deixando claro que, independentemente de previsão constitucional (estadual ou federal), o Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal também são competentes para julgamento de reclamação constitucional quando sua competência for usurpada ou para garantir a autoridade de suas decisões.

O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, entretanto, se levado efetivamente a sério, poderá desfigurar por completo o instituto da reclamação constitucional, considerando-se as expressivas diferenças entre o exercício do direito de ação e o de petição. Seriam dispensadas as formalidades do direito de ação, tais como a necessidade de provocação de parte interessada por meio de petição inicial, o pagamento de custas processuais, a capacidade postulatória, a coisa julgada?[16] O paradoxal é que a própria Corte superior continua a exigir tais requisitos, que, explicáveis à luz do exercício do direito de ação, perdem qualquer justificativa diante do mero exercício do direito de petição.

64.2. CABIMENTO

A Constituição Federal prevê duas hipóteses de cabimento de reclamação constitucional: como forma de preservação da competência dos tribunais superiores e de garantia da autoridade de

suas decisões. A Lei 11.417/2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, prevê em seu art. 7.º, caput, uma terceira hipótese de cabimento da reclamação constitucional: decisão judicial ou ato administrativo que contrariar, negar vigência ou aplicar indevidamente entendimento consagrado em súmula vinculante.

O Novo Código de Processo Civil, além de repetir essas três hipóteses de cabimento (art. 988, I, II e III), cria novas hipóteses no inciso IV, ao prever o cabimento de reclamação constitucional para garantir a observância de acórdão ou precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. Também amplia o cabimento da reclamação constitucional aos tribunais de segundo grau, porque o art. 988, I e II, do Novo CPC se limita a indicar apenas tribunal, não exigindo tribunais de superposição como ocorre no texto constitucional.

Deve se notar que das hipóteses de cabimento da reclamação constitucional sempre haverá ofensa a uma norma legal, sendo possível se imaginar o cabimento de recurso contra tal violação. A reclamação constitucional, entretanto, tem atrativos que os recursos não têm, e por isso se torna um importante instrumento de impugnação. Independentemente da competência para o julgamento da reclamação constitucional, um atrativo indiscutível é a desnecessidade de decisão a ser impugnada, requisito indispensável à interposição de recurso.

Na competência dos tribunais de segundo grau, a reclamação constitucional pode ser utilizada com vantagem quando a decisão a ser impugnada for interlocutória e não recorrível por agravo de

instrumento. Mas a grande vantagem da reclamação constitucional é encontrada na competência dos tribunais superiores, porque nesse caso pode demorar a ocorrer a chegada da matéria ao tribunal de superposição, exigindo-se das partes todo o tortuoso caminho do esgotamento das vias ordinárias de impugnação, além da existência de dificuldades procedimentais para fazer com que o mérito do recurso extraordinário seja enfrentado.

64.2.1. FORMA DE PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL

Nessa hipótese de cabimento, o objetivo é evitar que órgãos jurisdicionais inferiores usurpem a competência dos tribunais.

Com a mudança de competência para o juízo de admissibilidade da apelação e dos recursos excepcionais, que à luz do Novo Código de Processo Civil serão feitos exclusivamente pelos tribunais competentes para o julgamento do mérito recursal, nasce uma situação de potencial de cabimento da reclamação constitucional por usurpação de competência.

Basta imaginar um juiz de primeiro grau que, diante de uma apelação manifestamente inadmissível, deixar de recebê-la, impedindo sua remessa ao tribunal de segundo grau. Nesse caso, como independentemente da natureza e/ou gravidade do vício formal a competência para analisar a admissibilidade da apelação é exclusiva do tribunal de segundo grau, será indiscutível o cabimento da reclamação constitucional[17].

É interessante notar que a reclamação constitucional nesse caso, nos termos do art. 988, I do Novo CPC, só se presta a

preservar a competência de tribunal, de forma que usurpada competência do primeiro grau por tribunal não será cabível a reclamação constitucional.

Trata-se de cabimento comum em processos penais em que, apesar da prerrogativa de foro da autoridade que figura no processo como réu, a ação tramita em primeiro grau de competência[18]. Nesse tocante é importante registrar o entendimento consolidado pelos tribunais superiores de que não se aplica a teoria das competências implícitas complementares na ação de improbidade administrativa, sendo sempre do primeiro grau a competência para o julgamento de tal espécie de ação coletiva[19], não sendo, portanto, cabível nesse caso reclamação constitucional aos tribunais por alegada usurpação de competência.

64.2.2. FORMA DE GARANTIR A AUTORIDADE DA DECISÃO DO TRIBUNAL

Nota-se na praxe forense que essa hipótese de cabimento da reclamação constitucional é a mais utilizada por partes inconformadas com decisões que contrariam entendimento sumulado ou dominante dos tribunais superiores, sempre com a alegação de que tais decisões afrontariam a autoridade de precedentes de tais tribunais. Os tribunais superiores, entretanto, são suficientemente claros na interpretação dos arts. 102, I, l, e 105, I, f, da CF, ao determinarem que a afronta deve ocorrer especificamente com relação a decisão determinada, sendo insuficiente para o cabimento da reclamação constitucional o mero desrespeito à jurisprudência consolidada[20].

Registre-se que esse entendimento não se aplica às hipóteses previstas pelo art. 988, IV, do Novo CPC, que se referem aos precedentes vinculantes e que serão tratadas no devido momento.

Essa regra, entretanto, tem ao menos uma exceção criada pela jurisprudência. Segundo o art. 105, III, caput, da CF, o cabimento de recurso especial está condicionado ao fato de a decisão impugnada ser proferida pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais estaduais, do Distrito Federal e Territórios, sendo irrelevante a decisão ter sido proferida em grau recursal (última instância) ou em ação de competência originária do tribunal (única instância).

Essa exigência impede a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas em julgamento de recurso inominado nos Juizados Especiais, regidos pela Lei 9.099/1995. O órgão de revisão de sentença nos Juizados Especiais é o Colégio Recursal, composto por juízes de primeiro grau de jurisdição, não tendo natureza de tribunal. A mesma irrecorribilidade atinge a decisão dos embargos infringentes previstos no art. 34 da LEF (Lei 6.830/80). Sendo tal recurso julgado pelo próprio juízo sentenciante, ainda que seja a decisão de última instância no processo, não poderá ser recorrida por recurso especial, por ter sido proferida em primeiro grau de jurisdição[21].

Apesar de pacificado o entendimento no sentido exposto, cumpre ressaltar o desconforto dos tribunais superiores com a ausência de controle na aplicação da lei federal em sede de Juizados Especiais Estaduais. Pela estrutura criada pela Lei 9.099/1995,

ainda que flagrantemente contrária ao entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, a última palavra a respeito da lei federal é dada pelo Colégio Recursal. O mesmo fenômeno não se verifica em sede de Juizados Especiais Federais, ao menos no tocante ao direito material federal, considerando-se a existência da uniformização de jurisprudência prevista pelo art. 14 da Lei 10.259/2001, que permite a chegada ao Superior Tribunal de Justiça de decisão contrária a entendimento consolidado pelo tribunal superior a respeito da aplicação e/ou interpretação de lei federal (ainda que limitada ao direito material), o mesmo ocorrendo nos Juizados Especiais da Fazenda Pública Municipal e Estadual em razão do arts. 18 e 19 da Lei 12.153/2009.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, demonstrando expressamente desconforto com tal situação, entendeu que, enquanto não existir mecanismo processual mais apropriado a permitir a atuação do Superior Tribunal de Justiça nas ações dos Juizados Especiais Estaduais, deve-se admitir a reclamação constitucional[22], em posição que veio a ser incorporada pelo Superior Tribunal de Justiça[23]. O tema é tratado com a devida profundidade no Capítulo 75, item 75.1.1.2.

Salvo a exceção apontada em sede de Juizados Especiais e as hipóteses descritas no art. 988, IV, do Novo CPC, é possível concluir-se que a reclamação constitucional estará condicionada a uma determinada decisão judicial de tribunal que gere efeitos para as partes, quer porque participaram do processo na qual a decisão foi preferida[24], quer porque a decisão tem efeitos erga omnes[25]. Essa constatação permite a divisão das demandas entre aquelas nas

quais os efeitos se operam inter partes e aquelas nas quais os efeitos se operam erga omnes, sendo possível incluir na primeira espécie as ações individuais e na segunda as ações coletivas, inclusive o processo objetivo, considerado processo coletivo especial, que tem tratamento específico no art. 988, III, do Novo CPC.

Numa ação individual, cujas decisões gerem efeitos somente para os sujeitos que participam do processo, é possível que um juízo de grau inferior deixe de cumprir uma decisão proferida pelo tribunal superior, típica hipótese de cabimento de reclamação constitucional como forma de preservar a autoridade da decisão judicial. Uma vez sendo determinada, no caso concreto, por exemplo, a soltura de um réu encarcerado em razão de indevida prisão civil, é natural que o juízo que determinou a prisão deva executar a ordem contida na decisão do tribunal superior, e, se isso não ocorrer, será cabível a reclamação constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de julgar procedente reclamação constitucional em razão de resistência de juízo de grau jurisdicional inferior cumprir decisão do tribunal superior com a alegação de que a decisão ainda não era definitiva, em razão de recurso pendente de julgamento. O tribunal entendeu que, não tendo o recurso interposto contra sua decisão efeito suspensivo, não cabe ao juízo inferior se negar a dar cumprimento imediato à decisão do tribunal, que, nessas circunstâncias, tem executividade imediata[26]. Também a decisão que volta a declarar a incompetência do juízo, em afronta à decisão já proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de conflito de competência, desafia reclamação constitucional[27].

Interessante questão levantada pela doutrina diz respeito ao descumprimento por autoridade administrativa de decisão de tribunal superior, proferida em ação individual. Seria cabível a reclamação constitucional diante dessa situação? Concordo com a doutrina que responde negativamente a esse questionamento, afirmando que o descumprimento da decisão por terceiro, sendo irrelevante se particular ou autoridade administrativa, permite que a parte interessada na execução da decisão peticione perante o juízo que deve executar a decisão para que as medidas necessárias sejam adotadas e para que tal pronunciamento efetivamente gere seus efeitos no plano prático[28]. É nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[29], que deve ser prestigiado.

Na tutela coletiva, a eficácia das decisões sempre atinge sujeitos que não participam do processo. No processo coletivo comum, têm-se efeitos erga omnes, na hipótese de direitos difusos, e ultra partes, na hipótese de direitos coletivos e individuais homogêneos, a despeito da equivocada previsão contida no art. 103 da Lei 8.078/1990 (CDC). Nesses casos, os indivíduos que tenham sido beneficiados pela decisão proferida por tribunal superior poderão ingressar com reclamação constitucional na hipótese de juízo hierarquicamente inferior desrespeitar a decisão. Naturalmente, também os autores da ação coletiva, bem como os colegitimados, poderão ingressar com a reclamação constitucional, na hipótese de a decisão desrespeitada ser proferida no próprio processo coletivo em trâmite.

64.2.3. GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

No tocante à eficácia erga omnes das decisões, têm posição de destaque as ações de controle de constitucionalidade, espécies de processo coletivo especial, tema versado expressamente pelo art. 988, III, do Novo CPC. Diante de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, em ação declaratória de inconstitucionalidade ou de arguição de descumprimento de preceito fundamental, não podem os juízes que enfrentarem a questão constitucional de forma incidental desconsiderar a decisão judicial do Supremo Tribunal Federal, justamente porque o efeito erga omnes vincula a todos.

O mesmo se pode dizer da autoridade administrativa, que também está adstrita à declaração concentrada de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, de forma que, praticado um ato administrativo ou proferida uma decisão no âmbito de processo administrativo que contrarie decisão preferida em ação de controle concentrado de constitucionalidade, será cabível a reclamação constitucional.

Segundo reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, a vinculação entre o julgado-paradigma proferido na ação de controle concentrado de constitucionalidade e aquele que se impugna por meio de reclamação constitucional deve ser perfeita[30]. Ainda que não se discuta o acerto do entendimento, é recomendável afirmar que não é somente a exata norma declarada (in)constitucional que pode ensejar reclamação constitucional nos termos ora analisados, considerando a aplicação da tese da transcendência dos motivos determinantes.

Não considero a previsão do inciso III do art. 988 do Novo CPC propriamente uma novidade, porque essa hipótese apenas especifica para o processo objetivo a hipótese prevista no inciso II do mesmo dispositivo legal e já existente no sistema processual. Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal tem posicionamento pacificado a respeito do cabimento da reclamação constitucional nesse caso, antes mesmo de previsão expressa específica como agora consagrado no art. 988, III, do Novo CPC[31].

Interessante debate trava-se atualmente quanto ao cabimento de reclamação constitucional à luz da teoria dos efeitos transcendentes dos motivos determinantes.

Durante certo período de tempo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, havendo a declaração concentrada de inconstitucionalidade, os motivos determinantes da decisão geravam efeitos vinculantes erga omnes, o que significava que outras normas, que não tinham sido objeto de apreciação no processo objetivo, desde que tivessem o mesmo conteúdo daquela analisada, sofreriam os efeitos do controle concentrado. Uma vez declarada inconstitucional uma norma municipal que determina a criação de um tributo, em todos os processos em que se discutia incidentalmente a constitucionalidade de uma norma de outro município, que cria por lei municipal o mesmo tributo, haveria vinculação dos juízes à decisão do Supremo Tribunal Federal. Não sendo respeitada a decisão, caberia reclamação constitucional[32].

Mais recentemente, entretanto, o Supremo Tribunal Federal tornou-se refratário à adoção da teoria[33], inclusive rejeitando

reclamações constitucionais que têm como objeto lei municipal ainda não declarada inconstitucional pelo tribunal em controle concentrado[34].

Aparentemente visando legislar sobre a polêmica, o art. 988 do Novo CPC, em seu § 4.º, prevê que as hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam. Entendo que o Novo Código de Processo Civil adotou a teoria dos efeitos transcendentes dos motivos determinantes ao se referir a "tese jurídica", e não a norma jurídica decidida concretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

64.2.4. FORMA DE GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE SÚMULA VINCULANTE

A Lei 11.417/2006 disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, tratando em seu bojo de hipótese específica de cabimento de reclamação constitucional. Nos termos do art. 7º, caput, na hipótese de decisão judicial ou ato administrativo contrariar, negar vigência ou aplicar indevidamente entendimento consagrado em súmula vinculante, será cabível a reclamação constitucional. Tal hipótese de cabimento é repetido pelo art. 988, IV, do Novo CPC.

O dispositivo legal prevê ainda que o cabimento da reclamação constitucional não impede a utilização de outros meios de impugnação contra a decisão, inclusive a via recursal, em regra aplicável somente às decisões judiciais ou proferidas em processo administrativo. Apesar da correção da regra legal, a suposta

multiplicidade de formas de impugnação da decisão deve ser interpretada à luz do enunciado da Súmula 734/STF, que não admite o ingresso de reclamação constitucional depois do trânsito em julgado da decisão que alegadamente desrespeita o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Significa que, ao menos em algumas hipóteses, não será facultativa a escolha do recurso ou da reclamação, mas imperativo que a parte ingresse com o primeiro para evitar o trânsito em julgado e permitir a apresentação do segundo meio impugnativo.

A regra mais polêmica a respeito do tema ora enfrentado encontra-se no art. 7º, § 1º, da Lei 11.417/2006 e prevê que, sendo objeto da reclamação constitucional a omissão ou ato da administração pública, exige-se o esgotamento das vias administrativas para o ingresso em juízo.

Há entendimento de que a norma, ainda que pragmaticamente justificável diante do receio de aumento significativo de reclamações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal, é manifestamente inconstitucional, em afronta clara e indiscutível ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, considerando-se que a única hipótese em que se admite a exigência do esgotamento das vias administrativas para só então se permitir o exercício jurisdicional é prevista pelo art. 217, § 1º, da CF.

Por outro lado, há corrente doutrinária que não enxerga qualquer inconstitucionalidade na norma, afirmando ser abusiva a utilização da reclamação constitucional sem que as esferas administrativas tenham sido esgotadas. O principal fundamento

desse entendimento é o de que não se pode substituir a crise numérica dos recursos extraordinários por uma nova crise das reclamações constitucionais[35]. Mais uma vez, o receio de uma explosão no número de reclamações constitucionais leva parcela da doutrina a aceitar obstáculo criado por norma infraconstitucional ao acesso ao Poder Judiciário.

Por fim, há ainda uma terceira corrente doutrinária, que entende cabível a exigência legal a depender do caso concreto. Segundo esse entendimento, somente quando se mostrar razoável o esgotamento das vias administrativas de solução de conflito não se admitirá a reclamação constitucional. Aparentemente, há uma indevida confusão entre inafastabilidade da jurisdição e interesse de agir, defendendo essa corrente doutrinária que, sendo provado, no caso concreto, o efetivo interesse de agir, poderia o tribunal incidentalmente declarar a inconstitucionalidade do art. 7º, § 1º, da Lei 11.417/2006 e julgar a reclamação constitucional[36].

Acredito haver uma indevida confusão no debate sobre o tema. O dispositivo legal não impede o acesso da parte à jurisdição, mas somente impede que tal acesso ocorra pelo meio específico da reclamação constitucional. Não consigo compreender por qual motivo a previsão pode ser ofensiva ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, afinal, se a limitação a certa forma procedimental de provocar a jurisdição for inconstitucional, será complicado, por exemplo, explicar porque não se admite produção de prova oral em sede de mandado de segurança, ou porque a ação coletiva não se presta, ao menos em regra, para a defesa de interesses individuais.

Entendo, portanto, que o acesso à jurisdição está garantido, não pelo caminho mais fácil da reclamação constitucional, mas por meio de qualquer ação impugnativa da decisão ou ato administrativo, seguindo-se as regras *processuais* de competência para fixar o órgão competente para o julgamento de tal ação. Caso a parte pretenda se valer do caminho mais fácil e rápido, que é a reclamação constitucional, terá de esperar o esgotamento das vias administrativas, conforme prevê o artigo ora comentado, não sendo possível apontar qualquer inconstitucionalidade em tal regra legal.

Nessa hipótese de reclamação constitucional, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei 11.417/2006, as consequências do acolhimento do pedido diferem, a depender da espécie de ato impugnado. Sendo a decisão que afronta a súmula vinculante de natureza judicial, o Supremo Tribunal Federal a cassará e determinará que outra seja proferida em seu lugar, com ou sem aplicação da súmula. Nesse caso, é questionável a previsão legal a mencionar a cassação da decisão, considerando sua própria previsão de que outra decisão venha a ser proferida no lugar daquela impugnada, o que permite a conclusão de tal decisão ter sido anulada, e não simplesmente cassada.

Já na reclamação constitucional contra ato administrativo, o tribunal se limitará à anulação do ato, considerando-se que a prática de novo ato no lugar daquele anulado cabe à administração pública, não sendo possível ao Poder Judiciário exigir sua prática. Parece que, nessa hipótese de procedência, o legislador considerou a discricionariedade do administrador público a respeito da postura que adotará após a anulação do ato.

64.2.5. FORMA DE GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE PRECEDENTE PROFERIDO EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) E INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

Reforçando a tese de que os precedentes criados em IRDR e em julgamento de incidente de assunção de competência têm eficácia vinculante, o art. 988, IV, do Novo CPC prevê o cabimento de reclamação constitucional para garantir a observância de tais precedentes.

Segundo o § 4º do art. 988 do Novo CPC, a observância dos precedentes vinculantes previstos no inciso IV do mesmo dispositivo legal compreende a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam. Como o art. 489, § 1º, V, do Novo CPC exige na fundamentação da decisão que o órgão julgador identifique os fundamentos determinantes do precedente vinculante, justamente para demonstrar seu cabimento ou não ao caso concreto, será a partir dessa fundamentação que a parte terá condição de analisar o cabimento da reclamação constitucional contra a decisão.

Questão interessante surge na hipótese de o órgão julgador deixar de aplicar o precedente vinculante com fundamento na distinção ou superação. Nesse caso, será cabível a reclamação constitucional? Não há dúvida de que a distinção ou superação da tese fixada no precedente vinculante, desde que fundamentada nos termos do art. 489, § 1º, VI, do Novo CPC, são razões legais para o órgão julgador deixar de aplicar ao caso concreto tal precedente, mas o art. 988, IV, do Novo CPC não faz qualquer menção a tais circunstâncias.

Uma primeira forma de responder à pergunta é interpretar o art. 988, IV, do Novo CPC no sentido de que, havendo a distinção ou superação, a parte não teria direito a garantir a observância do precedente, não sendo, dessa forma, cabível a reclamação constitucional. Mas não se pode negar à parte o direito de discutir em sede de reclamação constitucional a adequação da distinção ou superação aplicada no caso concreto para o órgão deixar de aplicar o precedente com eficácia vinculante.

Significa dizer que o tribunal terá que confirmar o acerto da distinção ou superação aplicada no caso concreto, e o eventual equívoco em tal aplicação não deve levar à inadmissão da reclamação constitucional, mas sim ao julgamento de improcedência. Trata-se, entretanto, de questão com pouca consequência prática, porque se o tribunal entender nesse caso pela inadmissão da reclamação constitucional a extinguirá sem resolução do mérito. De uma forma ou outra o autor da reclamação constitucional terá rejeitada sua pretensão.

64.2.6. FORMA DE GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE PRECEDENTE PROFERIDO EM REPERCUSSÃO GERAL E RECURSO EXCEPCIONAL REPETITIVO

Constava da redação originária do art. 988, IV, do Novo CPC, o cabimento de reclamação constitucional para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de recursos repetitivos, mas esse cabimento foi suprimido do dispositivo legal pela Lei 13.256, de 04.02.2016, que alterou o Novo Código de Processo Civil durante seu período de vacância.

Numa primeira leitura dos incisos do art. 988 do Novo CPC,

portanto, não consta mais cabimento de reclamação constitucional na hipótese ora analisada. Demonstrando uma técnica legislativa no mínimo duvidosa, entretanto, o § 5º, II, do art. 988 do Novo CPC garante o cabimento de reclamação constitucional nesse caso, ainda que sob a condição de serem esgotadas as instâncias ordinárias. Se o objetivo do legislador era criar uma condição de admissibilidade da reclamação constitucional nesse caso, deveria ter mantido a hipótese no inciso IV do art. 988 e previsto tal condição no § 5º do mesmo dispositivo. Estranhamente, entretanto, retirou a hipótese do inciso IV do caput, mas a ressuscitou no § 5º do art. 988 do Novo CPC.

Por "esgotamento das instâncias ordinárias" o legislador aparentemente pretendeu afastar o cabimento de reclamação constitucional contra sentença que desrespeita precedente fixado em julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivo.

Um dado curioso, que demonstra que as revisões finais de textos legais após sua aprovação não se limitam a aprimorá-lo em termos redacionais, chegando à inconstitucional alteração de seu conteúdo. No texto aprovado pelo Senado Federal do Projeto de Lei 168/2015, não havia no dispositivo legal previsão expressa a respeito do recurso extraordinário repetitivo no art. 988, § 5º, II, do Novo CPC, que se limitava a prever a repercussão geral e o recurso especial repetitivo. É lamentável que o legislador confunda repercussão geral com recurso extraordinário repetitivo, desconsiderando a óbvia possibilidade de um recurso extraordinário não ser repetitivo, mas ter repercussão geral. Certamente pensando na bobagem aprovada na Câmara e no Senado, na revisão

“redacional” final do texto foi incluído o recurso extraordinário repetitivo.

Dessa forma, se um acórdão desrespeitar o precedente criado em julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivo, e em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, ainda que não repetitivo, caberá reclamação constitucional para o tribunal de superposição. Mas no caso de sentença proferida em tais moldes caberá a apelação. O mesmo se diga no caso de decisão monocrática proferida em segundo grau, que sendo recorrível por agravo interno (art. 1.021, caput, do Novo CPC), não poderá ser objeto de reclamação constitucional.

64.3. PROCEDIMENTO

64.3.1. INTRODUÇÃO

O procedimento da reclamação constitucional se aproxima consideravelmente do procedimento do mandado de segurança, ou seja, de um procedimento sumário documental. O autor da reclamação constitucional terá de instruir sua petição inicial com documentos que o auxiliem a convencer o tribunal de suas razões. O réu na reclamação constitucional apresenta informações, e não contestação. Não se admite a produção de prova oral e pericial. A decisão de ambos têm natureza mandamental.

Diante dessa inegável realidade, no projeto de lei aprovado pela Câmara havia regra expressa de aplicação subsidiária das regras procedimentais do mandado de segurança[37]. Apesar da regra não constar do texto final do Novo Código de Processo Civil

aprovado pelo Senado, a aplicação subsidiária mencionada tende a continuar a existir.

Em razão do afirmado, não concordo com o teor da Emenda constante do tópico 2.3.2.245 do Parecer Final 956 do Senado, responsável pela supressão da regra ora analisada: “A reclamação está suficientemente disciplinada no SCD. As demais questões podem ficar para o regimento interno, como acontece hoje. Indicar o procedimento do mandado de segurança trará dificuldades na autoexecutoriedade das decisões nas hipóteses, inúmeras, em que não se admitem liminares”. Ainda que os Regimentos Internos dos tribunais possam complementar o procedimento da ação rescisória, não há qualquer impedimento para a aplicação, no que couber, das regras procedimentais do mandado de segurança.

Apesar das inegáveis semelhanças e da opção legislativa de não prever tal circunstância de forma expressa, é imperiosa a análise de aspectos particulares do procedimento da reclamação constitucional, o que será feito pelas previsões do art. 988 a 993 do Novo CPC em razão da revogação dos arts. 13 a 18 e 26 a 29 da Lei 8.038/90 pelo art. 1.072, IV, do Novo CPC.

64.3.2. PETIÇÃO INICIAL

Conforme já afirmado anteriormente, ainda que o Supremo Tribunal Federal entenda que a reclamação constitucional tem natureza de direito de petição, parece ser indiscutível a necessidade de provocação por meio da parte interessada ou pelo Ministério Público, nos termos do caput do art. 988 do Novo CPC.

Na realidade, as próprias hipóteses de cabimento são

suficientes para demonstrar a incongruência prática de o juízo que conduz o processo instaurar de ofício a reclamação constitucional. Ocorre, entretanto, que a eventual iniciativa de ofício no tocante à reclamação constitucional não precisa ficar limitada ao juízo da causa, podendo-se imaginar que o próprio tribunal, diante de hipótese de cabimento da reclamação constitucional, poderia determinar a avocação dos autos ou medidas para fazer valer sua decisão, por meio de propositura de ofício de uma reclamação constitucional. A previsão contida no art. 988, caput, do Novo CPC afasta expressamente essa possibilidade.

É preciso cuidado ao conceituar o interesse necessário à parte na legitimidade ativa da reclamação constitucional. Não é possível limitar a legitimidade às partes do processo originário, até porque é cabível a reclamação constitucional independentemente da existência de processo. Ademais, mesmo quando existe um processo em trâmite, não se pode descartar a priori a existência de terceiros juridicamente interessados, que também terão legitimidade para a propositura da reclamação constitucional, o que fica claro no processo coletivo (comum e especial).

Entendo que o interesse deve ser demonstrado no caso concreto pelo autor da reclamação constitucional, por meio da comprovação de possível repercussão do processo em trâmite ou do ato administrativo praticado em sua esfera jurídica[38]. Ainda que não precise demonstrar qualquer sucumbência no caso concreto (como ocorre na hipótese de usurpação de competência), sendo incorreto associar o interesse da parte a uma eventual melhora em sua situação prática, deve demonstrar que a ilegalidade cometida pode

juridicamente atingi-lo.

O Ministério Público não deve se omitir diante de verificação de cabimento da reclamação constitucional. Sua legitimidade, portanto, decorre de sua função institucional de fiscal da ordem jurídica, de forma que não há necessidade de que participe do processo em que a ilegalidade é cometida para oferecer a reclamação constitucional. Há um interesse público no respeito à competência, à autoridade das decisões e de precedentes vinculantes dos tribunais e, sendo a reclamação constitucional uma das formas de se garantir esse respeito, é natural a legitimidade do Ministério Público à luz do art. 178, I, do Novo CPC.

Na ausência de previsão expressa nesse sentido, aplica-se à petição inicial da reclamação constitucional o art. 319 do Novo CPC, mas somente naquilo que couber, considerando as especialidades dessa ação constitucional.

O endereçamento será a um dos tribunais – de segundo grau ou de superposição – que tem competência absoluta para o julgamento. Parece não haver maiores dúvidas a respeito de qual seja o tribunal competente, bastando para sua determinação a adequação do caso concreto às previsões legais. Ainda que se possa considerar erro grosseiro a interposição de reclamação constitucional em tribunal incompetente, entendo ser o vício saneável, não sendo hipótese de extinção, mas de remessa dos autos ao tribunal competente, em aplicação por analogia do art. 968, § 5º, do Novo CPC.

No tocante à qualificação das partes, deve-se observar sua especial qualidade. O autor será qualificado, nos termos do art. 319,

II, do Novo CPC, como em qualquer outra petição inicial, mas a qualificação do réu não pode seguir essa regra geral. Sendo réu a autoridade judiciária ou administrativa que usurpa a competência ou desrespeita decisão proferida por tribunal ou precedente vinculante por ele criado, não entendo necessária a qualificação pessoal da autoridade nos termos do dispositivo legal ora comentado, bastando a indicação do juízo, no primeiro caso, e da qualificação da pessoa jurídica de direito público da qual pertence a autoridade, no segundo caso.

A causa de pedir é a narração de uma das hipóteses de cabimento, não se admitindo alegação genérica a respeito das justificativas para a intervenção do tribunal. A narração fática é tão somente a descrição da situação prática que gera o fundamento jurídico, seja da usurpação de competência, seja de desrespeito a autoridade de decisão proferida pelo tribunal, seja de violação a precedente vinculante.

O pedido será de acolhimento da pretensão do autor e, dependendo de sua causa de pedir, será diferente a providência pretendida. Na hipótese de usurpação de competência, é possível que baste ao autor que o tribunal superior profira decisão que tenha sido indevidamente proferida por órgão absolutamente incompetente. Em situações de competência não somente para a prolação de determinada decisão ou para a prática de determinado ato, caberá ao autor pedir a avocação dos autos pelo tribunal, para que lá prossiga a demanda judicial. Na hipótese de postura – omissiva ou comissiva – de desrespeito à autoridade de decisão proferida pelo tribunal, caberá o pedido de cassação da decisão ou

da adoção de medidas, para que a postura omissiva seja afastada. No caso de violação de precedente vinculante, o pedido mais adequado seria o de reforma da decisão impugnada, mas nesse caso a reclamação constitucional se confundiria com um recurso, sendo mais adequado, diante de sua natureza jurídica, o pedido de cassação da decisão impugnada.

Entendo que, sendo uma ação, o autor deverá atribuir um valor à causa, mas, não tendo o bem da vida pretendido valor econômico, este será meramente estimativo. Mas reconheço a tendência de não se atribuir valor da causa às ações constitucionais.

O pedido de provas está dispensado porque toda prova a ser produzida pelo autor já deve ser apresentada com a própria petição inicial, nos termos do art. 988, § 2º, do Novo CPC. Ainda que o procedimento seja sumário e documental, não parece haver uma preclusão à produção de prova documental pelo autor com a apresentação da petição inicial, desde que demonstre motivadamente as razões da juntada extemporânea[39]. De qualquer forma, o pedido expresso para essa produção na petição inicial é dispensado.

Por fim, a citação do réu segue a regra do art. 989, I, do Novo CPC, que prevê a requisição de informações à autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado. Em razão da semelhança procedimental com o mandado de segurança, será frequente a afirmação de que o réu não será citado, mas notificado.

64.3.3. PRAZO

Tratando-se de ação judicial, não há prazo processual para o

ingresso da reclamação constitucional. Ocorre, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento, inclusive em súmula, de que não cabe reclamação constitucional contra decisão transitada em julgado, não se admitindo que a reclamação assuma natureza rescisória[40]. Nesse sentido é a previsão expressa do art. 988, § 5º, I, do Novo CPC. Compreende-se o entendimento em respeito à coisa julgada material, porque, caso se admitisse o cabimento da reclamação constitucional nessas circunstâncias, abrir-se-ia perigoso instrumento de relativização da coisa julgada.

Questão interessante diz respeito à reclamação constitucional apresentada contra decisão judicial que não seja atacada por recurso, ou porque não existe recurso cabível ou porque a parte que poderia se valer do caminho recursal não o fez. Pergunta-se: nesse caso, haveria trânsito em julgado em razão da não interposição do recurso? O eventual trânsito em julgado prejudica a reclamação constitucional pendente de julgamento?

Apesar de existir doutrina que defende a existência de trânsito em julgado nesse caso, ainda que não sendo prejudicada a reclamação constitucional, inclusive em opinião referendada em decisão do Supremo Tribunal Federal[41], prefiro acreditar que a pendência da reclamação constitucional impede o trânsito em julgado, razão pela qual a não interposição de recurso contra a decisão não gera a consequência natural de tornar a decisão imutável e indiscutível e, por isso, não prejudica o andamento da reclamação constitucional.

Já tive a oportunidade de demonstrar que nem sempre a

ausência de recurso gera o trânsito em julgado da decisão, ainda que se reconheça que o efeito principal de qualquer recurso seja justamente o obstativo[42]. Como ocorre no reexame necessário, é possível a existência de uma condição impeditiva do trânsito em julgado, que somente se verificará após a realização de determinado ato processual. Entendo que a pendência da reclamação constitucional seja justamente uma condição impeditiva do trânsito em julgado, de forma que a ausência de interposição de recurso contra decisão não torna prejudicada a reclamação, como também a manutenção ou cassação da decisão não impugnada depende do teor do julgamento de tal reclamação.

De qualquer forma, entendendo-se que houve ou não o trânsito em julgado da decisão após a interposição da reclamação constitucional, o importante é que todos concordam que a reclamação não restará prejudicada, sendo julgada normalmente. Significa dizer que basta à parte interessada ou ao Ministério Público ingressar com a reclamação constitucional antes do trânsito em julgado da decisão[43], sendo irrelevante os atos processuais praticados posteriormente no processo. É nesse sentido o § 6º do art. 988 do Novo CPC ao prever que a inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

A objeção consagrada à utilização da reclamação constitucional como meio rescisório traz interessante consequência no tocante ao prazo para seu ajuizamento. Ainda que não seja correto falar-se em prazo para o ajuizamento da reclamação constitucional, a depender do caso concreto, criar-se-á um prazo,

justamente para que a ação seja apresentada em juízo antes do trânsito em julgado da decisão. Enquanto existir recurso pendente de julgamento contra a decisão impugnada em sede de reclamação constitucional, realmente não haverá sentido fixar um prazo para tal ação, mas, não sendo a decisão recorrida, a parte deve ingressar com a reclamação constitucional no prazo recursal, sob pena de perder o direito à reclamação, nos termos do art. 988, § 5º, I, do Novo CPC.

64.3.4. POSTURAS DO RELATOR AO RECEBER A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Segundo o art. 989 do Novo CPC, o relator, ao despachar a reclamação constitucional, procederá nos termos dos incisos do dispositivo legal. Antes propriamente de comentar as posturas previstas pelo dispositivo legal, é importante lembrar que tanto a emenda da petição inicial, nos termos do art. 321 do Novo CPC, como o seu indeferimento, nos termos do art. 330 do Novo CPC, são cabíveis nessa espécie de ação constitucional. Estando a petição formalmente em ordem, o relator procederá segundo o art. 989 do Novo CPC.

Nos termos do art. 988, § 3º, do Novo CPC, o relator será, sempre que possível, o juiz da causa principal, ou seja, o relator do recurso ou ação originária da qual resultou a decisão que restou descumprida por órgão hierarquicamente inferior. Trata-se, segundo parcela da doutrina, de espécie de prevenção temática[44], que naturalmente não existirá na hipótese de usurpação de competência, quando a distribuição deve ser livre.

Pela previsão do inciso I do art. 989 do Novo CPC, o relator

requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias. Conforme se nota do dispositivo legal ora comentado, a autoridade – judiciária ou administrativa – responsável pela ilegalidade apontada na petição inicial da reclamação será requisitada a apresentar informações, do que se pode concluir ser tal autoridade o réu da ação de reclamação constitucional.

No inciso II do dispositivo legal ora analisado, está previsto o poder do relator de suspender o processo ou o ato impugnado, para evitar dano irreparável, dando a entender que, mesmo sem expresso pedido do autor da ação, poderá conceder de ofício essa tutela provisória[45]. Como o dispositivo ora analisado prevê apenas o dano irreparável como requisito para a suspensão do processo ou do ato, poderia se imaginar que não se está diante de tutela de urgência conforme prevista pelo Novo Código de Processo Civil, já que para essas, além do perigo do tempo, é exigida a probabilidade de existência do direito (art. 300 do Novo CPC).

Não acredito, entretanto, que se trate de hipótese diferenciada de tutela provisória, mas da tutela de urgência clássica, sendo a omissão legal incapaz de criar uma tutela provisória sem qualquer probabilidade de o autor da reclamação constitucional ter razão em suas pretensões[46]. Há divergência entre ser tal tutela de urgência cautelar[47] ou tutela antecipada[48], sendo preferível considerar-se tal tutela como antecipada, considerando-se que a suspensão do ato impugnado ou do processo antecipa no plano prático a satisfação do direito do autor. A determinação da espécie de tutela de urgência pode ter relevância no caso de pedido antecedente, o que me parece

possível ainda que o art. 989, II, do Novo CPC preveja a suspensão do processo ou do ato impugnado como providência do relator ao despachar a petição inicial da reclamação constitucional.

No inciso III do art. 989 do Novo CPC vem prevista a determinação pelo relator de citação do beneficiário da decisão impugnada. O dispositivo, ao exigir a integração do beneficiário da decisão impugnada ao polo passivo da reclamação constitucional atende ao princípio do contraditório, ao garantir que o sujeito que possa vir a ser afetado pela decisão possa participar do processo, inclusive com a apresentação de contestação em 15 dias.

64.3.5. REAÇÕES DOS INTERESSADOS

Como previsto no art. 989, I, do Novo CPC, a autoridade responsável pela ilegalidade apontada na reclamação constitucional será requisitada a apresentar informações no prazo de 10 dias. A manifestação dessa autoridade, portanto, sempre existirá no processo, sendo inegável seu interesse na decisão a ser proferida na reclamação, até porque figura no polo passivo dessa ação, conforme já analisado.

Além da autoridade supramencionada, o art. 990 do Novo CPC prevê que qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante. Essa norma parece ter perdido parcialmente seu sentido com a previsão do art. 989, III, do Novo CPC. Explica-se: no procedimento previsto pela Lei 8.038/1990 não havia previsão de citação do beneficiário direto, havendo, entretanto, em seu art. 15 a mesma previsão do art. 989, III, do Novo CPC. E tal previsão era utilizada pela melhor doutrina para justificar o ingresso do

beneficiário direto na reclamação constitucional[49], o que já não é mais necessário diante da expressa previsão do art. 989, III, do Novo CPC.

De qualquer forma, não se imaginando que o dispositivo seja inútil, deve ser aplicado para terceiros que demonstrem interesse jurídico na decisão, ou seja, que possam ser atingidos reflexamente em suas esferas jurídicas pela decisão da reclamação constitucional[50]. A intervenção é voluntária, recebendo o terceiro admitido na reclamação constitucional o processo no estado em que ele se encontra.

Finalmente, o art. 991 do Novo CPC prevê que o Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo das informações e para o oferecimento da contestação pelo beneficiário do ato impugnado. O dispositivo reafirma entendimento que defendo há muito tempo: em ação na qual o Ministério Público funciona como autor, havendo participação do tribunal, em via recursal ou originariamente em ação incidental, não há necessidade de ouvi-lo como fiscal da ordem jurídica.

Se o Ministério Público é parte na ação, não é razoável que seja também fiscal da ordem jurídica, não havendo qualquer sentido para essa duplicidade de atuação. Que sentido tem o Ministério Público apresentar contrarrazões de agravo de instrumento por meio do promotor que patrocina ação civil pública em primeiro grau e o procurador de justiça dar parecer em segundo grau de jurisdição? Que o procurador deva participar do agravo não resta qualquer

dúvida, mas elaborando as contrarrazões, peça típica da atuação de parte que o Ministério Público desenvolve no processo.

Na hipótese da reclamação constitucional, o dispositivo legal ora comentado é suficientemente claro ao estabelecer que a oitiva do Ministério Público só se faz necessária nas reclamações em que o parquet não funcione como autor, porque aí sua manifestação se limitará à elaboração da petição inicial, pelo órgão ministerial competente para tanto, seguindo-se as regras funcionais da instituição e de competência jurisdicional.

Quanto ao órgão ministerial que deve elaborar a reclamação no caso concreto, a doutrina majoritária defende caber ao Procurador-Geral da República o ajuizamento das reclamações constitucionais[51]. Registre-se, entretanto, interessante entendimento que atribui ao promotor da causa a competência para a elaboração da reclamação constitucional, de forma a se permitir que um promotor de primeiro grau possa ingressar nos tribunais superiores com tal ação, desde que represente o Ministério Público no processo que usurpa a competência do tribunal ou no qual tenha sido praticado ato que contrarie sua decisão[52].

De qualquer forma, o Ministério Público sempre participa da reclamação constitucional, como autor ou como fiscal da ordem jurídica, o que se justifica diante do interesse público no respeito à competência dos tribunais superiores e na autoridade de suas decisões, matérias discutidas em tal ação constitucional.

64.3.6. JULGAMENTO

Nos termos do art. 992 do Novo CPC, julgando procedente a

reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

Conforme já analisado anteriormente, na hipótese de ofensa à autoridade de decisão proferida pelo tribunal, a procedência da reclamação gera a cassação da decisão impugnada, o que significa dizer que o tribunal não profere outra em seu lugar (por isso não há reforma da decisão) e tampouco determina que o órgão hierarquicamente inferior profira outra decisão no lugar daquela que foi cassada (por isso não há anulação da decisão).

Aparentemente a exceção a essa realidade vem consagrada no art. 7º, § 2º, da Lei 11.417/2006, que, ao prever a procedência da reclamação constitucional no caso de ofensa à súmula vinculante, determina que o Supremo Tribunal Federal casse a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula. Se realmente o tribunal determinar a prolação de nova decisão no lugar daquela que, impugnada, foi considerada ofensiva à autoridade de sua decisão, será caso de anulação da decisão, e não propriamente de cassação.

Na hipótese de usurpação de competência, a procedência do pedido leva o tribunal a praticar os atos necessários para preservação de sua competência, inclusive com a avocação dos autos, se for o caso. Por vezes, é até possível que haja anulação ou cassação de decisões judiciais proferidas por juízo absolutamente incompetente, não havendo sentido permitir ao tribunal que reconheça a usurpação de competência e não possa anular ou cassar os atos já praticados. Entendo que, nesse caso, a cassação ou anulação da decisão impugnada dependerá do caso concreto, sendo

possível se imaginar hipótese em que bastará a cassação, e outros nos quais seja necessária a anulação de decisão para que outra seja proferida em seu lugar.

Como entendo que a reclamação constitucional tem natureza jurídica de ação, parece-me ser cabível a condenação do derrotado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios. É natural que não se condenará o órgão jurisdicional ou o juiz que conduz o processo no qual foi proferida decisão impugnada ou usurpadora de competência de tribunal superior; como também não parece ser correta a condenação da autoridade administrativa que pratica o ato impugnado. No primeiro caso, condena-se o Estado, sendo o juízo estadual, e a União, sendo o juízo federal, e, no segundo, a pessoa jurídica de direito público à qual pertença a autoridade administrativa.

Ocorre, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de ser a reclamação constitucional exercício de direito de petição, de forma que, partindo-se dessa premissa, a conclusão mais correta é pela inexistência de condenação da parte derrotada ao pagamento das verbas de sucumbência. Para se confirmar esse entendimento, basta a consulta aos acórdãos daqueles tribunais que julgam as reclamações, nos quais não há qualquer indicação de condenação em verbas sucumbenciais. No Superior Tribunal de Justiça há, inclusive, julgamento expresso nesse sentido[53].

Por fim, o art. 993 do Novo CPC prevê que, mesmo antes da lavratura do acórdão, o presidente determinará o imediato

cumprimento da decisão proferida pelo tribunal, em norma elogiável à luz do princípio da celeridade e efetividade das decisões judiciais. O Supremo Tribunal Federal entende que os efeitos erga omnes e vinculantes do controle concentrado se dão a partir da publicação da ata de julgamento na imprensa oficial[54].

65. CONCEITO DE RECURSOS E SUCEDÂNEOS RECURSAIS

Sumário: 65.1. Introdução: 65.1.1. Sucedâneos recursais internos; 65.1.2. Sucedâneos recursais externos (ações autônomas de impugnação).

65.1. INTRODUÇÃO

O tema recursal passa obrigatoriamente pela análise dos meios de impugnação das decisões judiciais, porque os recursos são uma espécie de meios de impugnação de decisão judicial. Afirma-se corretamente que dentro do gênero “meios de impugnação das decisões judiciais” existem duas espécies de instrumentos processuais: os recursos e os sucedâneos recursais, sendo a análise comparativa entre eles realizada de forma residual, ou seja, tudo o que não for recurso será considerado um sucedâneo recursal[55].

A definição do que seja recurso, única forma possível de apontar para a natureza recursal ou de sucedâneo recursal de determinado instrumento processual de impugnação de decisões judiciais, exige a conceituação do instituto de modo que todas as formas de impugnação à decisão judicial que não se amoldarem ao conceito serão consideradas sucedâneos recursais.

O conceito de recurso deve ser construído partindo-se de cinco

características essenciais a esse meio de impugnação[56]:

(a) voluntariedade;

(b) expressa previsão em lei federal;

(c) desenvolvimento no próprio processo no qual a decisão impugnada foi proferida;

(d) manejável pelas partes, terceiros prejudicados e Ministério Público; e

(e) com o objetivo de reformar, anular, integrar ou esclarecer decisão judicial.

Das cinco características mencionadas, as duas primeiras serão analisadas no tratamento dos princípios recursais (voluntariedade e taxatividade), a quarta será analisada com os requisitos de admissibilidade (legitimidade recursal), e a quinta (objetivo do recorrente) será enfrentada na análise do juízo de mérito recursal.

Como visto, das cinco características essenciais de todo e qualquer recurso, somente uma delas será analisada nesse momento e diz respeito à necessidade do recurso se desenvolver no próprio processo em que foi proferida a decisão impugnada. Na hipótese de criação de um novo processo para instrumentalizar a impugnação de decisão judicial, estar-se-á diante de uma espécie de sucedâneo recursal, mais especificamente de ação autônoma de impugnação[57].

A demonstração mais clara de que o recurso se desenvolverá no próprio processo em que a decisão judicial foi preferida é a inexistência de citação do recorrido, havendo uma mera intimação para, querendo, apresentar contrarrazões no mesmo prazo que o recorrente teve para apresentar seu recurso. Sendo a citação válida essencial para a validade do processo (art. 239, caput, do Novo CPC), sua ausência no âmbito recursal é a demonstração definitiva

de não constituir o recurso um novo processo. A exceção fica por conta da “citação” do réu para responder a apelação na hipótese de impugnação de sentenças liminares (indeferimento da petição inicial e julgamento liminar de improcedência), mas isso só ocorre porque a sentença impugnada foi proferida inaudita altera partes.

Importante recordar que a identidade de processo não significa necessariamente a identidade de autos, considerando-se que o recurso pode se desenvolver em autos próprios – por exemplo, agravo de instrumento –, mas continuará a fazer parte do mesmo processo no qual a decisão impugnada foi proferida[58].

Ainda que as principais características dos recursos sejam objeto de análise posterior, servem nesse momento introdutório para indicar os “requisitos” a serem preenchidos por meio de impugnação judicial para que possa ser considerado um recurso. Qualquer meio de impugnação que não seja tipificada nesse conceito de recurso apresentado será considerado um sucedâneo recursal, sendo possível dividir os sucedâneos recursais em duas espécies: internos e externos. A nomenclatura empregada nessa classificação dos sucedâneos recursais parte do pressuposto da necessidade ou não da criação de um novo processo para o sucedâneo se desenvolver: caso se desenvolva no mesmo processo em que a decisão foi proferida – a exemplo do que ocorre com o recurso –, será chamado de sucedâneo interno; nos casos de criação de um novo processo, será chamado de sucedâneo externo.

65.1.1. SUCEDÂNEOS RECURSAIS INTERNOS

Conforme visto, os sucedâneos recursais internos se

desenvolvem no próprio processo no qual a decisão impugnada foi proferida, não sendo possível indicar essa característica para diferenciá-los dos recursos. Na verdade, como será analisado pontualmente, cada sucedâneo recursal interno se afastará do âmbito recursal por uma ou mais razões, mas a característica de desenvolvimento no próprio processo em que a decisão impugnada foi proferida é constante tanto nos recursos como nos sucedâneos internos.

Apesar de o incidente de suspensão de segurança não impugnar a decisão judicial visando sua reforma e/ou anulação, o que irremediavelmente o afasta da natureza recursal e dos sucedâneos recursais[59], há entendimento nos tribunais superiores de que não basta a comprovação da grave lesão aos valores previstos em lei, cabendo também ao requerente demonstrar a plausibilidade de seu direito, ainda que dentro de um juízo sumário de cognição. Segundo o entendimento atualmente predominante em sede jurisprudencial, o pedido de suspensão de segurança tem natureza de contracautela, de forma que, além do perigo de dano, a parte deve demonstrar o fumus boni iuris[60]. Ainda que em cognição sumária deva se levar em conta o conteúdo da decisão, o incidente processual continua a não atacar o conteúdo do ato, mas tão somente seus efeitos.

É interessante notar que, apesar de ser consagrada nos tribunais superiores a inadmissão de discussão sobre o mérito da controvérsia, considerando-se que o pedido de suspensão não se trata de instância recursal[61], é absolutamente inviável se imaginar a concessão de um pedido de suspensão de segurança quando a

decisão for manifestamente amparada no melhor direito e, ainda pior, quando estiver fundada em posição já consolidada no tribunal. Justamente em razão dessa realidade é necessário que o presidente ou o órgão colegiado no julgamento do agravo interno faça, ainda que sumariamente, uma análise do conteúdo da decisão, sem, naturalmente, formar convencimento definitivo a respeito do mérito da demanda judicial.

65.1.1.1. Reexame necessário

Segundo previsão do art. 496 do Novo CPC, a sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como a que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal (havendo acolhimento de exceção de pré-executividade em vez de embargos do devedor, por analogia, aplica-se o dispositivo legal[62]), somente produzirá efeitos após sua confirmação pelo Tribunal. Trata-se do instituto do reexame necessário, que pela letra da lei é condição impeditiva da geração de efeitos da sentença proferida nas condições previstas pelo dispositivo legal mencionado[63].

O conceito legal deve ser visto com reservas porque a sentença pode gerar efeitos, ainda que pendente de reexame necessário, conforme demonstra de forma cabal o art. 14, §§ 1.º e 3.º, da Lei 12.016/2009. O reexame necessário, portanto, não impede necessariamente a geração de efeitos da sentença, mas tão somente seu trânsito em julgado, sendo mais adequado afirmar que o reexame necessário é condição impeditiva da geração do trânsito em julgado, e não da eficácia da sentença. Na realidade, o efeito

suspensivo do reexame necessário segue os efeitos da apelação: se o recurso tiver tal efeito, o reexame necessário também o terá, e se o recurso não tiver o reexame necessário, não impedirá a geração imediata de efeitos da sentença.

O conceito extraído da interpretação literal do caput do art. 496 do Novo CPC é incorreto e isso fica claro quando se analisam os §§ 1.º e 3.º do art. 14 da Lei 12.016/2009. Toda sentença concessiva de ordem no mandado de segurança está sujeita ao reexame necessário, não sendo, inclusive, aplicáveis nesse caso as exceções consagradas nos §§ 3.º e 4º do art. 496 do Novo CPC[64]. Por outro lado, de tal sentença cabe execução provisória, salvo quando versar sobre as matérias que não admitem ser concedidas por meio de liminar no mandado de segurança.

Como se pode notar, uma sentença sujeita ao reexame necessário é imediatamente eficaz, situação incompatível com o conceito legal consagrado no art. 496, caput, do Novo CPC. Por isso, insisto que o impedimento gerado pelo reexame necessário não diz respeito aos efeitos da sentença, mas ao seu trânsito em julgado. Quanto aos efeitos, o reexame necessário segue o que estiver determinado em lei para apelação: se tal recurso tiver efeito suspensivo, também terá o reexame necessário, mas, faltando tal previsão, o duplo grau obrigatório não impede a geração de efeitos da sentença.

O § 1.º do art. 496 do Novo CPC comete um erro primário, em alteração equivocada do § 1.º do art. 475 do CPC/1973. Segundo o texto vigente, havendo ou não apelação, o juiz remeterá os autos do

processo ao tribunal em segundo grau, enquanto no texto projetado essa remessa só ocorrerá se for ultrapassado o prazo de apelação sem sua interposição. Pelo dispositivo legal, portanto, se houver apelação, não haverá necessidade de reexame necessário. Há duas críticas ao dispositivo legal.

Como o art. 496, § 1.º, do Novo CPC afirma apenas que a não interposição de apelação dentro do prazo leva à remessa necessária, sem especificar de qual das partes é a apelação não interposta, é possível concluir que, havendo sucumbência recíproca e sendo interposta apelação pela parte contrária à Fazenda Pública, não haverá reexame necessário. E se a parcela de sucumbência da Fazenda Pública puder ser tipificada numa das hipóteses dos incisos do art. 496?

Com considerável boa vontade pode-se interpretar que a apelação mencionada no dispositivo legal é da Fazenda Pública, só havendo reexame necessário na hipótese de ela não interpor o recurso. Contudo, ainda assim o dispositivo é problemático porque historicamente a apelação da Fazenda Pública nunca impediu o reexame necessário por duas razões: o recurso pode ser parcial, enquanto o reexame necessário é sempre total, e o recurso pode não ser admitido por vício formal, enquanto o reexame necessário não corre esse risco, sendo sempre julgado pelo tribunal de segundo grau.

Não basta a sucumbência da Fazenda Pública para que a sentença esteja sujeita ao reexame necessário, já que existem previsões legais que expressamente excepcionam o duplo grau obrigatório mesmo diante da derrota fazendária.

Segundo o § 3.º do dispositivo ora analisado, não haverá duplo grau obrigatório quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a mil salários mínimos para União, e as respectivas autarquias e fundações de direito público, quinhentos salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público, e os Municípios que constituam capitais dos Estados, cem salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

Como se pode notar, o valor mínimo de sucumbência da Fazenda Pública para que a sentença esteja sujeita ao reexame necessário foi alterado substancialmente, passando dos sessenta salários mínimos previstos no art. 475, § 2.º, do CPC/1973 para até mil salários mínimos a depender do caso concreto.

E buscou-se uma gradação de valores a depender da pessoa jurídica de direito público sucumbente. A ideia é boa, mas sua execução deve gerar incongruências lógicas relevantes porque não foi levado em consideração o status econômico do ente público, o que deve mais importar quando se trata de rever obrigatoriamente a sentença que lhe gera uma sucumbência econômica. Há municípios no Brasil mais ricos que Estados, e nesse caso há evidente incongruência lógica em dispensar o reexame necessário para o ente mais rico até cem salários mínimos e em até quinhentos para o mais pobre. Essa situação se intensifica quando comparados municípios que são capitais de Estado e outros que, apesar de não serem capitais, são mais ricos que aqueles. As gradações são sempre difíceis, embora muito mais justas que um valor fixo para toda e

qualquer pessoa jurídica de direito público. O problema é fazer gradações que não levam em consideração o elemento essencial que a justifica.

Sendo a condenação ilíquida, o Superior Tribunal de Justiça entende cabível o reexame necessário, porque é melhor correr o risco de um reexame desnecessário do que afastá-lo quando era cabível[65]. Como o valor só será conhecido depois desse momento procedimental, corre-se menos risco em realizar o reexame necessário.

O § 4º do art. 496 do Novo CPC dispensa o reexame necessário em razão de sentença fundamentada em jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. A dispensa nesse caso fundamenta-se na desnecessidade de um controle obrigatório pelo segundo grau de jurisdição quando o juiz prolator da sentença torna-se um porta-voz avançado dos tribunais superiores e aplica seu consagrado entendimento como fundamento de sua decisão.

Segundo o dispositivo, não há reexame necessário se a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior (I), acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (II), entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (III).

Interessante novidade implementada pelo Novo Código de Processo Civil quanto à dispensa do reexame necessário é a inclusão, como causa de afastamento do duplo grau obrigatório, de entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no

âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa (art. 496, § 4º, IV, do Novo CPC). Nesse caso a Fazenda Pública não apela da sentença porque a decisão está fundada em entendimento interno pacificado, não havendo mesmo qualquer sentido em sujeitá-la ao duplo grau obrigatório.

Também não será cabível o reexame necessário nos Juizados Especiais em razão do previsto nos arts. 13 da Lei 10.259/2001 e 11 da Lei 12.153/2009.

Nessas circunstâncias a remessa do processo ao Tribunal dependerá da regular interposição do recurso de apelação pela Fazenda Pública, admitindo-se o trânsito em julgado da sentença já em primeiro grau de jurisdição no caso de não haver o recurso voluntário.

É pacífico na doutrina o entendimento de que o reexame necessário não tem natureza recursal[66], não se devendo admitir expressões como "apelação ex officio", "recurso de ofício" ou "recurso obrigatório". São várias as razões para que o reexame necessário previsto pelo art. 496 do Novo CPC não seja considerado um recurso:

(i) ausência de voluntariedade[67]: o recurso é um ônus processual, sendo que a sua existência depende de expressa manifestação de vontade da parte, por meio de sua interposição. A vontade da parte, portanto, é determinante, sendo a voluntariedade um princípio recursal, derivado do princípio dispositivo. O reexame necessário, conforme se depreende do próprio nome, nada tem de voluntário, porque sua existência decorre de expressa manifestação da lei, sendo irrelevante a vontade das partes e mesmo do juiz, que será obrigado a ordenar a remessa dos autos ao

Tribunal e, não o fazendo, proporcionará a avocação dos autos por seu presidente (art. 496, § 1.º, do Novo CPC);

(ii) o reexame necessário não é dialético, porque não existem razões nem contrarrazões, cabendo ao Tribunal tão somente analisar os atos praticados até a sentença. Como consequência lógica, também não haverá contraditório;

(iii) a previsão de um prazo de interposição é característica de todo e qualquer recurso, o que não ocorre com o reexame necessário, que deverá existir sempre que as condições assim exigirem, independentemente de eventual demora do processo chegar ao Tribunal;

(iv) o reexame necessário, apesar de estar previsto em lei federal (Novo CPC), não se encontra previsto como recurso (princípio da taxatividade);

(v) a legitimação recursal regulada pelo art. 996 do Novo CPC (partes, terceiro prejudicado e Ministério Público) não se aplica ao reexame necessário, instituto cuja "legitimidade" é do juízo, que determina a remessa do processo ao Tribunal.

Registre-se que, apesar de não poder ser considerado uma espécie de recurso, aplica-se ao reexame necessário um instituto tipicamente recursal: a proibição da reformatio in pejus. Dessa forma, a Fazenda Pública não poderá ter sua situação no processo piorada em decorrência do julgamento do reexame necessário, sendo que, na pior das hipóteses para a Fazenda Pública, sua situação manter-se-á inalterada[68]. Além disso, aplica-se ao reexame necessário a regra do art. 932, IV e V, do Novo CPC, admitindo-se seu julgamento monocrático pelo relator, conforme exposto no Capítulo 57, item 57.3.

65.1.1.2. Correição parcial

A melhor doutrina aponta para a natureza administrativa da correição parcial, o que já seria o suficiente para afastá-la do âmbito recursal. Sua previsão no art. 6.º, I, da Lei 5.010/1966, que regula a organização da Justiça Federal de primeira instância, não é o

suficiente para que a correição parcial seja considerada um recurso, cumprindo a exigência do princípio da taxatividade. A melhor doutrina já anotou que lei de organização judiciária, apesar de ser lei federal, não é lei nacional, tendo o mesmo valor de qualquer outra lei de organização judiciária estadual[69].

Trata-se de instrumento cabível diante da inversão da ordem na prática dos atos procedimentais, gerando como consequência uma confusão procedimental. A amplitude do cabimento do recurso de agravo contra decisões interlocutórias parece ter diminuído consideravelmente a utilidade da correição parcial, considerando-se que a decisão interlocutória que causa confusão procedimental naturalmente gera consequências prejudiciais a uma – ou ambas – das partes; por conta disso, será recorrível por meio de agravo. Dessa circunstância autorizada doutrina conclui pela inutilidade da correição parcial no sistema processual civil atual[70].

Existe significativa parcela doutrinária, entretanto, que aponta uma residual utilidade para a correição parcial, cabível na hipótese de omissão do juiz em proferir a decisão que lhe caiba num determinado momento procedimental. Não existindo nesse caso uma decisão, o que impedirá sua impugnação por meio de agravo, será cabível a correição parcial para que o órgão superior determine ao juízo inferior a prolação da decisão adequada ao momento procedimental[71]. O Superior Tribunal de Justiça reconhece o cabimento da correição parcial na hipótese de omissão do juízo ou de despacho[72]. Registre-se posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que, em aplicação do princípio da fungibilidade, recebeu

correição parcial como agravo de instrumento[73], como também não admitiu a correição parcial quando cabível agravo interno contra decisão monocrática do relator[74].

Com a opção adotada pelo Novo Código de Processo Civil de criar um rol exaustivo de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento, a exemplo do que ocorre no processo penal com o recurso em sentido estrito, é possível que a utilização da correição parcial passe a ser mais comum, ainda que não se anteveja grande popularização de tal meio de impugnação. Além da omissão e do despacho, também as decisões interlocutórias não recorríveis por agravo de instrumento poderão ser impugnadas por correição parcial, desde que responsáveis por alteração da ordem procedimental com geração de confusão processual.

65.1.1.3. Pedido de reconsideração

Apesar de ampla presença na praxe forense, o pedido de reconsideração não se encontra previsto expressamente, sendo resultado de construção jurisprudencial. A mera ausência de previsão expressa em lei federal já é suficiente para afastar o pedido de reconsideração do âmbito recursal. Essa, inclusive, é a razão pela qual já está pacificado que a interposição do pedido de reconsideração não interrompe nem suspende o prazo recursal[75]. O pedido de reconsideração deve ser interposto no prazo recursal, aguardando-se uma solução ao pedido ainda dentro de tal prazo, e no caso de omissão judicial até o vencimento do prazo recursal, deve a parte interpor o recurso adequado, que poderá perder o objeto na hipótese de acolhimento do pedido de reconsideração.

Tecnicamente o pedido de reconsideração teria uma aplicação prática bem mais rara do que aquela verificada atualmente. Não se prestaria a substituir o recurso cabível, o que, em muitas oportunidades – em especial contra decisões interlocutórias –, vem ocorrendo. Poderia ser utilizado tão somente nas hipóteses de decisões que não sofrem os efeitos da preclusão, porque nesse caso o juiz poderia modificar sua decisão mesmo de ofício (matérias de ordem pública), devendo-se permitir o pedido de reconsideração. Fora dessas hipóteses, a possibilidade de o juiz se retratar de sua decisão estaria limitada à interposição de recurso que permita o juízo de retratação, como ocorre com o recurso de agravo[76].

A limitação à utilização do pedido de reconsideração somente para hipóteses específicas coaduna-se com o fenômeno da preclusão judicial, indevidamente chamada pela doutrina nacional de preclusão pro iudicato, limitativa da retratação pura e simples da decisão por parte dos juízes. É evidente que, havendo novas circunstâncias, não levadas em conta no momento da prolação da primeira decisão, o pedido da parte trazendo tais novidades ao juiz será admitido, mas nesse caso não se trata efetivamente de pedido de reconsideração. Diante de novas circunstâncias, o pedido será outro, bem como outra será a decisão judicial.

Apesar de previsto em lei federal com outro nome, os embargos infringentes previstos no art. 34 da LEF são genuinamente uma espécie de pedido de reconsideração da sentença, considerando-se que a parte requer ao próprio juízo sentenciante a modificação de sua decisão. Estando previsto como embargos infringentes, esse “pedido de reconsideração” tem

natureza recursal.

No Novo Código de Processo Civil o pedido de reconsideração continua a não ser previsto em lei, mas sua utilização deve aumentar significativamente em razão de a recorribilidade de decisão interlocutória por meio de agravo de instrumento ter passado a ser limitada às hipóteses legais, conforme analisado no Capítulo 72, item 72.2.1.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de aplicar o princípio da fungibilidade para receber pedido de reconsideração como agravo regimental[77].

65.1.1.4. Impugnação e embargos à execução

No cumprimento de sentença a defesa típica do executado é realizada por meio da impugnação, entendida pela melhor doutrina como um incidente processual, conforme demonstrado no Capítulo 54, item 54.3.1. Havendo uma limitação da cognição horizontal, o executado só pode arguir as matérias previstas no art. 525, § 1º, do Novo CPC, e, dependendo de qual seja essa matéria, a impugnação pode ser considerada um sucedâneo recursal interno. Acolhidas as alegações previstas no art. 525, § 1º, I e III, § 12.º, do Novo CPC, a sentença será anulada, de forma que a impugnação se prestará a impugná-la, sendo tal circunstância suficiente para considerá-la um sucedâneo recursal.

65.1.2.SUCEDÂNEOS RECURSAIS EXTERNOS (AÇÕES AUTÔNOMAS DE IMPUGNAÇÃO)

65.1.2.1. Generalidades

Conforme já afirmado, os sucedâneos recursais externos são desenvolvidos por um processo diferente daquele no qual a decisão impugnada foi proferida, o que já é o suficiente para distingui-los dos recursos. São tradicionalmente lembrados como ações autônomas de impugnação: ação rescisória, ação anulatória; ação de querela nullitatis, reclamação constitucional[78], mandado de segurança contra decisão judicial e embargos de terceiro.

Perceba-se ser possível afirmar que em regra as ações autônomas de impugnação são concomitantes com o processo – no qual a decisão impugnada foi proferida – que tenha sido extinto. Ação autônoma de impugnação de decisão proferida em processo já extinto é a exceção, sendo em regra desconstituída a decisão transitada em julgado por meio de ação rescisória.

Mostra-se, portanto, absolutamente equivocada a distinção entre recursos e ações autônomas de impugnação, apontando ser a primeira espécie de impugnação o meio adequado à impugnar decisões ainda não transitadas em julgado, enquanto a segunda forma de impugnação se reservaria para decisões já transitadas em julgado. O diferencial entre essas duas espécies de impugnação deve ser buscado tão somente na existência ou não de processo distinto daquele no qual a decisão impugnada foi proferida.

65.1.2.2. Mandado de segurança contra ato judicial

Em razão da opção do Novo Código de Processo de criar um rol exauriente de cabimento do agravo de instrumento, será inevitável uma utilização mais frequente do mandado de segurança contra decisão interlocutória não impugnável imediatamente.

Diante de tal realidade, é importante a compreensão do cabimento do mandado de segurança contra ato judicial.

Segundo o art. 5º, II, da Lei 12.016/2009, não se concederá mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo, parecendo que a interposição de mandado de segurança em desrespeito à previsão legal leva o processo à extinção, sem resolução de mérito por impossibilidade jurídica do pedido. É preciso registrar que o dispositivo legal ora comentado, ao menos em sua literalidade, trouxe considerável novidade ao sistema processual, tendo em vista que o art. 5º, II, da Lei 1.533/1951 previa o não cabimento de decisão passível de recurso, sem qualquer menção aos efeitos do recurso cabível. A compreensão exata do dispositivo legal exige uma breve análise das diferentes espécies de efeito suspensivo existentes em nosso ordenamento jurídico.

Nem todo recurso tem efeito suspensivo previsto em lei, mas, em todos eles, é possível a sua obtenção no caso concreto, desde que preenchidos determinados requisitos. O efeito suspensivo previsto em lei, que de nada depende para ser gerado, é chamado de efeito suspensivo próprio (ope legis), enquanto o efeito suspensivo obtido no caso concreto, a depender do preenchimento de determinados requisitos, porque em regra o recurso não o tem, é chamado de efeito suspensivo impróprio (ope iudicis). O dispositivo legal parece tratar do efeito suspensivo próprio, não havendo mesmo qualquer necessidade de se valer a parte do mandado de segurança, quando pode se valer do recurso previsto em lei que tenha efeito suspensivo. Faltaria, nesse caso, interesse de

agir no mandado de segurança, pelos mesmos motivos expostos nos comentários acima ao art. 5º, II, da Lei 12.016/2009.

Uma interpretação literal do dispositivo legal levará o operador a concluir, contrario sensu, que, sendo cabível da decisão recurso sem efeito suspensivo, passa a ser cabível o mandado de segurança. A conclusão, entretanto, não pode ser essa, sendo pacificado o entendimento de que mesmo decisões passíveis de recurso sem efeito suspensivo não podem ser impugnadas por meio de mandado de segurança. Existe até mesmo entendimento sumulado no Supremo Tribunal Federal nesse sentido[79], ainda que em interpretação do atualmente revogado inciso II do art. 5º da Lei 1.533/1951.

Para se compreender a possibilidade de impugnação de pronunciamento judicial por meio de mandado de segurança, é preciso visualizar quatro situações: (i) o despacho não é recorrível nem impugnável por mandado de segurança, considerando tratar-se de pronunciamento que meramente dá andamento ao procedimento; (ii) decisão recorrível por recurso com efeito suspensivo (efeito suspensivo próprio) não é impugnável por mandado de segurança; (iii) decisão recorrível por recurso sem efeito suspensivo pela literalidade do dispositivo passa a ser impugnável por mandado de segurança; (iv) decisão irrecorrível é impugnável por mandado de segurança; (v) decisão transitada em julgado não é atacável por mandado de segurança (art. 5º, III, Lei 12.016/2009).

No tocante a decisão recorrível por recurso sem efeito suspensivo, a jurisprudência firmada antes da atual normatização do

mandado de segurança indicava para a possibilidade de mandado de segurança tão somente em situações teratológicas, quando o mecanismo recursal previsto em lei não se mostrasse eficiente para a efetiva tutela dos interesses da parte[80]. A regra era, portanto, o não cabimento de mandado de segurança, já que para todos os recursos que não têm efeito suspensivo pela lei ele poderá ser concedido no caso concreto pelo juízo, desde que preenchidos os requisitos legais (efeito suspensivo impróprio). Há diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça entendendo incabível o mandado de segurança quando cabível o agravo de instrumento, considerando que esse recurso, apesar de não ter efeito suspensivo automaticamente previsto em lei, poderá receber efeito suspensivo no caso concreto. Há decisões, inclusive, que negam cabimento, até mesmo de ação cautelar inominada nesses casos[81].

Como ensina parcela da doutrina, o cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial só será admitido quando o recurso cabível contra ela não tiver e nem puder ter efeito suspensivo[82]. Justamente por concordar com esse entendimento, tenho extrema dificuldade na admissão do mandado de segurança contra decisão que possa ser atacada por recurso, independentemente da previsão de efeito suspensivo, porque parto da premissa de que todo recurso tem efeito suspensivo impróprio[83].

No Superior Tribunal de Justiça, existem decisões que admitem dentro de uma excepcionalidade gritante a interposição de mandado de segurança contra decisão recorrível, desde que: (a) trate-se de decisão teratológica, o que acarreta a aberratio iuris[84], e

(b) potencial da decisão de gerar grave dano de difícil ou incerta reparação[85]. A regra, portanto, é pelo não cabimento do mandado de segurança quando a decisão for recorrível, independentemente dos efeitos de tal recurso. O Supremo Tribunal Federal parece também limitar o cabimento do mandado de segurança às decisões irrecorríveis[86].

Em razão do posicionamento ora defendido, mesmo diante de decisões teratológicas, aptas a gerar um grave dano de difícil ou incerta reparação à parte, entendo que o caminho correto é a interposição do recurso cabível e, quando ausente da lei, o pedido expresso de concessão de efeito suspensivo, com o que sempre se permitirá ao recorrente evitar danos.

Esse entendimento, entretanto, só tem aplicabilidade nas hipóteses nas quais o recurso cabível contra a decisão não será eficaz para reverter a sucumbência do recorrente. Sendo inútil o recurso será cabível o mandado de segurança, sendo justamente essa hipótese aplicável, a depender do caso concreto, à decisão interlocutória não recorrível por agravo de instrumento.

Essas decisões não se tornam irrecorríveis, porque são impugnáveis na apelação e nas contrarrazões desse recurso, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC. Mas nesse caso a questão do tempo pode tornar o meio de impugnação inútil, não havendo sentido permitir o perecimento de um direito porque o meio de impugnação cabível previsto em lei não tem aptidão de reverter a sucumbência suportada pela parte de forma concreta.

A decisão interlocutória sobre a competência, por exemplo,

deve ser reexamina imediatamente, e não somente no momento de julgamento da apelação, ainda mais porque o art. 64, § 4, do Novo CPC, prevê que os atos praticados por juízo incompetente são válidos. Qual a utilidade de se impugnar a decisão que indefere o acordo procedimental, previsto no art. 190, do Novo CPC, em apelação ou contrarrazões desse recurso? E a decisão que determina a emenda da petição inicial?

Interessante exemplo do que se defende foi dado em julgamento do Superior Tribunal de Justiça, que admitiu a interposição de mandado de segurança contra decisão do recurso de embargos infringentes previsto no art. 34 da LEF[87]. Por se tratar de decisão de única instância, não pode ser impugnado por recurso especial, não obstante caiba o recurso extraordinário. O cabimento desse recurso não permite a conclusão de a decisão ser irrecorrível, mas, se o vício teratológico da decisão afrontar norma federal, será inviável à parte se valer do recurso extraordinário para sua alegação. Nesse caso, embora exista um recurso cabível contra a decisão, a matéria a ser veiculada é incompatível com o recurso disponível, o que habilita o cabimento do mandado de segurança.

Outra hipótese interessante decorre da excepcional hipótese de o juiz, em sua sentença, apesar de negar provimento ao pedido do autor, expressamente manter a tutela antecipada anteriormente concedida. Havendo uma sentença, o recurso cabível é a apelação, mas o réu não tem interesse recursal na interposição de apelação contra sentença de total improcedência do pedido do autor. Mesmo que se considere a existência de um capítulo da decisão que o faz sucumbir – a manutenção da tutela antecipada –, não há interesse

recursal na apelação, porque, se o autor não recorrer da sentença, haverá o trânsito em julgado da sentença integralmente favorável ao réu. Poderia se imaginar que o interesse surgirá com a interposição da apelação pelo autor, considerando que nesse caso a tutela antecipada será mantida até o julgamento do recurso. A saída, portanto, seria um recurso adesivo de apelação por parte do réu.

Ocorre, entretanto, que o recurso principal e o recurso adesivo são julgados ao mesmo tempo, e, quando isso ocorrer, o recurso será julgado prejudicado, considerando que após o julgamento da apelação principal a questão a respeito da manutenção da apelação terá perdido seu objeto. Note-se que nem mesmo uma tutela de urgência no recurso adesivo poderia ser concedida, considerando que não é viável antecipar os efeitos de um resultado que já se sabe de antemão não será obtido. Como se pode notar, não há alternativa para o réu que pretende a revogação imediata da tutela antecipada que não o mandado de segurança.

O art. 5º, III, da Lei 12.016/2009 prevê expressamente entendimento jurisprudencial consagrado de não cabimento do mandado de segurança contra decisão transitada em julgado[88], o que é interessante, porque evita que esse meio de impugnação seja utilizado como sucedâneo de ação rescisória, o que iria contrariar o funcionamento do binômio "segurança jurídica-justiça das decisões" planejado pelo legislador.

Registre-se nesse tocante o polêmico julgamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que decorrido o prazo de cinco dias dos embargos de declaração contra decisão irrecorrível já não

seria mais cabível o mandado de segurança, nos termos do art. 5º, III, da Lei 12.016/2009[89].

O entendimento perde substancialmente sua relevância diante das novidades do Novo Código de Processo Civil. No tocante às decisões interlocutórias não impugnáveis por agravo de instrumento não há trânsito em julgado em cinco dias porque a decisão é recorrível por apelação ou contrarrazões. E no tocante às decisões monocráticas caberá sempre o recurso de agravo interno, nos termos do art. 1.021 do Novo CPC, sendo desnecessária a utilização do mandado de segurança contra tais espécies de decisão.

66. CLASSIFICAÇÃO DOS RECURSOS

Sumário: 66.1. Introdução – 66.2. Objeto imediato do recurso – 66.3. Fundamentação recursal (causa de pedir) – 66.4. Abrangência da matéria impugnada – 66.5. Independência ou subordinação.

66.1. INTRODUÇÃO

A tarefa de classificar um instituto jurídico como o recurso pode se mostrar interminável, porque haverá tantas classificações quantos forem os critérios adotados. Ao que parece, são apenas quatro critérios – e consequentemente quatro classificações – mais importantes que merecem comentário.

66.2. OBJETO IMEDIATO DO RECURSO

No tocante ao objeto imediato, os recursos se dividem em recursos ordinários e extraordinários, nomenclatura que não se mostra feliz em virtude da existência, em nosso ordenamento processual, de recursos específicos com tais nomes. De qualquer forma, trata-se de nomenclatura consagrada pela doutrina, razão pela qual será mantida.

Recursos que têm como objeto imediato a proteção e a preservação da boa aplicação do Direito são chamados de recursos

extraordinários. Essa espécie de recurso é prevista no ordenamento processual com o objetivo de viabilizar no caso concreto uma melhor aplicação da lei federal e constitucional, permitindo que por meio deles se preservem tais normas legais. O objetivo, como se nota, não é a proteção do direito subjetivo da parte no caso concreto, mas a proteção do direito objetivo, entendendo-se a sua preservação como significativa para toda a sociedade, e não só para a parte sucumbente. É natural que, nesse caso, o recurso servirá mediatamente ao recorrente, porque o seu provimento o beneficiará, mas o importante é lembrar que não é esse o objetivo do legislador ao prevê-los, sendo essa vantagem obtida pelo recorrente uma mera consequência prática verificada no caso concreto[90]. São somente três os recursos extraordinários: recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência[91].

Sempre que o objetivo do legislador não consistir em preservar o ordenamento jurídico, ou ainda, o direito objetivo, mas proteger o interesse particular da parte (direito subjetivo) no caso concreto, o recurso será classificado como ordinário. Em regra, o recurso é ordinário, sendo que todos os recursos com previsão legal que não sejam extraordinários são considerados como ordinários. É evidente que, nesses casos, também se obterá uma preservação do direito objetivo por meio de uma melhor aplicação da lei, mas essa é uma mera consequência do provimento do recurso, cuja existência se justifica na proteção do direito subjetivo da parte.

66.3. FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL (CAUSA DE PEDIR)

Em decorrência do princípio da dialeticidade, todo o recurso deverá ser devidamente fundamentando, expondo o recorrente os motivos pelos quais ataca a decisão impugnada e justificando seu pedido de anulação, reforma, esclarecimento ou integração. Trata-se, na realidade, da causa de pedir recursal. A amplitude das matérias dessa fundamentação divide os recursos entre aqueles que têm fundamentação vinculada e os que têm fundamentação livre.

Nos recursos de fundamentação vinculada o recorrente não poderá alegar qualquer matéria que desejar, estando sua fundamentação vinculada às matérias expressamente previstas em lei. O rol de matérias alegáveis em tais recursos é exaustivo, e o desrespeito a essa exigência legal acarretará a inadmissibilidade do recurso por irregularidade formal[92]. Essa espécie de recurso é excepcional, havendo somente três: recurso especial, recurso extraordinário e embargos de declaração[93], ainda que nesse último caso o Superior Tribunal de Justiça venha admitindo de forma excepcional, limitada a situações teratológicas, os embargos de declaração com efeitos infringentes, nos quais a fundamentação não estará vinculada às hipóteses legais da omissão, obscuridade e contradição. O tema é aprofundado no Capítulo 73, item 73.7.

A regra é o recurso ter fundamentação livre, o que significa ampla liberdade ao recorrente no tocante às matérias a serem alegadas em sua fundamentação recursal. É natural que, apesar de não existirem limitações legais a priori, como ocorre nos recursos de fundamentação vinculada, haverá sempre no caso concreto uma limitação lógica e jurídica, porque o recorrente não terá interesse em alegar toda e qualquer matéria, mas somente aquela aplicável ao

caso sub judice. Ademais, será obrigado a respeitar os limites objetivos da demanda e o sistema de preclusões. Essa obviedade, inclusive, se verifica até mesmo nos recursos de fundamentação vinculada, já que não tem sentido se imaginar que o recorrente alegará, necessariamente, todas as matérias que a lei prevê, mas somente aquelas que interessam no caso concreto.

Registre-se, por fim, que os embargos infringentes são recursos de fundamentação livre[94], porque as matérias a serem alegadas nesse recurso não vêm predeterminadas em lei. Ainda que o desacordo seja parcial, o que fixará os limites da devolução do recurso, a fundamentação será livre, sendo inclusive admissível ao embargante lançar mão de fundamentos que tenham sido rejeitados de forma unânime. A fundamentação, portanto, não estará definida por limites previstos em lei, sendo a natural limitação decorrência da extensão e profundidade do efeito devolutivo, de forma que o recurso é de fundamentação livre.

66.4. ABRANGÊNCIA DA MATÉRIA IMPUGNADA

Segundo tradicional regra do direito pátrio, o objeto do recurso será limitado pela decisão recorrida, não podendo extrapolá-lo. A exceção atualmente fica por conta do disposto no art. 1.013, § 3º, I, do Novo CPC, que permite ao Tribunal, no julgamento de apelação contra sentença terminativa (art. 485 do Novo CPC), conhecer imediatamente o mérito da ação ainda que tal matéria não tenha sido enfrentada em primeiro grau de jurisdição, desde que preenchidos os requisitos legais. Nos demais incisos de referido

dispositivo legal a sentença apelada será de mérito (art. 487, I, do Novo CPC), mas também nesse caso o tribunal poderá julgar imediatamente mérito não decidido em primeiro grau, como no julgamento de pedido não enfrentado, por ser a sentença extra ou citra petita. De qualquer forma, a regra continua a ser aquela que condiciona o Tribunal em sede recursal a somente se manifestar a respeito de matérias que tenham sido decididas no pronunciamento impugnado.

São chamados de recursos totais os recursos que têm por objeto a integralidade da parcela da decisão que tenha gerado sucumbência à parte recorrente, enquanto os recursos parciais são aqueles nos quais somente uma parcela da decisão que gerou a sucumbência da parte recorrente é objeto do recurso. Utilizando-se a ideia de capítulos de sentença, que pode na verdade ser aplicada para qualquer espécie de decisão, o recurso total é aquele que impugna a totalidade dos capítulos da decisão que geraram sucumbência à parte, enquanto o recurso parcial é aquele no qual somente um, ou alguns dos capítulos que geraram sucumbência são objeto do recurso, havendo no caso concreto capítulo que, apesar de gerar sucumbência à parte, não é objeto de impugnação.

Registre-se que recurso total não significa recurso que tenha como objeto a integralidade da decisão impugnada, porque havendo uma parcial procedência da pretensão, haverá parcela da decisão para a qual faltará à parte vitoriosa interesse recursal[95]. O que determina ser um recurso total ou parcial não é a identidade plena entre o objeto do recurso e da decisão impugnada, mas a identidade do objeto recursal com a sucumbência gerada pela decisão

impugnada.

> Fernanda requer a condenação de Carlos ao pagamento de dano moral, lucros cessantes e danos emergentes, sendo que na sentença somente é acolhido o primeiro pedido. Será total a apelação interposta por Fernanda que tiver como objeto os lucros cessantes e os danos emergentes, embora não tenha o recurso uma identidade plena com o objeto da decisão impugnada. Será parcial o recurso na hipótese da apelação versar somente a respeito dos lucros cessantes ou somente a respeito dos danos emergentes.

66.5. INDEPENDÊNCIA OU SUBORDINAÇÃO

Recurso independente é aquele oferecido pela parte dentro do prazo recursal sem importar a postura adotada pela parte contrária diante da decisão impugnada. Recurso subordinado é aquele interposto no prazo de contrarrazões de recurso apresentado pela parte contrária, motivado não pela vontade originária de impugnar a decisão, mas como contraposição ao recurso oferecido pela outra parte. O recurso independente condiciona-se exclusivamente ao preenchimento de seus próprios pressupostos de admissibilidade para que seja decidido no mérito, enquanto o recurso subordinado está condicionado ao conhecimento do recurso independente e ao preenchimento de seus próprios pressupostos de admissibilidade para que seja decidido no mérito.

Apesar da impropriedade da nomenclatura, é tradicional a doutrina se referir ao recurso independente como recurso principal e ao recurso subordinado como recurso adesivo[96], havendo expressa

previsão dessa segunda espécie de recurso no art. 997 do Novo CPC. É importante consignar que o recurso adesivo não é uma espécie recursal, mas tão somente um recurso interposto de forma diferenciada[97] e com um pressuposto de admissibilidade particular, também presente no agravo retido (conhecimento do recurso principal). Dessa forma, os recursos de apelação, recurso especial e recurso extraordinário poderão ser oferecidos pela forma independente – principal – ou subordinada – adesiva. Constata-se, portanto, que os pressupostos processuais genéricos e específicos são os mesmos nas duas formas de interposição: se o recurso principal exige preparo, também se exigirá do adesivo; se exige pré-questionamento, assim também se exigirá do adesivo etc.

Registre-se que esse tratamento igualitário não se aplica quando existente alguma espécie de prerrogativa ao sujeito que ingressa com o recurso na forma principal. Portanto, não é por que a Fazenda Pública tem o prazo em dobro para recorrer que o particular também o terá para ingressar com recurso adesivo. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o recorrente adesivo não se aproveita de gratuidade concedida exclusivamente ao recorrente principal[98].

Existe certa divergência na doutrina a respeito da taxatividade do rol recursal previsto no art. 997, II, do Novo CPC: apelação, recurso especial e recurso extraordinário. Existe doutrina que defende seu cabimento na hipótese de recurso ordinário[99], do recurso inominado previsto pelo art. 41, caput, da Lei 9.099/1995 (Juizados Especiais)[100] e de agravo de instrumento contra decisão

interlocutória de mérito[101].

Na vigência do CPC/1973, a doutrina amplamente defendia ser o rol legal taxativo, sendo inviável o cabimento de recurso adesivo fora das hipóteses expressamente previstas pela lei[102], sendo esse o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça[103]. Com o advento do Novo Código de Processo Civil e a possibilidade do julgamento parcial do mérito de forma definitiva, por meio de decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento, parece ser mais adequada a ampliação das hipóteses de cabimento ao menos para esse caso[104]. Afinal, nesse caso o agravo de instrumento cumpre no sistema a mesma função da apelação: impugnar decisão definitiva de mérito, proferida mediante cognição exauriente e juízo de certeza.

Para que surja no caso concreto a possibilidade de interposição de recurso adesivo, é indispensável a ocorrência de duas circunstâncias[105]:

(a) sucumbência recíproca[106], de forma que ambas as partes tenham interesse recursal, podendo tal sucumbência recíproca derivar do julgamento de diferentes ações numa mesma sentença, como ocorre com a ação "principal" e a reconvenção[107], e

(b) interposição de recurso na forma principal por somente uma das partes, porque o recurso adesivo é destinado para aquele que não pretendia recorrer, o que resta demonstrado por meio da não interposição do recurso na forma principal.

Na realidade, a regra de que o recurso adesivo é instrumento exclusivo da parte que não quer recorrer determina que mesmo tendo sido interposto recurso principal viciado no aspecto formal,

motivo para sua inadmissibilidade, não se admitirá o recurso adesivo[108]. O Superior Tribunal de Justiça entende inaplicável o princípio da fungibilidade para receber o recurso principal intempestivo como recurso adesivo[109]. Também não cabe recurso adesivo na hipótese de interposição de recurso principal parcial, não podendo a parte se valer de recurso adesivo para complementar o recurso interposto de forma principal[110]. Em ambos os casos é inequívoca a vontade da parte em recorrer de forma principal, sendo incabível o recurso adesivo, forma procedimental de interposição de recurso limitada à parte que demonstrou não pretender impugnar a decisão ao deixar de ingressar com recurso.

Segundo o art. 997, caput, do Novo CPC, interposto o recurso principal pelo autor ou réu, a outra parte terá legitimidade para a interposição do recurso adesivo. A redação do dispositivo legal mencionado suscita dúvidas a respeito da legitimidade ativa e passiva do recurso adesivo. Para parcela da doutrina, a interpretação restritiva do dispositivo legal é a preferível, não se admitindo o recurso adesivo interposto pelo terceiro prejudicado ou pelo Ministério Público quando participa do processo como fiscal da lei[111]. Da mesma forma, mais uma vez interpretando-se restritivamente o dispositivo legal, não pode o autor e/ou réu interpor recurso adesivo diante de recurso principal interposto pelo terceiro prejudicado ou o Ministério Público quando atua como fiscal da lei[112].

Ainda quanto à legitimação, interessante questão se coloca na hipótese de litisconsórcio. Sendo unitário, qualquer dos

litisconsortes recorridos tem legitimidade para o oferecimento do recurso adesivo. Sendo simples, só terá legitimidade o litisconsorte que figurar no recurso principal como recorrido, isto é, não pode recorrer adesivamente em relação a recurso principal que tenha por objeto matéria que não lhe diga respeito[113].

Havendo a interposição de recurso na forma principal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões a esse recurso. Nesse momento procedimental poderá, além de responder o recurso já interposto, ingressar com o recurso adesivo, desde que, é claro, exista interesse recursal (sucumbência recíproca). É admissível a apresentação de contrarrazões e de recurso adesivo em momentos distintos, desde que apresentados dentro do prazo de 15 dias[114] (todos os recursos que podem ser oferecidos de forma adesiva têm prazo de contrarrazões de 15 dias), também se admitindo que sejam elaborados numa mesma peça processual, desde que preencha os requisitos formais de ambos os atos (contrarrazões e recurso adesivo)[115]. O Ministério Público e a Fazenda Pública têm prazo de contrarrazões e de recurso adesivo contado em dobro, nos termos dos arts. 180, caput, e 183, caput, ambos do Novo CPC.

Como já afirmado, o julgamento do recurso adesivo está condicionado ao conhecimento do recurso principal, ou seja, ao julgamento de mérito desse recurso. É natural que, conhecido e julgado em seu mérito o recurso principal, o recurso adesivo pode não ser conhecido, bastando para tanto o tribunal considerá-lo inadmissível[116]. Mesmo a desistência do recorrente principal torna prejudicado o recurso adesivo, de forma que não haverá sua análise

pelo tribunal.

Excepcional hipótese ocorrerá se a desistência for fruto de má-fé, quando o tribunal poderá acolher a desistência, deixando de julgar o recurso principal, mas ainda assim julgar o recurso adesivo. O entendimento encontra fundamento no art. 5º do Novo CPC. Basta imaginar o autor que pede, por exemplo, R$ 100,00, recebe R$ 2,00, e só o réu apela da sentença pleiteando a improcedência do pedido, enquanto o autor recorre adesivamente para majorar o valor da condenação para R$ 100,00. O recorrente principal, ciente da demora no julgamento da apelação, espera até a iminência de tal julgamento para desistir da demanda. Com essa postura desleal, impede o autor de executar os R$ 2,00 que recebeu, e não corre o risco de ver aumentada sua condenação. Toda má-fé deve ser repelida fortemente pelos tribunais, única forma de se evitar que o processo se torne uma "terra de ninguém".

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir pela inadmissão do pedido de desistência do recurso principal após o recorrente adesivo ter obtido tutela antecipada em seu recurso, com base em algo similar ao início do julgamento do recurso com a antecipação da tutela e na boa-fé[117]. A premissa é correta, mas não a conclusão. Não é possível o tribunal não aceitar a desistência do recurso, porque tal ato gera efeitos independentemente da homologação judicial, nos termos do art. 200 do Novo CPC. A preservação do princípio da boa-fé teria sido mais adequadamente atendida com a homologação da desistência do recurso principal e, excepcionalmente, o julgamento do recurso adesivo.

67. EFEITOS RECURSAIS

Sumário: 67.1. Introdução – 67.2. Efeito obstativo – 67.3. Efeito devolutivo – 67.4. Efeito suspensivo – 67.5. Efeito translativo – 67.6. Efeito expansivo – 67.7. Efeito substitutivo – 67.8. Efeito regressivo – 67.9. Efeito diferido.

67.1. INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, os efeitos dos recursos são limitados ao efeito devolutivo e efeito suspensivo, havendo doutrina, entretanto, que prefere somar a esses dois tradicionais efeitos outros, como o expansivo, translativo e substitutivo. Na realidade, mesmo a doutrina que se limita a apontar o efeito devolutivo e suspensivo não desconhece os demais fenômenos, somente não os considerando efeitos do recurso ou tratando de tais temas dentro do efeito devolutivo[118].

Sem adentrar nessa polêmica, o objetivo é descrever, da forma mais didática possível, os efeitos recursais lembrados pela doutrina pátria. As questões referentes à efetiva natureza jurídica de tais fenômenos processuais, apesar de indiscutível importância acadêmica, não serão enfrentadas, firme na convicção de que na prática essas divergências têm pouca ou nenhuma relevância.

67.2. EFEITO OBSTATIVO

O efeito obstativo diz respeito à preclusão temporal e sua relação com a interposição do recurso. A doutrina majoritária com razão aponta que o ingresso de qualquer recurso impede a geração da preclusão temporal, com o consequente trânsito em julgado, que somente se verificará após o devido julgamento do recurso[119]. Para outra parcela doutrinária, na realidade a interposição do recurso não impede a preclusão, mas simplesmente suspende a sua ocorrência até o momento em que o recurso for julgado[120]. Há ainda uma terceira corrente, que toma por base o resultado do julgamento do recurso interposto: não sendo o recurso admitido (juízo de admissibilidade negativo), terá ocorrido somente o impedimento temporário à preclusão, enquanto sendo o recurso julgado no mérito, com a substituição da decisão recorrida, o recurso terá realmente obstado a preclusão[121].

De qualquer maneira, qualquer que seja a corrente doutrinária adotada, é uníssono o entendimento de que, durante o trâmite recursal, não é possível falar em preclusão da decisão impugnada, afastando-se no caso concreto durante esse lapso temporal o trânsito em julgado e eventualmente a coisa julgada material (decisão de mérito). Em razão de tal efeito do recurso, não se admite uma execução definitiva enquanto pendente recurso de julgamento, porque inexiste nesse caso o necessário trânsito em julgado a permitir tal espécie de execução.

67.3. EFEITO DEVOLUTIVO

Por efeito devolutivo entende-se a transferência ao órgão ad quem do conhecimento de matérias que já tenham sido objeto de

decisão no juízo a quo. O conceito de efeito devolutivo já é suficiente para demonstrar que o nome dado a tal efeito não merece elogios, considerando-se que não há nos recursos uma genuína devolução, mas uma simples transferência do órgão prolator da decisão impugnada para o órgão julgador. Somente se devolve matéria a determinado órgão jurisdicional se anteriormente esse órgão já teve competência para analisá-la, não sendo exatamente isso o que ocorre com o chamado "efeito devolutivo"[122]. Para salvar o nome, já tradicional e arraigado em nossa cultura jurídica, pode-se falar em devolução para o próprio Poder Judiciário, ainda que entre órgãos diferentes[123].

Essa, inclusive, é outra questão interessante: o efeito devolutivo somente existe em recursos nos quais a competência é de órgão jurisdicional diferente daquele que proferiu a decisão? Em outras palavras, sendo o recurso julgado pelo mesmo órgão prolator da decisão (por exemplo, embargos de declaração), haverá efeito devolutivo? Apesar de importante corrente doutrinária entender que somente haverá efeito devolutivo em recursos dirigidos a outro órgão jurisdicional, diferente daquele que prolatou a decisão[124], não parece ser tal requisito exigido para a configuração do efeito devolutivo. O essencial desse efeito é tão somente a transferência de matéria decidida para que seja novamente analisada e decidida, pouco importando qual o órgão jurisdicional que fará tal reexame[125].

Dessa forma, é correta a conclusão de que todo recurso gera efeito devolutivo, variando-se somente sua extensão e profundidade. A dimensão horizontal da devolução é entendida pela

melhor doutrina como a extensão da devolução, estabelecida pela matéria em relação à qual uma nova decisão é pedida, ou seja, pela extensão o recorrente determina o que pretende devolver ao tribunal, com a fixação derivando da concreta impugnação à matéria que é devolvida. Na dimensão vertical, entendida como sendo a profundidade da devolução, estabelece-se a devolução automática ao tribunal, dentro dos limites fixados pela extensão, de todas as alegações, fundamentos e questões referentes à matéria devolvida. Trata-se do material com o qual o órgão competente para o julgamento do recurso irá trabalhar para decidi-lo[126].

No tocante à extensão da devolução, análise que deve ser feita em primeiro lugar, é determinada a devolução a partir da matéria impugnada pelo recorrente, podendo o recurso ser total ou parcial. É correto mencionar nesse momento os capítulos da decisão que geram sucumbência à parte, sendo dela a escolha de impugnar todos eles, devolvendo-os ao tribunal, ou impugnar somente alguns, limitando assim tal devolução[127]. Trata-se de aplicação do art. 1.013, caput, do Novo CPC, dispositivo legal que consagra a máxima do direito romano tantum devolutum quantum appellatum[128].

> Felipe cumulou pedidos de condenação em danos morais, lucros cessantes e danos emergentes. Na sentença, houve o acolhimento tão somente do pedido de danos morais, sendo rejeitados os pedidos de dano material (lucros cessantes e danos emergentes). É natural que Felipe não impugne o capítulo dos danos morais, já que nesse tocante se sagrou vitorioso, mas tendo sucumbido com relação aos danos materiais, dependerá de sua vontade impugnar os capítulos referentes aos lucros cessantes e danos emergentes em conjunto, somente um deles,

> ou ainda nenhum. A escolha de devolver os dois capítulos ou apenas um é inteiramente de Felipe, único responsável pela fixação da extensão da devolução.

Uma vez fixada a extensão do efeito devolutivo, a profundidade será uma consequência natural e inexorável de tal efeito, de forma que independe de qualquer manifestação nesse sentido pelo recorrente. O art. 1.013, § 1º, do Novo CPC especifica que a profundidade da devolução quanto a todas as questões suscitadas e discutidas, ainda que não tenham sido solucionadas, está limitada ao capítulo impugnado, ou seja, à extensão da devolução. Trata-se de antiga lição de que a profundidade do efeito devolutivo está condicionada à sua extensão[129].

Conforme correto entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação do art. 1.013, §§ 1.º e 2.º, do Novo CPC independe de qualquer alegação no recurso ou nas contrarrazões, ainda que equivocadamente o julgado tenha qualificado tal efeito como translativo, não o relacionando com a profundidade da devolução, como teria sido o mais adequado[130].

A devolução de todas as questões e fundamentos que digam respeito ao capítulo da decisão devidamente impugnado e devolvido no plano horizontal é automática, decorrendo da própria lei e não da vontade das partes[131]. Dessa forma, o órgão competente para o julgamento do recurso está obrigado a aplicar as regras do art. 1.013, §§ 1.º e 2.º, do Novo CPC, cuja omissão inclusive causa vício processual corrigível por meio de embargos de declaração. Cumpre observar, entretanto, que o enfrentamento de tais questões e alegações somente poderá ser realizado diretamente pelo órgão

julgador quando o processo estiver “maduro para julgamento”.

> Carlos figura em demanda judicial no polo passivo, alegando em sua defesa a prescrição da dívida cobrada e, subsidiariamente, a sua extinção em razão de compensação com outra dívida. Acolhida a prescrição, é natural que o juiz não enfrente a alegação de compensação, atividade que se mostra inútil nesse momento processual em razão da vitória do réu fundada em decisão de mérito. Sendo a prescrição a única matéria enfrentada na sentença, o recurso do autor terá exclusivamente tal matéria como objeto. Ocorre, entretanto, que, uma vez afastada a prescrição em grau recursal, em aplicação das regras referentes à profundidade do efeito devolutivo, o Tribunal deverá passar a análise da alegação de compensação, ainda que a mesma não tenha sido enfrentada no primeiro grau ou ainda que as partes não tenham a ela se referido no recurso ou nas contrarrazões[132]. Esse julgamento imediato, entretanto, depende de como o processo se encontra no caso concreto, porque sendo necessária instrução probatória para se decidir a respeito da compensação, e não tendo tal prova sido produzida, é natural que a demanda volte ao primeiro grau de jurisdição para regular andamento.

Entendo que, em razão da regra geral prevista no art. 1.013, § 2.º, do Novo CPC, a previsão específica contida no § 4.º do mesmo dispositivo legal é inútil. Afinal, o tribunal passar a analisar as demais questões quando afasta prescrição ou decadência que fundamentou a sentença recorrida é consequência da profundidade do efeito devolutivo. A prova maior do alegado é que mesmo durante a vigência do CPC/1973, sem qualquer norma expressa nesse sentido, os tribunais já vinham atuando dessa maneira com fundamento nos §§ 1.º e 2.º do art. 515 do diploma legal revogado, devolvendo o processo ao primeiro grau somente no caso de as

outras matérias não estarem maduras para imediato julgamento[133].

Enquanto o § 1.º do art. 1.013 do Novo CPC trata de questões vinculadas ao capítulo impugnado, e o § 2.º do mesmo dispositivo dos fundamentos do pedido ou de defesa, não há menção expressa quanto a devolução, pela profundidade, de pedido não enfrentado pelo juízo inferior. A questão é interessante porque o juízo pode deixar de enfrentar pedido que tenha restado prejudicado em razão do acolhimento ou rejeição de outro pedido. Havendo recurso e reforma dessa decisão, o pedido não enfrentado pelo juízo inferior terá que ser decidido, mas qual órgão será competente para tanto?

Não resta dúvida que a ratio da profundidade da devolução leva à conclusão de que esse pedido deve ser decidido originariamente pelo tribunal, desde que maduro para imediato julgamento. Por outro lado, realmente a hipótese não é consagrada no art. 1.013 do Novo CPC. O Enunciado 103 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) consagra corretamente o primeiro entendimento: “A decisão parcial proferida no curso do processo com fundamento no art. 487, I, sujeita-se a recurso de agravo de instrumento.”

Realmente parece ser a melhor solução, ainda mais se for levado em conta o art. 1.013, § 3.º, III, do Novo CPC, que prevê a possibilidade de decisão originária pelo tribunal na apelação na hipótese de ser constatada omissão no exame de um dos pedidos. São situações diferentes, porque, no pedido não julgado por estar prejudicado, não há qualquer vício na sentença (o pedido não deveria mesmo ter sido julgado), enquanto a omissão gera sentença

viciada (pedido que deveria ser decidido e não o foi). A analogia, entretanto, é inevitável.

Especificamente quanto aos recursos extraordinário e especial, vale a menção ao art. 1.034 do Novo CPC. O caput do dispositivo prevê que, sendo admitidos tais recursos, o tribunal julgará a causa, aplicando o direito, enquanto o parágrafo único, que mais interessa ao tema ora versado, prevê que, tendo sido admitido o recurso extraordinário ou especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado. Apesar de o dispositivo não fazer expressa menção à necessidade de tais fundamentos já terem sido objeto de decisão prévia, ainda que não expressamente impugnadas pelo recurso, é possível concluir que o dispositivo consagra expressamente a profundidade do efeito devolutivo ao recurso extraordinário e especial, excepcionando-se nesse caso a exigência de pré-questionamento[134].

Nesse sentido cumpre destacar elogiosamente julgamento do Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC/1973 que, ao aplicar a profundidade do efeito devolutivo, permitiu o conhecimento de matéria que não havia sido anteriormente decidida em julgamento de recurso especial[135]. A espécie de recurso chama a atenção, porque, nesse caso, a profundidade da devolução afasta o pré-questionamento, conforme expressamente reconhecido no julgamento mencionado.

67.4. EFEITO SUSPENSIVO

O efeito suspensivo diz respeito à impossibilidade de a decisão impugnada gerar efeitos enquanto não for julgado o recurso interposto. Essa ineficácia da decisão, salvo as excepcionais hipóteses previstas em lei – efeitos secundários da sentença, por exemplo, o art. 495 do Novo CPC[136] –, não se limita a impedir a execução, considerando-se que determinadas decisões judiciais não têm execução (sentença declaratória e constitutiva) e ainda assim serão impugnadas por recursos dotados de efeito suspensivo[137].

Como bem apontado pela melhor doutrina, a afirmação de que o recurso tem efeito suspensivo não pode ser considerada correta, porque na realidade não é o recurso que suspende a eficácia da decisão, mas sim sua recorribilidade, ou seja, a mera previsão de um recurso que tenha como regra efeito suspensivo. Havendo a previsão em lei de recurso a ser "recebido com efeito suspensivo", a decisão recorrível por tal recurso já surge no mundo jurídico ineficaz, não sendo a interposição do recurso que gera tal suspensão, mas a previsão legal de efeito suspensivo. O recurso, nesse caso, uma vez interposto, prolonga o estado inicial de ineficácia da decisão até seu julgamento[138]. Essa é a razão pela qual não se admite execução provisória de sentença no prazo de interposição do recurso de apelação, porque, sendo esse recurso recebido no efeito suspensivo (art. 1.012, caput, do Novo CPC), dever-se-á aguardar o transcurso do prazo, sendo certo que a interposição da apelação continuará a impedir a geração de efeitos da sentença até o seu final julgamento, ao passo que a não interposição produz o trânsito em julgado, com a liberação de seus efeitos.

A regra se aplica também em sentido contrário, ou seja, caso o recurso previsto em lei não tenha previsão de efeito suspensivo, a decisão surge no mundo jurídico – com sua publicação – imediatamente gerando efeitos, independentemente de se ainda estar em trâmite o prazo recursal[139]. O raciocínio é simples: se o recurso, ainda que venha a ser interposto, não tem condições de impedir a geração dos efeitos da decisão, nenhuma razão existe para suspender tais efeitos até o momento de sua eventual interposição. Por essa razão, prolatada a decisão interlocutória, imediatamente passam a ser gerados seus efeitos, independentemente do transcurso do prazo para a interposição do recurso de agravo.

Nem todo recurso tem efeito suspensivo previsto em lei, mas em todos eles é possível a sua obtenção no caso concreto, desde que preenchidos determinados requisitos. O efeito suspensivo previsto em lei, que de nada depende para ser gerado, é chamado de efeito suspensivo próprio, enquanto o efeito suspensivo obtido no caso concreto, a depender do preenchimento de determinados requisitos, porque em regra o recurso não o tem, é chamado de efeito suspensivo impróprio.

Dessa forma, existem dois critérios para a concessão do efeito suspensivo:

1.º critério: ope legis, no qual a própria lei se encarrega da previsão de tal efeito como regra; e

2.º critério: ope judicis, no qual caberá ao juiz no caso concreto, desde que preenchidos os requisitos legais, a concessão do efeito suspensivo.

A distinção é interessante porque no primeiro critério – efeito

suspensivo próprio – a decisão que recebe o recurso no efeito suspensivo, além de não depender de provocação da parte, tem uma natureza declaratória, com efeitos ex tunc, considerando-se que reafirma e prorroga a situação de ineficácia natural da decisão recorrida. Já no segundo critério – efeito suspensivo impróprio –, a decisão, que depende de expresso pedido do recorrente, é a responsável pela concessão do efeito suspensivo, que somente existirá a partir dela, sendo, portanto, um pronunciamento de natureza constitutiva, com efeitos ex nunc.

O art. 995, caput, do Novo CPC prevê que, salvo quando houver disposição legal ou decisão judicial em sentido contrário, o recurso não impede a geração de efeitos da decisão impugnada, ou seja, no primeiro caso tem-se o efeito suspensivo próprio e no segundo, o impróprio. O parágrafo único prevê os requisitos para a concessão do efeito suspensivo pelo relator no caso concreto: (i) risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, gerado pela geração imediata de efeitos da decisão e (ii) ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso. Trata-se de requisitos típicos de tutela de urgência. Ainda que o dispositivo não o preveja explicitamente, o pedido expresso do recorrente continua a ser requisito para a concessão de efeito suspensivo pelo relator.

Registre-se nesse tocante o disposto no art. 1.012, § 4º do Novo CPC, que prevê os requisitos para a concessão de efeito suspensivo a apelação que não o tenha por previsão legal. Segundo o dispositivo legal a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de

dano grave ou de difícil reparação.

Como se pode notar da leitura do dispositivo legal, a concessão de efeito suspensivo não está exclusivamente condicionada aos requisitos da tutela de urgência, como ocorre no art. 995, parágrafo único, do Novo CPC, mas também aos requisitos da tutela de evidência, já que basta ao apelante provar a probabilidade de provimento do recurso para que o efeito suspensivo seja concedido[140].

O dispositivo capta de uma forma mais adequada a nova realidade inaugurada pelo Novo Código de Processo Civil quanto às diferentes espécies de tutela provisória, e bem por isso não deve ter sua aplicação limitada ao recurso de apelação. Entendo que, mesmo que haja previsão genérica de efeito suspensivo ope iudicis no art. 995, caput, do Novo CPC, o art. 1.012, § 4º do Novo CPC deve ser considerado norma da teoria geral dos recursos[141], o que não chegaria a ser uma novidade considerada a natureza de recurso padrão da apelação, que tem vários dispositivos aplicáveis a todas as espécies recursais.

Como o parágrafo único do art. 995 do Novo CPC atribui ao relator o poder de conceder efeito suspensivo ao recurso, não surgem maiores complicações para recursos que, interpostos no tribunal, já têm sua distribuição feita in continenti, com a determinação do relator. Prevendo dificuldades na aplicação da regra aos recursos que têm procedimento binário, com interposição perante o órgão julgador (a quo) e o julgamento perante o órgão competente para tanto (ad quem), o legislador prevê regras

expressas para a instrumentalização do pedido de efeito suspensivo perante o juízo ad quem mesmo que os autos ainda estejam no juízo a quo.

Para a apelação, o art. 1.012, § 3.º, do Novo CPC prevê que o pedido de efeito suspensivo deve ser formulado por simples requerimento dirigido ao relator, quando a apelação já tiver sido distribuída (II) ou dirigida ao tribunal no período compreendido entre a interposição e distribuição do recurso, hipótese em que será o requerimento livremente distribuído, ficando o relator que o receber prevento para o exame e julgamento da apelação (I).

Quanto aos recursos extraordinário e especial, o art. 1.029, § 5.º, também prevê que o pedido de efeito suspensivo seja formulado por meio de simples requerimento, dependendo do estágio procedimental o destinatário de tal peça: (I) ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; (II) relator, se já distribuída o recurso; (III) ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.

Registre-se que o dispositivo foi substancialmente alterado pela Lei 13.256, de 04.02.2016, que modificou o Novo Código de Processo Civil em seu período de vacância. No texto originário a competência dos tribunais superiores deriva simplesmente da interposição do recurso especial ou extraordinário, sendo o

presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau competente apenas no caso de recurso sobrestado em razão de julgamento repetitivo. Era uma inovação diante do entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema (Súmulas 634 e 635).

A novidade legislativa daria mais trabalho aos tribunais superiores, que teriam que decidir o pedido de efeito suspensivo em todo e qualquer recurso especial e extraordinário até sua distribuição no tribunal superior, trabalho que essencialmente vinha sendo desenvolvido em segundo grau de jurisdição na vigência do CPC/1973. Como a Lei 13.256, de 04.02.2016 foi uma lei nitidamente de interesse não só da Magistratura, mas em especial dos tribunais superiores, é fácil compreender as razões da mudança legal.

De qualquer forma, tais regras devem ser saudadas em razão da notável dificuldade prática no pedido de efeito suspensivo impróprio perante o tribunal, enquanto os autos do processo, contendo o recurso, estão no primeiro grau. A exigência tácita de ingresso de uma ação cautelar inominada, em flagrante ofensa ao sincretismo processual, para se pedir qualquer tutela de urgência nessas circunstâncias, inclusive o efeito suspensivo impróprio, desafia a lógica e os princípios da economia processual e celeridade. A previsão expressa de que não é necessário ingressar com mais uma ação, mas incidentalmente com um mero requerimento, descomplica o processo e por isso deve ser bastante elogiada. Só lamento que a lei tenha precisado dizer algo tão óbvio, que poderia já ter sido implementado apenas com alguma boa

vontade dos tribunais.

Especificamente quanto aos embargos de declaração, é preciso muito cuidado na interpretação do art. 1.026, caput, do Novo CPC que prevê que tal recurso não tem efeito suspensivo. Uma interpretação simplista levaria à conclusão de que qualquer decisão, mesmo impugnada por embargos de declaração, geraria efeitos imediatos, mas tal conclusão é equivocada. A decisão só pode gerar efeitos na pendência dos embargos de declaração se já era capaz de provocá-los antes de sua interposição, até porque não ter efeito suspensivo é diferente de ter efeito ativo, na falta de melhor nome. Significa que, se a decisão impugnada pelos embargos de declaração já é ineficaz, assim continuará até o julgamento do recurso[142]. Conforme analisado anteriormente, é o que ocorre com as decisões impugnáveis por recurso com efeito suspensivo próprio.

Sendo a decisão eficaz, porque impugnável por recurso sem efeito suspensivo próprio, a interposição dos embargos de declaração não interrompe sua eficácia, o que, entretanto, poderá ocorrer excepcionalmente nos termos do art. 1.026, § 1.º, do Novo CPC. Para tanto, o recorrente deve demonstrar a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, existência de risco de dano grave ou de difícil reparação.

É aparentemente no sentido do texto o Enunciado 218 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A inexistência de efeito suspensivo dos embargos de declaração não autoriza o cumprimento provisório da sentença nos casos em que a apelação tenha efeito suspensivo”.

A apelação merece especial atenção no tocante ao efeito suspensivo. O art. 1.012, caput, do Novo CPC, prevê como regra o efeito suspensivo ope legis, de forma que a mera prolação da sentença já é o suficiente para retirar-lhe os efeitos, sendo a suspensão da eficácia prorrogada até o julgamento da apelação. Há, entretanto, exceções a essa regra, nas quais o efeito suspensivo será ope iudicis, dependendo, portanto, do preenchimento de requisitos legais no caso concreto.

Ainda que a apelação seja tradicionalmente lembrada como recurso com efeito suspensivo é importante lembrar que, além das exceções previstas no próprio art. 1.012 do Novo CPC, existem várias e importantes legislações extravagantes que retiram o efeito suspensivo da apelação: art. 14 da Lei 7.347/1985, na ação civil pública (na ação popular o Superior Tribunal de Justiça prefere a aplicação do art. 19 da Lei 4.717/1965, de apelação no duplo efeito[143]), art. 14, § 3º da Lei 12.016/2009, no mandado de segurança, art. 58, V, da Lei 8.245/1991, nas ações regidas pela Lei de Locações e art. 14 da Lei 5.478/1968 (ação de alimentos, também aplicável à ação exoneratória[144]).

Além disso, a previsão do art. 1.012, § 1º, V do Novo CPC tem um potencial de aumentar consideravelmente a quantidade de apelações sem efeito suspensivo. E isso porque a sentença que confirma ou concede a tutela de evidência passa a ser recorrível por apelação sem efeito suspensivo. Caso vingue a aposta do legislador em aumentar significativamente a eficácia vinculante de precedentes criados com essa exata finalidade pelos tribunais, será extremamente comum a concessão de tutela da evidência nos

termos do art. 311, II, do Novo CPC, com o que as sentenças que a venham a confirmar serão impugnadas por apelação sem efeito suspensivo[145].

Por fim, cabe uma observação quanto à apelação que impugna decisão interlocutória, nos termos do art. 1.009, § 1º do Novo CPC. Nesse caso, apesar da omissão legal, parece correto concluir que quanto às decisões interlocutórias impugnadas por sentença a apelação não terá efeito suspensivo. Realmente não teria qualquer sentido suspender os efeitos de uma decisão que já vem gerando normalmente seus efeitos desde sua prolação em razão da apelação. Ademais, mesmo que recorrida em apelação, o tratamento procedimental destinado a essa situação deve ser o do agravo de instrumento, que não tem efeito suspensivo legal.

67.5. EFEITO TRANSLATIVO

Por efeito translativo entende-se a possibilidade de o tribunal conhecer determinadas matérias de ofício no julgamento do recurso[146]. Tradicionalmente associado às matérias de ordem pública (processuais e materiais), também se aplica o princípio ora analisado àquelas matérias que, apesar de não serem propriamente de ordem pública, contam com expressa previsão legal no sentido de poderem ser conhecidas de ofício pelo juiz. É o caso, por exemplo, da prescrição, que, apesar de não ser uma matéria de ordem pública – afinal, pode ser objeto de renúncia nos termos do art. 191 do CC –, pode ser conhecida de ofício no julgamento de recurso em razão da previsão contida nos arts. 332, § 1º e 487, parágrafo único, ambos do Novo CPC.

Quanto ao conhecimento da prescrição de ofício em julgamento recursal, amplamente admitido na jurisprudência, registre-se posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não admitir o efeito translativo para que o tribunal modifique sem provocação a aplicabilidade de prazo maior ou menor à prescrição. Nesse caso, entende-se que a abrangência temporal dos efeitos da sentença não pode ser modificada de ofício, porque não se justifica a ratio de ser a prescrição reconhecível de ofício, qual seja, evitar-se o desenvolvimento de um processo em que haja perda do direito de ação, o que violaria o princípio da economia processual[147].

Tendo sido a matéria de ordem pública ou a prescrição objeto da impugnação recursal, essa matéria será analisada em razão do efeito devolutivo; não havendo até o momento recursal qualquer decisão a seu respeito, a matéria de ordem pública ou a prescrição poderá ser analisada originariamente pelo tribunal em razão do efeito translativo. Não é tranquila a adoção desse efeito, existindo parcela doutrinária que defende ser a possibilidade de o tribunal conhecer matéria de ordem pública e a prescrição de ofício uma consequência da profundidade do efeito devolutivo[148].

Qualquer que seja o entendimento adotado, a possibilidade de o tribunal conhecer de ofício a matéria de ordem pública ou a prescrição no julgamento dos recursos ordinários é entendimento pacificado. Até mesmo nos embargos de declaração é admissível a alegação de matéria de ordem pública ou de prescrição originariamente com a alegação de que o juízo foi omisso ao deixar de se manifestar sobre matéria que deveria ter sido analisada de

ofício. A grande questão enfrentada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência diz respeito à possibilidade de os tribunais superiores conhecerem originariamente de tais matérias no julgamento dos recursos extraordinário e especial.

A corrente doutrinária contrária ao efeito translativo nos recursos extraordinários encontra fundamento para tal posicionamento na ausência de pré-questionamento de tal matéria, o que impediria sua análise pelos órgãos de superposição. Não tendo sido essa questão enfrentada tampouco decidida pelo tribunal inferior, não poderia ser objeto de apreciação pelos órgãos de superposição[149]. É esse o entendimento consagrado no Supremo Tribunal Federal[150].

Existe uma segunda corrente doutrinária – que parece ser a mais correta – que aponta o pré-questionamento apenas como um requisito especial de admissibilidade do recurso, voltado ao juízo de admissibilidade, e não o julgamento do mérito recursal. Dessa forma, uma vez preenchido o requisito de admissibilidade, ou seja, ver a matéria objeto dos recursos, o mesmo será conhecido pelos órgãos de superposição, e após esse momento aplica-se de forma irrestrita o efeito translativo do recurso.

Tal entendimento acaba por exigir tanto o pré-questionamento quanto a aplicação do efeito translativo. As matérias de ordem pública e a prescrição, portanto, somente poderão ser conhecidas, ainda que ex officio, se o recurso for conhecido. Caso o recurso especial ou extraordinário tenha como objeto somente a pretensa ofensa a uma matéria de ordem pública que não tenha sido discutida

e decidida pelo Tribunal, o recurso não deverá ser conhecido, e assim tal matéria jamais chegará a ser analisada[151]. Mas se outra matéria qualquer foi objeto de pré-questionamento e é impugnada pelo recorrente, o recurso deve ser conhecido e a partir desse momento admite-se o enfrentamento das matérias de ordem pública (alegadas pelo recorrente ou de ofício).

Apesar de ter, durante razoável período de tempo, adotado tal entendimento[152], o Superior Tribunal de Justiça passou a decidir conforme o entendimento desde sempre consagrado no Supremo Tribunal Federal, de forma a exigir o pré-questionamento de todas as matérias, inclusive as de ordem pública[153].

Esse panorama tende a ser modificado em razão do parágrafo único do art. 1.034 do Novo CPC. Segundo a melhor doutrina o dispositivo consagra a geração do efeito translativo aos recursos excepcionais ao prever a possibilidade do tribunal superior, após a admissão do recurso especial ou extraordinário, de conhecer fundamentos não alegados para a solução do capítulo impugnado[154]
.

> Cibele ingressou com recurso especial alegando ofensa ao art. 15 do CC e pela primeira vez no processo a incompetência absoluta do juízo de primeiro grau. Caso o Superior Tribunal de Justiça entenda que houve pré-questionamento com relação ao art. 15 do CC conhecerá o recurso especial e poderá decidir sobre a alegação de incompetência absoluta. Na hipótese do efeito translativo, Cibele alega no recurso especial somente a ofensa ao art. 15 do CC, o que não impede o Superior Tribunal de Justiça de analisar a incompetência absoluta (matéria de ordem pública) de ofício caso tenha conhecido o recurso por

> considerar que o requisito do pré-questionamento foi preenchido, valendo-se para tanto do disposto no parágrafo único do art. 1.034 do Novo CPC.

Registre-se por fim corrente doutrinária que defende a limitação do efeito translativo em todos os recursos à extensão do efeito devolutivo, de forma que o poder do tribunal de conhecer matérias conhecíveis de ofício só atinja os capítulos efetivamente impugnados pelo recorrente[155]. Esse entendimento foi consagrado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal[156]. Parece até mesmo uma conclusão natural para aqueles doutrinadores que discordam de considerar a possibilidade de o tribunal conceder a tais matérias um novo efeito – chamado de translativo –, entendendo tratar-se de consequências da profundidade da devolução[157].

Não foi esse, entretanto, o entendimento adotado em julgamento do Superior Tribunal de Justiça para admitir a redução do valor da multa civil aplicada em ação de improbidade administrativa sem a devida impugnação em apelação. Para o tribunal, que não faz menção ao efeito translativo, mas à extensão e à profundidade da devolução, o valor da multa civil, ainda que não impugnado, pode ser reduzido de ofício pelo tribunal se for evidentemente excessivo ou desproporcional, levando-se em conta tratar-se de matéria de direito sancionatório[158].

Ainda que não conste expressamente do julgamento, compreende-se que a possibilidade de o tribunal conhecer da matéria de ofício decorre da natureza de ordem pública do direito sancionatório. Esse posicionamento acarreta importantes reflexos

na ação de improbidade administrativa quanto às sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992, porque, a partir do momento em que são consideradas matérias de ordem pública, passa a ser possível sua aplicação independentemente de pedido expresso do autor.

67.6. EFEITO EXPANSIVO

Será gerado o efeito expansivo sempre que o julgamento do recurso ensejar decisão mais abrangente do que a matéria impugnada – ou ainda quando atingir sujeitos que não participaram como partes no recurso, apesar de serem partes na demanda. Na primeira hipótese, haverá efeito expansivo objetivo, que ainda poderá ser interno ou externo, a depender de a matéria atingida pelo julgamento do recurso estar localizada dentro ou fora da decisão impugnada. Na segunda hipótese tem-se o efeito expansivo subjetivo.

O chamado efeito expansivo objetivo interno refere-se a capítulos não impugnados da decisão recorrida que serão atingidos pelo julgamento do recurso. Como se pode notar, trata-se de exceção à extensão da devolução, porque, apesar de não serem objeto da impugnação, serão ainda assim atingidos pelo julgamento recurso. Essa circunstância somente ocorre nos capítulos não impugnados que de alguma forma dependam dos capítulos impugnados, em relação de verdadeira prejudicialidade, sendo que a modificação destes leva à inexorável modificação daqueles, até mesmo por uma questão de lógica interna da decisão[159].

Numa demanda de indenização por danos, Peter é condenado a pagar R$ 10.000,00 por ter sido considerado responsável pelo

acidente que vitimou o autor. Em sua apelação, Peter somente impugna o an debeatur, afirmando que não teve qualquer responsabilidade no acidente. É natural que acolhido tal fundamento pelo Tribunal, a questão do quantum debeatur, apesar de não ter sido objeto de impugnação específica, restará prejudicada, sendo atingida pelo resultado do recurso. Da mesma forma ocorre com o capítulo referente aos honorários e custas judiciais na hipótese de reforma do capítulo principal[160]. Não teria qualquer sentido lógico ou jurídico julgar uma demanda improcedente e continuar a condenar o réu ao pagamento das verbas de sucumbência somente porque este não recorreu desse capítulo da sentença.

O efeito expansivo objetivo externo se verifica sempre que o julgamento do recurso atinge outros atos processuais que não a decisão recorrida[161]. Ocorre, com frequência, nos recursos que não têm efeito suspensivo, o que permite a continuidade do procedimento, ainda que pendente de julgamento o recurso já interposto, como ocorre com o agravo. Tal efeito, na realidade, é suficientemente explicado pelos efeitos expansivos da declaração de nulidade (art. 281 do Novo CPC), porque, uma vez reformada ou anulada a decisão por meio do recurso, todo ato posterior dependente do ato que não mais existe como antes será naturalmente atingido.

Aline pediu a produção de uma prova pericial em primeiro grau de jurisdição, pedido indeferido pelo juiz, tendo Aline interposto agravo de instrumento contra essa decisão. Como o recurso não tem efeito suspensivo, houve o julgamento antecipado da lide, em decisão devidamente recorrida por apelação. Durante o trâmite da apelação, o agravo de instrumento foi provido, determinando-se que Aline tinha o direito à produção da prova pericial. Nesse caso, pelo efeito expansivo objetivo externo do recurso, a sentença será anulada

> como consequência do provimento do agravo. O mesmo fenômeno se verifica nos atos praticados em execução provisória quando a sentença exequenda é reformada ou anulada pelo julgamento do recurso.

No tocante ao efeito expansivo subjetivo, que parcela significativa da doutrina prefere chamar de “dimensão subjetiva do efeito devolutivo”[162], entende-se a possibilidade de um recurso atingir um sujeito processual que não tenha feito parte do recurso. Significa dizer que, havendo um litisconsórcio, nem todos os litisconsortes recorrem, e ainda assim o recurso beneficia a todos. Na aplicação desse princípio, a doutrina majoritária interpreta o art. 1.005 do Novo CPC, que determina o aproveitamento do recurso pelos litisconsortes que não recorreram, nos termos do art. 117 do Novo CPC. Dessa forma, limita-se ao litisconsórcio unitário a aplicação do efeito expansivo subjetivo, ou, como prefere parcela da doutrina, da dimensão subjetiva do recurso[163].

Interessante notar que a doutrina se viu diante de dois princípios contrários referentes ao tema. De um lado, o princípio da realidade, que não admite que uma mesma questão fática ou jurídica seja decidida de forma diferente dentro do mesmo processo, ainda que o litisconsórcio seja simples. Esse princípio prestigia a lógica interna da demanda, o que favorece até mesmo o litisconsorte simples que não recorreu, desde que a matéria do recurso provido lhe aproveite. Por outro lado, o princípio da pessoalidade ou individualidade do recurso, preferido pela doutrina, que determina como regra que, a par de eventuais contradições lógicas, suportáveis pelo sistema, o recurso só aproveita o recorrente, salvo as excepcionais situações de litisconsórcio

unitário. A regra só é quebrada no litisconsórcio formado por devedores solidários em que, apesar de existir um litisconsórcio simples, o recurso de um litisconsorte aproveita os demais, desde que a matéria de defesa não seja pessoal[164].

67.7. EFEITO SUBSTITUTIVO

A previsão do art. 1.008 do Novo CPC determina que o julgamento do recurso substituirá a decisão recorrida, nos limites da impugnação. A interpretação literal do dispositivo legal, entretanto, não se mostra a mais correta, considerando-se ser uníssono na doutrina o entendimento de que a substituição da decisão recorrida pelo julgamento do recurso somente ocorre na hipótese de julgamento do mérito recursal, e ainda assim a depender do resultado de tal julgamento.

Não sendo recebido ou conhecido o recurso, não há que falar em efeito substitutivo, porque nesse caso o julgamento do recurso não toma o lugar da decisão recorrida, que se mantém íntegra para todos os fins jurídicos, à exceção da contagem inicial da ação rescisória, que somente ocorrerá, por razões pragmáticas, a partir da data do último julgamento realizado no processo, ainda que seja de não admissão do recurso interposto, conforme analisado no Capítulo 62, item 62.8.1.

Por outro lado, sendo o recurso conhecido e julgado em seu mérito, cabe a análise do resultado de tal julgamento para aferir a existência ou não do efeito substitutivo. Sendo a causa de pedir do recurso fundada em error in judicando e o pedido em reforma da decisão, qualquer que seja a decisão de mérito do recurso

substituirá a decisão recorrida. Seja para manter seu entendimento – não provimento do recurso – e com ainda mais razão para modificá-lo – provimento do recurso. O que não se admite é a existência de duas decisões na mesma demanda resolvendo as mesmas questões.

Sendo a causa de pedir composta por error in procedendo e sendo o pedido de anulação de decisão, o efeito substitutivo somente será gerado na hipótese de não "provimento, porque o provimento do recurso, ao anular a decisão impugnada, naturalmente não a substitui, tanto assim que nova decisão deverá ser proferida em seu lugar"[165].

67.8. EFEITO REGRESSIVO

Para aqueles que entendem como efeito autônomo – para muitos é simples reflexo do princípio devolutivo –, o efeito regressivo permite que por via do recurso a causa volte ao conhecimento do juízo prolator da decisão[166]. Não que ele seja o competente para o julgamento do recurso, mas em razão de expressa previsão legal poderia rever a sua própria decisão.

O efeito ora analisado está presente em todas as espécies de agravo. No recurso de apelação o Novo Código de Processo Civil prevê tal efeito em três hipóteses: no art. 331, caput, na sentença de indeferimento da petição inicial, no art. 332, § 3º, na sentença de improcedência liminar e no art. 485, § 7º. Nas duas primeiras hipóteses tem-se apelação contra a sentença liminar, ou seja, sentença proferida antes da citação do réu, enquanto na terceira o momento de prolação da sentença terminativa é irrelevante.

67.9. EFEITO DIFERIDO

Dá-se efeito diferido quando o conhecimento do recurso depende de recurso a ser interposto contra outra ou a mesma decisão. No primeiro caso, pode-se dar como exemplo a necessidade de a apelação ser conhecida para que a impugnação da decisão interlocutória não recorrível por agravo de instrumento ser julgada em seu mérito. No segundo caso pode-se lembrar do recurso especial e do extraordinário contra o mesmo acórdão, sempre que a análise do segundo dependa do conhecimento e julgamento do primeiro. Também o recurso adesivo, que somente será julgado se o recurso principal for conhecido e julgado em seu mérito[167].

68. PRINCÍPIOS RECURSAIS

Sumário: 68.1. Duplo grau de jurisdição: 68.1.1. Conceito; 68.1.2. Vantagens do duplo grau de jurisdição; 68.1.3. Desvantagens do duplo grau de jurisdição; 68.1.4. O princípio do duplo grau de jurisdição é princípio constitucional? – 68.2. Taxatividade (legalidade) – 68.3. Singularidade (unirrecorribilidade ou unicidade) – 68.4. Voluntariedade – 68.5. Dialeticidade – 68.6. Fungibilidade: 68.6.1. Dúvida fundada a respeito do recurso cabível; 68.6.2. Inexistência de erro grosseiro; 68.6.3. Inexistência de má-fé – Teoria do prazo menor – 68.7. Proibição da *reformatio in pejus* – 68.8. Irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias – 68.9. Complementaridade – 68.10. Consumação – 68.11. Primazia do julgamento do mérito recursal.

68.1. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

68.1.1. CONCEITO

Parece não existirem maiores discussões a respeito do conceito de duplo grau de jurisdição, entendido como a possibilidade da revisão da solução da causa, ou seja, a permissão de que a parte possa ter uma segunda opinião concernente à decisão da causa. Essa possibilidade de reexame da decisão da causa constitui o elemento básico do princípio ora analisado. A polêmica sobre o conceito do princípio do duplo grau de jurisdição se refere à espécie de revisão pela qual passará a decisão da causa; mais especificamente, se a revisão deverá ou não ser feita por órgão jurisdicional hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão

impugnada.

Em nível constitucional existe a previsão de três diferentes espécies de recursos: recurso ordinário constitucional (art. 102, II, e art. 105, II, da CF); recurso especial (art. 105, III, da CF); e recurso extraordinário (art. 102, III, da CF). Desses, somente o recurso ordinário constitucional garante o duplo grau de jurisdição, considerando-se que funciona excepcionalmente como uma espécie de apelação contra determinadas decisões previstas em lei, com devolução ao Tribunal competente da matéria de fato e de direito. Nos recursos excepcionais a devolução está limitada à matéria de direito, o que já seria o suficiente para afastá-los do duplo grau de jurisdição[168]. Também por se tratarem de recursos de fundamentação vinculada, no qual o recorrente somente poderá alegar as matérias exaustivamente previstas em lei, é correta a conclusão de afastar tais recursos do princípio ora estudado.

De todos os recursos previstos em nível infraconstitucional percebe-se que os únicos que são aptos a garantir o duplo grau de jurisdição são previstos como forma de impugnação de sentença. Adotando-se o entendimento que exige que o reexame seja realizado por um juízo de grau hierárquico superior, somente a apelação garantirá a observância do princípio ora analisado.

Para parcela da doutrina a mera possibilidade de revisão gera o duplo grau de jurisdição, mesmo que realizada pelo mesmo órgão jurisdicional ou por outro órgão de jurisdição do mesmo grau hierárquico[169]. Nesse entendimento, recursos como os embargos infringentes previstos pelo art. 34 da Lei de Execuções Fiscais – Lei

6.830/1980 –, julgados pelo próprio juízo que proferiu a sentença impugnada, e o recurso inominado previsto pelo art. 41 da Lei 9.099/1995 (JEC), julgado pelo Colégio Recursal – que é órgão formado por juízes de primeiro grau de jurisdição –, atendem ao princípio ora analisado. Não parece ser esse, entretanto, o melhor entendimento.

A confusão levada a cabo pela doutrina que dispensa a exigência de que a revisão seja feita por órgão jurisdicional de hierarquia superior é gerada pela indevida identidade entre recurso e duplo grau de jurisdição, como se a existência de um gerasse inexoravelmente a existência do outro. Ocorre, entretanto, que, apesar de se tratar de um princípio recursal, o duplo grau de jurisdição é inconfundível com o recurso, podendo existir o primeiro sem o segundo e vice-versa. O simples reexame da decisão da causa será feito em regra por meio de recurso, mas somente nas hipóteses em que tal reexame for feito por órgão hierárquico superior – regra – estar-se-á diante do duplo grau de jurisdição. Por outro lado, é possível o duplo grau de jurisdição sem que exista recurso, como ocorre com o reexame necessário.

Em razão dessa distinção, entendo pertinente a corrente doutrinária que entende ser imprescindível para que exista duplo grau de jurisdição a diferença hierárquica entre os órgãos jurisdicionais que, respectivamente, profere a primeira decisão e que a reexamina[170]. Essa parece ser a corrente mais coerente com o próprio nome do instituto, que apesar de criticável – uma vez que a jurisdição é una e indivisível[171] – menciona expressamente um duplo grau, o que é o suficiente para exigir que a segunda decisão

seja proferida por órgão jurisdicional hierárquico superior àquele que proferiu a primeira decisão.

Existem argumentos favoráveis e desfavoráveis à adoção do princípio do duplo grau de jurisdição, parecendo que os benefícios advindos da adoção desse princípio superam os malefícios, considerando-se que os ordenamentos jurídicos modernos adotam o duplo grau de jurisdição, não sendo diferente no sistema processual pátrio. De qualquer forma, é interessante a indicação das supostas vantagens e desvantagens práticas geradas pela adoção do duplo grau de jurisdição.

68.1.2. VANTAGENS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Entre os argumentos favoráveis à adoção do duplo grau de jurisdição encontra-se a própria natureza humana, sendo absolutamente compreensível que o ser humano não se sinta satisfeito por decisões que contrariem seus interesses, sendo a irresignação natural, e em razão disso a importância de permitir à parte uma segunda opinião diante de decisão desfavorável[172]. A possibilidade de reexame dá conforto psicológico às partes, em razão da existência de um mecanismo de revisão da decisão da causa, o que se dará por meio da adoção do duplo grau de jurisdição.

Outro aspecto referente à natureza humana como fator favorável à adoção do duplo grau de jurisdição diz respeito à própria falibilidade humana, considerando-se que o juiz, como ser humano que é, pode se equivocar em sua decisão. Dessa forma, é interessante manter um mecanismo de revisão dessa decisão, como

forma de possibilitar que um eventual equívoco, ilegalidade ou injustiça da decisão da causa possa ser revisto. É evidente que a revisão poderá trazer a ilegalidade ou injustiça não presente na primeira decisão[173], mas a ausência de qualquer dado estatístico impede uma opinião mais precisa a respeito dos acertos ou desacertos dos órgãos revisores.

Afirma-se ainda que o princípio do duplo grau de jurisdição é uma forma de evitar que o juiz cometa arbitrariedades na decisão da causa, servindo a possibilidade de a decisão ser revista como pressão psicológica no juiz para que não adote tal postura no processo. Afastar-se-ia, dessa forma, o juiz despótico. Reconheça-se que a certeza de que a decisão será única e final, sem qualquer hipótese de revisão por um órgão jurisdicional superior, pode levar determinados magistrados a decidir sem qualquer preocupação com o respeito à lei[174].

Por fim, entre as vantagens lembradas para a adoção do duplo grau de jurisdição encontra-se uma suposta melhora da qualidade da prestação jurisdicional por meio da decisão proferida por órgão colegiado composto por juízes mais antigos na carreira, e por consequência com uma maior maturidade e experiência adquiridas ao longo dos anos de exercício da função jurisdicional[175]. Diante da realidade forense brasileira, pode-se somar a esse argumento o fato de esses juízes geralmente terem melhores condições de trabalho, com melhor estrutura física e menor volume de serviço, o que permitirá um estudo mais minucioso do processo.

68.1.3. DESVANTAGENS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Não restam maiores dúvidas de que o duplo grau de jurisdição pode prejudicar a ideia de unidade da jurisdição, considerando-se que a reforma obtida por meio do julgamento do recurso demonstrará a possibilidade – natural, mas maléfica em termos de unidade da jurisdição – de decisões contraditórias. É evidente que, para um jurista, que compreende a possibilidade de diferentes interpretações da mesma norma, essa dualidade será aceita normalmente, mas o mesmo não se pode dizer com relação ao jurisdicionado, para o qual, em última análise, é prestada a tutela jurisdicional.

O princípio da oralidade também é afastado com a adoção do princípio do duplo grau de jurisdição[176]. O duplo grau de jurisdição se aplica em regra pela apelação, recurso sempre interposto sob a forma escrita que afasta os subprincípios que fundamentam o princípio da oralidade. A identidade física do juiz, por exemplo, que vincula o juiz que produziu a prova oral à prolação da sentença, é afastada pelo duplo grau de jurisdição, permitindo-se ao Tribunal uma revisão dos fatos sem que tenha participado da produção da prova oral.

Outro princípio de extrema relevância que é flexibilizado com a adoção do duplo grau de jurisdição é o da celeridade processual[177]. Evidentemente que, ao permitir o ingresso de recurso contra a decisão da causa, e sendo natural o inconformismo da parte, a concretização do duplo grau de jurisdição tornará a entrega da prestação jurisdicional mais lenta, em especial em alguns tribunais nos quais o excesso de processos aguardando julgamentos torna extremamente demorada a entrega da prestação jurisdicional.

Por fim, lembra-se também o desprestígio da primeira instância, que serviria tão somente como um órgão intermediário antes da decisão definitiva a ser proferida pelo segundo grau de jurisdição[178]. A existência de uma revisão ampla de sua decisão levaria sempre o juiz de primeiro grau a ser mero colhedor de provas, servindo sua decisão como mera opinião jurídica a respeito da demanda, já que, decisão mesmo, somente a de segundo grau, que substituirá aquele "parecer jurídico" do magistrado de primeiro grau.

68.1.4. O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO É PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL?

Para parcela da doutrina, o princípio do duplo grau de jurisdição é previsto constitucionalmente, ainda que não de forma expressa[179]. Entende essa corrente doutrinária que a própria previsão constitucional que estabelece que os tribunais tenham competência originária e em grau de recurso seria uma demonstração inequívoca da constitucionalidade do princípio[180].

Registre-se que mesmo a corrente doutrinária que entende tratar-se o duplo grau de jurisdição de princípio constitucional implícito aponta não ser o princípio absoluto, admitindo a sua não aplicação no caso concreto sempre que se busque preservar outros princípios constitucionais de igual magnitude. Essas exceções estão contidas na própria Constituição Federal ao prever ações de competência originária dos Tribunais, nas quais as decisões finais serão impugnadas por, no máximo, recurso extraordinário ou recurso especial, que não são garantias de duplo grau de jurisdição.

Existe outra corrente doutrinária que defende não ter o princípio do duplo grau de jurisdição previsão constitucional, nem mesmo implícita[181]. A constitucionalidade dos embargos infringentes com previsão na Lei de Execuções Fiscais e o recurso inominado dos Juizados Especiais Cíveis demonstram a possibilidade de lei infraconstitucional retirar o duplo grau de jurisdição em situações específicas. Para essa corrente doutrinária é plenamente possível que o legislador infraconstitucional retire em determinadas situações o duplo grau de jurisdição, medida justificada pela garantia de outros princípios processuais.

Esse é o melhor entendimento, não se podendo entender que a mera previsão constitucional de diferentes tribunais seja suficiente para daí concluir pela previsão implícita do duplo grau de jurisdição. A existência de tais tribunais garante o sistema recursal, mas não consagra o duplo grau de jurisdição, não sendo correto se entender que, somente pela razão de existirem tribunais, toda e qualquer demanda deva ser reexaminada por um deles.

Também não tem sentido afirmar que o princípio do duplo grau de jurisdição é decorrência lógica da promessa constitucional contida no art. 5.º, LV, da CF, que consagra a ampla defesa, inegavelmente um princípio constitucional. O dispositivo constitucional simplesmente proíbe a vedação à utilização, no caso concreto, de um recurso – que pode ou não garantir o duplo grau de jurisdição – previamente expresso em lei. Esse aspecto é bem diferente de exigir do legislador e do operador de que para toda e qualquer hipótese exista um recurso cabível[182]. O não afastamento do recurso no caso concreto e a exigência de sempre existir um

recurso previsto são fenômenos diferentes, sendo simplesmente o primeiro deles garantido pelo princípio da ampla defesa.

Há ainda uma terceira corrente doutrinária que, na análise da questão da constitucionalidade ou não do princípio do duplo grau de jurisdição, faz distinção entre garantia e princípio, diferença desprezada pela maior parte da doutrina processualista. O próprio art. 5.º, caput, da CF confunde garantia e princípios. Para essa parcela doutrinária, o duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional, implicitamente previsto nas normas legais que tratam da competência recursal dos tribunais, mas não é uma garantia constitucional, o que permite que normas infraconstitucionais criem exceções pontuais ao princípio. Com esse pensamento, afirma-se que as exceções não poderão se tornar regra, o que afrontaria o princípio do duplo grau de jurisdição[183].

É inegável o interesse acadêmico a respeito do tema, mas em termos pragmáticos a doutrina considera que o duplo grau de jurisdição é a regra do sistema, mas pode por norma infraconstitucional ser afastado em determinados casos, em respeito a outros princípios constitucionais, em especial os princípios da celeridade e economia processual. É o que ocorre, por exemplo, com a teoria da causa madura, prevista no art. 1.013, § 3.º, do Novo CPC, devidamente analisada no Capítulo 71, item 71.4.2.

68.2. TAXATIVIDADE (LEGALIDADE)

Somente pode ser considerado recurso o instrumento de impugnação que estiver expressamente previsto em lei federal como tal. A conclusão é gerada de uma interpretação do art. 22, I,

da CF, que atribui à União a competência exclusiva para legislar sobre processo. Entendendo-se que a criação de um recurso é nitidamente legislar sobre processo e sendo tal tarefa privativa da União, somente a lei federal poderá prever um recurso, que por essa razão estarão previstos no ordenamento processual de forma exaustiva, em rol legal numerus clausus[184].

Registre-se que o princípio exige a previsão em lei federal, o que não significa, evidentemente, que tal previsão esteja contida obrigatoriamente no Código de Processo Civil, apesar da maioria dos recursos estar prevista justamente nesse diploma legal (art. 994 do Novo CPC). Existem leis extravagantes que também criam recursos, como ocorre, por exemplo, no art. 34 da Lei de Execução Fiscais (embargos infringentes contra sentença – Lei 6.830/1980) e no art. 41 da Lei 9.099/1995 (recurso inominado contra sentença)[185].

O princípio da taxatividade impede que as partes, ainda que de comum acordo, criem recursos não previstos pelo ordenamento jurídico processual[186]. Mesmo com a permissão de um acordo procedimental previsto no art. 190 do Novo CPC não é possível que tal acordo tenha como objeto a criação de um recurso não presente no rol legal. Também a doutrina não pode criar novas espécies recursais.

Tampouco poderão leis estaduais e municipais fazê-lo, também excluídos os regimentos internos de Tribunal. Esse último aspecto, inclusive, suscita uma interessante questão a respeito dos agravos regimentais, recursos previstos em regimentos internos de tribunais

como forma de impugnação de determinadas decisões interlocutórias monocráticas. Nesse caso não existe qualquer afronta ao princípio da taxatividade, porque os regimentos internos não criam recursos ao prever o agravo regimental, mas tão somente determinam seu procedimento interno no Tribunal, o que, evidentemente, poderão fazer. O agravo é recurso já existente, expressamente previsto pelo Código de Processo Civil, sendo o agravo regimental apenas uma espécie desse recurso.

Entendo que em decorrência da amplitude consagrada pelo art. 1.021 do Novo CPC quanto ao cabimento do agravo interno não se justifica mais em nosso sistema processual a manutenção do agravo regimental. A partir do momento em que toda decisão monocrática do relator passa a ser recorrível por um recurso expressamente previsto no Código de Processo Civil, não há mais qualquer utilidade nas previsões regimentais quanto ao cabimento do agravo regimental.

Sob a ótica do presente entendimento ora analisado, é bastante criticável o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça de que teria criado uma nova espécie de recurso no âmbito dos Juizados Especiais com o objetivo de funcionar como sucedâneo do recurso especial quando a matéria versar sobre direito material, conforme analisado com a devida profundidade no Capítulo 75, item 75.1.1.2. Em julgamento da 1.ª Seção do Superior Tribunal de Justiça[187], reconhece-se a natureza recursal da reclamação nesse caso, inclusive fazendo uma distinção entre ela e a reclamação constitucional, como se o tribunal o sistema processual agora tivesse duas espécies de reclamação: a recursal e a constitucional.

Compreende-se a preocupação dos tribunais superiores na preservação dos entendimentos consolidados do Superior Tribunal de Justiça no âmbito dos Juizados Especiais, mas, ao reconhecer a criação de uma nova espécie recursal, não prevista em lei, afronta de maneira manifesta o princípio da taxatividade. Além, é claro, de desvirtuar completamente a reclamação constitucional.

68.3. SINGULARIDADE (UNIRRECORRIBILIDADE OU UNICIDADE)

O princípio da singularidade admite tão somente uma espécie recursal como meio de impugnação de cada decisão judicial. Admite-se a existência concomitante de mais de um recurso contra a mesma decisão desde que tenham a mesma natureza jurídica, fenômeno, inclusive, bastante frequente quando há no caso concreto sucumbência recíproca ou litisconsórcio.

> Marina litiga contra João e Olga, que participam do processo como litisconsortes passivos com patronos diferentes. Sendo julgado parcialmente procedente o pedido, são interpostas três apelações contra a sentença, considerando-se que Marina, João e Olga sucumbiram parcialmente. Apesar da existência de três recursos contra a mesma decisão, o princípio da unicidade é preservado porque os recursos têm a mesma natureza jurídica.

Viola o princípio ora analisado a parte que interpõe sucessivamente[188] ou concomitantemente[189] duas espécies recursais contra a mesma decisão.

Questões interessantes a respeito da aplicação do princípio surgem diante de decisões objetivamente complexas, nas quais o juiz enfrenta e decide inúmeras questões de diferentes naturezas. A singularidade somente poderá sobreviver como princípio recursal sendo desconsiderados os capítulos da decisão para fins de recorribilidade, sempre se levando em conta a decisão como um todo indivisível[190]. Esse é o entendimento consagrado do Superior Tribunal de Justiça[191]. Assim, sendo julgado o pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária na sentença, é cabível apenas o recurso de apelação, ainda que o capítulo que decidiu essa questão incidental seja indiscutivelmente interlocutório[192].

Não teria mesmo sentido admitir um agravo de instrumento contra capítulo da sentença que afastou uma preliminar (questão incidente) e concomitante a esse recurso admitir a interposição de apelação contra o capítulo que acolheu ou rejeitou o pedido. Apesar da nítida diferença de natureza entre os dois capítulos decisórios, tomando-se a decisão como una e indivisível e adotando-se o caráter finalístico de conceituação dos pronunciamentos judiciais, não há como deixar de classificar a decisão como uma sentença, recorrível tão somente por apelação.

Essa realidade vem consagrada no art. 1.009, § 3º, do Novo CPC, ao prever expressamente que mesmo quando questões mencionadas no art. 1.015 (decisões interlocutórias impugnáveis por agravo de instrumento) integrem a sentença será cabível o recurso de apelação. Acredito que a regra geral já seria suficiente para mostrar que mesmo quando a sentença decide sobre a tutela antecipada o único recurso cabível será a apelação, sendo, por essa

razão, desnecessária a regra específica prevista no art. 1.013, § 5º, do Novo CPC, no sentido de ser impugnável por apelação o capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória.

Há exceções a esse princípio recursal, o que só vem a provar a regra, sendo o mais frequente a interposição de recurso especial e recurso extraordinário contra o mesmo acórdão[193]. Mas há também outra exceção, na qual se admitirão três recursos de diferentes naturezas contra o mesmo pronunciamento decisório judicial: havendo mandado de segurança de competência originária do Tribunal de segundo grau parcialmente acolhido, desse capítulo da decisão caberá recurso especial e/ou recurso extraordinário, enquanto do capítulo denegatório caberá recurso ordinário constitucional.

Ainda que o entendimento exposto pareça ser o mais consentâneo com o sistema recursal pátrio, é preciso registrar o entendimento diverso, que defende que a recorribilidade deve ser analisada individualmente para cada capítulo da decisão, o que permitiria a existência de diferentes espécies recursais contra a mesma decisão, como ocorre com o recurso especial e recurso extraordinário[194]. Por tudo o que foi exposto, entretanto, não merece ser acolhido tal entendimento, preferindo-se o entendimento de que nesses casos estar-se-á diante de exceções ao princípio[195].

Existe ainda doutrina que entende haver exceção ao princípio ora analisado em razão da previsão de cabimento de embargos de declaração contra qualquer pronunciamento judicial. Nesse caso,

além do recurso especificamente cabível, será também cabível o recurso de embargos de declaração[196]. Apesar de concordar com a possibilidade de uma das partes, por exemplo, apelar da sentença, enquanto a outra ingressa com embargos de declaração – não parece admissível que a mesma parte ingresse com os dois recursos simultaneamente[197] –, essa situação decorre da excepcional circunstância da ausência de efeito preclusivo dos embargos de declaração. Essa também é a razão pela qual a parte pode aparentemente optar pela utilização dos embargos de declaração e do outro recurso cabível[198]. Ocorre, entretanto, que o princípio da singularidade continua a ser aplicado, porque, sendo a decisão omissa, obscura ou contraditória, o recurso cabível são os embargos de declaração, ainda que se admita outro em razão da ausência de eficácia preclusiva dos embargos de declaração.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que a interposição de um mesmo recurso contra duas diferentes decisões não viola o princípio da taxatividade[199]. Concordo com o entendimento, mas não com o julgado que o consagrou. De fato, duas decisões interlocutórias sucessivamente proferidas podem ser objeto de apenas um agravo de instrumento, em respeito ao princípio da economia processual, mas, para que isso seja possível, deve-se respeitar o prazo recursal da decisão anteriormente proferida. No julgado mencionado as decisões foram proferidas com cerca de três meses de intervalo, de forma que a primeira decisão proferida, por estar preclusa, não poderia mais ser impugnada. Entendo que, nesse caso, o recurso deveria ter sido parcialmente recebido, somente no tocante à impugnação da

segunda decisão.

68.4. VOLUNTARIEDADE

Por tal princípio condiciona-se a existência de um recurso exclusivamente à vontade da parte, que demonstra a vontade de recorrer com o ato de interposição do recurso[200]. Dessa forma, de nada adiantará à parte noticiar que pretende recorrer se dentro do prazo legal deixar de interpor o recurso cabível, como por vezes ocorre na audiência, com o aviso da parte que pretende agravar de instrumento no prazo de 15 dias. Caso não recorra efetivamente nesse prazo, a expressão de sua vontade de recorrer posteriormente de nada terá adiantado.

Em decorrência do princípio da voluntariedade não se admite que o juiz, em qualquer hipótese, interponha recurso de ofício, sendo mais um argumento irrefutável para se afastar o reexame necessário do âmbito recursal. Mesmo na hipótese de o juiz perceber que se equivocou em sua decisão e a parte for hipossuficiente, não poderá recorrer de ofício, sem a expressa manifestação da vontade da parte sucumbente[201]. Prestigia-se com o princípio ora analisado o princípio dispositivo, vinculando-se a existência de recurso à vontade da parte sucumbente[202].

A única forma de a parte expressar sua vontade de recorrer é interpondo o recurso, o que poderia levar à enganosa conclusão de que a única forma de a parte expressar seu desejo de não recorrer seria não interpondo o recurso. Na verdade, além da não interposição do recurso, a parte também demonstra sua vontade de

não recorrer pela prática de um ato que demonstre concordância com a decisão proferida – aquiescência – ou ainda por meio da renúncia ao direito de recorrer.

Registre-se, por fim, que a mera interposição do recurso já demonstra a vontade de recorrer da parte, em nada interessando se o recurso será ou não recebido ou conhecido, ou ainda se é total ou parcial. A preclusão consumativa gerada pela interposição do recurso não se preocupa com a extensão ou regularidade do ato processual praticado.

68.5. DIALETICIDADE

Costuma-se afirmar que o recurso é composto por dois elementos: o volitivo (referente à vontade da parte em recorrer) e o descritivo (consubstanciado nos fundamentos e pedido constantes do recurso). O princípio da dialeticidade diz respeito ao segundo elemento, exigindo do recorrente a exposição da fundamentação recursal (causa de pedir: error in judicando e error in procedendo) e do pedido (que poderá ser de anulação, reforma, esclarecimento ou integração). Tal necessidade se ampara em duas motivações: permitir ao recorrido a elaboração das contrarrazões e fixar os limites de atuação do Tribunal no julgamento do recurso.

O princípio do contraditório exige do recorrente a exposição de seus fundamentos recursais, indicando precisamente qual a injustiça ou ilegalidade da decisão impugnada. Essa exigência permite que o recurso tenha efetivamente uma característica dialética, porque somente diante dos argumentos do recorrente o recorrido poderá rebatê-los, o que fará nas contrarrazões

recursais[203]. É de fato impossível ao recorrido rebater alegações que não existam, ainda que sabidamente as contrarrazões se prestem a defender a legalidade e a justiça da decisão impugnada. Significa dizer que a tônica da manifestação é presumível, mas os seus limites objetivos somente poderão ser determinados diante da fundamentação da pretensão recursal.

Por outro lado, o pedido se mostra indispensável na formulação de qualquer recurso porque, ao lado da fundamentação, limita a atuação e decisão do Tribunal, considerando-se a regra do tantum devolutum quantum appelatum (art. 1.013, caput, do Novo CPC). Em decorrência do princípio dispositivo, que norteia a existência e os limites – ao menos em regra – do recurso, a atuação jurisdicional do Tribunal estará vinculada à pretensão do recorrente, exposta em sua fundamentação e em seu pedido, o que demonstra claramente a importância do princípio da dialeticidade[204].

Todos os recursos deverão ser devidamente fundamentados, quando interpostos oralmente. Na verdade, a concisão é uma decorrência lógica da forma oral de interposição do recurso, mas não existe qualquer vício em fundamentação concisa em recursos escritos, desde que suficiente para demonstrar as razões do inconformismo do recorrente. É o que geralmente ocorre, por exemplo, nos embargos de declaração, que comumente são elaborados de forma concisa, ainda que obrigatoriamente devam ser interpostos sob a forma escrita (exceção feita aos Juizados Especiais Cíveis – art. 49 da Lei 9.099/1995, que admite a forma oral de interposição).

Segundo entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, a fundamentação recursal deve impugnar especificamente os fundamentos da decisão recorrida, sob pena de inadmissão do recurso[205].

Quanto ao agravo interno, inclusive, já há norma expressa nesse sentido (art. 1.021, § 1º, do Novo CPC). Apesar de não se tratar de técnica profissional que mereça elogios, a fundamentação remissiva, que somente faz alusão à fundamentação já constante da petição inicial e da contestação, deve ser aceita, ainda que com reservas. É evidente que o recurso se presta a impugnar uma decisão judicial, e nesse sentido deverá ser elaborada a fundamentação do recurso. Ocorre, entretanto, que, em virtude do princípio da eventualidade, aplicável tanto ao autor quanto ao réu, não será admitida inovação em matéria jurídica após a petição inicial e contestação, o que inclui o recurso. Dessa forma, em vez de "recortar" e "colar" os fundamentos da petição inicial ou da contestação, admitir-se-á a remissão a tais fundamentos jurídicos. O limite dessa fundamentação remissiva é verificado na matéria fática, porque nesse caso a impugnação deverá se desenvolver no tocante à valoração probatória, o que, por razões lógicas, não poderá ser feita nem na petição inicial, nem na contestação. O Superior Tribunal de Justiça entende que cabe tal reprodução dos fundamentos no recurso, desde que da fundamentação recursal seja possível se extrair a irresignação com a decisão prolatada[206].

68.6. FUNGIBILIDADE

O princípio da fungibilidade recursal vinha consagrado no art.

810 do Código de Processo Civil de 1939, sendo que o legislador no atual diploma processual abandonou a expressa previsão legal desse princípio, mantendo a tradição do CPC/1973. O princípio, entretanto, continua em plena vigência, sendo nesse sentido o Enunciado 104 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “O princípio da fungibilidade recursal é compatível com o CPC e alcança todos os recursos, sendo aplicável de ofício”.

Há, entretanto, pelo menos duas previsões específicas de cabimento da fungibilidade recursal no novo diploma legal que serão analisadas no devido momento.

Como o próprio nome sugere, fungibilidade significa troca, substituição, e no âmbito recursal significa receber um recurso pelo outro, mais precisamente receber o recurso que não se entende como cabível para o caso concreto por aquele que teria cabimento. Trata-se notoriamente de flexibilização do pressuposto de admissibilidade recursal do cabimento, considerando-se que, em regra, recurso que não é cabível não é recebido/conhecido. A fungibilidade se funda no princípio da instrumentalidade das formas, amparando-se na ideia de que o desvio da forma legal sem a geração do prejuízo não deve gerar a nulidade do ato processual.

O princípio da fungibilidade tem como premissa auxiliar a parte que, no entendimento do tribunal, interpõe o recurso inadequado. Justamente por essa razão surpreendeu decisão do Superior Tribunal de Justiça que recebeu embargos de declaração como mero pedido de reconsideração e afastou a interrupção do prazo recursal previsto no art. 538, parágrafo único, do

CPC/1973[207]. Ainda que se trate de decisão isolada, é tristemente curioso verificar a aplicação de um princípio, como o da fungibilidade, para prejudicar a parte recorrente.

Registre-se que eventuais adaptações procedimentais podem se fazer necessárias no caso concreto como consequência da aplicação da fungibilidade, o que não deve inviabilizar a aplicação do princípio. Uma vez recebido um recurso pelo outro, o juízo – a quo ou ad quem, considerando-se que ambos poderão aplicar o princípio da fungibilidade – deverá intimar o recorrente para adaptar seu recurso às exigências formais do recurso não interposto, como ocorre com as peças necessárias à instrução do agravo de instrumento, que obviamente não acompanharão o recurso de apelação interposto[208]. Receber um recurso pelo outro e não se dar a oportunidade ao recorrente para as devidas adaptações é tornar de raridade considerável a aplicação da fungibilidade, ou ainda criar injustiça inadmissível para o recorrente, com o que não se pode concordar.

O art. 1.024, § 3.º, do Novo CPC trata de tradicional aplicação de fungibilidade recursal, o recebimento de embargos de declaração contra decisão monocrática em tribunal como agravo interno, exigindo do juízo a intimação prévia do recorrente para que, no prazo de cinco dias, complemente as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1.º, do Novo CPC . O dispositivo deve ser saudado porque a causa de pedir recursal dos embargos de declaração, voltada a vícios formais previamente determinados em lei, não se confunde com a causa de pedir do agravo interno, que se presta a impugnar os fundamentos da decisão

monocrática. Sem a adaptação, como ocorre atualmente, o recorrente tem o agravo interno julgado sem ter tido a oportunidade de arrazoá-lo.

Os arts. 1.032 e 1.033 do Novo CPC consagram a fungibilidade entre o recurso especial e o recurso extraordinário, contrariando jurisprudência que aponta sua inviabilidade em razão de erro grosseiro[209]. Trata-se de salutar medida, em especial para aquelas hipóteses de verdadeiro limbo jurisdicional, quando o Superior Tribunal de Justiça não conhece recurso especial alegando tratar-se de decisão violadora de norma constitucional e o Supremo Tribunal Federal não conhecer recurso extraordinário interposto contra a mesma decisão afirmando que a violação ao texto constitucional é reflexa[210].

Segundo o art. 1.033 do Novo CPC, se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação da lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial. E, nos termos do art. 1.032, se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de quinze dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Cumprida a diligência, remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça (art. 1.032, parágrafo único, do Novo CPC).

Como se nota do dispositivo no art. 1.032 do Novo CPC, não basta receber o recurso especial como recurso extraordinário. Primeiro, porque há o requisito formal da repercussão geral, que deve ser obrigatoriamente alegada e comprovada sob pena de sua inadmissão. Converter o recurso especial em extraordinário e não dar oportunidade ao recorrente de elaborar tal preliminar seria sacrificar a própria razão de ser do princípio da fungibilidade.

Por outro lado, se o Superior Tribunal de Justiça entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deve ser concedida oportunidade para o recorrente se manifestar sobre tal matéria, sob pena de seu recurso extraordinário ser julgado sem razões recursais quanto à matéria constitucional.

Ainda que sejam inegáveis os benefícios advindos com a adoção da fungibilidade, sua aplicação é a exceção[211]. A regra é o não conhecimento do recurso por não ser o cabível e a exceção é receber o recurso incabível por aquele que seria o cabível. Sendo a exceção, o princípio da fungibilidade somente será aplicado se preenchidos alguns requisitos formais, que serão analisados a seguir.

68.6.1. DÚVIDA FUNDADA A RESPEITO DO RECURSO CABÍVEL

A primeira condição para a aplicação do princípio da fungibilidade no caso concreto é a existência de uma dúvida objetiva a respeito de qual o recurso cabível. Apesar da tentativa do legislador em prever com exatidão cirúrgica o cabimento recursal, existem situações em que será possível se mostrar duvidoso no caso concreto qual o recurso cabível. Existem três fatores capazes de

gerar a dúvida objetiva no recorrente a respeito do cabimento do recurso:

(i) a lei confunde a natureza da decisão;

(ii) doutrina e jurisprudência divergem a respeito do recurso cabível;

(iii) o juiz profere uma espécie de decisão no lugar de outra[212].

A apuração técnica notada no Novo Código de Processo Civil torna quase inexistente a confusão legal quanto à natureza da decisão. Ainda assim, sempre que a lei preveja que a decisão é interlocutória quando é na realidade uma sentença, ou vice-versa, caberá a aplicação da fungibilidade recursal.

É comum a divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do recurso cabível, que será certamente intensificada com a aplicação do Novo Código de Processo Civil. Questões de direito intertemporal também suscitam interessantes debates a respeito de qual o recurso cabível, sendo entendimento do Superior Tribunal de Justiça a aplicação da fungibilidade recursal nessa hipótese.[213]

Por fim, basta imaginar a situação do juiz que sentencia a demanda ao acolher a alegação de incompetência, sendo inegável que nesse caso o juiz comete um grave equívoco. Apesar do crasso erro judicial, é natural que a parte se sinta insegura, admita o equívoco e ingresse com mandado de segurança (sabendo que a decisão, não interessando o que o juiz tenha feito, é uma decisão interlocutória irrecorrível por meio de agravo de instrumento), ou simplesmente prefira recorrer dentro do equívoco judicial, apelando da decisão? Para evitar injustiça causada pelo equívoco judicial, a

aplicação do princípio da fungibilidade se impõe, ainda que nesse caso ele se opere entre uma ação utilizada como sucedâneo recursal (mandado de segurança) e um recurso (apelação).

Naturalmente, se a dúvida decorrer única e exclusivamente de interpretação feita pelo próprio recorrente, tratando-se assim de dúvida de caráter subjetivo, será inaplicável o princípio da fungibilidade recursal[214].

68.6.2. INEXISTÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO

Não servindo o princípio da fungibilidade para tutelar o erro crasso, gerado pela extrema imperícia do patrono, mas para evitar injustiças diante de erros justificáveis[215], não se aplica o princípio quando o recurso interposto for manifestamente incabível. Exemplo típico é o ingresso de apelação contra decisão que exclui litisconsorte do processo[216]. Não resta dúvida de que a existência de dúvida fundada torna o eventual erro do recorrente justificável, o que por si só já afasta a existência de erro grosseiro na interposição do recurso. Nesse sentido, os requisitos da dúvida fundada e da inexistência do erro grosseiro são duas faces de uma mesma moeda[217].

É considerado pelo Superior Tribunal de Justiça erro grosseiro a interposição de recurso distinto daquele expressamente previsto em lei para determinada decisão, ainda que ocorra equívoco do legislador ao conceituá-la[218].

Existe ainda entendimento doutrinário que dissocia o erro grosseiro da dúvida objetiva. Para tanto, afirma que haverá erro

grosseiro quando, existindo a dúvida fundada entre determinados recursos, a parte ingressa com outro recurso, diferente daqueles que geram a dúvida referente à recorribilidade. Assim, havendo dúvida objetiva entre o cabimento de agravo ou apelação, haverá erro grosseiro se a parte ingressar com recurso especial[219]. Nesse caso, entretanto, se o recurso é estranho àqueles que geram a dúvida objetiva, não há com relação ao seu não cabimento qualquer dúvida, retornando-se a ideia principal de que havendo uma dúvida fundada a respeito do recurso cabível, a interposição de qualquer dos recursos sobre os quais paira a dúvida constitui, no máximo, um erro justificável.

Colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça alguns exemplos de erros grosseiros aptos a inviabilizar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal: (a) interposição de agravo regimental (interno) contra decisão monocrática[220]; (b) interposição de recurso especial quando cabível recurso ordinário constitucional[221]; (c) pedido de reconsideração contra decisão colegiada[222]; (d) interposição de agravo de instrumento contra sentença proferida em mandado de segurança[223]; (e) interposição de embargos infringentes contra julgamento unânime[224]; (f) interposição de apelação contra decisão interlocutória que exclui litisconsorte do processo[225]; (g) interposição de embargos infringentes contra decisão monocrática[226]; (h) interposição de apelação quando cabível recurso ordinário constitucional[227]; (i) interposição de agravo de instrumento quando cabível agravo regimental (interno)[228].

68.6.3. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ – TEORIA DO PRAZO MENOR

É natural que o princípio da fungibilidade não proteja o recorrente de má-fé, que se vale de recurso incabível somente para ter um benefício injustificável no processo. Acobertar a má-fé e a deslealdade processual é medida que se deve evitar sempre que possível, ainda mais num período de crise ética como o atual. Ocorre, entretanto, que a má-fé não pode ser presumida, sendo regra do direito exatamente o contrário: a boa-fé se presume. Dessa maneira, diante da extrema dificuldade de provar a existência de má-fé no caso concreto, a doutrina aponta para o afastamento desse requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade[229].

Apesar de severamente criticado pela melhor doutrina, o Superior Tribunal de Justiça, na vigência do revogado diploma processual, vinha sistematicamente aplicando a teoria do prazo menor para se aferir a existência de má-fé na interposição do recurso. Pelo incorreto entendimento do tribunal, considerava-se recorrente de má-fé aquele que na dúvida entre dois ou mais recursos, escolhesse o que tivesse o maior prazo e nele recorresse, o que demonstraria, na visão do tribunal, sua malícia em aproveitar de mais tempo para a interposição de recurso[230]. Dessa forma, só era aplicado o princípio da fungibilidade quando o recorrente, ao escolher o recurso a ser interposto, o fazia no menor prazo sempre que entre os recursos que gerassem a dúvida existissem prazos diferentes.

O entendimento é lamentável, por variadas razões:

(a) presume a má-fé do recorrente que opta pela interposição do recurso com prazo maior dentro do prazo previsto em lei, até porque já teria ocorrido o transcurso de prazo para a interposição de recurso com prazo menor[231];

(b) despreza o fato de que a dúvida pode surgir de divergência na doutrina e jurisprudência, não se constituindo dúvida pessoal do patrono que recorre, que tendo certeza do cabimento do recurso com prazo maior acredita que tenha direito a esse prazo;

(c) ignora o fato de que, mesmo sabendo da divergência, e estando pessoalmente inseguro no tocante ao recurso cabível, decidindo-se pelo de prazo maior, é natural que se aproveite de todo o prazo previsto em lei, e não do prazo do recurso que entende incabível no caso concreto[232].

Esse requisito tende a desaparecer com a unificação do prazo recursal em 15 dias prevista no art. 1.003, § 5.º, do Novo CPC. Como o único recurso com prazo menor serão os embargos de declaração, que terão cinco dias de prazo, ainda que seja mantida a teoria do prazo menor, ele será irrelevante quanto à inviabilização de aplicação do princípio da fungibilidade ao caso concreto.

68.7. PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS

Existem dois sistemas possíveis relativos ao efeito devolutivo dos recursos:

(a) sistema de proibição de reformatio in pejus, no qual não se admite que a situação do recorrente seja piorada em virtude do julgamento de seu próprio recurso;

(b) sistema do benefício comum (communio remedii), no qual o recurso interposto por uma das partes beneficia a ambas, de forma que é aceitável que a situação do recorrente piore em razão do julgamento de seu próprio recurso.

Ainda que não exista previsão expressa no ordenamento pátrio

a esse respeito, não existe dúvida de que o direito brasileiro adotou o princípio da proibição da reformatio in pejus, de forma que na pior das hipóteses para o recorrente a decisão recorrida é mantida, não podendo ser alterada para piorar sua situação. Pela aplicação do princípio ora analisado, na pior das hipóteses para o recorrente tudo ficará como antes da interposição do recurso.

Para que seja materialmente possível a ocorrência de reformatio in pejus, dois requisitos são indispensáveis:

(a) sucumbência recíproca porque, se uma das partes sucumbir integralmente não há como o recurso piorar sua situação, que já é a pior possível. Existem, entretanto, algumas exceções a essa regra, como na rejeição de apelação na hipótese de impugnação contra sentença que indefere a petição inicial ou que julga liminarmente improcedente a pretensão do autor, uma vez que, nesse caso, apesar de o acórdão manter a sentença de improcedência, com a eventual participação do réu em contrarrazões, o autor-apelante será condenado ao pagamento de honorários advocatícios, o que não havia ocorrido na sentença liminar de improcedência. Também se pode imaginar a hipótese de manutenção da decisão recorrida com a originária condenação em litigância de má-fé, o que onerará ainda mais o recorrente que já tinha sido integralmente derrotado na decisão recorrida;

(b) recurso de somente uma das partes, porque, se ambas as partes recorrerem, a devolução será integral e a eventual piora na situação de uma das partes decorrerá não de seu próprio recurso, mas do julgamento do recurso da parte contrária[233]. É natural que os recursos devam ser integrais para que seja definitivamente afastada a possibilidade material de reformatio in pejus[234].

A reformatio in pejus é excepcionalmente admitida na aplicação do efeito translativo dos recursos, por meio do qual se admite que o tribunal conheça originariamente matéria conhecível de ofício[235]. Nesse caso, vale o princípio inquisitivo, de forma que a atuação do tribunal não se limitará à matéria porventura devolvida

ao tribunal. O autor-recorrente poderá ser prejudicado em razão de seu próprio recurso no caso de o tribunal extinguir o processo sem resolução de mérito, em razão de matéria de ordem pública, gerando a perda da parcela da pretensão que obteve com a decisão recorrida.

> Aline ingressou com ação reparatória contra Felipe pedindo a condenação do réu ao pagamento de R$ 500.000,00 a título de danos morais, alegando que Felipe a difamara espalhando o boato de ser corintiana, quando sabidamente Aline é torcedora fanática da gloriosa Portuguesa de Desportos. O juiz acolheu o pedido de Aline e condenou Felipe ao pagamento de R$ 100.000,00, sendo que dessa sentença houve tão somente apelação de Aline para majorar o valor da condenação. O Tribunal, no julgamento da apelação, entendeu que há um vício de ilegitimidade passiva de parte (matéria de ordem pública), considerando que o responsável pela boataria foi Edison, e não Felipe. Aplicando o efeito translativo o tribunal extingue o processo sem a resolução de mérito, e Aline perde os R$ 100.000,00 que tinha obtido na sentença, sendo evidente a ocorrência de reformatio in pejus.

Com base nesse entendimento o Superior Tribunal de Justiça entende não haver violação ao princípio ora analisado a alteração do termo inicial dos juros de mora[236] e da correção monetária[237].

Também entendo que a aplicação da teoria da causa madura (art. 1.013, § 3.º, I, do Novo CPC) pode gerar legitimamente a reformatio in pejus, bastando imaginar para tanto a hipótese de o tribunal passar ao julgamento de mérito da demanda, rejeitando o pedido do autor. Nesse caso, o autor piora sua situação porque, diante de uma sentença terminativa, recebe no julgamento de seu próprio recurso de apelação decisão de mérito de improcedência,

que produzirá coisa julgada material. O tema é tratado de forma mais aprofundada no Capítulo 71, item 71.4.2.

O Superior Tribunal de Justiça entende não haver ofensa ao princípio ora analisado a alteração do termo na adoção de fundamentos diversos dos adotados pela decisão impugnada[238] ou a alteração da natureza da responsabilidade civil[239].

Por fim, pode-se falar em reformatio in pejus na hipótese de aplicação de multa por ato de deslealdade do recorrente e na hipótese de manutenção da sentença proferida com fundamento no art. 332 do Novo CPC, quando o autor-apelante passará a ser condenado ao pagamento da verba honorária na hipótese de o réu ter apresentado contrarrazões[240]. Como o art. 331, § 1º, do Novo CPC, prevê que o réu será citado para responder à apelação interposta contra a sentença de indeferimento da petição inicial, também nessa hipótese pode-se falar em reformatio in pejus em razão de eventual condenação do autor a pagar os honorários advocatícios ao advogado do réu.

Conforme já analisado no Capítulo 65, item 65.1.1.1., apesar de o reexame necessário não ter natureza recursal, aplica-se o princípio da proibição da reformatio in pejus em seu julgamento, não se admitindo a piora na situação da Fazenda Pública[241].

68.8. IRRECORRIBILIDADE EM SEPARADO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

Parcela da doutrina entende que a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias é um dos princípios recursais vigentes em nosso sistema processual.

O respeito a esse princípio é significativamente ampliado no Novo Código de Processo Civil, com a extinção do agravo retido e a previsão de cabimento de agravo de instrumento somente para determinadas situações específicas, conforme será devidamente analisado no Capítulo 72, item 72.2.1. De qualquer forma, com tantas hipóteses de cabimento de agravo de instrumento é difícil aceitar ser efetivamente a irrecorribilidade das decisões interlocutórias um princípio recursal.

No procedimento sumaríssimo vigente nos Juizados Especiais a existência do princípio é mais aceitável, sendo entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência o não cabimento do recurso de agravo contra a decisão interlocutória. De qualquer forma, com duas ressalvas:

(a) o art. 5.º da Lei 10.259/2001, que regulamenta o procedimento nos Juizados Especiais Federais, mas que deve ser aplicado subsidiariamente nos Juizados Especiais Estaduais, prevê o cabimento de recurso – que só pode ser o agravo de instrumento – contra decisão interlocutória que tenha como objeto tutela de urgência;

(b) as decisões interlocutórias não são propriamente irrecorríveis, porque, apesar de não caber o recurso de agravo, poderão ser impugnadas pelo recurso inominado interposto contra a sentença e contra todas as decisões interlocutórias que geram sucumbência ao recorrente durante o trâmite procedimental. Dessa forma, é mais adequada a expressão comumente utilizada de irrecorribilidade imediata ou em separado das decisões interlocutórias.

De qualquer forma, a doutrina que defende esse princípio

afirma que a inexistência de efeito suspensivo no recurso de agravo faz com que a sua interposição não interfira no andamento do procedimento em primeiro grau, em situação fática idêntica à gerada pela ausência de recurso contra tal espécie de decisão[242]. Ainda que sob esse argumento, é difícil concordar com a existência de tal princípio:

(a) recorrer ou não da decisão não tem ligação lógica e indispensável com a afetação do procedimento em primeiro grau (p. ex., o agravo retido não interfere no procedimento em primeiro grau, mas é inegavelmente um recurso);

(b) a depender do resultado do agravo no tribunal, atos processuais praticados no primeiro grau poderão ser atingidos retroativamente;

(c) existe a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao caso concreto – efeito suspensivo impróprio (o que ocorre com relativa frequência na praxe forense).

68.9. COMPLEMENTARIDADE

No direito processual civil as razões recursais devem ser apresentadas no ato de interposição do recurso, não se admitindo que o recurso seja interposto num momento procedimental e as razões apresentadas posteriormente, como ocorre no processo penal. Aplica-se a preclusão consumativa no momento da interposição de recurso, de forma que, após esse momento, é vedado ao recorrente complementar seu recurso já interposto com novas razões[243]. Nem mesmo o falecimento do recorrente permite a complementação, por seu sucessor, do recurso já interposto[244]. Caso nenhuma fundamentação tenha sido feita, o recurso é inadmissível, e, sendo incompleta ou falha a fundamentação, somente esta será apreciada pelo órgão julgador competente para o julgamento do recurso.

Pelo princípio da complementaridade, consagrado expressamente no art. 1.024, § 3º, do Novo CPC, a parte recorrente poderá complementar as razões de recurso já interposto sempre que no julgamento dos embargos de declaração opostos pela parte contrária for criada uma nova sucumbência. Essa complementação, entretanto, será limitada à nova sucumbência, de forma que, sendo parcial o recurso já interposto, não poderá o recorrente aproveitar-se do princípio para impugnar parcela da decisão que já deveria ter impugnado originariamente[245].

Alarico ingressa com demanda requerendo a condenação de Jussara no pagamento de danos morais, lucros cessantes e danos emergentes, sendo os pedidos referentes aos danos materiais

julgados procedentes, omitindo-se o juiz em sua sentença com relação ao pedido de danos morais. Jussara apela da sentença impugnando a procedência do pedido de condenação por lucros cessantes, enquanto Alarico interpõe embargos de declaração para que seja julgado o pedido de danos morais. O recurso de Alarico é provido e Jussara é condenada a pagar pelos danos morais. Como já havia interposto o recurso de apelação, poderá no prazo de 15 dias complementar seu recurso para também passar a impugnar a condenação em danos morais (objeto da sucumbência superveniente), mas não poderá se aproveitar dessa oportunidade para impugnar a condenação em danos emergentes.

68.10. CONSUMAÇÃO

Como ocorre no princípio da complementaridade, também o princípio da consumação tem como fundamento a preclusão consumativa que se verifica no ato de interposição do recurso. A diferença entre os dois princípios é que o primeiro trata de complementação de um recurso já interposto, enquanto o segundo proíbe que, interposto um recurso, este seja substituído por outro, interposto posteriormente, ainda que dentro do prazo recursal.

Uma vez interpostos dois recursos num mesmo prazo recursal, pela mesma parte, contra a mesma decisão, é evidente que a inadmissibilidade de ambos não é a solução correta, como também não se pode entender como correta a solução que aponta para a possibilidade de a parte recorrente escolher entre os dois recursos interpostos. A solução é simples: ao recorrer, extingue-se o direito recursal[246], de forma que a interposição de outro recurso após esse momento procedimental não estará amparada em direito algum, considerando-se esse recurso posterior como juridicamente

inexistente. Ainda que o recurso posteriormente interposto seja o cabível para o caso concreto, somente o anterior existe juridicamente, ainda que seu triste destino seja a inadmissibilidade[247]. Mesmo sendo o primeiro recurso interposto incabível, não se admitirá a interposição superveniente do recurso cabível[248].

68.11. PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO RECURSAL

Conforme devidamente analisado, o art. 4º do Novo Código de Processo Civil consagra de forma expressa o princípio da primazia do julgamento do mérito, fenômeno também verificável no ambiente recursal.

O juízo de admissibilidade recursal é sempre preliminar ao juízo de mérito, porque embora o segundo seja de maior importância, constituindo o objetivo normal da atividade jurisdicional ao julgar um recurso, o primeiro deve necessariamente ser positivo para que o órgão jurisdicional possa decidir o segundo[249].

Não há dúvida de que um sistema sem pressupostos de admissibilidade recursal não funciona. A liberalidade traria consequências desastrosas. A ausência de prazo geraria eterna insegurança jurídica. A ausência de legitimidade permitiria a qualquer sujeito interpor recurso e evitar o encerramento do processo. A ausência de interesse recursal demandaria atividade jurisdicional inútil, sem qualquer benefício prático ao recorrente.

Por outro lado, também não há dúvida que o fim normal do julgamento recursal é o enfrentamento do mérito do recurso, objetivo que justificou a atividade do legislador em criar os recursos em nosso sistema processual. O não julgamento do mérito recursal, portanto, causa frustração. Conforme lição de Barbosa Moreira, a inadmissão de um recurso se assemelha com aquelas refeições em que depois de servidos os aperitivos e entradas os convidados se despedem sem o anunciado prato principal.

São, portanto, dois valores contrários em jogo: a necessidade da regularidade formal e o interesse no julgamento do mérito, devendo prevalecer, dentro do possível, o segundo valor.

O Novo Código de Processo Civil, em concretização do princípio consagrado em seu art. 4º, deixa claro que o objetivo de se julgar o mérito recursal só deve ser abandonado em hipóteses excepcionais, nas quais o vício formal não possa ser corrigido ou que influa de forma decisiva na impossibilidade, jurídica ou material, de julgamento do mérito. E nesse objetivo tem extrema relevância o art. 932, parágrafo único, do Novo CPC.

Segundo referido dispositivo, o relator, antes de considerar inadmissível o recurso, concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível. A norma é redundante porque a complementação de documentação exigível é vício sanável, mas trata-se de redundância dolosa do legislador, para que não reste dúvida a respeito da aplicabilidade do dispositivo legal a essa específica hipótese de vício formal. Embora o dispositivo preveja a possibilidade de saneamento somente aos recursos, não há qualquer

razão lógica ou jurídica para não o aplicar também aos processos de competência originária e ao reexame necessário.

Além de consagrar o princípio da primazia no julgamento do mérito, previsto no art. 4º do Novo CPC, o art. 932, parágrafo único, do Novo CPC consagra o dever de prevenção presente no princípio da cooperação, devidamente consagrado pelo art. 6º do Novo CPC. Ao intimar o peticionante para o saneamento do vício, caberá ao juiz cumprir seu dever de esclarecimento (outro dever decorrente do princípio da cooperação), apontando de forma precisa qual o vício que deverá ser saneado.

Apesar da indiscutível relevância do dispositivo ora analisado, há duas importantes considerações a respeito de sua aplicabilidade no caso concreto.

Primeiro, é preciso registar que a oportunidade de saneamento do vício independe da sua gravidade, o que permite a aplicação do art. 932, parágrafo único, do Novo CPC, inclusive na hipótese de erro grosseiro. Entendo até mesmo que configurada a má-fé do recorrente, que deve ser provada porque a boa-fé se presume, não é caso de se afastar a aplicação do dispositivo legal ora analisado, mas de aplicação da sanção processual prevista em lei.

Segundo, o art. 932, parágrafo único, do Novo CPC não tem aplicação obrigatória. Variadas razões impõem o seu afastamento no caso concreto, em tema que merece maior aprofundamento.

A disposição só tem aplicação quando o vício for sanável ou a irregularidade corrigível. Assim, por exemplo, tendo deixado o

recorrente de impugnar especificamente as razões decisórias, não cabe regularização em razão do princípio da complementaridade, que estabelece a preclusão consumativa no ato de interposição do recurso. O mesmo se diga de um recurso intempestivo, quando o recorrente não terá como sanear o vício e por essa razão não haverá motivo para a aplicação do art. 932, parágrafo único, do Novo CPC.

É preciso observar, entretanto, que mesmo quando for incabível a aplicação do dispositivo ora analisado, justamente em razão da inutilidade em se dar prazo ao recorrente para sanear aquilo que não pode ser saneado, o afastamento do dever de prevenção no caso concreto não afasta a observação necessária de outro dever decorrente do princípio da cooperação: o dever de consulta. Dessa forma, mesmo quando o relator entender que o vício formal do recurso é invencível, deverá intimar o recorrente para se manifestar sobre ele, nos termos do art. 9º, caput, do Novo CPC (já que inadmitir recurso é decidir contra o recorrente, e isso só pode ocorrer depois de sua oitiva). Para corroborar o entendimento também se pode aplicar o art. 933, caput, do Novo CPC, que ao prever o conhecimento de matéria de ordem pública pelo tribunal (como, por exemplo, o juízo de admissibilidade), exige a oitiva prévia das partes.

Não parece ser aplicável o art. 932, parágrafo único, do Novo CPC àquelas hipóteses que têm regras específicas a respeito do saneamento do vício, regulamentando de forma pontual como deve proceder o recorrente para evitar a inadmissão de seu recurso. É o caso, por exemplo, da deserção, que só poderá ser superada com o recolhimento do dobro do valor do preparo (art. 1.007, § 4º, do

Novo CPC), ou seja, nesse caso o vício não será saneado com a prática do ato que deveria ter sido praticado e não foi, mas por um ato diferente, ainda que quantitativamente. Se fosse aplicável ao caso de deserção o art. 932, parágrafo único, do Novo CPC, o saneamento do vício da deserção seria superado com o mero recolhimento do preparo, o que se mostra, entretanto, insuficiente, diante da previsão contida no art. 1.007, § 4º, do Novo CPC.

Entendo que também não deve ser aplicado o dispositivo ora analisado quando houver regra expressa inadmitindo o saneamento do vício. É o caso do art. 1.007, § 5º, do Novo CPC, que não admite a complementação do preparo quando no recolhimento em dobro em razão da deserção o recorrente deixa de recolher integralmente o preparo.

Finalmente, à luz do art. 1.029, § 3º, do Novo CPC, a aplicação do art. 932, parágrafo único, do mesmo diploma legal pode se tornar desnecessária, já que, segundo o dispositivo, ao menos nos recursos excepcionais, o tribunal superior poderá desconsiderar vício formal que seja reputado não grave, julgando normalmente o mérito recursal sem a necessidade de saneamento de tal vício. Nesse caso, o objetivo de julgar o mérito do recurso terá sido alcançado de forma até mais simples e rápida do que ocorreria por meio do saneamento do vício.

De qualquer forma, mesmo quando o art. 932, parágrafo único, do Novo CPC não for aplicável no caso concreto, as demais normas legais mencionadas também consagram o princípio da primazia no julgamento do mérito recursal.

69. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Sumário: 69.1. Introdução – 69.2. Pressupostos intrínsecos de admissibilidade recursal: 69.2.1. Cabimento; 69.2.2. Legitimidade recursal; 69.2.3. Interesse recursal; 69.2.4. Inexistência de ato impeditivo ou extinto do direito de recorrer – 69.3. Pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal: 69.3.1. Tempestividade; 69.3.2. Preparo; 69.3.3. Regularidade formal.

69.1. INTRODUÇÃO

Para que o mérito de uma demanda seja julgado, o juiz precisa anteriormente analisar os pressupostos processuais e as condições da ação, considerados genericamente como pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito. No âmbito recursal, existe o mesmo fenômeno, devendo o órgão julgador fazer uma análise de aspectos formais do recurso para só então, superada positivamente essa fase, analisar o mérito recursal. Em termos de teoria geral dos recursos, a doutrina costuma indicar sete pressupostos de admissibilidade, não existindo dúvida a respeito de quais sejam esses pressupostos, ainda que surja divergência quanto a sua exata classificação.

Há importante corrente doutrinária que defende a tese de que a decisão que tem como fundamento o juízo de admissibilidade tem natureza declaratória, de forma que a inadmissão (recebimento/conhecimento) do recurso tem efeito ex tunc.

Significa dizer que, uma vez não conhecido o recurso por algum vício procedimental, a preclusão ou o trânsito em julgado (a depender da espécie de decisão) terá se operado a partir do momento em que o vício passou a existir no processo[250]. Se houver deserção da apelação, o trânsito em julgado ocorrerá na interposição do recurso deserto; se o recurso de agravo é intempestivo, a preclusão ocorrerá no vencimento do prazo recursal.

Ainda que se admita que o vício já exista quando o recurso não é admitido, o entendimento exposto afronta de maneira clara e insuportável o princípio da segurança jurídica, não sendo possível a parte ficar na dependência da admissão de seu recurso para só então saber se a decisão ainda poderá ser reformada ou anulada ou se tornou retroativamente definitiva. Com essa pragmática preocupação, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, apesar da natureza declaratória, o juízo de admissibilidade tem eficácia ex nunc, de forma que a preclusão ou a coisa julgada decorrente da decisão impugnada só seja computada a partir da não admissão do recurso[251].

No sentido do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o art. 975, caput, do Novo CPC, ao prever que o trânsito em julgado ocorre com a última decisão proferida no processo. Sem identificar a espécie de decisão, a única conclusão possível é que o dispositivo também considera a decisão que inadmite o recurso.

Quando o juízo de admissibilidade é realizado pelo juízo a quo, ou seja, pelo juízo competente para proferir a decisão

impugnada, mas não para julgar o recurso, o recurso é recebido ou não. Quando realizado pelo órgão ad quem, competente para o julgamento do recurso, o recurso é conhecido ou não. A apelação não é recebida por decisão do juízo sentenciante e não é conhecida pelo tribunal de segundo grau; o agravo de instrumento é conhecido ou não, não havendo possibilidade material para que tal recurso seja recebido ou não, considerando-se a sua distribuição diretamente realizada perante o tribunal competente para seu julgamento. Ainda que dois ou mais órgãos jurisdicionais realizem o juízo de admissibilidade, não existe vinculação entre eles, porque, sendo o juízo de admissibilidade matéria de ordem pública, não haverá preclusão[252].

Na classificação desses requisitos encontra-se na doutrina alguma divergência. Parcela da doutrina prefere dividi-los em pressupostos objetivos (dizem respeito ao próprio recurso em si mesmo considerado) e subjetivos (dizem respeito à pessoa do recorrente)[253]. Nessa classificação, serão pressupostos recursais subjetivos a legitimidade e o interesse recursal e pressupostos objetivos a adequação, tempestividade, preparo e motivação.

Outra parcela da doutrina prefere a divisão entre pressupostos intrínsecos e extrínsecos, e mesmo dentro dessa classificação existe divergência de quais sejam os pressupostos recursais extrínsecos e intrínsecos. Essa divergência justifica-se na diferença de conceito do que seja pressuposto intrínseco e extrínseco.

A doutrina majoritária entende como pressupostos intrínsecos os referentes à própria existência do poder de recorrer, e os

extrínsecos aqueles referentes ao modo de exercer tal poder. Nessa concepção, são pressupostos intrínsecos:

(a) cabimento;

(b) legitimidade;

(c) interesse em recorrer; e

(d) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Os pressupostos extrínsecos são:

(a) tempestividade;

(b) preparo; e

(c) regularidade formal[254].

É a classificação preferível e que será adotada.

Por outro lado, com menos adeptos, há corrente doutrinária a defender que os pressupostos intrínsecos dizem respeito à decisão recorrida (conteúdo e forma), enquanto os pressupostos extrínsecos concernem a fatores externos da decisão recorrida, sendo normalmente posteriores a ela. Com essas premissas, são pressupostos intrínsecos: (a) cabimento, (b) legitimidade e (c) interesse recursal; são requisitos extrínsecos: (a) tempestividade, (b) preparo, (c) regularidade formal e (d) inexistência de fatos impeditivos ou modificativos do poder de recorrer[255].

69.2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

69.2.1. CABIMENTO

O preenchimento do requisito do cabimento exige que o pronunciamento seja recorrível e que o recurso interposto seja o adequado, ou seja, o recurso indicado pela lei para impugnar aquele determinado pronunciamento judicial[256]. A recorribilidade do pronunciamento deve ser analisada em primeiro lugar, porque, concluindo-se por sua irrecorribilidade, é natural que nenhum recurso seja cabível para impugná-lo.

Segundo o art. 1.001 do Novo CPC, os despachos são irrecorríveis, o que poderia levar à conclusão de que todos os pronunciamentos com carga decisória são recorríveis. Apesar de ser essa a regra, é importante lembrar que existe, ainda que excepcionalmente, irrecorribilidade de decisões judiciais previstas pelo Novo Código de Processo Civil (v.g., arts. 138, caput e 1.007, § 6º), bem como por construções jurisprudenciais (decisão que reconhece suspeição por motivo de foro íntimo).

Triste constatação derivada de análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça demonstra uma forte e equivocada tendência de entender como despachos e, portanto, irrecorríveis, alguns pronunciamentos nitidamente de natureza decisória. O pronunciamento que restitui o prazo para uma das partes naturalmente analisa a presença da causa que justifique essa restituição e decide pela sua ocorrência[257]; o pronunciamento que determina a remessa de um processo a outro julgador em razão da prevenção decide a respeito da presença desse fenômeno jurídico de modificação de competência[258].

O pronunciamento que deixa de analisar o pedido de tutela antecipada tem carga decisória. A pueril justificativa de que, postergada a decisão a respeito da concessão ou não da tutela para momento posterior – após a juntada de determinados documentos nos autos – se estaria diante de pronunciamento que nada decidiu (despacho) não se sustenta[259]. É evidente que se a parte pediu a tutela antecipada é porque precisa com urgência de sua concessão, de forma que, ao deixar de analisar o pedido, há negativa da prestação jurisdicional requerida pela parte, o que já é suficiente para atribuir a esse pronunciamento conteúdo decisório.

O Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC/1973 dizia com todas as letras que o pronunciamento que determinava a emenda da petição inicial é mero despacho, mas reconhecia que excepcionalmente era cabível recurso a depender da subversão da legislação processual em vigor de maneira a causar um gravame à parte[260]. Percebe-se que o próprio tribunal reconhecia o absurdo de seu entendimento ao afirmar ser irrecorrível tal pronunciamento, confundindo admissibilidade com mérito, uma vez que a análise do conteúdo do pronunciamento para se aferir se ele subverte ou não a legislação refere-se à correção ou não da decisão.

Com a opção legislativa de limitar o cabimento do agravo de instrumento a determinadas hipóteses previstas expressamente em lei (art. 1.015 do Novo CPC), sempre que houver indevida confusão jurisprudencial a respeito da qualificação do pronunciamento judicial, tomando uma decisão interlocutória por despacho, será cabível o agravo de instrumento, se a hipótese estiver prevista no rol legal de cabimento de tal recurso, e mandado de segurança, se o

pronunciamento estiver fora de tal rol.

Registre-se que mesmo se tratando de um despacho ou decisão irrecorrível por opção do legislador será cabível o recurso de embargos de declaração[261].

Determinada a recorribilidade da decisão, deve-se examinar a correspondência do recurso, o que demandará a análise da natureza e do conteúdo da decisão no caso concreto e, ainda, o respectivo recurso previsto em lei como o adequado à sua impugnação.

Essa correspondência é encontrada na lei, tal como ocorre no art. 1.009 do Novo CPC, que determina caber apelação contra sentença, ou no art. 1.015 do Novo CPC, que determina ser cabível o recurso de agravo de instrumento contra determinadas decisões interlocutórias. A mesma correspondência entre espécie/conteúdo de decisão é encontrada, entre outros dispositivos legais, no art. 1.022 do Novo CPC (embargos de declaração), no art. 1.027 do Novo CPC (recurso ordinário constitucional), no art. 1.043 do Novo CPC (embargos de divergência), no art. 102, III, da CF (recurso extraordinário), no art. 105, III, da CF (recurso especial), no art. 34 da LEF (embargos infringentes) e no art. 41 da Lei 9.099/1995 (recurso inominado).

Essa correspondência genérica prevista pelo sistema processual, entretanto, será sempre afastada quando houver a previsão de recurso cabível contra determina decisão em situação específica. A adequação necessária ao preenchimento do requisito do cabimento nesse caso será analisada pela previsão legal específica e não pela previsão legal genérica.

Como já analisado no Capítulo 68, item 68.6., o requisito do cabimento poderá ser afastado no caso concreto em razão da aplicação do princípio da fungibilidade, o que permitirá o julgamento do mérito recursal – desde que os outros requisitos também sejam preenchidos –, ainda que o órgão julgador entenda que o recurso interposto não é o cabível. A fungibilidade flexibiliza o requisito do cabimento.

69.2.2. LEGITIMIDADE RECURSAL

Segundo o art. 996 do Novo CPC, o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público. O dispositivo legal é criticável porque confunde indevidamente o requisito da legitimidade recursal com o interesse recursal, desprezando o fato de que a legitimidade é fixada sempre em abstrato, não tendo relevância o conteúdo da decisão no caso concreto. Dessa forma, não é correto afirmar, como faz o dispositivo legal, que somente a parte vencida tem legitimidade para recorrer, porque, para se descobrir se a parte é vencida ou vencedora é indispensável analisar o conteúdo da decisão proferida no caso concreto, o que diz respeito ao interesse de recorrer, e não à legitimidade recursal. A mesma crítica pode ser feita relativamente ao terceiro prejudicado, embora essa nomenclatura esteja consolidada na lei e na doutrina pátria.

Ignorando-se esse vício contido no art. 996 do Novo CPC, o dispositivo se presta a indicar as três espécies de sujeitos que tem legitimidade recursal.

69.2.2.1. Partes

As partes têm legitimidade recursal, independentemente do conteúdo da decisão judicial, ou seja, não importando o fato de terem ou não sucumbido no caso concreto, aspecto que diz respeito ao interesse recursal, que é outro requisito de admissibilidade. O conceito de partes já foi analisado no Capítulo 2, item 2.3.2., entendendo-se que a legitimidade recursal diz respeito às partes no processo, o que inclui o autor, réu, terceiros intervenientes – inclusive o assistente simples[262] – e o Ministério Público, quando atua como fiscal da ordem jurídica. A única exigência é que esses sujeitos, salvo o Ministério Público, estejam integrados à relação jurídica processual no momento em que a decisão impugnada é preferida[263].

A doutrina majoritária e o Superior Tribunal de Justiça entendem que os serventuários eventuais da Justiça (perito, tradutor, intérprete, depositário etc.) não têm legitimidade recursal, já que não são considerados partes na relação jurídica processual. Tampouco são terceiros prejudicados, porque não são titulares de relação jurídica conexa com a relação jurídica que se está discutindo em juízo[264]. Caso desejem se irresignar contra decisão proferida no processo do qual participam, se valerão de sucedâneos recursais, em especial o mandado de segurança.

Apesar de majoritário, não parece ser esse o melhor entendimento, porque esses sujeitos tornam-se parte no incidente processual criado em torno de sua atuação no processo, sendo possível a conclusão de que, com respeito à decisão que fixa seus honorários ou resolve outra questão referente a tal incidente, há legitimidade recursal como parte, não do processo, mas do

incidente processual[265]. Da mesma forma, sendo condenado um terceiro por ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do art. 77, § 2º, do Novo CPC, estará vinculado aos efeitos da coisa julgada, sendo inegável a sua legitimidade recursal[266].

Segundo o art. 23 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), o advogado é o credor dos honorários fixados em sentença ou acórdão, sendo parte legitimada para executar esse capítulo acessório da decisão, o que fará com legitimação ordinária (nome próprio na defesa de interesse próprio). Sendo legitimado a executar o capítulo da decisão referente aos honorários, considerando-se ser o titular do direito de crédito fixado em tal capítulo, é inegável a legitimidade do advogado para recorrer de tal decisão, objetivando a majoração da condenação em honorários advocatícios. Entendimento contrário retiraria o direito do advogado de discutir uma decisão que a própria lei reconhece ter legitimidade para executar. Não podendo recorrer da decisão e ocorrendo seu trânsito em julgado, estaria negada a prestação jurisdicional ao advogado, que seria obrigado a executar valor que não entende ser o justo[267].

Para a doutrina majoritária, a sua legitimidade é de terceiro prejudicado, porque no momento da prolação da decisão não figurava no processo como parte, mas é titular de relação de direito material (direito de crédito) que pode ser afetada pelo resultado do processo[268]. O Superior Tribunal de Justiça entende que também a parte poderá recorrer em nome próprio do capítulo referente aos honorários advocatícios, e nesse caso sua legitimação será extraordinária (nome próprio em defesa de direito de outrem)[269].

Trata-se, portanto, de legitimação concorrente entre a parte e o advogado (terceiro prejudicado)[270].

A intervenção do amicus curiae passou a ser prevista pelo art. 138 do Novo Código de Processo Civil como modalidade típica de intervenção de terceiros. Partindo dessa premissa, a partir do momento em que ingressar no processo será parte no processo (não será parte na demanda), e sendo assim terá legitimidade recursal. A legitimidade nesse caso, entretanto, é limitada, por expressa previsão legal (art. 138, §§ 1º e 3º, do Novo CPC), só tendo o amicus curiae legitimidade para embargar de declaração de qualquer decisão e para interpor recurso especial e extraordinário contra o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) no tribunal de segundo grau.

69.2.2.2. Terceiro prejudicado

Segundo o art. 996, parágrafo único, do Novo CPC cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual.

A redação do dispositivo ora comentado deixa uma dúvida: o único recurso cabível do terceiro prejudicado é o que ataca decisão que resolve a relação jurídica de direito material que compõe o objeto do processo? Parece ser essa a sugestão do novo conceito, o que impedirá o ingresso de agravo de instrumento quando a decisão interlocutória versar sobre questões incidentais.

Observe-se que, sendo preservada a legitimidade do terceiro

prejudicado para agravar de instrumento de decisão que tem como objeto tutela de urgência ou da evidência, que, por sua vez, tem como objeto a relação jurídica de direito material, e de decisão interlocutória definitiva que verse sobre o mérito do processo, proferida em cognição exauriente e mediante juízo de certeza, a aparente vedação de cabimento do agravo de instrumento ao terceiro prejudicado perderá muito de seu significado prático, mas ainda assim não se justifica. Apesar da dificuldade em conceituar a legitimidade do terceiro prejudicado, o conceito sugerido poderia ser modificado para deixar claro que também se aplica a decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento, mesmo que resolvendo questões incidentais.

Independentemente da natureza da decisão judicial o relevante é a existência de um interesse jurídico que justifique sua intervenção no processo por meio do recurso[271], consubstanciado na possibilidade de relação jurídica da qual é titular ser afetada pela decisão recorrida, gerando-lhe um prejuízo.

Em minha percepção, o terceiro prejudicado pode ser:

(a) o sujeito que poderia ter participado do processo como terceiro interveniente;

(b) o sujeito que poderia ter participado do processo como litisconsorte facultativo;

(c) o sujeito que deveria ter participado do processo como litisconsorte necessário[272].

Sempre que o terceiro tiver uma relação jurídica que pode ser afetada pela decisão judicial terá legitimidade como terceiro prejudicado, mas para ter interesse recursal, é indispensável no caso concreto que tenha sofrido um efetivo prejuízo na relação jurídica

da qual figura como titular. Assim, é possível que um terceiro tenha legitimidade como terceiro prejudicado, mas, por não ter sido concretamente prejudicado, não terá interesse recursal. Essa constatação demonstra de forma clara a inadequação da consagrada nomenclatura “terceiro prejudicado”.

> Marina locou um imóvel para Aline, que o sublocou para Carlos. Movida ação de despejo por Marina contra Aline, Carlos poderá participar como assistente, e nesse caso, quando proferida a sentença, terá legitimidade recursal de parte para ingressar com a apelação. Caso não participe do processo, terá legitimidade recursal como terceiro prejudicado, e isso independentemente do teor da decisão, porque a legitimidade é analisada abstratamente. Proferida uma sentença de improcedência na ação de despejo, Carlos continua a ter legitimidade recursal, mas lhe faltará interesse recursal, considerando-se que no caso concreto não sofreu qualquer prejuízo na relação material da qual é titular (sublocação).

69.2.2.3. Ministério Público

A legitimidade recursal do Ministério Público está expressamente prevista no art. 996, caput, do Novo CPC, podendo recorrer nos processos em que participou como parte ou como fiscal da ordem jurídica. Quando o Ministério Público participa como autor ou réu, o dispositivo é repetitivo, porque sua legitimidade recursal já está assegurada pelo simples fato de ser autor ou réu da demanda[273]. Na realidade, a depender do conceito de parte adotado, a norma é desnecessária, considerando-se que o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica é parte na demanda, o que basta para ter legitimidade recursal.

Entendo que o art. 996, caput, do Novo CPC não desempenha

seu papel no tocante à legitimidade recursal do Ministério Público porque, além de especificar uma legitimidade que poderia ser deduzida do conceito de parte, deixa de prever uma legitimidade recursal do Ministério Público em processo do qual não participou. Trata-se do processo no qual a intervenção do Ministério Público era obrigatória e indevidamente não ocorreu, sendo considerado terceiro (não um terceiro prejudicado) no momento da prolação da decisão[274].

Nos processos em que atua como fiscal da ordem jurídica, a legitimidade recursal do Ministério Público é autônoma, significando dizer que, mesmo que as partes no processo não interponham recurso, é admissível o recurso interposto pelo Ministério Público[275]. Mesmo na hipótese de intervir em processo em razão da presença de incapazes, tem o Ministério Público a legitimidade e interesse recursal ainda que a decisão recorrida favoreça o incapaz, mas seja contrária à lei. Entre a proteção ilegal do incapaz e a estreita e correta aplicação do direito, entendo ser preferível a segunda opção[276]. Afinal, fiscal da ordem jurídica se presta a fiscalizar a boa aplicação da lei e não se aquiescer tacitamente com a proteção ilegal a uma das partes. Esse entendimento, entretanto, é francamente minoritário[277].

69.2.3. INTERESSE RECURSAL

69.2.3.1. Necessidade

Conforme já foi afirmado, existe uma proximidade evidente entre os pressupostos processuais e as condições da ação e os requisitos de admissibilidade recursal, sendo unânime na doutrina o

entendimento de que o interesse recursal deve ser analisado à luz do interesse de agir. A mesma ideia de utilidade da prestação jurisdicional presente no interesse de agir verifica-se no interesse recursal, entendendo-se que somente será julgado em seu mérito o recurso que possa ser útil ao recorrente. Essa utilidade deve ser analisada sob a perspectiva prática, sendo imperioso observar no caso concreto se o recurso reúne condições de gerar uma melhora na situação fática do recorrente. Quase todos os problemas referentes ao interesse recursal se resumem a esse aspecto, sendo certo que, não havendo qualquer possibilidade de obtenção de uma situação mais vantajosa sob o aspecto prático, não haverá interesse recursal[278].

É por essa razão que, em regra, não se admite recurso somente com o objetivo de modificar a fundamentação da decisão, porque nesse caso a situação prática do recorrente se mantém inalterada[279].

A doutrina tradicionalmente estuda o fenômeno do interesse de agir à luz da existência de sucumbência, o que geraria a necessidade na utilização do recurso. Essa associação decorre da concepção de que não deve existir recurso sem um prejuízo, um gravame, gerado pela decisão. Como o termo sucumbência deve ser entendido como frustração de uma expectativa inicial, resta claro que, havendo sucumbência no processo, terá havido o gravame ou a lesão exigida para a interposição do recurso. Essa construção, entretanto, deve ser analisada com o devido cuidado.

É correta a afirmativa de que a existência de sucumbência é uma exigência para que exista no caso concreto o interesse recursal,

mas essa exigência deve ser limitada às partes, e não a todos os legitimados a recorrer[280]. O terceiro prejudicado não tem qualquer sucumbência com o resultado do processo, até porque não participava do processo no momento da prolação da decisão e por isso não tinha, ao menos juridicamente, qualquer expectativa inicial a ser frustrada. Da mesma forma ocorre com o Ministério Público, tanto na hipótese de sua participação como fiscal da ordem jurídica como também em processo que não contou com a sua participação nessa qualidade em caso em que deveria ter participado. A melhor doutrina ensina, inclusive, que o interesse recursal do Ministério Público está pressuposto na outorga de legitimação, sendo dispensável o preenchimento desse requisito para esse legitimado recursal[281], o que só parece correto quando funciona como fiscal da ordem jurídica.

Quando o legitimado recursal é a parte, é imprescindível distinguir sucumbência formal e sucumbência material. Por sucumbência formal se entende a frustração da parte em termos processuais, ou seja, a não obtenção por meio da decisão judicial de tudo aquilo que poderia ter processualmente obtido em virtude do pedido formulado ao órgão jurisdicional. Nesse sentido será sucumbente formal o autor se este não obtiver a procedência integral de seu pedido e o réu se não obtiver a improcedência integral do pedido do autor. Na parcial procedência do pedido haverá sucumbência formal recíproca.

A sucumbência material, por sua vez, se refere ao aspecto material do processo, verificando-se sempre que a parte deixar de obter no mundo dos fatos tudo aquilo que poderia ter conseguido

com o processo. A análise nesse caso nada tem de processual, fundando-se no bem ou bens da vida que a parte poderia obter em virtude do processo judicial e que não obteve em razão da decisão judicial. Essa discrepância entre o desejado no mundo prático e o praticamente obtido no processo gera a sucumbência material da parte.

Verificando-se a sucumbência formal, em regra também haverá sucumbência material, sendo presumível que, não obtendo processualmente tudo o que o processo poderia lhe entregar, a parte também não obterá tudo o que poderia obter no plano prático. É até possível estabelecer uma regra de que, sempre que exista sucumbência formal, haverá também a material, mas essa vinculação entre as duas espécies de sucumbência nem sempre ocorrerá, havendo casos excepcionais nos quais não haverá sucumbência formal, mas ocorrerá a material.

Na cumulação subsidiária (eventual) de pedidos, o acolhimento de qualquer um dos pedidos formulados pelo autor resultará numa sentença de total procedência[282]. Tratando-se de espécie de cumulação imprópria, na qual somente um dos pedidos pode ser acolhido, processualmente o máximo que o autor pode obter é o acolhimento de um dos pedidos cumulados. Tendo sido concedido o primeiro pedido na ordem de preferência estabelecida pelo próprio autor, é natural que não exista interesse recursal porque, além de não sucumbir formalmente (a sentença é de procedência), não sucumbiu materialmente, porque no plano prático obteve o máximo que o processo poderia lhe dar[283]. Registre-se que o entendimento ora defendido contraria posicionamento do Superior

Tribunal de Justiça a respeito do tema, que entende haver nesse caso sucumbência recíproca[284].

O mesmo, entretanto, não ocorre na hipótese de acolhimento de qualquer outro pedido que não seja o primeiro da ordem de preferência do autor, porque nesse caso, embora não se possa falar em sucumbência formal, é nítida a existência de sucumbência material, considerando-se que, entre as preferências expostas na petição inicial, o autor não conseguiu no plano fático obter por meio do processo a melhor situação possível[285].

Como já analisado no Capítulo 2, item 2.3.3.2.2., entendo que o Novo Código de Processo Civil não mais admite o pedido genérico de dano moral, mas é possível interpretação que mantenha entendimento jurisprudencial já consolidado em sentido contrário. Partindo-se da premissa de que continua a ser cabível o pedido genérico nesse caso – com o que não concordo – a concessão de qualquer valor gera uma sentença de procedência do pedido, mas o autor tem interesse recursal para aumentar o valor da condenação[286]; afinal, o pedido foi dirigido ao Poder Judiciário e não ao juiz de primeiro grau.

Caso o autor arbitre o valor pretendido já em seu pedido, o Superior Tribunal de Justiça entende que a concessão em valor inferior ao pedido gera sentença de total procedência, sendo nesse caso ainda mais evidente o interesse recursal do autor[287]. Em ambos os casos não houve a sucumbência formal, porque a sentença é de total procedência, mas, como não foi obtido o valor pretendido, houve a sucumbência material. Nesse caso cabe, inclusive, recurso

adesivo para majoração do valor da condenação[288].

No tocante aos direitos coletivos e difusos, a coisa julgada, na hipótese de julgamento de improcedência do pedido, tem uma especialidade que a diferencia da coisa julgada tradicional, prevista pelo Novo Código de Processo Civil. Trata-se da coisa julgada secundum eventum probationis, admitindo-se a repropositura de idêntica ação coletiva já julgada improcedente com sentença transitada em julgado na hipótese de prova nova. Existe polêmica a respeito da necessidade de constar da fundamentação a ausência ou insuficiência de provas, mas, admitindo-se a tese que exige a clara indicação da falta de prova, o réu, mesmo vitorioso, terá interesse recursal para modificar os fundamentos da decisão. Apesar de não haver sucumbência formal do réu, materialmente ele sucumbiu, porque o processo não lhe entregou no plano fático tudo aquilo que poderia obter. O bem da vida "segurança jurídica" não foi obtido pelo réu, considerando-se que a qualquer momento a ação poderá ser proposta novamente, desde que baseada em nova prova. Diante dessa sucumbência material, é inegável o interesse recursal do réu nesse caso[289].

O Novo Código de Processo Civil amplia as hipóteses de interesse recursal para se modificar apenas a fundamentação da decisão, o que passa a ser possível, portanto, para as ações individuais.

A primeira e mais evidente hipótese do que aqui se defende decorre do novo tratamento legislativo dado à formação da coisa julgada na solução da questão prejudicial. Nos termos do art. 503, §

1º, do Novo CPC, desde que preenchidos os requisitos legais, a solução da questão prejudicial fará coisa julgada material, restando tal solução na fundamentação da decisão, já que no dispositivo haverá tão somente a solução do pedido do autor (e eventualmente do réu no caso de haver reconvenção).

Nesse caso, parece que a sucumbência, com força de coisa julgada, pode vir somente da fundamentação da decisão, de forma que a parte vitoriosa no mérito terá interesse recursal exclusivamente para modificá-la.

> Mathias ingressa com ação de alimentos contra Felipe, que em sua contestação alega não ser pai do autor, criando, assim, uma questão prejudicial referente à paternidade. Preenchidos os requisitos do art. 503, §§ 1º (positivos) e 2º (negativos), o juiz reconhece a paternidade de Felipe mas julga improcedente o pedido, entendendo que o autor tem até mais condições de se manter do que o réu. Nesse caso, apesar de vitorioso, é inegável o interesse recursal de Felipe de recorrer contra a decisão da questão prejudicial que o reconheceu como pai de Mathias.

A segunda hipótese é mais polêmica. Trata-se de interesse recursal em razão de fundamento não acolhido em julgamentos que gerarão precedentes com eficácia vinculante. Nesse caso, como a vinculação ocorrerá em razão da ratio decidendi, a parte poderá ter interesse recursal apenas para modificar o fundamento da decisão que já nasce predestinada a se tornar um precedente.

Cabe nessa circunstância, entretanto, uma distinção. No recurso especial e extraordinário repetitivo, o recurso será contra o julgamento do próprio recurso especial ou extraordinário paradigma, que nesse caso resolverá o caso concreto e projetará sua

eficácia vinculante para os processos que versarem sobre a mesma matéria jurídica. Trata-se indubitavelmente de interesse recursal contra os fundamentos, ainda que a parte tenha se sagrado vitoriosa.

A situação é diferente no IRDR e no incidente de assunção de competência, porque nesses casos, além do julgamento do incidente, o órgão julgador terá competência para julgar o processo de competência originária, o recurso ou o reexame necessário do qual se instaurou o incidente. A distinção é relevante porque nesses casos não haverá interesse recursal da parte em modificar os fundamentos da decisão do processo, recurso ou reexame necessário, porque nenhuma vantagem prática adviria daí à parte vitoriosa. Ainda que seja julgado junto com o IRDR ou o incidente de assunção de competência originária, para o processo, recurso ou reexame necessário é irrelevante por quais fundamentos a parte se sagrou vitoriosa.

O mesmo, entretanto, não se pode dizer do recurso contra o IRDR ou incidente de assunção de competência porque é justamente desse julgamento que se espera a geração da eficácia vinculante, quando será imprescindível determinar quais fundamentos foram acolhidos e quais foram rejeitados.

Trata-se na realidade, de interessante situação, porque no julgamento do incidente haverá tão somente a fixação de uma tese jurídica, porquanto não existe pedido para ser julgado. Nesse sentido, é até mesmo possível se concluir que não existirá dispositivo nessa decisão, mas somente fundamentos e a conclusão, que não será um dispositivo, mas a fixação da tese. Esse aspecto é importante porque nesse caso o interesse de recorrer dos

fundamentos é o único interesse recursal que poderá existir no caso concreto.

Por outro lado, admitindo-se tal espécie de interesse recursal, a legitimidade da parte em recorrer será obrigatoriamente extraordinária, porque ela não estará recorrendo por um interesse próprio, mas pelo interesse de todos que possam ser alcançados pela eficácia vinculante do precedente. Quanto ao recurso interposto pelo Ministério Público e pelo amicus curiae (cabível somente no IRDR e no caso de embargos de declaração, nos termos do art. 138, §§ 1º e 3º, do Novo CPC), o interesse recursal será institucional, não visando à tutela de direitos subjetivos, mas sim à qualidade da prestação jurisdicional.

No tocante ao tema há ainda uma última consideração. Pode o interesse de recorrer por meio de recurso especial ou extraordinário da decisão do IRDR e do incidente de assunção de competência se limitar à pretensão de aumentar os limites territoriais da eficácia vinculante do precedente? Mesmo que concorde com todos os fundamentos que levaram o tribunal de segundo grau a fixar a tese jurídica, a parte tem interesse em ingressar com recurso especial ou extraordinário para que o precedente venha a ser criado pelo tribunal superior e assim ter eficácia nacional?

Parece ser inegável a existência de interesse nesse caso, porque a parte do incidente pode ser parte em processos repetitivos que serão alcançados pela eficácia vinculante do precedente em todo o território nacional. Nessa hipótese, a vantagem prática que obteve apenas regionalmente com o julgamento do incidente no tribunal de segundo grau não será a maior vantagem prática que

pode retirar do julgamento, havendo assim interesse recursal em ampliar a abrangência territorial da eficácia vinculante do tribunal, o que só conseguirá com a interposição do recurso especial ou do recurso extraordinário.

Apesar do inegável interesse recursal, o recurso especial ou extraordinário não será cabível, nos termos dos arts. 102, III e 105, III, ambos da CF. Se não houver uma violação de norma federal ou constitucional no julgamento do incidente pelo tribunal de segundo grau, não cabe recurso especial ou extraordinário. E em nada ajuda o art. 987, caput, do Novo CPC, que prevê ser cabível recurso especial e extraordinário do julgamento do mérito do IRDR, porque nesse caso o dispositivo não cria nova hipótese de cabimento de tais recursos, o que, obviamente, só poderia ser realizado por norma constitucional.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça já afastou a tese de interesse recursal em recurso especial apenas para o julgado alcançar abrangência nacional ao decidir que, mesmo que ele seja o último tribunal a decidir a ação coletiva, não se deixará de aplicar a odiosa limitação prevista no art. 16 da Lei de Ação Civil Pública[290].

Assim, ainda que haja interesse e que a propositura de recurso especial e extraordinário nesse caso contribua de forma significativa com os objetivos perseguidos pelo IRDR, os recursos excepcionais interpostos com o objetivo exclusivo de ampliar os limites territoriais da eficácia vinculante do precedente não podem ser admitidos.

Interessante questão se refere à existência de interesse recursal

do réu diante de decisão que extingue o processo sem a resolução do mérito. Tomando por base a construção de sucumbência formal e material, não tenho dúvida de que o réu tenha interesse recursal sempre que possa buscar pelo recurso um resultado de mérito que lhe dará a coisa julgada material, o que ele não recebe com a sentença terminativa[291].

Por outro lado, entendo que haverá interesse recursal do autor inclusive para se modificar o fundamento da sentença terminativa, com o que se estará também modificando o dispositivo, mas não para um dispositivo de mérito, mas para um com fundamento em outro inciso do art. 485 do Novo CPC. Esse entendimento merece uma explicação mais aprofundada.

Nos termos do art. 486, § 1º, do Novo CPC determinadas espécies de sentença terminativa só admitem a repropositura da ação se o vício que levou a extinção do primeiro processo for (por ato da parte) ou tiver sido saneado (por fato superveniente que não será da parte). Haverá, portanto, um complicador para a repropositura da ação que, entretanto, não existirá em todas as espécies de sentença terminativa. A situação fica ainda mais dramática quando o saneamento do vício criar necessariamente uma nova ação, com o que, na realidade, será proibida, na prática, a sua repropositura, como ocorre com a ilegitimidade ordinária.

Nesse caso, entendo que o autor terá uma vantagem prática ao modificar o fundamento – e por consequência o dispositivo – da sentença terminativa, podendo buscar pela via recursal uma sentença terminativa que permita a repropositura da ação sem a

necessidade de saneamento do vício. É claro que tendo sido derrotado – ainda que apenas processualmente – o autor terá interesse em buscar a anulação de uma sentença terminativa prematuramente proferida ou até mesmo um julgamento de mérito em seu favor. Mas o pedido de outra espécie de sentença terminativa pode ser realizado subsidiariamente com proveito prático do recorrente.

> Peter abandona processo promovido contra Mariana em que figura como autor, nos termos do art. 485, III, do Novo CPC. Após ser intimado a dar andamento no prazo de 5 dias queda-se inerte, mas é surpreendido pelo juiz com uma sentença terminativa fundamentada na ilegitimidade do réu, ou seja, com fundamento no art. 485, VI, do Novo CPC. Trata-se de decisão terminativa que na realidade não permite a repropositura da ação porque o saneamento do vício será modificar o polo passivo da demanda, com o que se terá uma nova ação. Não há dúvida de que Peter tem interesse recursal em anular a sentença alegando a legitimidade passiva de Mariana, mas pode alegar subsidiariamente que, mesmo que assim não entenda o tribunal, a extinção não deve se dar pela ilegitimidade, mas sim pelo abandono do processo. A vantagem prática é manifesta porque sendo a extinção fundada no art. 485, III, do Novo CPC a repropositura da ação será possível.

69.2.3.2. Adequação

Além de necessário, o recurso deve ser adequado a reverter a sucumbência suportada pela parte recorrente. Significa dizer que o recurso deve ser concretamente apto a melhorar a situação prática do recorrente. Numa sentença que tem dois fundamentos, sendo que cada qual é isoladamente apto a manter a decisão, a apelação obrigatoriamente deverá impugnar ambos os fundamentos, porque de nada adianta ao recorrente afastar somente um deles, uma vez

que com a manutenção do fundamento não impugnado a decisão não será reformada. É evidente a necessidade de recurso nesse caso, mas a forma pela qual foi formulado no caso concreto não é capaz de afastar a sucumbência suportada pela parte recorrente[292].

Como já analisado no Capítulo 77, item 77.1., a parte não é, em regra, obrigada a interpor recurso extraordinário e especial contra o acórdão, podendo optar pela interposição de ambos ou de qualquer um deles. Ocorre, entretanto, que, havendo no acórdão fundamentos constitucional e de lei federal, sendo que cada qual é apto a sozinho manter a decisão, a parte será obrigada a ingressar com ambos os recursos[293]. A interposição de somente um deles não é apta concretamente a reverter a sucumbência suportada pelo recorrente, de forma que com o ingresso de somente um desses recursos haverá falta de interesse de agir. Na realidade, a parte não só será obrigada a ingressar com os dois recursos, como se sagrar vitoriosa em ambos, única forma de conseguir reformar a decisão impugnada.

Como a irrecorribilidade por agravo de instrumento de algumas decisões interlocutórias trazidas ao nosso sistema pela opção do Novo Código de Processo Civil exige sua impugnação em apelação ou contrarrazões desse recurso, entendo que, não sendo mais útil ao recorrente tal impugnação, cabe ao tribunal julgar prejudicada a pretensão recursal. Mais um motivo para se admitir nesses casos o cabimento do mandado de segurança contra a decisão.

69.2.4. INEXISTÊNCIA DE ATO IMPEDITIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DE RECORRER

69.2.4.1. Desistência

Segundo o art. 998, caput, do Novo CPC, o recorrente poderá desistir de seu recurso – total ou parcialmente – a qualquer tempo, o que significa dizer que o recorrente poderá abdicar de seu direito de ter seu recurso julgado. Apesar de o dispositivo legal prever "a qualquer tempo", existe um momento apropriado para a desistência do recurso: somente se desiste do que existe, de maneira que a desistência só pode ocorrer a partir da interposição do recurso. O Superior Tribunal de Justiça, aplicando literalmente a expressão "a qualquer momento", entendeu que a desistência pode ocorrer até o encerramento do julgamento do recurso, admitindo-se depois de iniciado o julgamento, inclusive já tendo sido prolatado o voto do relator[294], mas nunca após o julgamento, ainda que pendente a publicação do acórdão[295].

Na vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que não era admissível a desistência de recurso escolhido para decisão no julgamento por amostragem de recursos especiais ou extraordinários repetitivos, afirmando que, ao ser escolhido o recurso, surgia um interesse público que afastava o direito do recorrente de desistir do processo[296]. Até compreendo que o julgamento nesse caso passa a interessar juridicamente às partes dos recursos sobrestados, podendo-se falar em eficácia ultra partes do julgamento do recurso paradigma que retira sua disponibilidade clássica, mas o entendimento contraria a previsão do art. 200 do Novo CPC.

O Novo Código de Processo Civil deu solução diferente a tal situação, criando a curiosa hipótese da alma sem corpo.

No parágrafo único do art. 998 do Novo CPC, há novidade substancial: no julgamento de recurso extraordinário cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e nos de recursos especiais e extraordinários repetitivos, mesmo havendo a desistência do recurso, seu mérito será enfrentado pelos tribunais superiores.

Segundo se compreende do dispositivo legal, o pedido de desistência será deferido, mas a controvérsia contida no recurso será julgada normalmente pelos tribunais superiores. Trata-se de previsão curiosa, que busca preservar o direito de o recorrente desistir de seu recurso e a importância de julgar o tema nele versado, considerando-se que a decisão servirá a muitos outros recursos que tratem da mesma matéria jurídica. O objetivo é nobre, mas a que custo?

Se o pedido de desistência do recorrente for deferido, a decisão impugnada transita em julgado, e a decisão sobre a questão jurídica objeto do recurso representativo será julgada fora desse recurso, o que deixa no ar a inevitável pergunta: onde ocorrerá tal julgamento? Criar-se-á uma espécie de incidente processual no tribunal? Impossível, porque não haverá mais processo em trâmite para que exista incidente processual. O tribunal se limitará a dar sua opinião sobre o tema, já que não julgará especificamente um pedido da parte? Tal postura contraria a fundamental regra de que o Poder Judiciário não serve como órgão consultivo, exceção feita à Justiça Eleitoral.

Confirmando a impressão de que estaremos diante de uma alma sem corpo, o Enunciado 213 do Fórum Permanente de

Processualistas Civis (FPPC) corretamente indica que o julgamento nesse caso não se aplicará ao recurso de que se desistiu.

Acredito que o melhor a fazer é interpretar o dispositivo legal ora comentado à luz do entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça, entendendo-se que a decisão pelo tribunal superior se dá justamente porque o pedido de desistência não será admitido.

Há outra hipótese em que o Superior Tribunal de Justiça não admite a desistência do recurso, hipótese não tratada expressamente pelo Novo Código de Processo Civil: pedido de desistência elaborado na iminência do julgamento do recurso com o fundamento de que há um interesse social em tal julgamento. Afirma-se que, pelo tema interessar a um número significativo de pessoas, é importante o tribunal seguir no julgamento para que sua opinião sobre o tema seja conhecida por todos, não obstante o pedido de desistência do recurso elaborado pelo recorrente[297]. Nada mais inadequado e equivocado, o que, além de contrariar texto expresso de lei, despreza a eficácia inter partes das decisões judiciais[298].

Aduz o art. 998, caput, do Novo CPC que a desistência não depende de anuência dos litisconsortes, inclusive na hipótese de litisconsórcio unitário, no qual o recurso poderia beneficiar o litisconsorte que não recorreu[299]. Apesar da possibilidade de geração de benefício por meio indireto, o recurso continua sendo do litisconsorte que recorreu, que a qualquer momento antes de iniciado o julgamento poderá desistir de seu julgamento. É natural

que, havendo recurso de outro litisconsorte unitário, o provimento desse recurso favorecerá ao litisconsorte que desistiu de seu recurso[300]. O mesmo dispositivo afirma que a desistência não depende de anuência da parte contrária, inclusive quando esse tiver interposto recurso adesivo, que perderá seu objeto (art. 997, § 2º, III, do Novo CPC)[301].

Doutrina autorizada entende que a desistência gera a inexistência jurídica do recurso interposto, sendo irrelevante indagar se ele era ou não admissível. Adoto a tese, fazendo uma importante observação: se o recurso é juridicamente inexistente, não pode gerar efeitos, inclusive a preclusão consumativa, de forma que, interposto recurso viciado, poderá a parte desistir desse recurso e, ainda dentro do prazo, ingressar com outro recurso, agora formalmente regular. Considerando-se efetivamente inexistente o primeiro recurso, nenhum impedimento poderá ser oposto à interposição tempestiva do segundo.

A decisão que reconhece o pedido de desistência tem natureza declaratória, gerando efeitos ex tunc, ou seja, a partir do momento em que a desistência é informada no processo o recurso passa a não mais existir[302]. Caso o tribunal, sem ter acesso a essa informação, julgue o recurso que já foi objeto de desistência pelo recorrente, terá praticado ato juridicamente inexistente, considerando-se que o recurso já não mais existia[303].

69.2.4.2. Renúncia

Aduz o art. 999 do Novo CPC que a parte recorrente pode renunciar ao recurso, independentemente de concordância da parte

contrária. A renúncia diz respeito ao direito de recorrer, de forma que só pode ser realizada antes da interposição do recurso, porque depois disso já estará consumado o direito recursal, não havendo mais sobre o que se renunciar. O termo inicial da renúncia é o surgimento concreto e específico do direito de recorrer, não se admitindo no direito brasileiro a renúncia prévia, nem mesmo quando resultado de acordo de vontade das partes. Dessa forma, o termo inicial da renúncia é a intimação das partes da decisão contra a qual poderiam potencialmente se insurgir[304].

A declaração unilateral do recorrente renunciando ao direito de recorrer, que pode ser feita por escrito ou oralmente na audiência na qual a decisão impugnável é prolatada, constitui renúncia expressa. Quando a parte simplesmente deixa de recorrer dentro do prazo recursal, há renúncia tácita do direito de recorrer[305].

A renúncia pode ser total ou parcial. Pode a parte recorrente limitar a sua renúncia ao direito recursal de forma principal, mantendo o direito de recorrer adesivamente, sendo essa a forma mais evidente de mostrar à parte contrária que se deseja o trânsito em julgado, mas, na hipótese de a parte contrária ingressar com recurso, provavelmente haverá recurso adesivo[306]. Não havendo especificação, a renúncia atinge o direito recursal como um todo.

O dispositivo legal aponta para a desnecessidade de anuência da parte contrária, exatamente como ocorre com a desistência do julgamento do recurso. Apesar da omissão legal, também não depende a renúncia da concordância dos litisconsortes, independentemente de sua natureza. Renunciado o direito recursal

por um litisconsorte unitário, é indiscutível que os demais mantêm seu direito recursal[307], e na hipótese de ingressarem com recurso, a renúncia poderá ser inócua, visto que o recurso provido aproveitará a todos os litisconsortes[308].

69.2.4.3. Aquiescência

Segundo o art. 1.000 do Novo CPC, a parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer. Trata-se do fenômeno da aquiescência, que gera uma preclusão lógica a impedir a admissão do recurso, em nítida manifestação do princípio da boa-fé objetiva consagrada no art. 5º do Novo CPC (nemo venire contra factum proprium). A aquiescência, a exemplo da renúncia, só é possível entre a intimação da decisão impugnável e a interposição do recurso[309]. Conforme prevê o art. 1.000, caput, do Novo CPC, "a parte não poderá recorrer", o que demonstra que, uma vez já tendo recorrido, a aceitação da decisão torna o recurso prejudicado[310], mas não gera a aplicação do dispositivo legal ora analisado.

Há aquiescência sempre que a parte que poderia recorrer pratica um ato, sem nenhuma reserva, incompatível com a vontade de recorrer. Diferente da renúncia, o ato praticado não se volta de maneira direta à abdicação da vontade de recorrer, mas sim a demonstrar a concordância com a decisão, de forma que a impossibilidade de ingressar com recurso a partir desse momento é uma mera consequência do ato de concordância. Trata-se de clássica hipótese de preclusão lógica.

Exemplos de aquiescência são: o pagamento da condenação, o

levantamento de valores depositados na ação consignatória, apresentação das contas exigidas na ação de prestação de contas, desocupação do imóvel e entrega das chaves na ação de despejo, a realização de transação.

Há interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça inadmitindo recurso especial interposto pela Fazenda Pública de julgamento de reexame necessário, entendendo o tribunal que, ao deixar de apelar da sentença, a preclusão lógica impediria a interposição de recurso especial[311]. O entendimento, entretanto, restou superado por decisão do mesmo tribunal da Corte Especial, entendendo que a ausência de apelação nesse caso não impede a Fazenda Pública de recorrer às instâncias extraordinárias[312].

Nos termos do art. 520, § 3º, do Novo CPC, havendo o depósito do valor exequendo no cumprimento de sentença no prazo de 15 dias da intimação o executado se livra da aplicação da multa e não torna prejudicado seu recurso contra a decisão exequenda. Conforme detidamente analisado no Capítulo 46, item 46.6., apesar de aparentemente tratar-se de exceção pontual à aquiescência prevista no art. 1.000 do Novo CPC, o melhor entendimento é de que nesse caso não há pagamento, mas mero depósito, com o que o executado não está praticando ato de concordância com a decisão exequenda.

69.3. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

69.3.1. TEMPESTIVIDADE

Todo recurso tem um prazo determinado em lei, ocorrendo preclusão sempre que vencido o prazo legal sem a sua devida interposição. O Novo Código de Processo Civil torna o prazo recursal mais homogêneo, prevendo em seu art. 1.003, § 5.º, que todos os recursos passam a ter prazo de 15 dias (úteis), salvo os embargos de declaração, que mantêm o prazo atual de 5 dias.

Interessante notar que a contagem do prazo só levará em consideração os dias úteis (art. 219, caput, do Novo CPC), o que agrada os advogados, que poderão finalmente encarar os finais de semana, feriados e férias como momentos efetivos de descanso. Não acredito que a regra vá gerar prejuízo à celeridade processual, considerando-se que, no mais das vezes, os dias sem expediente forense aumentarão o prazo recursal de forma insignificante para o cômputo total de duração do processo.

Os advogados, teoricamente agraciados com a nova forma de contagem dos prazos processuais, devem ter muito cuidado com a questão dos feriados locais. Como o prazo não terá andamento nessas datas, é importante o advogado atentar para o entendimento dos tribunais superiores que exigem a prova do feriado no momento da prática do ato processual.

Na vigência do CPC/1973 o prazo recursal era peremptório, não admitindo sua prorrogação, suspensão ou interrupção por vontade das partes[313]. Naturalmente, motivos de força maior podiam prorrogar o prazo no caso concreto, nos termos do art. 183, §§ 1.º e 2.º, do diploma processual revogado. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de entender haver justa causa na

perda de prazo recursal em razão de publicação de informação equivocada no site do tribunal[314].

Essa realidade, entretanto, foi substancialmente modificada pelo Novo Código de Processo Civil. Nos termos do art. 190 do Novo CPC as partes podem celebrar um acordo procedimental, sendo sem dúvida a modificação do prazo recursal um dos objetos possíveis de tal acordo. Respeitando-se a isonomia, entendo que tanto a majoração como a redução do prazo legal são passíveis de acordo entre as partes. Por outro lado, o juízo poderá, unilateralmente, majorar qualquer prazo processual, nos termos do art. 139, VI, do Novo CPC, em regra aplicável ao prazo recursal.

O art. 1.003, caput e §§ 1.º e 2.º, do Novo CPC trata do termo inicial da contagem de prazo.

Segundo o caput do dispositivo legal, o prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão. Na hipótese de intimação eletrônica, o prazo tem início no primeiro dia útil subsequente à publicação, que será considerada realizada no primeiro dia útil subsequente à disponibilização da informação no Diário Oficial eletrônico (art. 4.º, §§ 3.º e 4.º, da Lei 11.419/2006). O Ministério Público (art. 180, caput, do Novo CPC), a Advocacia Pública (art. 183, caput, do Novo CPC) e a Defensoria Pública (art. 186, § 1º, do Novo CPC) têm a prerrogativa da intimação pessoal, que poderá, nos termos do art. 183, § 1º, do Novo CPC, ocorrer por carga, remessa ou meio eletrônico. Nesses casos, a contagem do

prazo tem início com o recebimento dos autos pela Instituição e não pela sua chegada ao setor competente ou pelo pronunciamento do promotor, defensor público ou advogado público atestando seu recebimento[315].

No tocante às decisões colegiadas é importante lembrar que a mera informação de que houve o julgamento, sem que exista acórdão à disposição das partes, é imprestável para fins de início da contagem do prazo recursal[316]. Entende o Superior Tribunal de Justiça que a publicação da ata de julgamento em momento posterior ao da publicação do dispositivo não afasta a regra de que o prazo se inicia com a intimação da publicação do julgamento (em aplicação do revogado art. 506, III, do CPC/1973).[317]

Caso a decisão recorrível tenha sido proferida em audiência, todos os sujeitos previstos no art. 1.003, caput, do Novo CPC, considerar-se-ão intimados (§ 1.º), inclusive aqueles que têm a prerrogativa de intimação pessoal. Acredito que a previsão legal afaste definitivamente equivocado entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, mesmo no caso de decisão proferida em audiência, os sujeitos que têm a prerrogativa de intimação pessoal tenham o direito de serem intimados pessoalmente depois da audiência, contando-se seu prazo somente depois do ingresso dos autos no órgão[318]. Mesmo que a parte não compareça à audiência, tendo sido regulamente intimada a comparecer haverá uma presunção de intimação da decisão, dando-se início à contagem de seu prazo[319].

Na hipótese de recurso a ser interposto por réu contra decisão

proferida antes de sua citação, aplicam-se as regras do art. 231, I a VI, de acordo com a previsão do § 2º do art. 1.003 do Novo CPC. Portanto, o prazo recursal será contado da juntada do aviso de recebimento (AR) se a intimação for pelo correio; da juntada do mandado, se a intimação for por oficial de justiça; da data da intimação por ato do escrivão ou do chefe de secretaria e do dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando realizada por edital.

Nos termos do § 4.º do art. 1.003 do Novo CPC, para aferição da tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data da interposição a data da postagem. Fica superado o entendimento consolidado na Súmula 216/STJ, nos termos do Enunciado 96 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

Apesar de o termo inicial do prazo se dar com a intimação das partes, não se pode aceitar a tese criada nos tribunais superiores de recurso prematuro, ou de intempestividade ante tempus[320]. A tese afirma que o recurso intempestivo é aquele interposto fora do prazo, o que pode ocorrer depois de finda ou antes de iniciada a sua contagem. Com esse raciocínio, tem-se por intempestivo o recurso interposto antes da intimação das partes, considerando-se que o termo inicial para a contagem do prazo ainda não se verificou. E ainda mais extravagante, trata-se de uma intempestividade sanável, porque se a parte que interpôs o recurso prematuramente reiterar sua pretensão recursal após sua intimação, o recurso será considerado tempestivo.

Recurso interposto antes de sua publicação é recurso juridicamente inexistente, porque, antes de se tornar pública a decisão, é no máximo um parecer jurídico sem eficácia processual. Uma vez publicada a decisão, as partes passam a ter acesso ao seu teor, até mesmo por meio da internet, não havendo qualquer razão plausível para impedir a interposição de recurso até que as partes sejam devidamente intimadas dessa decisão, mesmo porque com a interposição do recurso a parte se dá como intimada. Se a parte já tem ciência do teor da decisão e quer se insurgir contra ela, fazê-lo antes mesmo da publicação no Diário Oficial corrobora o princípio da celeridade processual, tão festejado ultimamente[321].

Apesar de recentemente o Supremo Tribunal Federal ter superado a tese do recurso prematuro intempestivo[322], a tendência de nossos tribunais na vigência do CPC/1973 era sua aplicação, em mais um triste capítulo do fenômeno conhecido por "jurisprudência defensiva". Nesse sentido, deve ser saudada a previsão do art. 218, § 4º, do Novo CPC que consagra expressamente que o ato praticado antes da intimação da parte é tempestivo, independentemente de reiteração após a intimação.

Excepcionalmente, o prazo recursal poderá ser interrompido, devolvendo-se à parte recorrente a íntegra do prazo depois de encerrada a causa de interrupção. Segundo o art. 1.004 do Novo CPC, haverá interrupção no caso de falecimento da parte ou de seu advogado ou ainda no caso de força maior que suspenda o curso do processo. Autorizada doutrina entende que, falecendo a parte ou o advogado da parte que não tem interesse recursal, não haverá a interrupção do prazo, que na realidade só aproveitaria à parte

contrária[323]. Também há casos de suspensão do prazo recursal, quando o prazo deste será devolvido pelo saldo, tais como o advento do recesso forense (de 20 de dezembro a 20 de janeiro, nos termos dos arts. 220, ***caput***, e 221, parágrafo único, do Novo CPC), o obstáculo criado pela parte contrária ou pelo próprio juízo, greve dos serviços judiciários etc.[324]

São aplicáveis no âmbito recursal as regras de prazo diferenciado. Fazenda Pública, Ministério Público e Defensoria Pública têm prazo em dobro para recorrer (arts. 180, caput, 183, caput e 186, caput, todos do Novo CPC), bem como o defensor público estatutário (art. 5.º, § 5.º, da Lei 1.060/1950). No entanto, o prazo de cinco dias para a apresentação dos originais quando o recurso for interposto por fax não se conta em dobro, considerando-se que esse prazo não diz respeito à interposição do recurso[325]. Justamente por não ter natureza recursal não se conta prazo em dobro para a interposição do incidente de suspensão de segurança previsto no art. 15 da Lei 12.016/2009[326].

A concessão de prazo em dobro para os litisconsortes com patronos diferentes de sociedades de advogados distintas recorrerem (art. 229 do Novo CPC) dependerá da sucumbência gerada no caso concreto. Entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal[327] determina ser simples o prazo recursal se somente um dos litisconsortes sucumbiu. Na realidade, a súmula diz menos do que gostaria, porque também será simples o prazo recursal na hipótese de mais de um litisconsorte sucumbir, desde que tenha o mesmo patrono. Havendo sucumbência de mais de um

litisconsorte com patronos diferentes, o prazo recursal será contado em dobro, mas, interposto o recurso por somente um dos litisconsortes, o prazo para interposição de recursos posteriores passa a ser simples[328].

Há uma interessante peculiaridade quanto ao prazo dos recursos excepcionais quando vencem em dia sem expediente forense. Nesse caso, aplica-se a regra geral de prorrogação do vencimento do prazo para o primeiro dia útil subsequente, com o que se terá no caso concreto um recurso especial e/ou extraordinário interposto depois do décimo quinto dia da intimação, mas ainda assim tempestivo.

> Maia pretende ingressar com recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. No décimo quinto dia do prazo, uma sexta-feira, não houve expediente forense em razão de um feriado local (Dia de São Pedro ou Feriado dos Mártires de Cunhaú e Uruaçu). Diante de tal fato, Maia interpõe o recurso especial no décimo oitavo dia de sua intimação. Apesar de não ter respeitado o prazo de 15 dias previsto no art. 1.003, § 5º, do Novo CPC, não há dúvida de que o recurso especial interposto por Maia é tempestivo.

A tempestividade nesse caso, entretanto, deve ser provada, considerando-se que o feriado local é criado por norma de direito local, que pode ser objeto de prova, nos termos do art. 376 do Novo CPC. O momento da produção dessa prova é polêmico.

Os tribunais superiores num primeiro momento consagraram o entendimento de que a tempestividade deveria ser provada pelo recorrente no momento da interposição do recurso, sob “pena” de

preclusão consumativa[329].

Nunca concordei com o fundamento de que por ser o feriado local (e instituído por lei local) o recorrente tem o dever de produzir a prova de sua existência no momento de interposição do recurso: primeiro, porque o art. 376 do Novo CPC só exige a prova de direito local "se assim o juiz determinar"; segundo, porque, mesmo que assim não seja, não há qualquer razão plausível para o tribunal deixar de intimar a parte para produzir tal prova, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento, passando a admitir a comprovação (e não mera alegação)[330] do feriado local em momento posterior ao da interposição do recurso[331]. Após esse posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça passou a seguir o mesmo entendimento, inclusive admitindo a produção da prova do feriado local em sede de agravo interno contra a decisão monocrática que não admitiu o recurso por intempestividade[332]. Registre-se que não bastava a mera alegação em sede de agravo interno, sendo indispensável a produção de prova que ateste a suspensão do prazo recursal[333].

De forma inexplicável, o § 6.º do art. 1.003 do Novo CPC prevê que o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso. O dispositivo, que contraria sadia jurisprudência dos tribunais superiores, está em dissonância com a tônica do Novo Código de Processo Civil no sentido de extirpar inúmeras hipóteses de jurisprudência defensiva. Com a "novidade"

legislativa, volta a ser importante o entendimento de que a comprovação do feriado pode ser feita por meio de informação obtida no sítio eletrônico do tribunal de segundo grau, desde que devidamente identificada[334].

E o que é ainda mais preocupante: com a contagem do prazo somente em dias úteis a possibilidade de se interpor um recurso excepcional depois dos 15 dias previstos no art. 1.003, § 5º, do Novo CPC não está mais condicionada a não haver expediente forense em razão de feriado local apenas no dia do vencimento do prazo[335]. Não sendo contado o prazo em dia de feriado local, mesmo durante sua contagem, serão aumentadas de forma significativa as hipóteses que cobrarão do recorrente a prova do feriado local para demonstrar a tempestividade de seu recurso extraordinário e especial.

Por fim, mais uma vez com fundamento na preclusão consumativa, os tribunais superiores entendem como intempestivos os recursos nos quais seja ilegível o carimbo de protocolo[336], em entendimento que deixaria Franz Kafka[337] boquiaberto. Atribui-se à parte um ônus processual por ato que não lhe incumbe praticar, considerando-se que o Poder Judiciário é o único responsável por carimbar a petição[338]. Ademais, como lembra a melhor doutrina, qual é o conceito de "legibilidade" adotado pelos tribunais[339]? Tudo dependerá da aptidão do examinador do carimbo? Da luminosidade existente no recinto no momento da análise? Da atenção dispensada ao exame?

Em razão de tais críticas deve ser saudado julgamento do

Supremo Tribunal Federal que admitiu a comprovação da tempestividade por meio de agravo interno na hipótese de protocolo ilegível, inclusive reconhecendo expressamente que o defeito nesse caso é atribuível exclusivamente ao Poder Judiciário[340].

Na hipótese de interposição de recurso por fax, cabe à parte, nos termos do art. 2.º, caput, da Lei 9.800/1999, apresentar em juízo o original em até cinco dias do vencimento do prazo. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, esse prazo é contado de forma contínua, inclusive tendo início em dia sem expediente forense[341]. Registre-se, por fim, que o mesmo tribunal entende que recurso interposto por fax no último dia do prazo após o expediente forense é intempestivo porque só é registrado no dia seguinte[342].

O recorrente tem até o último momento do prazo para a interposição do recurso, o que significa o último minuto do último dia de prazo fixado em lei. Não pode a parte, entretanto, se valer do plantão judiciário para interpor o recurso após o encerramento do expediente forense, cujo horário de funcionamento dependerá de lei local de organização judiciária. Nesse caso, sendo interposto o recurso no último dia de prazo após o encerramento do expediente forense, o Superior Tribunal de Justiça entende pela intempestividade recursal[343].

Conforme elogiável entendimento do Supremo Tribunal Federal, o fato de o protocolo ter sido realizado em setor indevido, chegando ao local correto somente depois de transcorrido o prazo, não é motivo para inadmissão do recurso por intempestividade, afinal, a culpa do erro deve ser compartilhada entre o advogado e o

órgão que recebeu o recurso sem ter competência para tanto[344].

69.3.2. PREPARO

O preparo recursal diz respeito ao custo financeiro da interposição do recurso. Entendo que no momento de interposição do recurso o Estado pode cobrar do recorrente por diferentes atividades que praticará; assim, para o julgamento do recurso cobra-se o preparo, para o transporte dos autos para outro órgão jurisdicional o porte de remessa e retorno. No meu entendimento são diferentes espécies de despesas processuais, cada qual voltada a uma diferente espécie de atividade desempenhada pelo Poder Judiciário[345].

Não é esse, entretanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que entende que todas as despesas devidas na interposição do recurso são preparo. Na realidade, a própria redação do art. 1.007, caput, do Novo CPC confunde indevidamente as diferentes espécies de despesas processuais. O equívoco, entretanto, é benéfico, porque, entendendo o porte de remessa e retorno como integrante do preparo, na hipótese do seu não recolhimento aplicar-se-á o art. 1.007, § 2.º, do Novo CPC, concedendo-se à parte a possibilidade de complementar o recolhimento do preparo no prazo de 5 dias[346].

É incrível que por vezes dependamos de expressa previsão legal para dizer o óbvio ululante, em homenagem à Nelson Rodrigues, que poderia ser concluído por qualquer pessoa racional e de boa-fé. Essa crítica me vem à mente quando leio o § 3.º do art. 1.007 do Novo CPC. Nos termos do dispositivo é dispensado o

recolhimento do porte de remessa e de retorno na hipótese de processo com autos eletrônicos. Evidentemente, pois com autos eletrônicos não há remessa nem retorno dos autos...

Conforme corretamente entende o Superior Tribunal de Justiça, o pagamento do preparo recursal pode ser comprovado por intermédio de recibo extraído da internet, desde que esse meio de constatação de quitação possibilite a aferição da regularidade do recolhimento[347].

Existem isenções ao recolhimento do preparo, de forma que nem todo recurso exige seu recolhimento e determinados sujeitos não precisam recolhê-lo. São as isenções objetivas e subjetivas do preparo. Não havendo isenção e não sendo recolhido o preparo, ocorrerá a deserção do recurso, desde que o recorrente não o recolha em dobro, nos termos do art. 1.007, § 4º, do Novo CPC.

As isenções objetivas atingem todos os recursos nos quais seja expressamente prevista em lei a não exigência do recolhimento de preparo:

(i) embargos de declaração (art. 1.023, caput, do Novo CPC);

(ii) agravo em recurso especial e em recurso extraordinário (art. 1.042, § 2º, do Novo CPC).

Registre-se que, sendo omisso o Código de Processo Civil a respeito do recolhimento de preparo, sua cobrança dependerá de leis de organização judiciária.

Alguns sujeitos estão dispensados do recolhimento do preparo,

qualquer que seja a espécie de recurso. Segundo o art. 1.007, § 1.º, do Novo CPC, são isentos o Ministério Público, União, Distrito Federal, Estados, Municípios e respectivas autarquias. Também são isentas as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais e municipais (art. 1.º-A da Lei 9.494/1997), além do beneficiário da assistência judiciária (inclusive pessoa jurídica[348]), que está dispensado do recolhimento do preparo (art. 98, § 1º, I, do Novo CPC). Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça entende que a autarquia federal, equiparada em prerrogativas e privilégios à Fazenda Pública, está isenta do recolhimento do preparo[349], mas que os Conselhos de Fiscalização Profissional, apesar de terem estrutura de autarquias, não têm direito à isenção do preparo, nos termos do art. 4.º, parágrafo único, da Lei 9.289/1996[350].

O art. 1.007, caput, do Novo CPC prevê a regra da prova da comprovação imediata do recurso. Significa dizer que o recorrente deve comprovar o recolhimento do preparo no momento da interposição do recurso. Interposto o recurso sem essa comprovação, ainda que antes do término do prazo previsto em lei, o recurso será considerado deserto[351], mesmo que o preparo tenha sido efetivamente recolhido. Como se nota da redação do dispositivo legal, a regra não é do recolhimento prévio do preparo, mas desse recolhimento prévio e da sua comprovação no ato de recorrer, sob “pena” de preclusão consumativa. Mesmo no recurso interposto durante as férias forenses a comprovação imediata do preparo é exigida[352].

Não há como deixar de criticar a regra legal em razão de seu

extremo formalismo. Dentro da visão instrumentalista do processo, melhor seria admitir a juntada da guia comprobatória do recolhimento do preparo mesmo depois de já interposto o recurso, desde que dentro do prazo recursal previsto em lei[353]. Nenhum prejuízo ao processo adviria de tal postura, não parecendo que comprovar o preparo seja recorrer de novo, o que seria vedado pela preclusão consumativa; trata-se somente de um saneamento de vício formal.

Essa regra extremamente formal pode ser afastada em situações excepcionais. Interposto o recurso em dia no qual o expediente forense (funcionamento do protocolo) se encerrou depois do encerramento do expediente bancário, admitem-se o recolhimento e comprovação no primeiro dia útil subsequente[354]. Nesse caso o Superior Tribunal de Justiça também admite que o preparo seja recolhido em cartório[355]. Na realidade, demonstrando-se uma justa causa para o não recolhimento do preparo, a deserção será relevada por decisão irrecorrível (art. 1.007, § 6º, do Novo CPC).

É inaplicável a regra da comprovação imediata do preparo nos Juizados Especiais, nos quais o art. 42, § 1.º, da Lei 9.099/1995 prevê um prazo de 48 horas após a interposição do recurso inominado para a comprovação do recolhimento do preparo.

Segundo o art. 1.007, § 2.º, do Novo CPC, sendo recolhido o preparo em valor inferior ao efetivamente devido, cumpre ao juízo intimar o recorrente abrindo-se um prazo de cinco dias para a complementação do preparo. Sendo realizada a complementação

em valor ainda inferior ao devido, o recurso será deserto, não se admitindo a abertura de novo prazo ao recorrente[356]. Pouco importa o valor que tenha sido efetivamente recolhido e o valor a recolher, bastando que algum valor tenha sido recolhido, não se admitindo a aplicação desse dispositivo para a hipótese de não ter ocorrido qualquer recolhimento. O dispositivo legal é claro ao prever a "insuficiência" do preparo, o que evidentemente não se confunde com ausência de preparo[357], situação regulada pelo § 4º do art. 1.007 do Novo CPC.

Embora passível de críticas, o entendimento jurisprudencial é de que a regra não se aplica aos Juizados Especiais[358]. É simplesmente incrível que justamente no procedimento dos processos em trâmite perante os Juizados Especiais, onde mais se deve prestigiar a informalidade, consagra-se entendimento formal e contrário aos próprios princípios previstos no art. 1º da Lei 9.099/95. O Enunciado 98 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) afirma que as regras de complementação e de recolhimento do preparo em dobro são aplicáveis aos Juizados Especiais. Concordo integralmente com a conclusão, mas não vejo o Novo Código de Processo Civil como meio hábil à modificação da já consolidada posição firmada no âmbito dos Juizados Especiais.

Nos termos do § 4º do art. 1.007 do Novo CPC, o recorrente que não comprovar o recolhimento do preparo e do porte de remessa e de retorno no ato de interposição do recurso será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção. Significa dizer que, para pagar o

exato valor do preparo, o recorrente deve provar seu recolhimento no ato de interposição do recurso, mas que a ausência de tal comprovação não tornará irremediavelmente deserto o recurso, desde que seja recolhido o preparo em dobro de seu valor.

É preciso registrar que o art. 1.007, § 4º, do Novo CPC, por ser norma específica, prefere à norma geral consagrada no art. 932, parágrafo único, do Novo CPC, de forma que o saneamento do vício exige o recolhimento do preparo em dobro.

Entendo que o dispositivo contempla duas situações distintas: A primeira decorre de uma interpretação literal do art. 1.007, § 4º, do Novo CPC: o recorrente não recolheu qualquer preparo e interpôs o recurso. A segunda, embora não consagrada expressamente no texto legal, cuida do recorrente que recolheu e deixou de comprovar o recolhimento no ato de recorrer. Nesse caso, não será necessário recolher o preparo em dobro, porque assim fazendo estaria recolhendo o preparo por três vezes. Basta, portanto, recolhê-lo mais uma vez e fazer a comprovação em 5 dias daquilo que já havia recolhido antes da interposição do recurso e da outra parcela recolhida após esse momento procedimental.

Apesar da omissão legal quanto ao prazo para tal recolhimento, seja pela aplicação da regra geral consagrada no art. 218, § 3.º, do Novo CPC, seja pela aplicação por analogia do art. 1.007, § 2.º, do Novo CPC, o prazo para o recolhimento em dobro do preparo é de 5 dias.[359] No recolhimento em dobro não será cabível a complementação, de forma que se o recorrente nessa oportunidade deixar de recolher o valor na íntegra terá seu recurso

inadmitido por deserção.

Na vigência do CPC/1973, já se decidiu no Superior Tribunal de Justiça que a troca de guias entre processos é vício sanável[360], não obstante ser deserto o recurso quando a guia não indica os dados do processo[361], ou indica o número do processo de referência errado[362]. Também gerava deserção o preparo recolhido com código errado[363] ou em guia inadequada[364]. Nos termos do art. 1.007, § 7º, do Novo CPC, qualquer que seja a incorreção no preenchimento da guia o vício será sanável, devendo o recorrente ser intimado para seu saneamento, de forma a se tornar inadmissível a deserção liminar na hipótese.

69.3.3. REGULARIDADE FORMAL

É natural que cada recurso tenha requisitos formais específicos que devem ser preenchidos para que o recurso seja admitido. Por exemplo, o agravo de instrumento tem as peças obrigatórias, o recurso extraordinário e o especial têm o pré-questionamento etc. Num plano de teoria geral dos recursos, é possível apontar alguns requisitos formais genéricos a todos os recursos, ou ao menos à maioria deles.

Conforme analisado no Capítulo 68, item 68.5., em respeito ao princípio da dialeticidade, todo recurso deve ter fundamentação e pedido, sem os quais não será admitido. Na fundamentação deve ser atacado especificamente o fundamento da decisão recorrida[365], sendo no processo civil exigido que a interposição já venha acompanhada das razões recursais, em sistema diferente daquele existente no processo penal. Além das razões e do pedido, o

recorrente deve identificar as partes[366].

É em regra ato processual escrito, havendo somente uma exceção no sistema: embargos de declaração nos Juizados Especiais (art. 49 da Lei 9.099/1995).

Exige-se a capacidade postulatória (presença de advogado), salvo nos recursos extraordinário e especial interpostos pelo próprio juiz contra acórdão que acolhe a exceção de suspeição ou impedimento.

O recurso deve ser assinado, mas em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas a ausência de assinatura deve ser considerada um vício sanável. Tratando-se de recurso que contenha duas peças – interposição e razão –, a ausência de assinatura em somente uma das peças gera somente uma irregularidade, sem consequências processuais.

O Superior Tribunal de Justiça, ao distinguir a assinatura digitalizada, feita mediante o processo de escaneamento, e a assinatura eletrônica, que deve estar baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora Credenciada, entende que aquela não cumpre a necessidade de segurança jurídica exigida em lei e por essa razão a inadmite como assinatura válida e considera o recurso inexistente[367].

Na vigência do CPC/1973 o Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento de todo incompatível com as mais basilares regras da lógica e da isonomia ao afirmar que nas instâncias ordinárias o vício gerado pela ausência de assinatura do recurso era sanável, o

que não ocorria nos tribunais de superposição, nos quais o vício levava ao não conhecimento do recurso[368], em razão de sua inexistência jurídica[369]. O entendimento era, no mínimo, intrigante: como pode um mesmo vício gerar consequências distintas apenas em razão do órgão jurisdicional em que ocorreu[370]?

O mesmo atentado contra a lógica e a isonomia era verificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da ausência de procuração. Aplicando a Súmula 115 do STJ, o tribunal entendia na vigência do CPC/1973 que nas instâncias ordinárias o vício poderia ser saneado nos termos do art. 13 do diploma legal revogado, mas nas instâncias especiais (tribunais de superposição) o vício seria insanável e levaria ao não conhecimento do recurso[371], considerado juridicamente inexistente[372].

Segundo o Enunciado 83 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), o entendimento sumulado quanto à exigência de procuração não é compatível com o Novo Código de Processo Civil: "Fica superado o Enunciado 115 da Súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC"[373]. A conclusão deriva da combinação de quatro dispositivos legais previstos no Novo Código de Processo Civil e é perfeitamente aplicável ao vício gerado pela ausência de assinatura no recurso.

O art. 76, § 2.º, do Novo CPC prevê que o não conhecimento do recurso depende de ausência de providência do recorrente, o que naturalmente exige que a ele seja dada uma oportunidade de sanar sua irregularidade de representação. O art. 104, § 2.º, do Novo CPC prevê que o ato praticado por advogado sem procuração é ineficaz

caso não seja ratificado. O dispositivo afasta a possibilidade de se concluir pela inexistência jurídica do recurso em razão de ausência de procuração e ao mesmo tempo permite a ratificação do ato. O art. 932, parágrafo único, do Novo CPC prevê que, antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível. E finalmente o art. 1.029, § 3.º, do Novo CPC, específico para recursos excepcionais, prevê que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

A regra consagrada no art. 1.029, § 3.º, do Novo CPC é aparentemente inútil diante da previsão do art. 932, parágrafo único, do mesmo diploma legal. A notória resistência na aplicação aos recursos excepcionais das regras e dos princípios de teoria geral dos recursos, entretanto, justifica a existência da regra expressa que permite o saneamento de vícios no recurso especial e extraordinário.

Segundo o Enunciado 219 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), tanto o relator como o órgão colegiado podem "desconsiderar o vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave". Com relação à determinação de correção do vício, não há maiores dificuldades na interpretação de que a competência seja tanto do relator como do órgão colegiado. No tocante à desconsideração do vício pelo relator, havendo julgamento monocrático será possível a alegação de que o vício desconsiderado

era grave em sede de agravo interno. E sendo o julgamento colegiado, naturalmente os demais julgadores não estarão vinculados à desconsideração do vício decidida pelo relator.

Sendo determinada a correção do vício e mantendo-se a parte interessada inerte, o recurso será inadmitido, conforme corretamente indica o Enunciado 220 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

70. JUÍZO DE MÉRITO

Sumário: 70.1. Introdução – 70.2. Causa de pedir: *error in procedendo e error in judicando* – 70.3. Pedido – 70.4. Esclarecimento e integração.

70.1. INTRODUÇÃO

Sendo positivo o juízo de admissibilidade recursal, o órgão jurisdicional passa ao exame do mérito do recurso, momento no qual deverá enfrentar os argumentos da irresignação do recorrente para decidir se lhe assiste ou não razão. Julgar o mérito recursal, que gerará o provimento ou não do recurso, é simplesmente analisar se o recorrente tem ou não razão em sua reclamação, o que se dá pelo enfrentamento dos fundamentos constantes no recurso.

Justamente por ser o julgamento do mérito recursal voltado aos fundamentos recursais (causa de pedir do recurso), é preciso enfrentar quais os possíveis vícios que o recorrente poderá alegar em seu recurso. Há fundamentalmente vícios formais (error in procedendo) e vícios de conteúdo (error in judicando), sendo que de cada espécie de vício alegado é derivada uma diferente espécie de pedido. Em razão da preclusão consumativa, cabe ao recorrente cumular a impugnação de todos os vícios existentes na decisão recorrida, devendo o órgão jurisdicional enfrentar antes o error in procedendo em razão de sua prejudicialidade em relação ao error in

judicando[374].

70.2. CAUSA DE PEDIR: *ERROR IN PROCEDENDO* E *ERROR IN JUDICANDO*

Vícios de atividade são entendidos como vícios formais do procedimento ou da própria decisão impugnada e comumente identificados pela expressão latina error in procedendo.

Quando o vício é da própria decisão fala-se de error in procedendo intrínseco, tal como uma sentença extra petita ou um acórdão sem fundamentação. Nesse caso, o recorrente em regra pede a anulação da decisão e a devolução do processo ao órgão responsável por sua prolação para que nova decisão seja proferida em seu lugar. Aplicando-se a teoria da causa madura (art. 1.013, § 3.º, do Novo CPC), que já foi analisada no Capítulo 71, item 71.4.2, admite-se que, anulada a decisão, o próprio órgão competente para o julgamento do recurso profira uma nova decisão para substituir o pronunciamento impugnado.

Sendo o vício do próprio procedimento, anterior à decisão impugnada, fala-se em error in procedendo extrínseco. Nessa espécie de vício é importante considerar o art. 278 do Novo CPC, porque, sendo o vício de nulidade relativa, cumpre à parte argui-lo no primeiro momento em que falar nos autos, sob “pena” de preclusão, com a consequente convalidação do vício. Dessa forma, só poderá a parte alegar em recurso um error in procedendo extrínseco que gere uma nulidade relativa se a primeira vez que falar nos autos se der por meio do recurso. Já as nulidades absolutas

não precluem, de forma que a parte poderá alegar tais espécies de vício em sede recursal, mesmo que o vício já exista antes da decisão impugnada e ela já tenha se manifestado anteriormente nos autos sem alegá-lo. Em regra, o error in procedendo extrínseco é dessa espécie, como a ausência de litisconsorte necessário, a ausência do Ministério Público em processo no qual deveria participar como fiscal da ordem jurídica etc.

Vícios de julgamento são entendidos como vícios do conteúdo da decisão impugnada e comumente identificados pela expressão latina error in judicando. Nessa espécie de causa de pedir o recorrente critica a qualidade da decisão, impugnando as considerações e conclusões judiciais. Trata-se de decisão injusta, porque diverge daquele que deveria ter sido proferida se o juízo tivesse considerado corretamente os fatos e aplicado adequadamente o direito[375].

O error in judicando pode ser fático, quando se impugna a situação fática estabelecida pelo órgão jurisdicional como sua base de decisão. Nessa espécie de alegação o recorrente procura demonstrar que houve uma equivocada determinação dos fatos, o que enseja uma crítica no tocante à valoração da prova. Por outro lado, o error in judicando pode ser jurídico, quando se impugna a aplicação do direito ao caso concreto, o que pode se dar pela demonstração de aplicação de norma inadequada ou ainda de norma adequada, mas com interpretação equivocada[376].

70.3. PEDIDO

Em regra, a alegação de error in procedendo leva a um pedido de anulação: no caso de vício formal da própria decisão impugnada, a anulação será somente de tal decisão; no caso de vício do procedimento, anula-se o processo desde o momento em que passou a se configurar o vício. Na alegação de error in judicando o pedido é de reforma da decisão, ou seja, a substituição da decisão recorrida pela decisão do recurso, como já analisado no Capítulo 67, item 67.7.[377]

Há, entretanto, uma exceção a essa regra. O fim normal do processo/fase de conhecimento é o julgamento de mérito após o desenvolvimento das fases postulatória, de saneamento e probatória. Sempre que o processo/fase de conhecimento for extinto antes disso, pode-se considerar que teve um fim anômalo. Numa situação como essa, o recorrente pretende fazer com que a sentença desapareça, para que o procedimento possa continuar seu normal trâmite, não sendo correto imaginar um pedido de reforma da decisão. Nem propriamente haverá um pedido de anulação, pelo menos não em seu sentido tradicional, vinculado à existência de um vício formal.

Um julgamento antecipado da lide pode conter um error in judicando, consistente na indevida aplicação do art. 355 do Novo CPC, mas a parte que apela dessa sentença alegando cerceamento de defesa não pretende sua reforma, mas simplesmente invalidar a sentença para que o processo prossiga em seu procedimento, com a realização da necessária prova e posterior prolação de nova sentença[378]. Também no julgamento liminar de improcedência consagrado no art. 332 do Novo CPC é possível se pedir a anulação

da sentença com base em error in judicando. O mesmo ocorre na má aplicação do art. 485 do Novo CPC, com prolação de sentença terminativa em processo no qual o mérito deveria ser enfrentado. Na ausência de melhor solução, apesar de não se tratar de vício formal, o pedido adequado nesse caso é de anulação da decisão.

70.4. ESCLARECIMENTO E INTEGRAÇÃO

Tradicionalmente, os embargos de declaração têm causa de pedir específica e pedidos que só podem ser feitos por meio desse recurso: a integração no caso de decisão omissa e o esclarecimento no caso de decisão obscura ou contraditória. Essa realidade foi parcialmente modificada pela praxe forense e pelo Novo Código de Processo Civil.

Primeiro a praxe forense passou a admitir, ainda que de forma excepcional, os embargos de declaração com efeitos infringentes, no qual se alega um vício teratológico de conteúdo e se pede a reforma ou anulação da decisão. O tema é abordado no Capítulo 73, item 73.7.

A inovação quanto ao tema advinda do novo diploma legal fica por conta do art. 1.013, § 3º, III, do Novo CPC, que admite de forma expressa que o tribunal, no julgamento de apelação, julgue pedido ainda não decidido na hipótese de sentença citra petita. Diante dessa novidade legislativa, além do pedido de reforma e anulação, na apelação também poderá se pedir a integração da sentença[379], algo possível na vigência do CPC/1973 somente em

sede de embargos de declaração.

71. APELAÇÃO

Sumário: 71.1. Cabimento – 71.2. Objeto da impugnação – 71.2. Procedimento: 71.2.1. Introdução; 71.2.2. Procedimento no 1.º grau de jurisdição; 71.2.3. Procedimento no tribunal de segundo grau – 71.3. Novas questões de fato – 71.4. Julgamento imediato do mérito da ação pelo tribunal no julgamento da apelação: 71.4.1. Introdução; 71.4.2. Teoria da causa madura; 71.4.3. Hipóteses de novo julgamento do mérito da ação pelo tribunal.

71.1. CABIMENTO

O art. 1.009 do Novo CPC determina ser a apelação o recurso cabível contra a sentença, seja ela terminativa (art. 485 do Novo CPC) ou definitiva (art. 487 do Novo CPC). Afirma-se que pouco importa a espécie de processo ou do procedimento; havendo uma sentença, o recurso cabível será a apelação. Também é irrelevante saber-se a natureza do processo ou o tipo de procedimento, porque independentemente de qualquer dessas considerações, havendo uma apelação o dispositivo ora comentado indica o cabimento de apelação.

Essa afirmação, entretanto, deve ser feita com certas reservas, considerando-se que a regra do art. 1.009 do Novo CPC tem ao menos três exceções, hipóteses nas quais não se discute a existência de uma sentença, como também indiscutível é o cabimento de recurso diverso da apelação.

Nos juizados especiais há previsão de cabimento de recurso inominado contra a sentença (art. 41 da Lei 9.099/1995), e não de apelação. Cumpre consignar que não se trata somente de diferença semântica, já que o recurso inominado é substancialmente diferente da apelação[380]. Os prazos são diferentes, sendo de 15 dias na apelação e 10 no recurso inominado; o órgão julgador é diferente, sendo na apelação um Tribunal de segundo grau e no recurso inominado, um Colégio Recursal, órgão formado por juízes de primeiro grau de jurisdição; e, em especial, a matéria alegável é diferente, considerando-se que, em razão da irrecorribilidade das decisões interlocutórias nos Juizados Especiais, a parte poderá impugná-las em sede de recurso inominado, enquanto na apelação isso só será possível na hipótese de a decisão interlocutória gerar uma nulidade absoluta, que por não ser preclusiva, pode ser alegada a qualquer momento.

Outra exceção encontra-se no art. 34 da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980), que prevê o cabimento de embargos infringentes contra sentenças proferidas em execução de valor igual ou inferior a 50 Obrigações do Tesouro Nacional (OTN). A grande especialidade desse recurso é que o órgão competente para o seu julgamento é o próprio juízo sentenciante[381], o que aproxima significativamente esse recurso de um verdadeiro pedido de reconsideração da sentença[382]. A diferença entre os embargos infringentes do art. 34 da LEF e a apelação é indiscutível, sendo considerado erro grosseiro a interposição de um recurso pelo outro, o que afasta a aplicação do princípio da fungibilidade[383].

Por fim, o próprio Código de Processo Civil prevê uma

exceção à regra de cabimento de apelação contra sentença no art. 1.027, II, b, do Novo CPC, indicando o cabimento de recurso ordinário constitucional contra a sentença proferida em processo em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no Brasil. O recurso ordinário constitucional é tratado no Capítulo 74, mas o simples fato de ser o Superior Tribunal de Justiça órgão competente para o seu julgamento já é suficiente para diferenciá-lo do recurso de apelação.

71.2. OBJETO DA IMPUGNAÇÃO

Sendo a apelação o recurso cabível contra a sentença, nos termos do art. 1.009, caput, do Novo CPC, é natural que se preste a impugnar tal decisão. Nem sempre, entretanto, será esse o objeto da impugnação.

Conforme devidamente analisado no Capítulo 70, item 70.2., em qualquer recurso é cabível a alegação de error in procedendo extrínseco fundado em vício formal capaz de gerar nulidade absoluta existente no processo antes da prolação da decisão impugnada. Essa realidade está presente no recurso de apelação, que tradicionalmente admite a alegação de tal espécie de vício, quando o objeto do recurso não será propriamente a sentença recorrida.

Nos termos do § 1º do art. 1.009 do Novo CPC, as questões resolvidas na fase de conhecimento não impugnáveis por agravo de instrumento, serão suscitadas em preliminar de apelação interposta contra sentença ou nas contrarrazões de tal recurso. No caso de

alegação em preliminar de apelação, o apelado já será intimado para contrarrazoar a impugnação da decisão interlocutória e da sentença. Sendo caso de alegação em contrarrazões, o apelante deve ser intimado para responder no prazo de 15 dias[384]. Ter-se-á a original contrarrazões de contrarrazões.

A redação do dispositivo ora comentado não merece elogios. Primeiro, porque não basta à parte suscitar sua irresignação na apelação ou contrarrazões, sendo indispensável que elabore sua insurgência de forma fundamentada[385]. Segundo, porque o objeto da impugnação não são questões resolvidas na fase de conhecimento, mas sim decisões interlocutórias. Sendo o conceito tradicional de questão um ponto controvertido, a se levar a sério a redação legal, não caberia a impugnação nos termos do § 1º do art. 1.009 do Novo CPC de decisões interlocutórias proferidas de ofício não recorríveis por agravo de instrumento. Ainda que tal decisão tenha que ser precedida da intimação das partes, nos termos do art. 10 do Novo CPC, é possível que as partes deixem de se manifestar, e dessa forma não haverá questão a ser resolvida, e sim mero ponto de fato ou de direito. Ainda assim serão recorríveis nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC.

As decisões interlocutórias previstas no art. 1.015 do Novo CPC se não forem recorridas por meio do agravo de instrumento serão cobertas pelo fenômeno da preclusão. Por outro lado, não sendo cabível tal espécie de recurso não haverá preclusão imediata de tais decisões, que poderão ser impugnadas como preliminar de apelação contra a sentença ou nas contrarrazões desse recurso.

Entendo que, pela nova estrutura sugerida pelo Novo Código de Processo Civil, o momento adequado para o ingresso de apelação será quando a sentença for proferida, no prazo de 15 dias úteis, mas entender que esse recurso é cabível somente contra a sentença será apequenar o recurso. Na realidade, salvo as decisões interlocutórias impugnáveis por agravo de instrumento, a apelação passa a ser o recurso cabível da sentença e das decisões interlocutórias proferidas durante o procedimento.

Não deixa de ser curiosa a opção do legislador, porque a decisão interlocutória passa a ser impugnável por dois recursos diferentes: apelação e agravo de instrumento. O problema prático é bastante óbvio, porque as regras formais e procedimentais desses dois recursos são diferentes. Assim, por exemplo, enquanto na maioria das decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento não se permite a sustentação oral, sendo a exceção a decisão interlocutória que decide tutela provisória (art. 937, VIII, do Novo CPC), naquelas impugnadas por apelação a sustentação oral é admitida (art. 937, I, do Novo CPC). Não me surpreenderá, entretanto, se os tribunais formarem entendimento no sentido de que a sustentação oral prevista no art. 937, I, do Novo CPC limita-se à impugnação da sentença e não das decisões interlocutórias. Embora o entendimento crie limitação não prevista em lei, torna o sistema mais homogêneo.

A manutenção da clássica regra de cabimento da apelação contra a sentença, apesar de dizer menos do que deveria, deixa claro que, diante de sentença, não poderá a parte se valer de qualquer outro recurso, ainda que pretenda limitar sua impugnação a uma

decisão interlocutória proferida antes da prolação da sentença. Nesse caso, mesmo continuando a ser o recurso cabível contra sentença, a apelação se prestará tão somente à impugnação de uma decisão interlocutória[386].

Tanto no CPC/1973 como no Novo Código de Processo Civil é possível uma sentença ser anulada em razão de impugnação de decisão interlocutória por meio de agravo de instrumento por causa do efeito expansivo objetivo externo do recurso. Tome-se como exemplo a rejeição da alegação de convenção de arbitragem, recorrida por agravo de instrumento sem efeito suspensivo. O processo segue em primeiro grau e é sentenciado, com interposição de apelação pela parte sucumbente. Caso o agravo de instrumento seja provido, a demanda deverá ser extinta por decisão terminativa e a sentença, naturalmente, será anulada.

Com o sistema recursal de recorribilidade das decisões interlocutórias trazido pelo novo diploma processual, esse mesmo efeito expansivo continua a ser possível, mas não será mais externo, porque a sentença terá sido o meio recursal impugnativo da decisão interlocutória e da sentença. Será uma inovação interessante, porque ao julgar um capítulo da apelação, que diz respeito à decisão interlocutória proferida antes da sentença, o tribunal poderá anulá-la em razão da eficácia expansiva das nulidades.

A curiosidade é sutil, porque sempre se estudou o efeito expansivo objetivo interno como aquele capaz de atingir um capítulo não impugnado da decisão recorrida. Com o novo sistema, o efeito expansivo objetivo continuará a ser externo, porque o

acolhimento de impugnação recursal contra uma decisão será capaz de anular outra. Contudo, a situação será peculiar porque ambas as decisões terão sido impugnadas pelo mesmo recurso.

Em qualquer hipótese a análise da impugnação da decisão interlocutória elaborada como preliminar de apelação depende da admissão de tal recurso. Se a apelação não for admitida a impugnação da decisão interlocutória resta prejudicada porque não é possível que o tribunal decida parte de recurso inadmissível.

Solução diversa deve ser dada quando a parte se valer das contrarrazões de apelação para impugnar a decisão interlocutória não recorrível por agravo de instrumento. Nesse caso, as contrarrazões têm natureza híbrida, já que ao mesmo tempo serve de resposta à apelação e de meio de impugnação de decisão interlocutória. Eventual vício formal que impeça a admissão da apelação não pode prejudicar o apelado, que em nada terá contribuído para tal inadmissão, devendo as contrarrazões serem julgadas na parte em que assumem natureza recursal[387], desde que, naturalmente, ainda exista interesse recursal para isso.

É natural que, com a inadmissão da apelação, o apelante perca seu interesse recursal porque a decisão interlocutória que o prejudicou perderá o objeto com a manutenção da sentença em seu favor. É possível, entretanto, ainda que excepcionalmente, que remanesça o interesse recursal, como ocorre, por exemplo, na hipótese de aplicação de multa em primeiro grau ao apelado. Nesse caso, mesmo que a sentença seja mantida em razão da inadmissão da apelação, o apelado continua com interesse recursal em ver

julgada suas contrarrazões na parte em que têm natureza recursal.

Interessante questão diz respeito ao interesse do vencedor da demanda em impugnar decisão interlocutória nas contrarrazões da apelação. O eventual acolhimento dessa impugnação levaria à anulação da sentença, o que aparentemente, não interessa ao apelado, considerando-se que a sentença o favorece. A vitória do apelado, entretanto, é provisória, porque, com a interposição da apelação pela parte contrária, a sentença pode ser reformada no tribunal de segundo grau. É natural que, não sendo provida a apelação, faltará interesse ao apelado em ver julgada a impugnação da decisão interlocutória elaborada em suas contrarrazões, mas, na hipótese de provimento, o interesse recursal será manifesto.

Nessa hipótese, defendo a existência de um interesse recursal (na impugnação de decisão interlocutória nas contrarrazões de apelação) condicionado (ao resultado do julgamento da apelação). Caberá ao apelado em contrarrazões requerer o julgamento de sua impugnação de decisão interlocutória somente na hipótese de provimento da apelação da parte contrária.[388]

Registre-se que a impugnação das decisões interlocutórias nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC, só será admitida se tal decisão não tiver sido objeto de mandado de segurança julgado em seu mérito. Nesse caso, não é correto falar-se em preclusão, porque esse fenômeno é endoprocessual e o mandado de segurança tem natureza de ação. Haverá, entretanto, coisa julgada material a respeito da questão que impedirá a reabertura de sua discussão em sede preliminar de apelação ou contrarrazões. Justamente por isso

somente o julgamento do mérito do mandado de segurança impedirá a impugnação por meio de apelação ou contrarrazões.

Há ainda um outro apontamento interessante, apesar de raro . Pode a apelação ter como objeto a impugnação meramente de uma decisão interlocutória não impugnável por agravo de instrumento? A parte foi vitoriosa e por isso não tem interesse recursal de impugnar a sentença, mas há decisão interlocutória que lhe gerou sucumbência. Pode a parte se valer da sentença apenas para impugnar tal decisão interlocutória?

O cabimento para mim é indiscutível[389], porque a apelação, conforme já exposto, deixou de ser o recurso cabível exclusivamente contra a sentença. A questão mais tormentosa diz respeito ao interesse de agir. Acredito que o mesmo interesse de agir existente no julgamento das contrarrazões quando a apelação é inadmitida resolve a questão. Inclusive o mesmo exemplo pode ser utilizado. A parte foi vitoriosa, mas sofreu multa como sanção processual durante o processo por meio de decisão interlocutória. Se não quiser depender da parte contrária para recorrer de tal decisão, poderá interpor apelação.

Imaginei até uma outra situação, essa ainda mais extravagante. Numa ação coletiva que versa sobre direito coletivo ou difuso, o réu pede a produção de determinada prova e seu pedido é indeferido por decisão interlocutória. Na sentença, o juiz julga o pedido improcedente por falta de provas, numa atitude notoriamente contraditória em razão do indeferimento prévio do pedido de prova. Nesse caso, o réu tem interesse em apelar da sentença em razão da

coisa julgada secundum eventum probationis, e assim o fazendo poderá impugnar também a decisão interlocutória que indeferiu a prova.

Mas não é nada absurdo, pelo contrário, ainda que desaconselhável na praxe forense, que o réu não encontre fundamentos para impugnar a sentença, já que realmente diante do quadro probatório no momento da prolação da sentença a improcedência por insuficiência ou ausência de prova era a solução mais adequada. Nesse caso, entendo que o réu poderia limitar sua irresignação na apelação à decisão interlocutória de indeferimento da prova.

Insisto que, na prática, o mais seguro é apelar da sentença, ainda que sem nada de inteligente a dizer contra ela, e nessa apelação impugnar a decisão interlocutória de indeferimento da prova. Mas caso o réu opte pela saída mais exótica, entendo inegável seu interesse recursal em apelar somente de tal decisão interlocutória.

71.2. PROCEDIMENTO

71.2.1. INTRODUÇÃO

A apelação é um recurso interposto perante o primeiro grau de jurisdição, ainda que o juízo sentenciante não tenha competência para seu juízo de admissibilidade (art. 1.010, § 3º, do Novo CPC). A competência tanto para a admissibilidade como para o julgamento do mérito recursal é exclusiva do tribunal de segundo grau (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal). Ainda que

o juízo de primeiro grau não tenha mais competência para o juízo de admissibilidade da apelação, sendo tal recurso interposto no primeiro grau de jurisdição, há uma procedimento bifásico, que envolve tanto o juízo a quo como o juízo ad quem.

Registre-se que no sistema recursal do CPC/1973 o juízo de primeiro grau tinha competência para fazer o juízo de admissibilidade da apelação. Essa novidade, que buscou evitar uma duplicidade do juízo de admissibilidade do primeiro e segundo graus de jurisdição, cria três graves problemas.

Se não tem mais competência para a admissão da apelação, é natural que o juízo de primeiro grau não tenha mais competência para declarar os efeitos de seu recebimento. Parece lógico que o órgão que não tem competência para receber a apelação não pode declarar os efeitos desse recebimento.

Ainda que as hipóteses de afastamento excepcional do efeito suspensivo estejam previstas em lei, não se deve descartar dúvida em determinados casos dos efeitos da apelação. E nesse caso, durante todo o trâmite do recurso em primeiro grau, haverá a indefinição a respeito de seus efeitos, que só será sanada por meio de questionamento a ser protocolado no tribunal de segundo grau, com distribuição livre e geração de prevenção do juiz, solução fundada na aplicação por analogia do art. 1.012, § 3º, I, do Novo CPC).

O segundo problema é não só a manutenção, mas a ampliação das hipóteses em que se admite o juízo de retração da sentença em razão da interposição de apelação. Enquanto no CPC/1973 era

cabível somente em apelação interposta contra sentença liminar, no Novo Código de Processo Civil será cabível nessas circunstâncias e na hipótese de recurso contra sentença terminativa, ainda que proferida após a citação do réu, nos termos do art. 485, § 7.º, do Novo CPC .

Naturalmente, o juízo de retratação só pode ser realizado após o juízo de admissibilidade, porque não pode o juiz se retratar de sua sentença sem antes receber a apelação. Afinal, apelação inadmissível não gera efeitos, inclusive a possibilidade de retratação do juiz que proferiu a sentença impugnada.

Nesse ponto, o Novo Código de Processo Civil cria um paradoxo: o primeiro juízo, de admissibilidade, é de competência exclusiva do tribunal de segundo grau, enquanto o segundo e consequencial juízo, de retratação, é de competência exclusiva do juízo de primeiro grau.

O Enunciado 293 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) afirma que “se considerar intempestiva a apelação contra sentença que indefere a petição inicial ou julga liminarmente improcedente o pedido, não pode o juízo a quo retratar-se”, dando a entender que excepcionalmente o juízo de primeiro grau poderá analisar a tempestividade recursal como condição da retratação.

Tenho extrema dificuldade em colocar a tempestividade recursal num pedestal entre os pressupostos de admissibilidade, como se ela fosse mais relevante do que os demais. Pelo que se pode compreender pelo teor do Enunciado criticado, a retratação seria cabível diante de uma apelação manifestamente deserta, mas

não de uma apelação intempestiva... O que justificaria a quebra da isonomia no tratamento dos requisitos de admissibilidade recursal?

Nas situações em que a própria lei confere competência para o juízo de primeiro grau se retratar de sua sentença diante da interposição de apelação, entendo que haja competência implícita para o juízo de admissibilidade. A competência implícita, entretanto, é parcial, limitada a um juízo positivo de admissibilidade para permitir a retratação. Não pode, portanto, deixar de receber a apelação, mesmo nos casos em que poderia se retratar de sua sentença.

Por fim, mesmo num caso de manifesta intempestividade, no qual o apelante se vale do recurso com o nítido intuito de protelar o trânsito em julgado[390], deverá ser encaminhada ao tribunal, com o que se gastará um tempo razoável, tanto pior quanto pior for o funcionamento do Judiciário local.

71.2.2. PROCEDIMENTO NO 1.º GRAU DE JURISDIÇÃO

A interposição do recurso de apelação é feita perante o próprio juízo prolator da sentença, no prazo de 15 dias, sendo aplicáveis as regras dos arts. 180 e 229 do Novo CPC, com aplicação do entendimento consagrado pela Súmula 641 do Supremo Tribunal Federal. A exceção fica por conta da apelação interposta nos procedimentos regidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), quando o prazo será de 10 dias (art. 198, II, do ECA).

O recurso pode ser interposto pelo correio, sendo considerada como data da interposição o dia da postagem, nos termos do art.

1.003, § 4º, do Novo CPC[391]. É facultada à lei de organização judiciária a utilização de protocolos integrados, também se admitindo a interposição por fax (art. 2.º da Lei 9.800/1999), desde que o original seja apresentado até cinco dias depois do término do prazo.

Segundo a previsão do art. 1.010 do Novo CPC, a petição de apelação deverá preencher quatro requisitos formais mínimos: os nomes e qualificação das partes; a exposição dos fatos e do direito; as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade e o pedido de nova decisão.

Pela própria redação do art. 1.010, caput, do Novo CPC, é possível concluir que a apelação deve ser redigida em uma só peça processual, ainda que na praxe forense seja muito mais frequente a formulação de duas peças, sendo uma de interposição, dirigida ao juízo de primeiro grau, e outra de razões recursais, dirigida ao tribunal competente[392]. O tema é de pouca importância, sendo irrelevante o recurso ser apresentado em uma ou em duas peças, uma vez que a única exigência é que as razões já sejam apresentadas no momento de interposição do recurso[393], sendo inviável a apresentação de razões recursais após a interposição do recurso em razão da preclusão consumativa.

Os requisitos formais exigidos pelo art. 1.010 do Novo CPC merecem breves considerações.

A qualificação das partes é um requisito na maior parte das vezes dispensável, uma vez que na maioria dos casos essa

qualificação já terá sido feita nos autos, até porque constitui exigência da petição inicial (art. 319, II, do Novo CPC). Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça entende que o desrespeito a essa exigência legal não gera nulidade, tratando-se de mera irregularidade[394]. A exigência de sua repetição na apelação mostra-se desnecessária, somente se justificando quando não houver tal qualificação no momento de interposição da apelação, como ocorre com o recurso de terceiro prejudicado[395].

A exigência de exposição do fato e do direito prevista no inciso II do art. 1.010 do Novo CPC é de difícil compreensão. Exatamente qual fato deve ser exposto? E de qual direito trata o dispositivo? Se o objetivo do legislador foi exigir do apelante um breve resumo do processo, poderia ter sido mais claro nesse sentido. Da forma como foi redigido o dispositivo ora comentado, a norma tende a ter sua aplicação reduzida ou até mesmo ignorada pelo apelante.

Os fundamentos de fato e de direito compõem a causa de pedir da apelação, sendo imprescindível a descrição das razões do inconformismo do apelante, sendo nesse sentido o inciso III do dispositivo ora analisado ao exigir do apelante as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade. Segundo entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, a reprodução, na apelação, dos argumentos contidos na petição inicial ou na contestação não impede, por si só, o conhecimento do recurso, bastando para que o recurso seja admitido ser possível se extrair da fundamentação recursal a irresignação da parte com a sentença prolatada.[396]

Não existe recurso sem pedido, mas, diferente do previsto no inciso IV do art. 1.010 do Novo CPC, ele nem sempre será de nova decisão. Tudo dependerá de o pedido ser de anulação, integração (art. 1.013, § 3º, III, do Novo CPC) ou de reforma da decisão, sendo que o pedido de nova decisão propriamente dito só ocorre na última hipótese[397]. Na realidade, sempre se pede uma segunda decisão, mas a decisão que anula a sentença não pode ser tecnicamente qualificada de nova decisão, já que não decide a causa, que deverá ser decidida por outra decisão (sentença ou até mesmo decisão do próprio tribunal na aplicação da teoria da causa madura). E no caso do art. 1.013, § 3º, III, do Novo CPC, o pedido será de julgamento originário de pedido não enfrentado, não havendo, portanto, pedido de nova decisão, mas de complementação da decisão impugnada.

Ausente do dispositivo legal, a indicação do tribunal que deve receber os autos do processo não é um requisito formal da apelação, sendo que a sua ausência ou mesmo a indicação errônea não gera qualquer consequência prática[398].

Uma vez interposta a apelação, o juízo sentenciante intimará o apelado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 dias. Com ou sem a resposta do réu, o processo será remetido ao tribunal de segundo grau. Caso o apelado interponha recurso de apelação adesivo em seu prazo de contrarrazões, o juízo de primeiro grau intimará a parte que interpôs a apelação de forma principal para contrarrazoar o recurso adesivo em 15 dias, remetendo o processo ao tribunal com ou sem essa resposta após o transcurso do prazo.

71.2.3. PROCEDIMENTO NO TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU

Nos termos do art. 1.011 do Novo CPC, a apelação será distribuída imediatamente a um relator, que decidirá se julgará o recurso de forma monocrática ou de forma colegiada. O art. 930, caput, do Novo CPC prevê que a distribuição será feita de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade.

Sendo hipótese de aplicação do art. 932, III, IV e V, do Novo CPC, o relator negará conhecimento, negará provimento ou dará provimento ao recurso por decisão unipessoal, recorrível por agravo interno no prazo de 15 dias. Caso entenda não ser caso de decisão monocrática o relator elaborará seu voto para julgamento do recurso pelo órgão colegiado. Nos termos do art. 934 do Novo CPC, após a elaboração do voto os autos serão apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento, ordenando a publicação da pauta no órgão oficial.

Diferente do que ocorria no procedimento da apelação previsto pelo CPC/1973, no Novo Código de Processo Civil a apelação deixa de ter revisor, de forma que o único julgador que terá contato prévio com o recurso antes da sessão de julgamento é o relator. Cada vez mais os julgamentos colegiados são na realidade o julgamento de um julgador só, com o restante do “órgão colegiado” simplesmente seguindo o relator, sem qualquer preocupação quanto ao acerto ou erro da decisão . A retirada do revisor da apelação apenas reforça essa impressão de que temos julgamentos substancialmente monocráticos e apenas formalmente colegiados.

71.3. NOVAS QUESTÕES DE FATO

Segundo autorizada doutrina, existem duas finalidades distintas que podem ser atribuídas ao recurso de apelação:

(i) o reexame integral da causa, independentemente do decidido em primeiro grau (novum iudicium); e

(ii) o controle da correção da sentença de primeiro grau (revisio prioris instantiae), sendo esse segundo sistema o adotado pelo sistema recursal pátrio.

Excepcionalmente, admite-se o novum iudicium, como se verifica na hipótese do art. 1.014 do Novo CPC, que permite à parte a alegação de novas questões de fato, desde que:

(a) não criem uma nova causa de pedir, não proposta no primeiro grau[399], e

(b) desde que o apelante prove que deixou de alegá-las por motivo de força maior.

A própria redação do dispositivo legal mostra com clareza mediana que fatos novos não se confundem com fatos supervenientes, de forma que os fatos serão novos porque ainda não foram levados à apreciação do Poder Judiciário naquele processo, ainda que tenham ocorrido – como em regra acontece – antes da prolação da sentença.

A exigência de prova da força maior, que tenha efetivamente impedido o apelante de alegar a questão de fato em primeiro grau, é condição indispensável para a aplicação do referido dispositivo legal, cabendo ao tribunal a sua análise no caso concreto. Essa exigência afasta do campo de aplicação da regra matérias que o juízo deveria ter conhecido de ofício, bem como questões de fato trazidas ao processo por sujeito que não fazia parte da demanda (recurso de terceiro prejudicado) e bem por isso não poderia ter

alegado as matérias[400]. O dispositivo legal somente trata de matérias que as partes do processo – incluído o réu revel – poderiam ter alegado e por força maior não o fizeram, o que naturalmente impediu a atuação do juízo de primeiro grau.

Segundo a melhor doutrina, existem quatro situações em que a força maior exigida pelo art. 1.014 do Novo CPC estaria presente, o que justificaria a alegação de fatos novos[401]:

(a) fatos supervenientes, ocorridos após a publicação da sentença[402];

(b) ignorância do fato pela parte, com a exigência de um motivo sério e objetivo para que a parte desconhecesse o fato;

(c) impossibilidade de a parte comunicar o fato ao seu advogado, desde que exista uma causa objetiva para justificar a omissão;

(d) impossibilidade do próprio advogado em comunicar o fato ao juízo, desde que demonstrada que a omissão foi causada por obstáculo insuperável e alheio à sua vontade.

No tocante aos fatos supervenientes, deve-se aplicar o art. 933 do Novo CPC. Segundo o dispositivo, se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida, ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada, que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de cinco dias. Os §§ 1.º e 2.º do art. 933 do Novo CPC preveem momentos da constatação do fato superveniente ou matéria apreciável ainda não decidida quando já iniciado o julgamento.

A primeira hipótese prevista é de a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, quando esta será imediatamente suspensa a

fim de que as partes se manifestem especificamente sobre a ocorrência de fato superveniente ou questão apreciável de ofício ainda não examinada.

A segunda hipótese prevista ocorre se a constatação se der em vista dos autos, quando deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.

É natural que, admitida a alegação de novas questões de fato em sede de apelação, ao tribunal seja concedida a competência para a produção de prova, porque seria flagrante cerceamento do direito da ampla defesa admitir alegação de nova questão de fato e subtrair da parte o direito à produção da prova. Tratando-se de prova documental, a produção ocorre no próprio tribunal, abrindo-se vista à parte contrária para manifestação no prazo de 15 dias (art. 437, § 1º, do Novo CPC). No caso de prova oral ou pericial, aplica-se por analogia o art. 972 do Novo CPC, delegando o tribunal sua função probatória ao juízo de primeiro grau por meio de expedição de carta de ordem[403].

71.4. JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO DA AÇÃO PELO TRIBUNAL NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO

71.4.1. INTRODUÇÃO

O art. 1.013, § 3.º, do Novo CPC prevê hipóteses em que o tribunal, após anular a sentença, julga imediatamente – novamente ou de forma originária, a depender do caso – o mérito da ação. Nos quatro incisos do dispositivo legal, portanto, sendo anulada a sentença impugnada por apelação, o processo não retornará ao primeiro grau de jurisdição, sendo a decisão de mérito que substituirá a sentença impugnada proferida pelo próprio tribunal.

Nos termos do caput do § 3º do art. 1.013 do Novo CPC o tribunal decidirá desde logo o mérito quando o processo estiver em condições de imediato julgamento, aplicando-se a chamada "teoria da causa madura", consagrada no revogado art. 515, § 3º, do CPC/1973. Essa exigência, entretanto, só tem razão de ser na hipótese prevista no inciso I do dispositivo legal, porque somente na hipótese de anulação – e não reforma, conforme incorretamente previsto – da sentença terminativa, deve se analisar no caso concreto se o processo já pode ser julgado ou se deve ser devolvido ao primeiro grau para a tomada de alguma providência antes da prolação da decisão de mérito. Nos demais incisos essa questão não se coloca, porque não há nesses casos sentença prematuramente proferida, mas sim sentença viciada proferida no momento adequado.

Anulada a sentença terminativa, porque o tribunal entendeu que o processo não deveria ter sido extinto sem a resolução do mérito, deve-se analisar se o processo está pronto para o imediato julgamento de mérito. É possível que não, como na hipótese de apelação contra sentença que indefere a petição inicial. Como é possível que esteja, do mesmo modo que na hipótese de sentença

terminativa proferida após o encerramento da fase probatória.

Essa análise, entretanto, não é necessária na hipótese de anulação de sentença de mérito viciada nos termos dos incisos III e IV do § 3º do art. 1.013 do Novo CPC. Nesses casos o processo estará sempre pronto para imediato julgamento, tanto assim que já foi julgado em seu mérito, ainda que por sentença formalmente viciada. Para essas hipóteses, portanto, a exigência prevista no caput do § 3º do art. 1.013 do Novo CPC é inócua, não sendo adequado tratar essas três hipóteses de julgamento imediato do mérito da ação pelo tribunal no julgamento da apelação com a aplicação da teoria da causa madura.

O mesmo, entretanto, não pode ser dito da hipótese prevista no art. 1.013, § 3º, II, do Novo CPC, porque tendo sido a sentença extra petita, é possível que o pedido elaborado pelo autor e não decidido pelo juiz ainda não esteja pronto para imediato julgamento. Nesse caso, o disposto no caput do dispositivo ora analisado não só tem aplicabilidade como deverá ser analisado no caso concreto pelo tribunal.

71.4.2. TEORIA DA CAUSA MADURA

Para que seja aplicada a teoria da causa madura nos termos do art. 1.013, § 3º, I, do Novo CPC, o processo deve estar em condições de imediato julgamento. Nesse caso, sendo anulada a sentença terminativa, poderá o tribunal passar ao julgamento originário do mérito da ação. Nesse caso, a sentença é anulada e não reformada como previsto no dispositivo legal ora comentando, cabendo ao tribunal, após julgar o mérito recursal, passar a julgar, de forma originária, o mérito da ação. Segundo entendimento do

Superior Tribunal de Justiça, a regra não afronta o princípio da ampla defesa, nem mesmo impede a parte de obter o pré-questionamento, o que poderá ser conseguido com a interposição de embargos de declaração[404].

É possível nesse caso se fazer uma analogia com o art. 355 do Novo CPC, ou seja, sendo hipótese de julgamento antecipado do mérito, o tribunal poderá aplicar o art. 1.013, § 3.º, I, do Novo CPC, sendo irrelevante se a demanda versa sobre questões apenas de direito ou também de fato. Não havendo provas a serem produzidas – porque são desnecessárias ou já foram produzidas –, a causa estará "madura" para julgamento, cabendo ao tribunal julgar imediatamente o mérito da demanda[405].

A aplicação da regra ora comentada se mostra dependente exclusivamente de uma circunstância: sendo anulada a sentença de primeiro grau em razão do equívoco do juiz em extinguir o processo sem a resolução do mérito, o tribunal passará ao julgamento imediato do mérito sempre que o único ato a ser praticado for a prolação de uma nova decisão a respeito do mérito da demanda. Havendo qualquer outro ato a ser praticado antes da prolação da nova decisão, o tribunal deverá devolver o processo ao primeiro grau de jurisdição. Em razão disso, é inaplicável o art. 1.013, § 3.º, I, do Novo CPC na hipótese de indeferimento da petição inicial (art. 330 do Novo CPC).

Outra interessante questão a respeito da teoria da causa madura está relacionada à possibilidade de o tribunal passar imediatamente ao julgamento do mérito da demanda após a anulação da sentença

terminativa, mesmo sem pedido expresso do apelante ou diante de pedido expresso do apelante para que não seja aplicada a regra.

Ainda que a teoria da causa madura esteja prevista como parágrafo do art. 1.013 do Novo CPC, que trata do efeito devolutivo dos recursos, parece que a sua mera colocação em tal local não é suficiente para que se defina tratar-se de uma extensão da devolução de matérias ao conhecimento do tribunal. Tal entendimento levaria à forçosa conclusão de que a vontade do recorrente seria determinante para a devolução ou não do mérito da demanda para o órgão de segundo grau, o que geraria a exigibilidade do pedido expresso do recorrente para que o tribunal aplique a teoria da causa madura[406]. Consagrada a regra do tantum devolutum quantum appellatum, somente sendo devolvida essa matéria por vontade do recorrente, poderia o tribunal reconhecê-la. Registre-se que há corrente doutrinária no sentido de que se tratando da profundidade do efeito devolutivo, dispensa-se o pedido expresso da parte[407].

Esse entendimento parte da equivocada premissa de que a norma trata de matéria afeita ao efeito devolutivo, de forma a depender da vontade do recorrente para ser aplicada. Na realidade, o objetivo da norma não é a proteção do interesse particular do recorrente, e sim a otimização do julgamento de processos, em nítido ganho de celeridade e economia processual. Ainda que se critique a forma legal para a obtenção desse objetivo, é inegável que o propósito da norma é o oferecimento de uma tutela jurisdicional em menor tempo, com o que se presume prestar-se tutela jurisdicional de melhor qualidade. O propósito da norma,

portanto, é de ordem pública, porque o seu objetivo não é a proteção do interesse das partes, mas sim o interesse na prestação de um serviço jurisdicional de melhor qualidade.

Esse entendimento, inclusive, afasta a alegação de parcela da doutrina no sentido de que a ausência de pedido expresso do recorrente, aliada ao julgamento de improcedência do pedido, geraria uma ilegal reformatio in pejus, o que não se poderia admitir. Parece não haver qualquer dúvida de que, partindo-se de uma sentença terminativa e chegando-se num acórdão de improcedência do pedido, com capacidade de fazer coisa julgada material em desfavor do autor, é natural que o recorrente terá piorado sua situação em razão do julgamento de seu próprio recurso. É natural que tenha ocorrido a reformatio in pejus, mas nenhuma ilegalidade ocorrerá nessa hipótese, considerando-se que a natureza de ordem pública da norma permite ao tribunal não só a sua aplicação de ofício, como também a piora da situação do recorrente[408]. Conforme ensina a melhor doutrina, o conhecimento de matérias de ordem pública de ofício pelo tribunal pode gerar a reformatio in pejus. Por essa razão, apesar da alocação da teoria da causa madura no art. 1.013, § 3.º, I, do Novo CPC, parece que a sua aplicação deriva do efeito translativo do recurso, e não do efeito devolutivo[409].

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a teoria da causa madura está incluída na profundidade do efeito devolutivo do recurso, e que é admissível a reformatio in pejus do apelante[410].

Conforme se nota da expressa previsão do art. 1.013, § 3.º, I, do Novo CPC, a norma diz respeito à apelação, sabidamente uma das espécies recursais. Ocorre, entretanto, que parcela considerável da doutrina entende ser a regra pertencente à teoria geral dos recursos. Dessa forma, defende-se a aplicação da regra em todo e qualquer recurso, em especial no agravo de instrumento, recurso ordinário constitucional[411] e recurso inominado nos Juizados Especiais, sem, entretanto, desprezar a priori outras espécies recursais, tais como o recurso especial e o recurso extraordinário, por mais particular que seja o caso concreto[412].

A visão ampliativa, entretanto, vem recebendo resistência dos tribunais superiores, em especial quanto à aplicação da causa madura ao recurso ordinário constitucional[413]. Também não se admitiu sua aplicação em sede de recurso especial.

71.4.3. HIPÓTESES DE NOVO JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO PELO TRIBUNAL

Nas hipóteses previstas pelos incisos II, III e IV do § 3º do art. 1.013 do Novo CPC tem-se uma sentença de mérito viciada anulada pelo julgamento da apelação com a permissão ao tribunal de, ao invés de encaminhar o processo novamente ao primeiro grau para a prolação de uma nova sentença de mérito, julgar imediatamente o mérito da ação. Trata-se de novidade sem correspondência no revogado CPC/1973.

A incongruência da sentença com os limites do pedido ou da causa de pedir é motivo de anulação da sentença pelo recurso de apelação e julgamento imediato de mérito pelo tribunal. Dessa

forma, reconhecendo o tribunal ser a sentença extra petita ou extra causa petendi, o processo não deve retornar ao primeiro grau, cabendo ao tribunal, após a anulação da sentença, julgar novamente o mérito da ação. A previsão legal contraria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça formada na vigência do CPC/1973[414].

Na hipótese de sentença ultra petita (não existe sentença ultra causa petendi) também haverá uma incongruência entre os limites do pedido e a sentença, mas nesse caso não há como se aplicar o dispositivo legal em razão da previsão de seu caput. Não haverá nesse caso decisão desde logo de mérito, porque constatando o tribunal ser a sentença ultra petita anula-se apenas a parte excedente da decisão[415].

A segunda hipótese de julgamento imediato do mérito da ação pelo tribunal no julgamento da apelação é a sentença citra petita, quando o juízo de primeiro grau deixa de decidir um ou mais dos pedidos formulados pelas partes. Nesse caso, a previsão do art. 1.013, § 3º, III, do Novo CPC, permite ao tribunal a complementação do julgamento, passando a enfrentar de forma originária os pedidos que deixaram de ser decididos em primeiro grau em razão da omissão do juiz singular. Mais uma vez a novidade legislativa contraria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema na vigência do CPC/1973[416].

As sentenças extra petita, extra causa petendi e citra petita são tratadas com a devida profundida no Capítulo 23, itens 23.6., 23.7. e 23.8.

Por fim, o inciso IV do § 3º do art. 1.013 do Novo CPC, permite o julgamento imediato do mérito da ação pelo tribunal no julgamento de apelação que anula a sentença em razão da falta de fundamentação. Nesse caso, ao invés de devolver o processo ao juízo que prolatou a sentença viciada para lhe dar uma segunda chance de proferir sentença devidamente fundamentada, o próprio tribunal anula a sentença e passa a decidir de forma fundamentada o mérito da ação. Nesse caso, o tribunal não reforma a sentença, mas a anula e profere uma nova decisão de mérito[417].

72. AGRAVO

Sumário: 72.1. Introdução – 72.2. Agravo de instrumento: 72.2.1. Cabimento; 72.2.2. Instrução do agravo de instrumento; peças processuais; 72.2.3. Informação da interposição do agravo perante o primeiro grau; 72.2.4. Procedimento – 72.3. Agravos contra decisões interlocutórias de segundo grau: 72.3.1. Agravo interno; 72.3.2. Agravo em Recurso Especial e em Recurso Extraordinário.

72.1. INTRODUÇÃO

O recurso de agravo deve ser analisado como um gênero recursal, existindo três diferentes espécies de agravo previstos no Novo Código de Processo Civil, todas com prazo de interposição de 15 dias. Contra determinadas decisões interlocutórias de primeiro grau é cabível o agravo de instrumento, sendo que as decisões interlocutórias de primeiro grau não recorríveis por tal recurso (art. 1.015 do Novo CPC) são impugnáveis como preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso (art. 1.009, § 1º, do Novo CPC). Contra as decisões monocráticas proferidas no Tribunal cabe agravo interno ou agravo em recurso especial e extraordinário, a depender da espécie de decisão.

Há ainda um recurso de agravo específico previsto no art. 15, caput, da Lei 12.016/2009 contra a decisão monocrática do relator que, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à

ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspende a eficácia da liminar ou da sentença impugnada pelo recurso cabível.

Esse agravo não se confunde com o agravo interno previsto pelo art. 1.021, do Novo CPC, porque no caso analisado a decisão monocrática não é do relator, mas do presidente do Tribunal. Além disso, há duas importantes diferenças procedimentais que não devem ser desprezadas:

(a) o agravo interno tem prazo de 15 dias (art. 1.021, § 2º, do Novo CPC) e o agravo contra decisão unipessoal do presidente no incidente de suspensão de segurança tem prazo de 5 dias (art. 15, caput, da Lei 12.016/2009);

(b) no agravo interno haverá intimação do agravado para apresentar contrarrazões e inclusão do recurso em pauta (art. 1.021, § 2º, do Novo CPC) o agravo contra decisão unipessoal do presidente no incidente de suspensão de segurança é levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

Em comparação com as espécies de agravo existentes na vigência do CPC/1973 não há mais no sistema processual o agravo retido contra decisões interlocutórios proferidas pelo juízo de primeiro grau.

Entendo que o agravo regimental deixa de existir porque não tem mais qualquer função diante da previsão do art. 1.021, caput, do Novo CPC. A partir do momento em que toda e qualquer decisão monocrática do relator passa a ser recorrível por meio do agravo interno, as previsões regimentais que preveem contra tal decisão o agravo regimental perdem sua razão de ser. Cabe aos tribunais adequarem seus regimentos internos a essa nova realidade, mantendo eventualmente apenas as previsões procedimentais a respeito dessa espécie de agravo para serem aplicadas

subsidiariamente ao procedimento do agravo interno.

Apesar de serem todos os agravos descritos espécies do mesmo gênero, tendo naturalmente pontos de contato, é imprescindível sua análise de forma individualizada, porque as particularidades processuais de cada um deles são suficientes para tornar impossível uma análise conjunta.

72.2. AGRAVO DE INSTRUMENTO

72.2.1. CABIMENTO

No novo sistema recursal criado pelo Novo Código de Processo Civil é excluído o agravo retido e o cabimento do agravo de instrumento está limitado às situações previstas em lei. O art. 1.015, caput, do Novo CPC admite o cabimento do recurso contra determinadas decisões interlocutórias, além das hipóteses previstas em lei, significando que o rol legal de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento é restritivo, mas não o rol legal, considerando a possibilidade de o próprio Código de Processo Civil, bem como leis extravagantes, previrem outras decisões interlocutórias impugnáveis pelo agravo de instrumento que não estejam estabelecidas pelo disposto legal.

O Novo Código de Processo Civil prevê o cabimento do agravo de instrumento em hipóteses não consagradas no art. 1.015 do Novo CPC, o que é plenamente admissível nos termos do inciso XIII do dispositivo, que prevê o cabimento de tal recurso em outros casos expressamente referidos em lei além daqueles consagrados de forma específica no dispositivo legal.

No art. 354, parágrafo único, do Novo CPC, há previsão de cabimento de agravo de instrumento contra decisão terminativa que diminui objetivamente a demanda e no art. 1.037, § 13, I, do Novo CPC, há previsão de cabimento de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que indeferir pedido de afastamento da suspensão do processo determinada em razão do julgamento repetitivo de recurso especial ou extraordinário

No art. 1.027, § 1º, do Novo CPC há previsão de cabimento de agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça de decisões interlocutórias proferidas nas ações internacionais, previstas pelo inciso II, "b", do mesmo dispositivo legal. Trata-se de aparente novidade porque nesse caso uma interpretação sistêmica só permitirá o agravo de instrumento nas hipóteses previstas no art. 1.015, do Novo CPC.

Há outras previsões no Novo Código de Processo Civil desnecessárias, porque preveem pontualmente o cabimento do agravo de instrumento contra decisão interlocutória em hipóteses já contempladas pelo art. 1.015 do Novo CPC. O art. 356, § 5º, do Novo CPC, prevê cabimento de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória que julgar parcialmente o mérito, em hipótese já contemplada pelo art. 1.015, II, do Novo CPC. O art. 101, caput, do Novo CPC, prevê o cabimento de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que indeferir a gratuidade ou que acolher pedido de sua revogação, em hipótese já contemplada no art. 1.015, V, do Novo CPC.

Da legislação extravagante pode ser mencionado o art. 100 da Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial e Falência), que

prevê o cabimento do agravo de instrumento da decisão que decreta a falência da sociedade empresarial, e o art. 17, § 10, da Lei 8.429/1992, que prevê o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que recebe a petição inicial em ação de improbidade administrativa.

Na aplicação do art. 1.015, XIII, do Novo CPC deve ser destacado o art. 19, § 1º, da Lei 4.717/65. Nos termos desse dispositivo, das decisões interlocutórias proferidas na ação popular é cabível agravo de instrumento. Acredito, inclusive, que por força do microssistema coletivo a norma deva ser aplicada a todos os processos coletivos e não só à ação popular. Ou seja, todas as decisões interlocutórias proferidas em ação popular, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, ação civil pública e ação de improbidade administrativa, são recorríveis por agravo de instrumento, pela aplicação conjunta dos arts. 1.015, XIII, do Novo CPC e do 19 da Lei 4.717/65 inspirada pelo microssistema coletivo.

As decisões interlocutórias que não puderem ser impugnadas pelo recurso de agravo de instrumento não se tornam irrecorríveis, o que representaria nítida ofensa ao devido processo legal. Essas decisões não precluem imediatamente, devendo ser impugnadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC.

Ainda que a doutrina aponte que a novidade tem como fundamento o princípio da oralidade, a partir do aumento das hipóteses de irrecorribilidade de decisão interlocutória em separado, a preservação dos poderes de condução do processo do juiz de

primeiro grau e a simplificação procedimental[418], entendo que a técnica legislativa utilizada não foi a mais adequada.

Num primeiro momento, duvido seriamente do acerto dessa limitação e das supostas vantagens geradas ao sistema processual. A decantada desculpa de que o agravo de instrumento é o recurso responsável pelo caos vivido na maioria de nossos tribunais de segundo grau não deve ser levada a sério. Há tribunais que funcionam e outros não, e em todos eles se julgam agravos de instrumento. Como não se pode seriamente considerar que em determinados Estados da Federação as partes interponham agravos de instrumento em número significativamente maior do que em outros, fica claro que referido recurso não é culpado pela morosidade dos tribunais de segundo grau.

E ainda que fosse, não vejo possível justificar-se o cerceamento do direito de defesa das partes com a justificativa de diminuir o trabalho dos tribunais e assim melhorar seu rendimento. Essa fórmula é flagrantemente violadora dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Os tribunais de segundo grau precisam melhorar sua performance, disso não há dúvida, mas não se pode admitir que isso ocorra às custas de direitos fundamentais das partes.

Por outro lado, as eventuais vantagens da novidade legislativa só serão reais se a impugnação da decisão interlocutória elaborada como preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso for rejeitada. Postergar para o momento de julgamento da apelação o julgamento da impugnação da decisão interlocutória é armar uma

verdadeira “bomba relógio” no processo. Não é difícil imaginar o estrago que o acolhimento da impugnação de decisão interlocutória nesse momento procedimental ocasiona ao procedimento, ao anular todos os atos praticados posteriormente à decisão interlocutória impugnada. Basta imaginar um processo no qual a prova pericial foi indeferida, a parte não pode agravar e alegou o cerceamento de defesa na apelação. Depois de longo lapso temporal, quando o tribunal de segundo grau finalmente enfrenta e julga a apelação, reconhece que houve um cerceamento de defesa. Voltam-se os autos ao primeiro grau para a produção da prova pericial, sendo no mínimo a sentença anulada. É realmente concernente com os princípios da economia processual e da duração razoável do processo tal ocorrência?

E mesmo partindo-se da premissa de que a limitação de recorribilidade das decisões interlocutórias por agravo de instrumento se justifica, o legislador deveria ter criado um rol legal exauriente de não cabimento do recurso. Pela técnica legislativa empregada, há um rol legal de cabimento do agravo de instrumento, o que faz com que decisões interlocutórias fiquem fora dessa recorribilidade sem se ter certeza se era mesmo esse o objetivo do legislador. Teria sido muito mais adequado se tivesse discriminado de forma pontual o não cabimento do agravo de instrumento em vez de prever seu cabimento.

Há decisões interlocutórias de suma importância no procedimento que não serão recorríveis por agravo de instrumento: decisão que determina a emenda da petição inicial; decisão sobre a competência absoluta ou relativa; decisões sobre prova, salvo na

hipótese de exibição de coisa ou documento (art. 1.015, VI, do Novo CPC) e na redistribuição do ônus probatório (art. 1.015, XI, do Novo CPC); decisão que indefere o negócio jurídico processual proposto pelas partes; decisão que quebra o sigilo bancário da parte etc.

Seja como for, aguarda-se a popularização do mandado de segurança, que passará a ser adotado onde atualmente se utiliza do agravo quando este tornar-se incabível. Corre-se um sério risco de se trocar seis por meia dúzia, e, o que é ainda pior, desvirtuar a nobre função do mandado de segurança. E uma eventual reação dos tribunais não admitindo mandado de segurança nesse caso será uma aberrante ofensa ao previsto no art. 5.º, II, da Lei 12.016/2009.

Para evitar que a impugnação de decisão interlocutória por mandado de segurança se popularize em demasia, a melhor doutrina vem defendendo uma interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, com utilização de raciocínio analógico para tornar recorrível por agravo de instrumento decisões interlocutórias que não estão expressamente previstas no rol legal[419]. Desde que se mantenham a razão de ser das previsões legais, sem generalizações indevidas, parece ser uma boa solução[420].

Mas mesmo essa interpretação mais ampla das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento tem uma consequência funesta: a insegurança jurídica. Basta imaginar uma parte que deixa para impugnar a decisão interlocutória na apelação ou contrarrazões e tem sua pretensão recursal rejeitada com o fundamento da

preclusão temporal por não ter agravado de instrumento contra a decisão. Até os tribunais definirem os limites dessa interpretação a insegurança jurídica imperará.

Uma forma aparentemente segura de interpretação analógica é exigir que as hipóteses de cabimento respeitem o princípio da isonomia, não sendo viável se defender a recorribilidade a depender do conteúdo positivo ou negativo da decisão. O que deve interessar é a questão decidida, e não seu acolhimento ou rejeição, seu deferimento ou indeferimento ou sua concessão ou negação.

O legislador em alguns incisos tomou esse cuidado, como se verifica no inciso IX do art. 1.015 do Novo CPC que prevê como recorrível por agravo de instrumento a decisão que admite ou que inadmite a intervenção de terceiros. O mesmo não pode ser dito dos incisos VIII e XI do dispositivo legal. Sendo a decisão que rejeita o pedido de limitação do litisconsórcio recorrível por agravo de instrumento, tal recorribilidade deve ser estendida para a decisão que acolhe tal pedido. Nesse caso, inclusive, pode-se entender que o deferimento do pedido exclui litisconsortes do processo, o que permite a aplicação do art. 1.015, VII, do Novo CPC[421]. O mesmo ocorre com a decisão de redistribuição do ônus da prova, devendo também ser recorrível por agravo de instrumento a decisão que indefere tal pedido.

Cumpre analisar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento previstas no rol exemplificativo do art. 1.015 do Novo CPC e como uma interpretação analógica pode ser feita dentro do limite do razoável.

O inciso I admite o cabimento do recurso contra as decisões sobre a tutela provisória, ou seja, qualquer decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela dessa espécie (antecipada, cautelar e da evidência). Nessa hipótese de cabimento não bastará a natureza interlocutória da decisão, importando também sua autonomia, pois, se se decidir a tutela antecipada na sentença, o recurso cabível será a apelação, nos termos do art. 1.013, § 5.º, do Novo CPC.

Uma interpretação analógica dessa hipótese de cabimento admite a conclusão pelo cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que posterga a análise do pedido de tutela provisória feito liminarmente para momento posterior, invariavelmente após a contestação[422]. Afinal, a decisão, ainda que indiretamente, versa sobre a tutela provisória. Cumpre lembrar que essa decisão se tornará ainda mais dramática no procedimento comum criado pelo Novo Código de Processo Civil, já que o réu será citado, ao menos em regra, a comparecer à audiência de conciliação e mediação, sendo apresentada a contestação apenas se for frustrada a solução consensual do conflito. O mesmo se diga da decisão que condiciona a concessão da tutela antecipada a alguma providência a ser adotada pelo autor[423].

No inciso II está a confirmação expressa e indiscutível da admissão pelo sistema da decisão interlocutória de mérito, recorrível por agravo de instrumento. Tradicionalmente, a revisão da decisão de mérito era feita pelo recurso de apelação. No Novo Código de Processo Civil caberá também agravo de instrumento na hipótese de decisão interlocutória de mérito e de julgamento

antecipado parcial de mérito.

A concomitância de duas diferentes espécies de recurso para o segundo grau cabíveis contra decisões de mérito proferidas em primeiro grau gera problemas práticos incontornáveis. A apelação tem garantias procedimentais em favor do recorrente que não existem no agravo de instrumento, justamente porque a primeira espécie recursal foi projetada para impugnar julgamento de mérito e a segunda, questões incidentais.

O Novo Código de Processo Civil diminuiu essa tradicional distinção, mas não se preocupou em adequar o agravo de instrumento quando esse recurso for utilizado como meio de impugnação de decisão de mérito. É verdade que as diferenças diminuíram, seja pela exclusão do revisor do recurso de apelação, seja pela previsão do art. 942, § 3.º, II, do Novo CPC, que expressamente admite a técnica de julgamento que substituirá os embargos infringentes para o agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

Entretanto, o trabalho foi incompleto, porque a apelação continua tendo em regra efeito suspensivo e o agravo de instrumento, não, bem como porque o art. 937 do Novo CPC não prevê o cabimento de sustentação oral no julgamento de agravo de instrumento, salvo nas hipóteses de decisões sobre tutela provisória de urgência ou da evidência. Essa disparidade de tratamento procedimental é inadmissível, pois a garantia de efeito suspensivo e o direito amplo à sustentação oral não deveriam depender da espécie de recurso, mas da matéria objeto da decisão recorrida.

A maioria dos incisos do art. 1.015 do Novo CPC trata de hipóteses em que não teria sentido e/ou utilidade a decisão ser revista em grau recursal somente no momento de julgamento da apelação. Nesse sentido, os incisos III (rejeição da alegação de convenção de arbitragem); IV (incidente de desconsideração da personalidade jurídica); V (rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação, o que inclui o deferimento parcial da gratuidade e seu parcelamento[424]); VI (exibição ou posse de documento ou coisa, na qual deve ser incluída a decisão interlocutória que determina a quebra do sigilo bancário); VII (exclusão de litisconsorte); VIII (rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio); IX (admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros); X (concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução); XI (redistribuição do ônus da prova).

No parágrafo único do dispositivo ora comentado, há previsão de cabimento de agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida na liquidação de sentença, cumprimento de sentença, processo de execução e inventário. A previsão deve ser saudada porque parte da correta premissa de que nas circunstâncias descritas dificilmente há interesse recursal contra a sentença, o que acabaria tornando a decisão interlocutória irrecorrível na prática.

O que causa certa estranheza é a inclusão no dispositivo das decisões proferidas na fase de liquidação de sentença, que por ter natureza cognitiva e gerar decisão plenamente passível de gerar interesse recursal destoa das demais situações previstas no comentado inciso. É provável que o legislador tenha imaginado que

nesse caso a decisão da liquidação continuará a ser impugnada por agravo de instrumento, ainda que não haja no Novo Código de Processo Civil uma expressa previsão nesse sentido como havia no diploma legal revogado (art. 475-H do CPC/1973).

Seja como for, ainda que com certa incongruência, a previsão não deixa margem de dúvida a respeito do cabimento do agravo de instrumento de toda decisão interlocutória proferida na execução, liquidação e inventário.

Conforme já afirmado, essa radical modificação do sistema, apesar de manter o cabimento do agravo de instrumento em situações essenciais, não deve ser aplaudida. O agravo de instrumento vem há muito tempo sendo apontado como o grande vilão da morosidade dos tribunais de segundo grau, que, abarrotados dessa espécie de recurso, não conseguem julgá-los em tempo razoável, prejudicando também o julgamento das apelações, que, sem a preferência de julgamento que têm os agravos de instrumento, demoram cada vez mais para ser julgadas.

Esse quadro, mais agudo em determinados tribunais do que em outros, resolve-se pela limitação do agravo de instrumento e fim do agravo retido.

Lamenta-se que se procure acabar com um problema pontual de alguns tribunais com a limitação de um relevante recurso, expondo a parte a ilegalidades e injustiças praticadas pelo juízo de primeiro grau. A recorribilidade somente no final do processo será um convite aos tribunais de segundo grau a fazer vista grossa a eventuais irregularidades, nulidades e injustiças ocorridas durante o

procedimento. Na realidade, os tribunais serão colocados diante de um dilema: se acolherem a preliminar de contestação ou contrarrazões, dão um tiro de morte no princípio da economia processual; se fizerem vista grossa e deixarem de acolher a preliminar pensando em preservar tal princípio, cometerão grave injustiça, porque tornarão, na prática, a decisão interlocutória irrecorrível.

72.2.2. INSTRUÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO – PEÇAS PROCESSUAIS

O nome “agravo de instrumento” indica que a peça do recurso deve ser acompanhada de um instrumento, que será formado em regra por cópias de peças já constantes dos autos principais.

Afirma-se que serão em regra peças já existentes no processo porque também é permitido ao agravante instruir o seu recurso com documentos que ainda não fazem parte dos autos principais. Tal faculdade é expressamente concedida ao agravado pelo art. 1.019, II, do Novo CPC, ao permitir a juntada de documentos novos, devendo existir a mesma faculdade ao agravante, em aplicação do princípio da isonomia processual[425]. Corrobora com o entendimento o § 5º do art. 1.017 do Novo CPC, que dispensa a juntada de cópias das peças nos autos eletrônicos e permite a juntada de novos documentos. Naturalmente que a juntada de novos documentos também poderá ocorrer em autos físicos. É certa a raridade de tal ocorrência, não havendo muito sentido no fato de o agravante deixar para juntar documento somente com a interposição do agravo, mas de qualquer forma a faculdade deve lhe ser concedida.

A indispensável instrução do agravo de instrumento leva em consideração o fato de esse recurso ser distribuído diretamente no tribunal competente para o seu julgamento, permanecendo os autos principais no primeiro grau de jurisdição. O agravo de instrumento formará novos autos, não tendo os desembargadores do tribunal de segundo grau acesso aos autos principais no julgamento do recurso. Em razão disso, torna-se necessária a formação de um instrumento que acompanhe o recurso.

Conhecer a ratio da formação do instrumento no recurso ora analisado é importante para se compreender a previsão do art. 1.017, § 5º, do Novo CPC. O dispositivo legal ora analisado prevê a dispensa das peças obrigatórias e da declaração de inexistência de documentos, admitindo que o agravante anexe outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia. Nesse caso até mesmo o nome agravo de instrumento não parece ser adequado em razão da inexistência de instrução do recurso.

Registre-se que a dispensa prevista quanto à instrução do recurso não se limita aos dois primeiros incisos do caput do art. 1.017 do Novo CPC, como equivocadamente disposto, alcançando também as peças facultativas estabelecidas no inciso III do dispositivo legal. Na realidade, dispensa-se a juntada de qualquer peça no agravo de instrumento que seja cópia de peça já existente no processo, bem como da declaração de ausência, considerando-se que, sendo eletrônicos os autos, essa consulta poderá ser feita pelo tribunal no momento de julgamento do recurso.

O tema das peças que instruirão o agravo de instrumento encontra-se previsto no art. 1.017 do Novo CPC, sendo que o

primeiro inciso indica as peças obrigatórias, o segundo a declaração de sua inexistência no caso concreto e o terceiro as peças facultativas. A doutrina e jurisprudência criaram uma terceira espécie de peça, chamadas de “peças essenciais”, que são peças indispensáveis para a exata compreensão pelo tribunal da questão colocada à sua apreciação.

As cópias das peças que instruirão o recurso, independentemente de sua natureza, dispensam a autenticação, cabendo ao advogado declarar tal autenticidade, o que naturalmente não exige do patrono a declaração individualizada de cada peça juntada, bastando uma declaração genérica no próprio corpo do agravo (art. 425, IV, do Novo CPC). Registre-se que o advogado responderá penal, civil e administrativamente (perante o órgão de classe) pela juntada de uma peça não autêntica.

Ainda que a declaração genérica venha sendo exigida em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça[426], entendo, em consonância com outros julgados do mesmo tribunal[427], que tal requisito formal é absolutamente dispensável, porque não é a declaração que torna as peças autênticas ou mesmo que possibilita a aplicação das consequências previstas em lei. A responsabilidade do advogado existe com a simples juntada de peça não autêntica, o que já é suficiente para a dispensa da exigência legal. Por cautela, entretanto, em razão da instável realidade jurisprudencial e por não exigir grande esforço do patrono, o mais seguro é fazer tal declaração[428].

Quanto às peças obrigatórias firmou-se, na vigência do

CPC/1973, jurisprudência no sentido de ser exigido do agravante que todas as peças obrigatórias acompanhem a peça das razões recursais, aplicando-se a regra da preclusão consumativa para proibir a juntada posterior[429], nem mesmo quando apresentadas dentro do prazo previsto pela lei para o recurso.

Esse entendimento jurisprudencial não tem mais como ser mantido, tendo sido duplamente afastado pelo Novo Código de Processo Civil. O art. 932, parágrafo único, do Novo CPC prevê que antes de inadmitir o recurso o relator tem o dever de intimar o recorrente para que tenha a oportunidade, no prazo de 5 dias, de complementar documentação exigível. Já é o suficiente para se afastar a preclusão consumativa diante da ausência de juntada de peça obrigatória na instrução do agravo de instrumento. Mas o legislador reforçou o entendimento ao prever no § 3º do art. 1.017 do Novo CPC que na falta da cópia de qualquer peça o relator deve aplicar o previsto no parágrafo único do art. 932 do Novo CPC, ou seja, intimar o recorrente para juntar a cópia da peça no prazo de 5 dias[430].

72.2.2.1. Peças obrigatórias

Prevê o art. 1.017, I, do Novo CPC que as peças obrigatórias são cópias da:

(i) petição inicial, peça que delimita a demanda em seus aspectos objetivos e subjetivos;

(ii) contestação, peça que materializa os fundamentos de defesa do réu e, eventualmente, até mesmo de ataque, como na hipótese da reconvenção;

(iii) petição que ensejou a decisão agravada, que auxiliará o tribunal na análise da decisão concessiva ou denegatória do pedido;

(iv) própria decisão agravada, cuja função é permitir a análise do cabimento recursal e possibilitar ao tribunal conhecer as razões da decisão, condição indispensável para decidir se o agravante tem ou não razão em sua irresignação;

(v) certidão de intimação da decisão recorrida, ou outro documento oficial que comprove a tempestividade recursal;

(vi) procuração do agravante; e

(vii) procuração do agravado, ambas referentes à regularidade da representação das partes;

(viii) comprovante de recolhimento do preparo recursal e do porte de remessa e de retorno (art. 1.017, § 1º do Novo CPC).

É óbvio que as peças obrigatórias só se tornam obrigatórias se existirem no caso concreto, porque não se pode obrigar a juntada de peças que não compõem os autos principais no momento de interposição do recurso[431]. Assim, se uma das partes é a Fazenda Pública ou o Ministério Público, não há que falar na juntada de sua procuração, que não existe, bem como na hipótese de indeferimento liminar de pedido de tutela de urgência, quando o réu ainda não terá sido citado e inexistente naquele momento a sua procuração e sua contestação. O mesmo se diga da inexistência da petição que ensejou a decisão recorrida na hipótese de prolação de decisão de ofício pelo juiz.

A eventual ausência de peça obrigatória deve ser declarada pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal (art. 1.017, II, do Novo CPC). Ainda que o CPC/1973 não tivesse norma nesse sentido, na praxe forense era comum tal declaração para justificar a não juntada de cópia de uma peça que a lei previa como obrigatória. O que já era comumente feito passa a ser um requisito formal do agravo de instrumento, sendo seu

descumprimento causa para a aplicação do art. 1.017, § 3º, do Novo CPC.

No tocante à exigência legal referente à cópia da certidão de intimação da decisão recorrida, observa-se saudável aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. A ausência de cópia da certidão da intimação não gera o não conhecimento do recurso se for possível por outra maneira provar a tempestividade recursal, em especial se entre a data da publicação da decisão e a da interposição do recurso não tiverem decorrido 10 dias[432].

As procurações também poderão ser dispensadas na hipótese de outra peça demonstrar a regular representação de agravado e agravante, havendo decisão do Superior Tribunal de Justiça que afirma bastar a juntada de procuração que, à época da interposição do agravo, era eficaz em comprovar que o agravante tinha poderes para recorrer[433]. Esse entendimento, entretanto, foi infelizmente superado pela Corte Especial, prevalecendo a tese de que a regularidade formal do recurso depende da juntada de toda a cadeia de procurações e substabelecimentos[434].

A consequência processual da ausência de peça obrigatória na instrução do agravo é a intimação do agravante para a juntada da peça em 5 dias, devendo ser o recurso inadmitido se o recorrente não cumprir tal diligência.

72.2.2.2. Peças facultativas

Segundo o art. 1.017, III, do Novo CPC, as peças facultativas são todas aquelas que o agravante reputar úteis ao acolhimento de

sua pretensão recursal. Naturalmente dependerá do caso concreto e da tática procedimental adotada pelo patrono do agravante a determinação de quais serão no caso concreto tais peças. A permissão legal é ampla, permitindo-se a juntada de todas as peças que de alguma forma auxiliem o agravante a convencer os desembargadores de suas argumentações recursais. São peças, portanto, que de alguma forma auxiliam o agravante em seu intento de obter o provimento do agravo.

A ausência de juntada dessa espécie de peça não gera consequências tão drásticas como no caso das peças obrigatórias, entendendo-se que a melhora que o agravante poderia obter com a juntada não se verificará no caso concreto. Acredito que, ainda assim, e não constituído qualquer vício formal do recurso, é perfeitamente possível ao agravante conseguir o provimento do recurso mesmo sem a juntada dessas peças. Certamente será mais fácil sua vitória se o tribunal tiver acesso a elas, porque o dispositivo legal menciona que as peças facultativas são peças úteis. Ocorre, entretanto, que, mesmo sem acesso às informações contidas nessas peças, poderá o agravante se sagrar vitorioso, ainda que com maior sacrifício e esforço.

72.2.2.3. Peças essenciais

Entre as peças facultativas, existem aquelas que não são somente úteis à pretensão do agravante, mas constituem pressuposto indispensável para que o tribunal consiga entender a questão que deverá enfrentar no julgamento do recurso. Deve-se recordar que os desembargadores não têm acesso aos autos principais durante o julgamento do agravo de instrumento, de forma

que, dependendo do caso concreto, determinadas peças, apesar de não serem obrigatórias em razão de expressa previsão legal, se prestam a dotar o tribunal do conhecimento mínimo a respeito do que estarão julgando no agravo. Sem a juntada de tais peças, o tribunal simplesmente não reunirá condições mínimas de entender a questão que lhe foi colocada à apreciação, ou não terá informações mínimas suficientes para analisar o pedido do agravante.

> Edison, representado pelo melhor escritório da cidade, ingressa com demanda judicial de revisão contratual de um contrato de leasing de um Audi A8, e na petição inicial pleiteia liminarmente a concessão dos benefícios da assistência judiciária. O pedido é indeferido pelo juiz em razão das mostras de riqueza contidas na petição inicial. Edison, inconformado, ingressa com agravo de instrumento, no qual cumpre todas as exigências do art. 1.017, I, do Novo CPC. Como peças facultativas, junta a petição inicial e cópia do contrato, deixando, entretanto, de juntar a cópia da declaração de pobreza. Essa peça, no caso concreto, é essencial para que o tribunal enfrente o mérito recursal, de forma que a sua ausência gerará o não conhecimento do agravo de instrumento.

O Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC/1973 pacificou o entendimento de que a ausência dessa espécie de peça gera o não conhecimento do agravo de instrumento, por sua inadmissibilidade[435], afirmando que a sua ausência torna o recurso inepto. A jurisprudência entende que o efeito da ausência de uma peça obrigatória prevista em lei é o mesmo de uma peça essencial à compreensão do recurso.

Ainda que se admita a coerência do entendimento, penso se tratar de admissibilidades diferentes. Na hipótese de ausência de

peça obrigatória, o tribunal não chega nem ao menos a analisar as razões recursais, sendo permitido ao próprio relator, monocraticamente, negar conhecimento ao recurso por ser manifestamente inadmissível. Esse controle, inclusive, pode ser feito pelo cartório judicial, como efetivamente ocorre no caso concreto, sob a supervisão do relator, legitimado a proferir a decisão monocrática.

Entendo que na hipótese de ausência de peça essencial as coisas não devem proceder dessa maneira. Primeiro porque o tribunal, ainda que somente por meio do relator, obrigatoriamente analisará as razões recursais para concluir pela ausência de peça essencial. Por outro lado, o tribunal pode perfeitamente sair de seu estado de incerteza e incompreensão com o acréscimo aos autos das contrarrazões do agravado (ainda que de forma inadvertida junta a peça essencial faltante), ou até mesmo pela eventual manifestação do Ministério Público, nos processos em que funcionar como fiscal da ordem jurídica. Assim, ainda que se possa admitir a inépcia do agravo de instrumento, trata-se de vício que poderá ser convalidado pelos outros sujeitos processuais que participam do recurso. Ainda que a ausência de peça essencial leve ao não conhecimento do recurso, entendo que essa decisão nunca deverá ser proferida de forma liminar (art. 1.019, caput, do Novo CPC), cabendo ao relator sempre dar andamento ao agravo até que o mesmo esteja preparado para julgamento.

Por fim, é importante ressaltar que a análise de quais são as peças obrigatórias é feita de maneira objetiva, bastando conhecer o art. 1.017, I, do Novo CPC. O mesmo, entretanto, não ocorre com

as peças essenciais, porque, a depender do caso concreto, não é incorreto concluir que, ao menos em determinadas situações, a definição do que seja essencial exige uma análise subjetiva.

Como já defendido quanto à ausência de juntada de cópia de peça obrigatória, também na peça essencial deve ser aplicável o art. 1.017, § 3º, do Novo CPC. Dessa forma, o não conhecimento do recurso depende da intimação prévia do agravante e da concessão a ele de um prazo de 5 dias para a juntada das peças que o relator – ou mais raramente o órgão colegiado – entender como essenciais à compreensão da controvérsia.

72.2.3. INFORMAÇÃO DA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO PERANTE O PRIMEIRO GRAU

Estabelece o art. 1.018, caput, do Novo CPC que o agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso. É desnecessário juntar cópias de tais documentos, considerando-se que eles já estarão nos autos principais, mas, na excepcional hipótese de juntada de documento novo com o agravo de instrumento, é imprescindível a juntada de cópia no primeiro grau[436]. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já decidiu que a não juntada aos autos de tais documentos não leva à inadmissão do recurso[437].

Já houve muita divergência a respeito de ser um ônus ou mera faculdade do agravante tal informação, com posição ambígua inclusive do Superior Tribunal de Justiça. Atualmente, a questão

encontra-se pacificada em razão da expressa previsão legal do art. 1.018, § 3º, do Novo CPC, que prevê a inadmissão do recurso se o descumprimento da exigência legal de informação for alegado e provado pelo agravado. Trata-se, portanto, de um ônus imperfeito, só gerando a situação de desvantagem ao agravante no caso concreto na hipótese de alegação e comprovação da não informação no prazo legal pelo agravado.

A exigência de alegação pelo agravado cria um peculiar pressuposto de admissibilidade dependente de manifestação da parte, porque em regra tal matéria é de ordem pública, permitindo ao órgão jurisdicional a sua análise independentemente de provocação[438]. A informação do descumprimento da exigência legal está irremediavelmente atrelada à expressa manifestação do agravado, sendo que ainda que o tribunal tome conhecimento do não cumprimento do ato previsto no art. 1.018, caput, do Novo CPC, não poderá negar a admissibilidade do recurso na hipótese de o agravado não ter informado ao tribunal tal descumprimento. Justamente por não ser tratado como matéria de ordem pública, condiciona-se temporalmente a alegação do descumprimento da informação, cabendo ao agravado informar o tribunal até o esgotamento do prazo das contrarrazões[439], ou no primeiro momento em que falar nos autos[440].

É inegável que o ato de informar o tribunal tem como legitimado exclusivo o agravado, mas não se pode afirmar o mesmo do ato de produzir a prova do descumprimento, que poderá ser praticado por qualquer um dos sujeitos processuais. Essa conclusão é fundada no princípio da comunhão das provas, ou seja, a prova

produzida, independentemente de quem foi o responsável por sua produção, passa a ser uma prova do processo, gerando efeitos para todos os sujeitos processuais[441].

Na vigência do CPC/1973 o exemplo clássico de prova não produzida pelo agravado, mas admitida para fundamentar o não conhecimento do agravo de instrumento, eram as informações prestadas pelo juízo de primeiro grau. Como o Novo Código de Processo Civil não prevê mais prestação de informações em sede de agravo de instrumento, a possibilidade dessa prova ser produzida por outro sujeito que não o agravado passa ao plano da teratologia. Será o caso do agravante demonstrar o descumprimento da exigência legal (naturalmente de forma inadvertida, porque conscientemente não terá interesse na produção de tal prova), ou ainda um litisconsorte no processo que não faça parte do recurso e nele ingresse voluntariamente apenas para alegar o descumprimento da exigência prevista no art. 1.018, caput, do Novo CPC.

O agravado – indiscutivelmente o maior interessado na produção da prova – tem duas formas de comprovar junto ao tribunal o descumprimento da exigência legal:

(a) não havendo qualquer informação nos autos principais, o fará por meio de certidão a ser obtida junto ao cartório judicial ou à secretaria, e

(b) havendo informação intempestiva, a prova será produzida de maneira ainda mais simples: com a mera juntada da cópia da peça da informação.

O disposto no § 2º do art. 1.018 do Novo CPC é intrigante. Segundo o dispositivo legal, não sendo eletrônicos os autos, o agravante tomará a providência ora analisada no prazo de 3 dias a

contar da interposição do agravo de instrumento. A sofrível redação não permite uma conclusão segura: nos autos eletrônicos é dispensada a informação em primeiro grau ou ela continua a existir, mas não é necessário se respeitar o prazo previsto no dispositivo?

Numa interpretação literal dá-se a entender que a dispensa é apenas quanto ao prazo legal, mas nesse caso questiona-se qual seria o prazo no caso concreto? E que lógica teria se tratar de forma distinta, em termos de prazo, autos físicos e eletrônicos? Parece mais adequada a conclusão no sentido de dispensa da informação em primeiro grau da interposição do agravo de instrumento nos autos eletrônicos, porque nesse caso não haverá qualquer dificuldade do agravado em acessar a peça recursal para elaborar suas contrarrazões.

72.2.4. PROCEDIMENTO

72.2.4.1. Propositura

O recurso de agravo de instrumento tem o prazo geral de 15 dias (art. 1.003, § 5º, do Novo CPC), sendo de competência do tribunal de segundo grau (Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal).

O § 2º do art. 1.017 do Novo CPC prevê exemplificativamente quatro formas de interposição do agravo de instrumento. Pode ser protocolado diretamente no tribunal competente para julgá-lo, na própria comarca, seção ou subseção judiciária em que tramita o processo em primeiro grau, por postagem, sob registro, com aviso de recebimento e por transmissão de dados tipo fac-símile, nos termos da lei ou em outra forma prevista em lei. Nos termos do § 4º

do art. 1.017 do Novo CPC sendo o recurso interposto por sistema fac-símile ou similar, as peças devem ser juntadas no momento do protocolo da petição original, já sendo esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC/1973 mesmo sem previsão expressa a respeito.

O dado mais interessante é a possibilidade de o agravante se valer do protocolo de primeiro grau onde tramita o processo, o que certamente facilitará o trabalho dos advogados que militam distantes da sede dos tribunais de segundo grau. Cria-se, portanto, um protocolo integrado entre primeiro e segundo grau para fins de interposição de agravo de instrumento. Naturalmente que, se houver pedido de tutela de urgência, tal protocolo não será a forma mais eficaz de interposição do recurso, pois, por mais diligente que seja o primeiro grau na remessa dos autos do recurso, o tempo de remessa pode ser incompatível com a urgência da pretensão. Nesse caso, o ideal é a parte se valer das outras formas de interposição.

72.2.4.2. Distribuição

O agravo de instrumento, independentemente de sua forma de interposição, será distribuído imediatamente a um relator no tribunal competente para seu julgamento. Na ausência de um prazo previsto especificamente pela lei, afirma-se razoável a distribuição em 48 horas[442], sendo razoável supor que, havendo pedido de tutela de urgência, o cartório distribuidor seja ainda mais hábil. A previsão expressa de distribuição imediata do recurso demonstra, como em outras passagens do art. 1.019 do Novo CPC, a preocupação do legislador para que o agravo de instrumento tenha um julgamento o mais célere possível.

72.2.4.3. Negativa de seguimento liminar

Após a distribuição do agravo de instrumento, o relator poderá, como primeira medida, negar seguimento ao recurso de forma monocrática, desde que presente uma ou mais das situações previstas pelos incisos III e IV do art. 932 do Novo CPC. A decisão unipessoal do relator pode ter como objeto a negativa de conhecimento (juízo de admissibilidade), prevista no inciso III do art. 932 do Novo CPC, como o não provimento do recurso (juízo de mérito), previsto no inciso IV do art. 932 do Novo CPC. Essa decisão monocrática, que coloca fim ao agravo de instrumento, é recorrível por agravo interno para o órgão colegiado no prazo de 15 dias, nos termos do art. 1.021 do Novo CPC.

A decisão monocrática liminar do relator evidentemente se limita à negativa de seguimento do recurso, como expressamente previsto em lei, porque, embora também possa como relator dar monocraticamente provimento a recurso interposto contra decisão que tenha fundamento contrário a súmula do tribunal competente ou superior, a acórdão proferido em julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivos e a entendimento firmado em IRDR ou de assunção de competência, não se admite que tal decisão seja proferida liminarmente[443]. A negativa de seguimento somente beneficia o agravado, de forma a ser dispensada a sua intimação, mas no provimento do recurso a ausência dessa intimação ofende o princípio do contraditório, o que somente se permite se o agravado ainda não fizer parte da relação jurídica processual. É nesse sentido a previsão do art. 932, V, caput, do Novo CPC, ao admitir o julgamento monocrático contra o recorrido apenas após ser facultada a apresentação de contrarrazões.

72.2.4.4. Tutela de urgência

Não sendo o caso de negativa de seguimento liminar o relator analisará o pedido de tutela de urgência, desde que haja pedido expresso nesse sentido, sendo vedada sua concessão de ofício[444]. Não há preclusão para o pedido de tutela de urgência, que pode ser feito a qualquer momento do recurso até seu julgamento[445], mas, tendo sido feito na própria peça de agravo de instrumento, o ideal é que o relator decida liminarmente, não obstante também não ocorrer preclusão para o juiz. É possível, desde que não prejudique a urgência do pedido, que o relator não decida monocraticamente, formando o órgão colegiado para a prolação dessa decisão[446], o que, entretanto, raramente ocorre na praxe forense.

Existem duas espécies de tutela de urgência que podem ser pedidas no agravo de instrumento: o pedido de efeito suspensivo e a tutela antecipada, que poderá ser total ou parcial.

O efeito suspensivo caberá sempre que a decisão impugnada tiver conteúdo positivo, ou seja, ser uma decisão que concede, acolhe, defere alguma espécie de tutela. Nesse caso, a decisão positiva gera efeitos práticos, sendo permitido ao agravante pedir que tais efeitos sejam suspensos até o julgamento do agravo de instrumento. Tratando-se de efeito suspensivo ope judicis (impróprio), não basta o mero pedido do agravante, sendo indispensável o preenchimento dos requisitos previstos pelo art. 995, parágrafo único, do Novo CPC: probabilidade de provimento do recurso, ou seja, a aparência de razão do agravante, e o perigo de risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, demonstrada sempre que o agravante convencer o relator de que a

espera do julgamento do agravo de instrumento poderá gerar o perecimento de seu direito.

Tratando-se de decisão de conteúdo negativo – ou seja, que indefere, rejeita, não concede a tutela pretendida –, o pedido de efeito suspensivo será inútil, simplesmente porque não existem efeitos a serem suspensos, considerando que essa espécie de decisão simplesmente mantém o status quo ante[447]. Com a concessão da tutela de urgência nesse caso, o agravante pretende obter liminarmente do relator exatamente aquilo que lhe foi negado no primeiro grau de jurisdição. Em virtude de uma omissão legislativa contida na previsão original do agravo de instrumento, parte da doutrina passou a chamar esse pedido de tutela de urgência de "efeito ativo", nomenclatura logo acolhida pela jurisprudência. Ainda que tenha cumprido importante papel no passado, a partir do momento em que a omissão legislativa desapareceu, não há mais qualquer sentido na utilização dos termos "efeito ativo", lamentando-se sua atual utilização pelos tribunais superiores[448].

O art. 1.019, I, do Novo CPC, seguindo a tradição inaugurada pelo art. 527, III, do CPC/1973, indica exatamente do que se trata: tutela antecipada do agravo, porque, se o agravante pretende obter de forma liminar o que lhe foi negado em primeiro grau de jurisdição, será exatamente esse o objeto do agravo de instrumento (seu pedido de tutela definitiva). Tratando-se de genuína tutela antecipada, caberá ao agravante demonstrar o preenchimento dos requisitos do art. 300 do Novo CPC:

(a) a demonstração da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do

direito, e

(b) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (no caso específico do agravo de instrumento o que interessa é a preservação da utilidade do próprio recurso).

> Em demanda movida por João contra Olga, o juiz determina a emenda da inicial no prazo de 15 dias “sob pena” de indeferimento. Inconformado, João ingressa com agravo de instrumento, mas por razões lógicas tem que suspender o prazo concedido pelo juiz imediatamente, porque sem tal suspensão o juiz poderá extinguir o processo pelo indeferimento da petição inicial antes do julgamento do agravo de instrumento. Nesse caso, caberá o pedido de efeito suspensivo, impedindo-se que a decisão gere seus efeitos até o julgamento do recurso. Nelson ingressa com demanda e pede a concessão de tutela antecipada para que seu nome seja imediatamente retirado do Serasa, sendo indeferido tal pedido. Interposto o agravo de instrumento, a concessão de efeito suspensivo suspenderia a decisão de indeferimento, o que manteria o nome de Nelson no cadastro dos inadimplentes, mostrando-se inútil tal pedido. Para obter a imediata retirada de seu nome do Serasa, deve pedir ao relator a concessão de tutela antecipada no agravo, antecipando os feitos práticos do futuro e eventual provimento do recurso.

A decisão que trata – deferindo ou negando – da tutela de urgência é recorrível por agravo interno no prazo de 15 dias, nos termos do art. 1.021 do Novo CPC.

Apesar de o art. 1.019, I, do Novo CPC permitir ao relator decidir monocraticamente o pedido de tutela de urgência no agravo de instrumento, o órgão competente para tal julgamento é o órgão colegiado, que apenas delega esse poder de legitimamente decidir ao relator. É, portanto, possível que o pedido seja resolvido por uma decisão colegiada, bastando para tanto que o relator o leve à sessão

de julgamento. Nessa hipótese, o Superior Tribunal de Justiça entende ser incabível o recurso especial contra o acórdão, porque tal decisão não será de única e nem de última instância, já que o agravo de instrumento ainda deverá ser julgado em seu mérito[449].

72.2.4.5. Intimação do agravo para a apresentação de contrarrazões

O inciso II do art. 1.019 do Novo CPC prevê que a intimação do agravado se dará pelo Diário da Justiça ou por carta com aviso de recebimento dirigida ao seu advogado, formas já previstas no revogado art. 527, V, do CPC/1973. Não deixa de ser curiosa a omissão do dispositivo legal na indicação de quais situações exigirão uma ou a outra forma de intimação. Entendo que sendo possível a forma mais simples, que é a intimação por publicação do Diário Oficial, não se justifica a intimação pessoal na pessoa do advogado do agravado. Há comarcas, entretanto, cujo expediente forense não é divulgado no Diário Oficial, devendo somente nesse caso ocorrer a intimação do agravado por carta com aviso de recebimento dirigida a seu advogado.

Questão interessante diz respeito à intimação do agravado que ainda não foi citado (p. ex., recurso interposto contra decisão proferida inaudita altera partes), hipótese na qual será impossível a intimação na pessoa do advogado, seja por publicação no diário oficial, seja por ofício, simplesmente porque ainda não há advogado constituído nos autos. Para parcela da doutrina, a ausência do réu não justifica o sacrifício do princípio constitucional do contraditório, de forma que a intimação continuará a ser indispensável, devendo ocorrer na pessoa do próprio agravado, por

correio (por meio de carta com aviso de recebimento), oficial de justiça ou edital, conforme as exigências do caso concreto[450].

Prefiro o entendimento que defende a dispensa de intimação do agravado nesse caso[451], porque a sua integração à relação jurídica processual deve se dar por meio da citação, e não de intimação para responder ao agravo de instrumento. Por outro lado, as presumíveis dificuldades na localização pessoal do agravado conflitam com o claro objetivo do legislador de rápida solução do agravo de instrumento. Entendo que não cabe a crítica a esse entendimento de que o agravado seria seriamente prejudicado com o afastamento do contraditório, porque da decisão do agravo de instrumento caberia somente recurso especial e/ou recurso extraordinário, recursos de fundamentação vinculada e que devolvem aos tribunais superiores somente questões de direito. O agravado, justamente por não ter participado do julgamento do agravo de instrumento, poderá provocar o juízo de primeiro grau ao ingressar no processo a se manifestar sobre o objeto tratado nesse recurso, trazendo inclusive novos elementos para nortear uma nova decisão. Indeferido o pedido, ainda poderá se socorrer do agravo de instrumento fazendo a questão retornar ao conhecimento do tribunal.

A polêmica está resolvida pelo inciso II do art. 1.019 do Novo CPC, que expressamente determina a intimação pessoal do agravado sem procurador constituído, circunstância que só pode ocorrer quando o agravado for o réu do processo, uma vez que a ausência de advogado do autor levaria à extinção do processo sem resolução de mérito. Imagino duas situações possíveis para o

réu/agravado não ter advogado constituído nos autos: revelia e recurso interposto contra decisão proferida liminarmente, antes, portanto, da citação do réu e sua consequente integração ao processo.

Na primeira hipótese, apesar de não existir no Novo Código de Processo Civil regra expressa sobre a dispensa de intimação, a interpretação do art. 346 do Novo CPC é nesse sentido. Resta então a segunda hipótese, devendo ser intimado para contrarrazoar o agravo de instrumento o réu/agravado que ainda não foi citado em primeiro grau.

A intimação em segundo grau para um agravado que ainda não foi integrado ao polo passivo do processo pela citação cria um interessante questionamento. Essa intimação dispensa a citação em primeiro grau? Ou ainda que intimado a citação continua a ser indispensável à validade do processo, nos termos do art. 239, caput, do Novo CPC? A intimação não integra coercitivamente o réu ao processo, o que só pode ser feito pela citação.

Ainda que a intimação não se confunda com a citação, a verdade é que se o agravado, devidamente intimado, apresentar contrarrazões ao agravo de instrumento, terá se integrado ao processo voluntariamente, sendo a partir desse momento dispensável a citação. Trata-se de uma situação em que resta escancarada a inaplicabilidade da regra consagrada no art. 239, § 1º, do Novo CPC.

Nos termos do dispositivo legal, o réu que comparece espontaneamente dispensa a citação, fluindo a partir dessa data seu

prazo para contestação. Ocorre, entretanto, que o réu, ao menos em regra, não é mais citado para contestar, mas para comparecer à audiência de conciliação e mediação, não tendo qualquer sentido que as contrarrazões do réu em agravo interpostas contra decisão liminarmente proferida deem início à contagem de prazo para a contestação, o que representaria uma indesejável inversão na prática dos atos processuais do procedimento comum.

Conclusivamente, o réu ainda não citado será intimado e, comparecendo ao processo para apresentar contrarrazões ao agravo de instrumento, dispensará a citação em primeiro grau, mas continuará a ser necessária sua intimação para comparecer à audiência de conciliação e mediação.

Após sua intimação, o agravado em suas contrarrazões a serem protocoladas no prazo de 15 dias, poderá juntar cópias das peças já constantes dos autos principais que entender úteis para a sua argumentação defensiva, bem como novos documentos. Nesse caso, o juiz deverá abrir prazo de 15 dias (art. 437, § 1º, do Novo CPC) para que o agravante sobre eles se manifeste, em respeito ao princípio do contraditório[452].

72.2.4.6. Oitiva do Ministério Público

A última providência antes do julgamento do agravo de instrumento é a intimação, preferencialmente por meio eletrônico, do Ministério Público para que se manifeste no prazo de 15 dias. Naturalmente que essa providência somente se justifica se o Ministério Público participar do processo como sujeito processual, porque a sua manifestação nesse recurso nem sempre é obrigatória.

Também não basta para que se verifique essa providência que o Ministério Público participe do processo, porque figurando o parquet no polo ativo ou passivo da relação jurídica processual será agravante ou agravado, e nesse caso já terá se manifestado no recurso, seja recorrendo ou contra-arrazoando. A providência, portanto, se limita aos processos nos quais o Ministério Público figurar como fiscal da ordem jurídica.

72.2.4.7. Julgamento do agravo

Ultimadas as providências previstas pelo art. 1.019 do Novo CPC, naquilo que for cabível no caso concreto, o art. 1.020 do Novo CPC determina que o relator solicitará dia para julgamento no prazo não superior a 1 mês da intimação do agravado. A norma demonstra o desejo do legislador de que o agravo seja rapidamente julgado, mas nesse caso parece existir um exagero. Considerando que depois da intimação do agravado, que lhe concede 15 dias para contra-arrazoar – podendo esse prazo ser dobrado na hipótese do art. 229 do Novo CPC –, ainda será necessária em alguns casos a oitiva do Ministério Público em 15 dias, é possível que, ultimadas as providências do art. 1.019 do Novo CPC, já tenha decorrido o prazo previsto pelo artigo legal ora comentado.

Apesar do exagero do legislador, que deveria indicar um prazo com termo inicial no momento em que estiverem realizadas as providências do art. 1.019 do Novo CPC, quando o agravo estará pronto para julgamento[453], a questão não suscita reflexos práticos, já que se trata de prazo impróprio. Em respeito ao princípio do contraditório as partes serão intimadas da inclusão do recurso em pauta[454].

72.2.4.8. Agravo de instrumento pendente de julgamento e prolação de sentença

O recurso de agravo de instrumento não tem em regra efeito suspensivo, de forma que o procedimento do processo principal não será suspenso em razão da interposição do agravo de instrumento, salvo nos casos de concessão de efeito suspensivo (art. 1.019, I, do Novo CPC). Assim sendo, é possível a prolação de sentença enquanto o agravo de instrumento ainda estiver pendente de julgamento, podendo-se questionar qual o destino que terá esse recurso que ainda aguarda julgamento no tribunal. A resposta a essa questão depende da natureza da decisão interlocutória recorrida por agravo de instrumento e também do fato de a sentença ter ou não transitado em julgado.

Tratando-se de decisão interlocutória que tenha como objeto uma tutela de urgência, sendo proferida a sentença, a decisão interlocutória será imediatamente substituída pela sentença que, ao conceder a tutela definitiva, substitui a tutela provisória. Havendo recurso de agravo de instrumento pendente de julgamento no tribunal, o relator deverá monocraticamente não conhecer o recurso, por perda superveniente de objeto (recurso prejudicado)[455]. Essa substituição da decisão interlocutória pela sentença é imediata, ocorrendo no exato momento em que a sentença torna-se pública, independentemente do trânsito em julgado ou da interposição de apelação.

É preciso consignar, entretanto, que já houve entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a prolação de sentença de procedência não seria capaz de tornar prejudicado o

agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória de deferimento do pedido de tutela de urgência. A superveniência da sentença de procedência do pedido não tornaria prejudicado o recurso interposto contra a decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, porque a aludida tutela não antecipa simplesmente a sentença de mérito, mas antecipa a própria execução dessa sentença que, por si só, não produziria os efeitos que irradiam da tutela antecipada[456].

Esse entendimento, entretanto, está superado pelo Superior Tribunal de Justiça, que entende pela perda de objeto do agravo de instrumento independentemente de a sentença ser de procedência ou de improcedência do pedido. O que interessa é a decisão de cognição exauriente substituindo a decisão de cognição sumária[457].

Tratando a decisão interlocutória de outra matéria que não a tutela de urgência, parece não existir maior dúvida na doutrina que, sendo interposto o recurso de apelação contra a sentença, o agravo de instrumento ainda pendente de julgamento em nada será afetado, devendo ser julgado normalmente e sempre antes da apelação (art. 946 do Novo CPC). A discordância fica por conta da consequência processual a atingir o agravo pendente de julgamento no caso de não interposição da apelação.

Parcela da doutrina entende que nesse caso o recurso de agravo de instrumento ainda pendente de julgamento perde o objeto, porque, sem o ingresso da apelação contra a sentença, verifica-se no processo o trânsito em julgado da decisão, o que significa dizer que aquela demanda – ou aquela fase procedimental

na ação sincrética – chegou ao fim, não sendo possível admitir que um recurso interposto em demanda que chegou ao seu fim possa ser julgado[458]. Por outro lado, um eventual provimento do agravo de instrumento poderia atingir a sentença, anulando-a, o que permitiria ao agravo de instrumento desconstituir decisão transitada em julgada, que sendo de mérito faz coisa julgada material. Alega-se que o agravo de instrumento não pode atuar como verdadeira ação rescisória.

Não concordo com essa parcela da doutrina porque acredito que partem de uma premissa equivocada. É correta a afirmação de que o agravo de instrumento não pode afastar a coisa julgada material, tarefa exclusiva da ação rescisória e da ação de querela nullitatis. Também tem lógica a afirmação de que, estando a demanda extinta em razão do trânsito em julgado, não é possível que atos processuais continuem a ser praticados, pois a demanda já estará encerrada. Ocorre, entretanto, que excepcionalmente a ausência de apelação contra a sentença não produz o trânsito em julgado imediatamente, sendo possível que a pendência de providências na demanda suspenda o trânsito em julgado até que sejam efetivamente tomadas.

Como visto, o efeito principal de qualquer recurso é impedir a preclusão da decisão, sendo que no caso da apelação será impedir o trânsito em julgado da sentença. A consequência natural da não interposição da apelação é o trânsito em julgado, mas não se pode desconsiderar que o sistema processual já possui fenômeno processual que impede o trânsito em julgado ainda que a sentença não tenha sido objeto de apelação. Trata-se do reexame necessário

(art. 496 do Novo CPC), entendido de forma unânime pela doutrina como causa suspensiva do trânsito em julgado. Sendo aplicável ao caso concreto o reexame necessário, apesar de a sentença não ter sido recorrida, não há trânsito em julgado.

Da mesma forma deve ocorrer com o agravo de instrumento pendente de julgamento diante de sentença não recorrida. O trânsito em julgado (e a consequente coisa julgada material no caso de sentença de mérito) fica suspenso até que seja tomada a providência pendente, no caso, o julgamento do agravo de instrumento[459]. No caso de o agravo de instrumento não ser conhecido ou ser negado o seu provimento, a sentença imediatamente transita em julgado, considerando que a causa suspensiva desaparece. Sendo o recurso provido e tendo como consequência desse provimento a anulação da sentença, não haverá qualquer ofensa à correta tese de que agravo de instrumento não tem efeito rescisório de sentença transitada em julgado, simplesmente porque nesse caso ainda não terá ocorrido o trânsito em julgado, tampouco a coisa julgada material.

Também não convence a tese doutrinária de que nesse caso aplica-se por analogia o art. 1.000 do Novo CPC, entendendo-se que a parte que não apela da sentença aceita tacitamente a decisão interlocutória recorrida pelo agravo de instrumento ainda pendente de julgamento[460]. Essa aceitação tácita simplesmente não ocorre porque o objeto das duas decisões é diferente, não se podendo afirmar logicamente que, ao não interpor a apelação, a parte tenha concordado com o conteúdo da decisão interlocutória recorrida. São questões diferentes resolvidas nessas duas decisões, de forma que a

ausência de apelação pode, quando muito, sustentar a tese de que a parte aceitou tacitamente a sentença, mas tal aceitação pode decorrer da ausência de fundamentos sólidos para impugná-la.

Ainda que na praxe forense o advogado provavelmente apele da decisão, mantendo indiscutivelmente vivo o processo, será mesmo saudável ao processo exigir do advogado uma apelação manifestamente infundada, somente para conseguir o julgamento de seu agravo de instrumento? Não seria contrário ao princípio da economia processual exigir da parte a prática de um ato desprovido de qualquer fundamento, somente para demonstrar que tem interesse no julgamento de recurso que em nada se refere a esse ato? Acredito que não. A parte pode estar inconformada com a decisão interlocutória, e por isso recorre por meio de agravo de instrumento, tendo sólidos fundamentos para anular ou reformar essa decisão. Não se anima, entretanto, a apelar da sentença, porque não tem fundamentos sérios para fazê-lo, não querendo perder tempo e energia com a prática de ato processual que já sabe ser fadado ao insucesso.

> Carlos ingressa com demanda judicial contra Alarico, e durante a fase probatória requer a produção de uma prova pericial, que entende indispensável para o convencimento do juiz. O pedido é indeferido e Carlos interpõe agravo de instrumento contra essa decisão, alegando que há perigo de a prova não mais poder ser produzida se o agravo a ser interposto for o retido. O relator aceita o agravo na forma de instrumento, mas, antes de o tribunal julgar o agravo de instrumento, o juiz de primeiro grau sentencia a demanda. Carlos analisa o teor da sentença e percebe que, diante das circunstâncias, o julgamento foi perfeito, não havendo nada a impugnar, ao menos não de maneira séria. É verdade que, se a prova pericial tivesse sido

> produzida, as circunstâncias seriam outras, e nesse caso a sentença como foi proferida estaria longe de ser perfeita. Ocorre, entretanto, que a questão do cerceamento de defesa por indeferimento da prova já é objeto de recurso, não sendo admissível tecnicamente que Carlos tenha de alegar novamente essa matéria em sede de apelação. Além de matéria que não pode ser alegada na apelação, estaria repetindo impugnação já feita anteriormente. Não é correto afirmar que nesse caso Carlos, ao não recorrer da sentença, insista-se, por entendê-la perfeita, aceitou tacitamente a decisão interlocutória recorrida anteriormente.

Questão diferente da até agora tratada diz respeito à existência de agravo pendente de julgamento e apelação interposta contra a sentença quando o tribunal, afrontando o art. 946 do Novo CPC, julga primeiro a apelação que, não recorrida, gera o trânsito em julgado do acórdão. Nesse caso, não há que falar que o agravo de instrumento tenha perdido o objeto, não podendo o agravante ser prejudicado por um equívoco do tribunal. Autorizada doutrina afirma que nesse caso haverá uma coisa julgada formal sujeita à condição suspensiva, ou seja, o agravo de instrumento será julgado e, a depender de seu resultado, o acórdão da apelação não recorrido será anulado (provimento) ou estará imediatamente liberado o trânsito em julgado (não conhecimento e não provimento)[461].

Acredito que se trata da aplicação de tudo o que já foi exposto na defesa do entendimento de que o agravo de instrumento não perde o objeto em razão da ausência de apelação contra sentença, sendo na hipótese ora tratada ainda mais evidente tal conclusão porque a perda de objeto do agravo de instrumento decorreria de um erro do tribunal, e não da conduta do agravante.

72.3. AGRAVOS CONTRA DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE SEGUNDO GRAU

72.3.1. AGRAVO INTERNO

72.3.1.1. Cabimento

Nos termos do art. 1.021, caput, do Novo CPC, de toda decisão monocrática proferida pelo relator será cabível o recurso de agravo interno para o respectivo órgão colegiado, ou seja, para o órgão que teria proferido o julgamento colegiado caso não tivesse ocorrido o julgamento unipessoal pelo relator.

Por razões de facilitação procedimental ou urgência da situação o relator recebe de forma delegada do órgão colegiado a competência para a prolação de decisão, ou seja, o poder de decidir legitimamente. O relator nesses casos atua como um "porta-voz avançado"[462] do órgão colegiado, sendo elogiável a previsão genérica do art. 1.021, caput, do Novo CPC no sentido de sempre permitir, por meio do agravo interno, que o órgão colegiado delegante do poder possa rever a decisão do órgão que atuou com poder delegado, no caso, o relator.

Na realidade a possibilidade de decisões monocráticas do relator contradiz a própria natureza das decisões em segundo grau e nos órgãos de superposição, que tradicionalmente deveriam ser colegiadas. Conforme já afirmado, por exigência de facilitação do andamento procedimental em alguns casos e em virtude da urgência da situação em outros, a lei passou a prever inúmeras situações em

que o relator pode proferir decisões monocráticas, dispensando-se, pelo menos naquele momento, a decisão colegiada. É importante frisar que nas hipóteses em que a lei permite ao relator proferir decisão monocrática, não há atribuição de competência para a prática de tal ato ao juiz singular; competente é, e sempre será, o órgão colegiado. O que ocorre é uma mera delegação de poder ao relator, fundada em razões de economia processual ou necessidade de decisão urgente, mantendo-se com o órgão colegiado a competência para decidir. Essa é a regra básica de delegação: é mantida a competência de revisão do órgão que delegou a um determinado sujeito (no caso o relator) a função inicial de apreciação da matéria.

Assim, a previsão de recurso contra tais decisões unipessoais do relator representa o meio adequado para a impugnação de uma decisão – buscando a sua integração – que não pode ser afastada da parte, sob pena de ilegal e inconstitucional quebra do sistema de delegação de poderes do órgão colegiado para o relator. Eventual restrição desse acesso ao órgão colegiado criado por lei é inconstitucional.

Ainda que a atuação mais frequente dos tribunais seja o julgamento de recursos, não se pode esquecer de sua atuação no julgamento de reexame necessário e dos processos de sua competência originária. Como o caput do art. 1.021 do Novo CPC não faz qualquer distinção, o agravo interno será cabível quando houver decisão monocrática do relator em julgamento de qualquer espécie de recurso, ação ou reexame necessário.

Como não há qualquer limitação na previsão legal ora

comentada, é irrelevante a natureza da decisão monocrática, podendo, dessa forma, ser tanto uma decisão interlocutória que resolva uma questão incidental ou até mesmo parcela do mérito como uma decisão final, que decida no plano do juízo da admissibilidade ou do mérito o recurso, reexame necessário e o processo de competência originária do tribunal.

72.3.1.2. Procedimento

Nos termos do § 1.º do artigo comentado, na petição de agravo interno o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada, não bastando, portanto, apenas repetir a fundamentação do recurso ou do pedido julgado monocraticamente.

Apesar de ser entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de inadmissão de qualquer recurso quando o recorrente deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão recorrida, a previsão específica para o agravo interno se justifica[463].

A experiência forense demonstra que é frequente o agravante se limitar a repetir exatamente os mesmos fundamentos de sua pretensão rejeitada pela decisão monocrática. Nesse caso, deixa de impugnar especificamente a decisão unipessoal na crença de que a mera repetição do já alegado atende à sua finalidade de convencer os demais julgadores que não participaram do julgamento monocrático. Ainda que não seja viável a absoluta mudança de razões em sede de agravo interno, o essencial é que tais razões passem a ser especificamente voltadas à impugnação da decisão monocrática.

O agravo será dirigido ao relator, único magistrado a ter funcionado no recurso, reexame necessário ou processo de competência originária do tribunal julgado monocraticamente. Cabe ao relator determinar a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 dias.

É possível que o agravo interno seja interposto contra decisão que nega seguimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida liminarmente. Nesse caso, o agravado ainda não terá sido citado, surgindo a questão da aplicação por analogia do art. 1.019, II, Novo CPC, que exige a intimação pessoal do agravado sem procurador constituído para contrarrazoar o agravo de instrumento. Como já exposto, não me agrada essa exigência legal, mas não se podendo simplesmente fingir que ela não existe, é razoável que seja aplicada por analogia ao agravo interno na situação descrita. Afinal, o agravo de instrumento jamais será julgado de forma colegiada, sendo as questões nele versadas decididas no julgamento colegiado do agravo interno.

Existe expressa previsão do juízo de retratação, fenômeno típico de qualquer espécie de recurso de agravo. Mas no que consiste efetivamente a retratação do juiz relator e em que condições poderá ocorrer? O juízo de retratação exige a regular interposição do agravo interno, até porque é realizado após o juízo de admissibilidade do recurso.

E nesse ponto já se tem o primeiro problema, porque aparentemente o relator não tem competência para fazer juízo de admissibilidade do agravo interno, sob pena de a parte nunca

conseguir chegar ao julgamento colegiado. O próprio § 2º do art. 1.021 do Novo CPC corrobora essa conclusão ao prever que depois de determinar a intimação do agravado para apresentar contrarrazões, não havendo retratação, caberá ao relator levar o recurso para julgamento pelo órgão colegiado. Aparentemente, na hipótese da retratação, o relator passa a ter uma competência excepcional para conhecer o recurso e depois se retratar de sua decisão.

Superada essa questão, nesse juízo de retratação é permitido ao relator se retratar de sua decisão monocrática e remeter o recurso que gerou tal decisão ao conhecimento do órgão colegiado, sem a necessidade de julgamento do agravo interno interposto, que restará prejudicado[464]. Também é possível que a retratação gere um novo julgamento monocrático, em sentido contrário ao primeiro, ainda que tal situação seja extremamente improvável. Partindo dessa premissa, é lógico concluir que o relator, ao admitir seu equívoco no julgamento monocrático em razão de o recurso não ser manifestamente inadmissível, tem novamente o recurso em suas mãos para dar a ele andamento com as mesmas possibilidades que tinha quando o recebeu no primeiro momento. A retratação da decisão monocrática simplesmente dá uma sobrevida ao recurso, fazendo com que o relator passe novamente a cogitar a possibilidade de enviá-lo ao órgão colegiado para que ocorra o seu julgamento. Voltando ao ponto de partida, e não restando preclusa a possibilidade de voltar atrás em seu julgamento, não há nenhum óbice que impeça o juiz relator de novamente julgar de forma monocrática o recurso, desde que, logicamente, se afaste da matéria que ensejou a primeira decisão.

> Cibele tem seu recurso de apelação decidido monocraticamente pelo relator com fundamento em manifesta intempestividade. Ao ingressar com o agravo interno, demonstra de forma indiscutível que a apelação foi interposta dentro do prazo, o que faz com que o relator se retrate de sua decisão monocrática e, ainda unipessoalmente, analise o mérito recursal, quando nota que a sentença recorrida está fundamentada contra súmula do tribunal. Entendo que nesse caso o relator, após se retratar do não conhecimento do recurso em razão da suposta intempestividade, poderá conhecer e dar provimento ao recurso monocraticamente, em decisão recorrível por agravo interno.

A própria ordem lógica entre a análise dos pressupostos de admissibilidade e da matéria de mérito leva à conclusão obtida. E o mesmo se verifica – descontada a teratologia da situação – quando o juiz julga o mérito, se retrata em razão do agravo interno e, devolvido a ele o processamento do recurso, julga novamente de forma monocrática, mas agora em sentido contrário. Havia considerado o recurso manifestamente improcedente, e por isso negou seu provimento, mas o agravo interno foi tão contundente que o convenceu não só de que o recurso nada tinha de improcedente, como também de que a decisão recorrida afrontava súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior, levando o relator ao julgamento monocrático, mas agora em sentido contrário. Extremamente raro, reconhece-se, mas juridicamente possível[465].

Seja como for, a retratação da decisão monocrática será sempre prejudicial ao agravado, que por tal razão deve ser intimado para se manifestar antes da decisão do relator, em respeito ao art. 9º, caput, do Novo CPC[466].

Não sendo caso de retratação, o art. 1.021, § 2º, do Novo CPC,

determinar ao relator levar o recurso a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

O § 2.º do art. 1.021 do Novo CPC traz duas importantes novidades quanto ao procedimento do agravo interno em comparação com o procedimento vigente no CPC/1973 (art. 557, § 1º): intimação do agravado para contrarrazões e inclusão em pauta. São previsões que valorizam o princípio do contraditório, mas que vinham sendo sistematicamente afastadas pelos tribunais, em especial os superiores[467], sob o frágil argumento de incompatibilidade com a informalidade esperada do agravo interno e outros ainda mais indefensáveis.

O § 3.º do artigo ora analisado, ao prever ser vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente (negar provimento) o agravo interno, promete mexer num vespeiro. Qualquer pessoa com mínima experiência na praxe forense sabe que as decisões de agravo interno (ou regimental) são em sua grande maioria um "recorta e cola" explícito da decisão monocrática. Trata-se da fundamentação per relationem, inclusive admitida pelo Superior Tribunal de Justiça[468]. Com a previsão ora analisada, ao menos no julgamento do agravo interno, o "recorta e cola" será vetado.

Tendo sido proferida decisão monocrática pelo relator, pode-se imaginar que toda parte sucumbente ingressará com agravo interno, única forma de reverter por uma decisão do órgão colegiado a decisão monocrática do relator. O raciocínio é primário: já tendo sido derrotado monocraticamente, nenhuma razão impedirá o

sucumbente de chamar o órgão colegiado para prolação de nova decisão, considerando-se que na pior das hipóteses tudo ficará como está (o recorrente continua a ser derrotado). Para evitar o abuso no ingresso do agravo interno[469], é natural que o legislador crie alguma espécie de sanção à parte que abusa de seu direito de recorrer.

Quanto ao tema, a redação dada ao § 4º do art. 1.021 do Novo CPC é capaz de gerar grande polêmica. Segundo o dispositivo, quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa. Como se pode notar, na hipótese de improcedência, para a aplicação da sanção, aparentemente não se exige mais qualquer abuso no direito de recorrer, bastando que o julgamento seja unânime. Algo como ocorre com a caução prévia na ação rescisória.

Acontece, entretanto, que a utilização da técnica para evitar a propositura da ação rescisória tem justificativa na relevância da segurança jurídica gerada pela coisa julgada material, enquanto sua utilização para obstar a interposição de agravo interno serve apenas para diminuir o número de recursos e por consequência de trabalho dos tribunais. Sancionar um legítimo exercício de direito processual apenas porque a pretensão foi unanimemente rejeitada é uma inconstitucionalidade evidente.

A norma é um claro equívoco, e nesse sentido já há manifestações para estender o substantivo “manifesta” também à

hipótese de julgamento de improcedência (na realidade de negação de provimento), sendo nesse sentido o Enunciado 358 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4.º, exige manifesta inadmissibilidade ou manifesta improcedência”. Não é nesse sentido o texto legal e a interpretação, ainda que melhore e até justifique a sanção prevista, contraria de forma clara o sentido, ainda que inadequado, da norma. Resta saber qual será a interpretação jurisprudencial a respeito do tema.

Há, entretanto, uma situação na qual a “improcedência” do recurso, manifesta ou não, não pode gerar a aplicação de qualquer sanção ao recorrente. Os tribunais de segundo grau devem se lembrar que a interposição do agravo interno nesses tribunais é a única forma de a parte chegar aos tribunais superiores por meio dos recursos excepcionais. Sendo o agravo interno uma espécie de recurso ordinário e exigindo-se o esgotamento das vias ordinárias de impugnação para o cabimento dos recursos extraordinário e especial, não haverá outra saída à parte que não o ingresso do agravo interno de decisão monocrática do relator em segundo grau. Diante dessa exigência do sistema recursal, os tribunais de segundo grau devem se limitar a punir o agravante na hipótese de manifesta inadmissibilidade de seu recurso.

Entende-se por manifesta inadmissibilidade, a ausência flagrante e indiscutível de um dos pressupostos de admissibilidade recursal, ou seja, um vício formal que se pode notar de plano, sem maiores dificuldades.

Nota-se no art. 1.021, §§ 4º e 5º, do Novo CPC uma dupla

sanção ao agravante:

(a) aplicação de multa a ser fixada entre 1% a 5% do valor atualizado da causa (interessará nessa fixação o grau de abuso praticado pelo agravante); e

(b) condicionar o depósito do valor da multa em juízo para que futuros recursos sejam recebidos, criando-se um pressuposto de admissibilidade recursal específico para essa situação.

Não existe qualquer inconstitucionalidade nessa previsão legal, não se podendo afirmar que haja qualquer restrição ao acesso à justiça, considerando-se que a sanção foi gerada por ato desleal da própria parte[470].

Todos estão sujeitos a aplicação da primeira sanção, prevista pelo art. 1.021, § 4º, do Novo CPC. Mas, segundo o § 5.º do mesmo dispositivo, a interposição de qualquer outro recurso não estará condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4.º, sendo apenada com a multa a Fazenda Pública e o beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final. A regra contraria a jurisprudência dos tribunais superiores, que vinha, na vigência do CPC/1973 e sem regra expressa a respeito, entendendo pela aplicação da regra a qualquer sujeito processual, inclusive a Fazenda Pública e o beneficiário da assistência judiciária[471].

Registre-se a ausência do Ministério Público do dispositivo legal, mas que, por uma questão de coerência sistêmica, também deve ser isento do depósito da multa. Afinal, o Ministério Público não tem personalidade jurídica própria, sendo um órgão do Estado ou da União[472], e sendo isento do depósito a Fazenda Pública também isento estará o Ministério Público.[473]

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, ainda que o recorrente tenha sido condenado ao pagamento da multa a que se refere o § 4.º do art. 1.021 do Novo CPC, não se pode condicionar ao seu recolhimento a interposição, em outra fase processual, de recurso que objetive a impugnação de matéria diversa daquela tratada no recurso que deu origem à referida sanção, sob pena de obstaculizar demasiadamente o exercício do direito de defesa[474].

72.3.2. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL E EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO

No texto originário do Novo Código de Processo Civil o agravo previsto no art. 544 do CPC/1973 deixava de existir porque o tribunal de segundo grau não teria mais, ao menos em regra, competência para fazer o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, limitando-se a intimar o recorrido para apresentação de contrarrazões e imediatamente enviar os autos ao tribunal superior. Havia apenas duas hipóteses em que o próprio tribunal de segundo grau teria competência para o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, quando então a inadmissão do recurso desafiaria um agravo para o tribunal superior competente.

A Lei 13.256, de 04.02.2016, que alterou o Novo Código de Processo Civil durante sua vacância, não permitiu a mudança do sistema, mantendo a competência dos tribunais de segundo grau para o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário. Sendo positivo tal juízo, com o consequente recebimento do recurso, ele será encaminhado para o tribunal competente. Sendo o juízo negativo, o presidente ou vice-presidente

profere decisão monocrática que nega seguimento ao recurso especial ou extraordinário, sendo cabível o recurso de agravo interno, para o próprio tribunal, ou agravo em recurso especial e extraordinário, para os tribunais de superposição.

Quem define o cabimento do agravo previsto no art. 1.042 do Novo CPC são os §§ 1º e 2º do art. 1.030 do mesmo diploma legal. A inadmissão prevista no inciso I do art. 1.030 do Novo CPC é recorrível por meio de agravo interno, enquanto a inadmissão nos demais casos, consagrada no inciso V do mesmo dispositivo, é recorrível por meio do agravo ora estudado.

Conforme prevê o art. 1.042, § 2.º, do Novo CPC, a petição de agravo será dirigida ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem e independe do pagamento de custas e despesas postais. Embora não haja previsão expressa nesse sentido, o recurso ora analisado será interposto e processado nos próprios autos principais[475], o que, naturalmente, dispensa o recorrente de instruir o recurso com cópias de peças processuais.

O dispositivo legal foi alterado pela Lei 13.256, de 04.02.2016, que alterou o Novo Código de Processo Civil em sua vacância, passando a prever que ao agravo ora analisado aplica-se o regime de repercussão geral e dos recursos repetitivos, inclusive quanto à possibilidade de sobrestamento e do juízo de retratação. Significa dizer que a suspensão prevista no § 5º do art. 1.035 e no inciso II do art. 1.037 do Novo CPC se aplicam ao agravo do art. 1.042 e que o órgão julgador poderá se retratar do acordão que foi recorrido pelo recurso excepcional não admitido por meio da

decisão objeto do agravo ora analisado.

Como o julgamento por amostragem e a interposição de recurso extraordinário, com a consequente análise de repercussão geral, também são cabíveis nos Juizados Especiais, é possível que a petição recursal seja dirigida ao presidente ou ao vice-presidente do Colégio Recursal ou da Turma de Uniformização.

O agravado será intimado, de imediato, para oferecer resposta no prazo de quinze dias e, após o prazo de resposta, não havendo retratação, o agravo será remetido ao tribunal superior competente. Apesar de não existir uma previsão expressa como a do art. 1.030 do Novo CPC, o procedimento previsto deixa claro que o Colégio Recursal ou Turma de Uniformização não tem competência para fazer juízo de admissibilidade do recurso, devendo sempre enviá-lo ao tribunal superior competente. Desrespeitar essa realidade e inadmitir o recurso na origem gera decisão impugnável por reclamação constitucional (art. 988, I, do Novo CPC).

Nos termos do § 5.º do art. 1.042 do Novo CPC, o agravo poderá ser julgado, conforme o caso, com o recurso especial ou extraordinário, assegurada, nesse caso, sustentação oral, observando-se, quanto ao mais, o disposto no regimento interno do tribunal respectivo.

Na hipótese de interposição conjunta de recursos extraordinário e especial, o art. 1.042, § 6.º, do Novo CPC, prevê que o agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido, sendo nesse caso os autos encaminhados para o Superior Tribunal de Justiça. Após a conclusão do julgamento do agravo

pelo Superior Tribunal de Justiça e, se for o caso, do recurso especial, independentemente de pedido, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do agravo a ele dirigido, salvo se estiver prejudicado.

73. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Sumário: 73.1. Natureza jurídica – 73.2. Cabimento: 73.2.1. Pronunciamentos recorríveis; 73.2.2. Vícios que legitimam o ingresso dos embargos de declaração – 73.3. Procedimento – 73.4. Efeito interruptivo dos embargos de declaração: 73.4.1. Embargos de declaração intempestivos; 73.4.2. Reiteração abusiva de embargos de declaração manifestamente protelatórios – 73.5. Embargos de declaração – intempestividade *ante tempus* – 73.6. Manifesto caráter protelatório – 73.7. Embargos de declaração atípicos: 73.7.1. Embargos de declaração com efeito modificativo; 73.7.2. Embargos de declaração com efeitos infringentes.

73.1. NATUREZA JURÍDICA

Os embargos de declaração são o único meio de impugnação de decisão judicial previsto no art. 994 do Novo CPC, que suscita na doutrina debate a respeito de sua natureza jurídica. A discussão, apesar de interessante, limita-se ao campo doutrinário, desde que compreendidas as características essenciais dos embargos de declaração. Sua classificação como recurso ou como mero pedido de melhora formal da decisão não é capaz de modificar tais características, não gerando a solução dessa questão consequências práticas relevantes.

Parcela da doutrina entende que, apesar da sua colocação pela lei no rol dos recursos, os embargos de declaração não têm essa natureza, tratando-se na realidade de um instrumento processual

colocado à disposição das partes para a correção de vícios formais da decisão, com o objetivo de aprimorar a qualidade formal dessa decisão e como consequência a qualidade da prestação jurisdicional[476]. Afirma-se que pelos embargos de declaração não se pretende a reforma ou a anulação da decisão, função dos recursos, mas somente o seu aclaramento ou complementação.

Seguindo a opção legislativa, outra parcela doutrinária – que parece ser a mais correta – defende a natureza recursal dos embargos de declaração, afirmando que é possível ao legislador optar entre a natureza recursal ou não dos embargos, devendo ser respeitada a opção feita na inclusão dos embargos de declaração no art. 994, IV, do Novo CPC (rol de recursos)[477]. Por outro lado, os embargos de declaração preenchem os requisitos essenciais para que um meio de impugnação seja considerado recurso[478]:

(i) permitem a revisão da decisão;

(ii) exigem o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade;

(iii) obstam a preclusão da decisão;

(iv) permitem a modificação da decisão, não se limitando ao esclarecimento ou integração da decisão, ao menos nos casos de omissão e contradição.

Há ainda uma terceira corrente doutrinária que entende que a natureza recursal dos embargos de declaração dependerá da sua aptidão de modificar o conteúdo da decisão impugnada. Sendo apto a tal modificação, os embargos de declaração têm natureza recursal, enquanto limitando-se à mera integração, correção, retificação, complementação e elucidação do ato decisório, sem a sua modificação substancial, não terão natureza recursal. A natureza

jurídica, assim, é híbrida, a depender da pretensão do embargante no caso concreto[479].

A definição da natureza jurídica dos embargos de declaração tem maior interesse no plano acadêmico, porque a sua maior relevância prática era definir o prazo recursal da Fazenda Pública e do Ministério Público, considerando que o art. 188 do CPC/1973 previa prazo em dobro para esses sujeitos recorrerem e prazo simples para os demais atos processuais, salvo a contestação (prazo em quádruplo). O Superior Tribunal de Justiça já tinha entendimento de que o prazo seria contado em dobro justamente porque o diploma processual previa – como continua a prever – os embargos de declaração como espécie de recurso[480]. Como os arts. 180, caput, e 183, caput, do Novo CPC preveem que a Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para falar em geral nos autos, é irrelevante a natureza dos embargos de declaração para se concluir que o prazo para esses sujeitos será de 10 dias.

Na vigência do Novo Código de Processo Civil a única utilidade prática da definição da natureza dos embargos de declaração dá-se nos Juizados Especiais porque no procedimento lá previsto a dispensa da capacidade postulatória é afastada para a interposição de recursos. Dessa forma, sendo os embargos de declaração um recurso, somente poderá ser interposto por advogado, enquanto não tendo tal natureza poderá ser interposto pela própria parte.

73.2. CABIMENTO

A questão do cabimento dos embargos de declaração deve ser enfrentada em duas etapas: num primeiro momento devem-se indicar quais as espécies de pronunciamento são impugnáveis por esse recurso; num segundo momento, quais são os vícios que legitimam sua interposição.

73.2.1. PRONUNCIAMENTOS RECORRÍVEIS

Aduz o caput do art. 1.022 do Novo CPC que os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer decisão judicial, ou seja, são impugnáveis a decisão interlocutória, sentença, acordão, e decisão monocrática – final ou interlocutória – proferida pelo relator em sede recursal, reexame necessário e processo de competência originária do tribunal. Ainda que o dispositivo preveja o cabimento contra decisões judiciais, entendo que até mesmo contra despacho, em regra irrecorrível por expressa previsão legal (art. 1.001 do Novo CPC), será cabível o recurso de embargos de declaração[481].

O dispositivo legal ora analisado consagra correto entendimento doutrinário no sentido de serem os embargos de declaração o recurso com maior amplitude no tocante ao cabimento, sendo cabível contra todo e qualquer pronunciamento judicial, independentemente de sua natureza[482]. O entendimento é incontestável, porque não há nenhum sentido permitir que pronunciamentos omissos, contraditórios ou obscuros não posam ser impugnados pelas partes que pretendem afastar tais vícios no caso concreto. Por vezes, a incompreensão de um pronunciamento judicial pode inclusive impedi-lo de atingir sua finalidade, além de uma decisão omissa ser óbvia denegação da atividade jurisdicional,

o que em nenhuma hipótese pode ser aceito.

No tocante a esse amplo cabimento dos embargos de declaração, é importante fazer dois registros decorrentes da jurisprudência de nossos tribunais superiores.

No Supremo Tribunal Federal existem decisões que apontam para o manifesto não cabimento dos embargos de declaração contra a decisão proferida pelo tribunal de segundo grau – por meio do presidente ou vice-presidente, a depender do Regimento Interno – que denega o seguimento de recurso extraordinário, inclusive com a prejudicial consequência de não haver nesse caso interrupção do prazo para a interposição de outros recursos[483]. O Superior Tribunal de Justiça compartilha do entendimento, afirmando serem os embargos de declaração, nesse caso, manifestamente incabíveis[484], abrindo exceção a esse entendimento, e admitindo os embargos de declaração quando a decisão for tão genérica que sequer permita a interposição do recurso de agravo[485].

Esse entendimento jurisprudencial de não cabimento dos embargos de declaração foi criado na vigência do CPC/1973, quando o tribunal de segundo grau fazia sempre juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais. No sistema recursal criado pelo Novo Código de Processo Civil a realização desse juízo é excepcional, mas continua existindo, inclusive havendo expressa previsão de cabimento de recurso de agravo contra tal decisão (art. 1.042, II e III, do Novo CPC). Dessa forma, tudo leva a crer que o entendimento jurisprudencial continuará a existir, ainda que na praxe forense passe a ser aplicado de forma significativamente mais

rara.

Por outro lado, é corrente nos tribunais superiores o recebimento dos embargos de declaração por agravo interno, quando o recurso é interposto contra a decisão monocrática do relator, sendo, inclusive, nesse caso cabível a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4.º, do Novo CPC[486]. Aplicando-se a fungibilidade, afirma-se que essa conversão prestigia o princípio da celeridade processual, proporcionando imediatamente um julgamento colegiado[487]. Tais valores não podem sacrificar o direito recursal do embargante, sendo por isso extremamente feliz a exigência consagrada no art. 1.024, § 3º do Novo CPC, de o recorrente ser intimado para complementar suas razões diante do recebimento dos embargos de declaração como agravo interno.

73.2.2. VÍCIOS QUE LEGITIMAM O INGRESSO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os incisos do art. 1.022 do Novo CPC consagram quatro espécies de vícios passíveis de correção por meio dos embargos de declaração: obscuridade e contradição (art. 1.022, I, do Novo CPC), omissão (art. 1.022, II, do Novo CPC) e erro material (art. 1.022, III, do Novo CPC).

A dúvida não faz parte dos vícios descritos pelo diploma processual, o que deve ser elogiado, visto que não é propriamente um vício da decisão, mas um estado subjetivo de incerteza de quem não consegue compreendê-la. Caso a incompreensão seja derivada de uma obscuridade ou contradição, é natural o cabimento dos embargos de declaração, mas em razão desses vícios, e não do

estado subjetivo de incerteza do leitor da decisão.

Com a nova redação do art. 48, caput, da Lei 9.099/95 dada pelo art. 1.064 do Novo CPC a dúvida deixa de ser matéria passível de alegação nos Juizados Especiais, mas infelizmente continua a ser alegável no processo arbitral, nos termos do art. 30, II, da Lei 9.307/1996, não alterado pela Lei 13.129/2015.

A omissão refere-se à ausência de apreciação de ponto ou questão relevante sobre a qual o órgão jurisdicional deveria ter se manifestado, inclusive as matérias que deva conhecer de ofício (art. 1.022, II, do Novo CPC). Ao órgão jurisdicional é exigida a apreciação tanto dos pedidos como dos fundamentos de ambas as partes a respeito desses pedidos. Sempre que se mostre necessário, devem ser enfrentados os pedidos e os fundamentos jurídicos do pedido e da defesa, sendo que essa necessidade será verificada no caso concreto, em especial na hipótese de cumulação de pedidos, de causas de pedir e de fundamentos de defesa.

Na cumulação de pedidos o acolhimento ou a rejeição de um deles pode tornar os demais prejudicados, não havendo nenhum sentido exigir do juiz o enfrentamento e solução de tais pedidos em sua decisão:

(a) na cumulação sucessiva prejudicial, rejeitado o pedido anterior, o pedido posterior perde o objeto;

(b) na cumulação subsidiária o acolhimento do pedido anterior torna o pedido posterior prejudicado;

(c) na cumulação alternativa o acolhimento de qualquer um dos pedidos torna os demais prejudicados.

Nessas circunstâncias, é incorreto apontar omissão na decisão do juiz que deixa de enfrentar pedidos prejudicados.

Fenômeno semelhante ocorre no tocante à cumulação de causas de pedir e de matérias de defesa. Nesse caso é possível estabelecer uma regra: quando a omissão disser respeito à matéria alegada pela parte vencedora na demanda, não haverá necessidade de seu enfrentamento, faltando interesse de agir na interposição de embargos de declaração.

> Mariana ingressa com demanda judicial de investigação de paternidade cumulada com alimentos contra Felipe. Sendo julgado improcedente o pedido de declaração de paternidade, o pedido de alimentos será prejudicado, não sendo cabível o recurso de embargos de declaração diante da ausência de decisão a seu respeito. Marina ingressa com demanda de rescisão contratual contra Carlos, fundamentando sua pretensão no erro e dolo, vícios do consentimento. Acolhido pelo juiz a alegação de erro, julgará a demanda procedente, não sendo cabíveis embargos de declaração para exigir decisão a respeito do dolo. Aline ingressa com demanda judicial de cobrança contra Edison, que em sua defesa alega a prescrição e a compensação. Acolhida em sentença a prescrição, o processo será extinto com resolução de mérito (art. 269, IV, do CPC), não sendo cabíveis embargos de declaração para exigir do juiz manifestação a respeito da compensação alegada em contestação.

O parágrafo único especifica que se considera omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos (recursos especial ou extraordinário repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas) ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento ou que incorra em qualquer das condutas descritas no

art. 489, § 1.º, do Novo CPC, dispositivo responsável por inovadoras exigências quanto à fundamentação da decisão.

O dispositivo na realidade não inova ou tão pouco complementa o inciso II do art. 1.022 do Novo CPC, já que as especificações presentes no dispositivo ora comentado são claras hipóteses de omissão de questões sobre as quais o juiz deve se pronunciar.

A obscuridade, que pode ser verificada tanto na fundamentação quanto no dispositivo, decorre da falta de clareza e precisão da decisão, suficiente a não permitir a certeza jurídica a respeito das questões resolvidas[488]. O objetivo do órgão jurisdicional ao prolatar a decisão é ser entendido, de preferência por todos, inclusive as partes, ainda que tal missão mostre-se extremamente inglória diante do nível cultural de nosso país. De qualquer forma, uma escrita simples, com palavras usadas com frequência no dia a dia, limitação de expressões em língua estrangeira ao mínimo indispensável, bem como a utilização de termos técnicos com ponderação, que apesar de imprescindíveis à qualquer ciência, não precisam ser empregados na decisão sem qualquer proveito prático, auxiliam na tarefa de proferir decisões claras e compreensíveis.

O terceiro vício que legitima a interposição dos embargos de declaração é a contradição, verificada sempre que existirem proposições inconciliáveis entre si, de forma que a afirmação de uma logicamente significará a negação da outra. Essas contradições podem ocorrer na fundamentação, na solução das questões de fato

e/ou de direito, bem como no dispositivo, não sendo excluída a contradição entre a fundamentação e o dispositivo, considerando-se que o dispositivo deve ser a conclusão lógica do raciocínio desenvolvido durante a fundamentação[489]. O mesmo poderá ocorrer entre a ementa e o corpo do acórdão[490] e o resultado do julgamento proclamado pelo presidente da sessão e constante da tira ou minuta, e o acórdão lavrado[491].

Atendendo a reivindicação doutrinária o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 1.022, III, inclui entre os vícios formais passíveis de saneamento por meio dos embargos de declaração o erro material[492]. Mesmo diante da ausência de previsão expressa no CPC/1973 o Superior Tribunal de Justiça já vinha admitindo a alegação de erro material em sede de embargos de declaração[493]. Erro material é aquele facilmente perceptível e que não corresponda de forma evidente à vontade do órgão prolator da decisão.

Mesmo estando previsto como vício passível de saneamento por meio dos embargos de declaração a alegação de erro material não depende dos embargos de declaração[494], inclusive não havendo preclusão para sua alegação, que pode ser feita até mesmo depois do trânsito em julgado da decisão[495]. A inclusão do erro material como matéria expressamente alegável em sede de embargos de declaração é importante porque não deixa dúvida de que, alegado o erro material sob a forma de embargos de declaração, assim será tratada procedimentalmente a alegação, em especial quanto à interrupção do prazo recursal.

73.3. PROCEDIMENTO

O prazo para interposição dos embargos de declaração é sempre de 5 dias, devendo ser interposto por meio de petição escrita, salvo nos Juizados Especiais, quando a parte poderá optar pela interposição por escrito no prazo de 5 dias ou oralmente na audiência em que a sentença foi proferida (art. 49 da Lei 9.099/1995). É incompleta a regra consagrada no art. 1.023, § 1º do Novo CPC, porque não só na hipótese do art. 229 haverá prazo em dobro para a interposição dos embargos de declaração, sendo essa a realidade para toda previsão legal que consagra o prazo em dobro para a parte falar em geral nos autos (arts. 180, caput, 183, caput, e 186, caput, do Novo CPC).

Como todo recurso, deve ser devidamente fundamentado – havendo limitação das matérias alegáveis (recurso com fundamentação vinculada) – e conter pedido, que em regra será de esclarecimento ou integração e, excepcionalmente, de reforma ou anulação. O art. 1.023, caput, do Novo CPC, é claro nesse sentido ao exigir do embargante a indicação em sua peça recursal do erro, obscuridade, contradição ou omissão.

O embargante está isento do recolhimento de preparo por expressa previsão legal (art. 1.023, caput, do Novo CPC), sendo inadmissível que lei de organização judiciária preveja em sentido contrário.

No primeiro grau de jurisdição a petição é endereçada ao próprio juízo prolator da decisão impugnada, que terá um prazo de 5 dias para o julgamento do recurso. Tratando-se de prazo

impróprio seu vencimento não gera preclusão temporal, sendo admissível o julgamento válido mesmo após o transcurso do prazo legal.

Quando interposto contra decisão monocrática do tribunal, a peça será endereçada ao responsável pela prolação da decisão – relator, presidente, vice-presidente –, sendo os embargos nesse caso julgados pelo próprio órgão prolator da decisão unipessoal embargada, nos termos do § 2º do art. 1.024 do Novo CPC. Trata-se de interessante competência para a decisão monocrática não prevista no art. 932 do Novo CPC, mas que não deve inibir a tradicional utilização pelos tribunais superiores do princípio da fungibilidade para receber o recurso como agravo interno, que naturalmente exige um julgamento colegiado. Há, entretanto, uma interessante novidade a respeito do tema no art. 1.024, § 3º, do Novo CPC. Nesse caso o prazo para julgamento, também impróprio, será de 5 dias[496].

Segundo o dispositivo legal o órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, ou seja, limita a aplicação do princípio da fungibilidade recursal àquelas situações em que a parte se vale dos embargos de declaração com nítida pretensão de reformar ou anular a decisão recorrida. Sendo objeto dos embargos os vícios formais previstos nos incisos do art. 1.022 do Novo CPC não cabe a conversão em agravo interno, devendo nesse caso o órgão monocrático julgar o recurso interposto. Se os tribunais levarem a sério o dispositivo legal, a conversão nele prevista tende a ser restrita somente às situações de utilização desvirtuada dos embargos

de declaração.

Tratando-se de impugnação de decisão colegiada o recurso será endereçado ao relator do acórdão, cabendo a ele apresentar os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto. Não havendo julgamento nessa sessão, o § 1º do art. 1.024 do Novo CPC prevê que o recurso será incluído em pauta automaticamente.

Tanto no primeiro grau como no tribunal, os embargos de declaração seguem a mesma estrutura de julgamento de qualquer outro recurso, sendo primeiro analisados os pressupostos de admissibilidade e, somente depois de superada positivamente essa fase, passa-se ao enfrentamento do mérito recursal. No tocante aos embargos de declaração, existe uma real dificuldade por parte da maioria dos julgadores em fazer a distinção entre admissibilidade e mérito, muito em decorrência da redação do art. 1.022, caput, do Novo CPC. O dispositivo legal prevê que será cabível o recurso no caso de omissão, obscuridade, contradição e erro material, restando a questão a ser respondida pelo operador do direito: a existência desses vícios faz parte do juízo de admissibilidade ou de mérito?

Segundo elegante lição de autorizada doutrina, esses vícios compõem de maneira distinta tanto o juízo de admissibilidade como o de mérito, sendo no primeiro caso demandado do julgador uma análise em abstrato do vício, enquanto no segundo caso a análise deverá ser feita em concreto. Significa dizer que a mera alegação do embargante sobre a existência de um dos vícios descritos pela lei já é suficiente para o seu cabimento, sendo a análise da existência concreta de tal vício matéria de mérito. Alegado o vício, o recurso é admissível; existente o vício alegado, o recurso é provido; caso

contrário, nega-se provimento ao recurso[497].

> Peter ingressa com embargos de declaração na Justiça Comum alegando que o vício passível de correção por meio desse recurso é a dúvida. Como a dúvida não faz parte dos vícios que permitem o ingresso de embargos de declaração, o recurso será inadmitido. Caso Peter alegue a existência de uma contradição, sua simples alegação de vício passível de correção por meio de embargos de declaração já é o suficiente para o recurso ser conhecido, cabendo no mérito analisar se efetivamente houve a contradição alegada por Peter: tendo ocorrido, o recurso é provido; não tendo ocorrido, é negado provimento ao recurso.

Como se pode notar da previsão legal contida no art. 1.024, caput e § 1º, do Novo CPC, não há momento para a abertura de prazo para o embargado contra-arrazoar, de forma que nos embargos de declaração, ao menos em regra, não há oportunidade para o exercício do contraditório. Para parcela da doutrina, ainda que possa ser elogiável o objetivo do legislador em prever um procedimento bastante simples, com o mínimo transtorno ao andamento procedimental, tratando-se de princípio constitucional, seria preferível a intimação do embargado[498]. Na prática forense, entretanto, a norma é aplicada literalmente, somente sendo excepcionada nos embargos de declaração com efeitos modificativos ou infringentes, matéria que será analisada em tópico próprio.

Para doutrina majoritária não se aplica aos embargos de declaração a regra da identidade física do juiz, de forma que será competente para o julgamento o órgão responsável pela prolação da

decisão impugnada, sendo irrelevante se haverá identidade física entre o julgador anterior e o julgador dos embargos de declaração[499].

73.4. EFEITO INTERRUPTIVO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Questão relevante diz respeito ao efeito interruptivo da interposição dos embargos, consagrado no art. 1.026, caput, do Novo CPC, em regra também aplicável aos embargos de declaração nos Juizados Especiais, com a mudança de redação do art. 50 da Lei 9.099/95 realizada pelo art. 1.065 do Novo CPC.

É pacífico o entendimento de que a interposição de embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de outros recursos para todos os sujeitos processuais, que terão o prazo recursal devolvido na íntegra após a intimação da decisão dos embargos.

Pouco importa, para fins de interrupção do prazo para a interposição de outros recursos, o resultado dos embargos[500], incidindo mesmo na hipótese de rejeição dos embargos por serem considerados meramente protelatórios[501], visto que a sanção processual para esse caso vem expressamente prevista no art. 1.026, § 2º, do Novo CPC, comentado em tópico próprio. Apesar de parcela doutrinária minoritária defender que o não recebimento dos embargos é causa para a não interrupção do prazo[502], uma questão de segurança jurídica, mais pragmática do que técnica, justifica que a interrupção ocorra sempre.

É consideravelmente preocupante julgamentos do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que embargos de declaração com irregularidade formal[503] e manifestamente incabíveis[504] não interrompem o prazo para a interposição de outros recursos. O subjetivismo no significado de qual irregularidade formal afasta o efeito interruptivo ou o que seria um manifesto não cabimento dos embargos de declaração traz ao sistema uma insegurança jurídica insuportável. Em especial se constatarmos que na praxe forense é comum o julgamento dos embargos de declaração ser realizado depois da contagem de prazo de outros recursos que seriam cabíveis sem a interrupção do prazo.

73.4.1. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTEMPESTIVOS

A jurisprudência tranquila dos tribunais superiores entende que os embargos de declaração intempestivos não geram efeito interruptivo, ou seja, o não conhecimento dos embargos de declaração nesse caso impede a interrupção do prazo para a interposição de outros recursos[505].

Existe entendimento de que a não interrupção nesse caso atinge somente a parte que embargou da decisão, não sendo justo com a parte embargada retirar-lhe a interrupção do prazo, considerando-se que não foi ela quem deu causa ao vício que levou ao não recebimento do recurso. Por cautela, entretanto, é recomendável que a parte embargada faça a sua própria análise a respeito da tempestividade dos embargos interpostos pela parte contrária, ingressando com o seu recurso sem contar com a interrupção do prazo caso entenda existir vício que justifique a não interrupção do prazo.

Tenho entendimento diverso a respeito do tema, porque entendo que não deve ser qualquer causa de intempestividade apta a afastar a aplicação do art. 1.026, caput, do Novo CPC, mas somente as hipóteses de manifesta intempestividade, pela mesma razão de segurança jurídica que permite o efeito interruptivo para o caso de embargos de declaração não recebidos pela ausência de outros pressupostos de admissibilidade. Tratando-se de intempestividade discutível, na qual se evidencie que não houve má-fé do embargante, acredito que o prazo para a interposição de outros recursos deveria ser interrompido, o que só não deveria ocorrer na hipótese de manifesta intempestividade, quando o erro grosseiro permita presumir-se que a interposição decorre da má-fé do embargante para ganhar mais prazo para a interposição de outro recurso[506].

73.4.2. REITERAÇÃO ABUSIVA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIOS

Na excepcional hipótese de reiteradas oposições de embargos de declaração manifestamente protelatórios, com o nítido intuito de travar o andamento procedimental, o efeito interruptivo também deve ser afastado. Tendo os embargos de declaração efeito interruptivo, bastará a parte de má-fé, que pretende protelar indefinidamente o andamento procedimental, interpor sucessivos embargos de declaração contra a mesma decisão, fazendo o processo “correr na esteira”, ou seja, andar sem sair do lugar.

A primeira reiteração dos embargos de declaração manifestamente protelatórios é tratada pelo art. 1.026, § 3º do Novo CPC, e nesse caso, por já existir sanção expressamente prevista em

lei, não se deve afastar o efeito interruptivo. A segunda reiteração, entretanto, é prevista no § 4º do mesmo dispositivo como hipótese expressa de não cabimento dos embargos de declaração. Nesse caso, entendo que se pode falar em recurso manifestamente incabível a ponto de se afastar o efeito interruptivo.

73.5. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INTEMPESTIVIDADE *ANTE TEMPUS*

Os tribunais superiores, firmes na aplicação da chamada jurisprudência defensiva, pacificaram o entendimento, inclusive sumulado no Superior Tribunal de Justiça (Súmula 418/STJ) de que interposto o recurso de embargos de declaração, o recurso interposto pela parte contrária era intempestivo, porque interposto antes do início da contagem do prazo para a prática do ato. Tratava-se da consagração da tese do recurso prematuro, fundado na intempestividade ante tempus, de toda imperfeita e rejeitada pela melhor doutrina. Ao menos o Superior Tribunal de Justiça não aplicava nesse caso a preclusão consumativa, permitindo à parte que já tivesse recorrido, após o julgamento dos embargos de declaração interpostos pela parte contrária, reiterar os termos do recurso já interposto, o que seria o suficiente para sanear o vício da intempestividade.

Registre-se importante tendência observada no Supremo Tribunal Federal no sentido de afastar o entendimento consagrado na Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça, dispensando a ratificação de recurso extraordinário interposto antes do julgamento de embargos de declaração interpostos pela parte contrária[507]. Em

lição de insegurança jurídica, entretanto, tudo a depender dos ministros presentes no julgamento, a mesma Turma posteriormente teve oportunidade de aplicar a tese[508], seguindo entendimento tranquilo da 2.ª Turma[509].

Essa tendência, fortemente corroborada pelos novos ares advindos do novo diploma processual, levou a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça a modificar, ainda na vigência do CPC/1973, o entendimento consagrado na famigerada Súmula 418/STJ, passando a entender que a ratificação de recurso já interposto só é exigível quando houver modificação da decisão embargada[510].

Segundo o art. 1.024, § 5.º, do Novo CPC, na hipótese de o julgamento dos embargos de declaração ser pela rejeição ou não alterar a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte, antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração, será processado e julgado independentemente de ratificação.

É triste que seja preciso uma norma legal para dizer algo tão óbvio. Afinal, é um pouco mais do que evidente que não havendo alteração da decisão recorrida em razão do julgamento dos embargos de declaração interpostos pela parte contrária, o recurso já interposto contra ela continua íntegro, sendo um rigorismo formal indecente a necessidade de sua reiteração sob pena de não ser o recurso admitido. Seja como for, a mera leitura do dispositivo demonstra de forma cabal que o entendimento consolidado na famigerada Súmula 418/STJ é coisa do passado.

73.6. MANIFESTO CARÁTER PROTELATÓRIO

A interrupção do prazo para a interposição de outros recursos – salvo a hipótese de intempestividade – pode levar as partes menos afeitas aos princípios da ética e boa-fé processual ao ingresso dos embargos de declaração somente para aumentar o seu prazo para a interposição de outros recursos contra a decisão. Para evitar o abuso na interposição desse recurso, o legislador prevê como sanção processual a multa de até 2% sobre o valor atualizado da causa, o que permite que se façam as costumeiras críticas à opção do legislador em indicar o valor das multas como sanção processual em percentual do valor da causa[511]:

(i) atinge de maneira desigual litigantes em diferentes condições econômicas; e

(ii) o valor da causa nada tem a ver com o abuso que se busca coibir.

Nos termos do art. 1.026, § 2º do Novo CPC, a aplicação de multa não excedente a 2% do valor atualizado da causa deve vir em decisão fundamentada. O legislador exagerou na exigência porque toda decisão deve ser fundamentada, independentemente de previsão específica nesse sentido. A preocupação do legislador, entretanto, tem razão de ser, porque a experiência forense demonstra que essa sanção nem sempre é aplicada com a devida fundamentação.

Recurso manifestamente protelatório é aquele que não tem fundamento fático e/ou jurídico sério, sendo perceptível que a sua utilização tem como único objetivo retardar a marcha

procedimental. Também o recurso manifestamente inadmissível pode ser considerado protelatório. Ao órgão jurisdicional é dada a análise do campo cinzento entre o exercício da ampla defesa e o abuso do exercício de defesa, devendo haver parcimônia pelos julgadores na aplicação da sanção processual. A utilização do termo "manifestamente" para qualificar o caráter protelatório é indicativo suficiente que o órgão jurisdicional não deve abusar na aplicação dessa multa. De qualquer forma, por vezes é tão perceptível a incoerência jurídica da postulação ou a inadmissibilidade do recurso, que a multa é de rigor, como no caso de embargos de declaração com fins de pré-questionamento interpostos contra sentença.

A 2.ª Seção do Superior Tribunal de Justiça não parece ter atentado para a imprescindível serenidade no exame do eventual caráter protelatório dos embargos de declaração ao decidir que embargos que não buscam sanar omissão, contradição ou obscuridade, e sim rediscutir matéria já decidida, são protelatórios. Ou ainda pior, entender ser protelatório o recurso com fins de pré-questionamento somente porque a decisão embargada do tribunal a quo está em conformidade com a orientação pacificada do tribunal ad quem, de forma que eventual recurso especial não terá possibilidade de sucesso. É bastante criticável que o Superior Tribunal de Justiça passe a considerar as chances de sucesso de eventual e futuro recurso para aferir o caráter protelatório dos embargos de declaração, em raciocínio que, no mínimo, peca pela ausência de nexo de causalidade[512].

Segundo o § 3º do art. 1.026, do Novo CPC, havendo

reiteração de embargos manifestamente protelatórios, a multa já fixada em até 2% do valor atualizado da causa será majorada até o valor máximo de 10% do valor atualizado da causa, condicionando-se a admissibilidade – e não a interposição como previsto no texto legal – de outros recursos ao depósito em juízo do valor da multa. É claro que não há nenhuma vedação à interposição de embargos de declaração contra decisão que julgou anteriores embargos de declaração, desde que essa nova impugnação se refira a vício da nova decisão, gerado pelo julgamento dos embargos de declaração anteriores, não se admitindo, entretanto, a reiteração de recurso que já foi considerado manifestamente protelatório. A reiteração, naturalmente, não exige cópia do recurso anteriormente interposto, bastando-se para que exista a repetição do vício apontado anteriormente, ainda que com novos fundamentos.

Lamentável a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que aplicou multa em valor inferior ao 1% do valor da causa, previsto em lei[513]. O legislador fixou a multa em percentual do valor da causa justamente para que ele represente o valor econômico da causa, não sendo legal ou legítimo ancorar-se no direito à defesa para fixar a multa em valor inferior ao previsto em lei. Trata-se, na realidade, de forma indevida de acobertar o litigante improbo, o que sob nenhum aspecto de análise se justifica.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que a mera rejeição de embargos de declaração não possibilita ao juízo a aplicação de multa de 10% do valor da causa na hipótese de reiteração manifestamente protelatória. Segundo o tribunal superior, para que se atinja o valor de 10% do valor da

causa é indispensável que nos embargos de declaração anteriores o juízo já tenha fixado a multa de 1% do valor da causa[514]. No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal[515].

Nos termos de entendimento consagrado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a multa prevista no art. 1.026, §§ 2º e 3º, do Novo CPC tem caráter eminentemente administrativo – punindo conduta que ofende a dignidade do tribunal e a função pública do processo –, sendo possível sua cumulação com a sanção prevista nos arts. 80, VII, e 81, § 3.º, do Novo CPC, de natureza reparatória[516].

Apesar de sofrerem a multa, segundo o § 3º, ***in fine***, do art. 1.026 do Novo CPC, a Fazenda Pública e o beneficiário de gratuidade da justiça só a recolherão ao final, podendo interpor qualquer recurso independentemente de seu depósito prévio.

Registre-se a ausência do Ministério Público do dispositivo legal, mas que, por uma questão de coerência sistêmica, também deve ser isento do depósito da multa. Afinal, o Ministério Público não tem personalidade jurídica própria, sendo um órgão do Estado ou da União[517], e sendo isento do depósito a Fazenda Pública também isento estará o Ministério Público.

73.7. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ATÍPICOS

A função dos embargos de declaração não é modificar substancialmente o conteúdo das decisões impugnadas, com

reversão da sucumbência suportada pelo embargante[518]. É correta a afirmação de que nas hipóteses de saneamento do vício da contradição, ao escolher entre duas proposições inconciliáveis, o resultado dos embargos modifica a decisão. O mesmo ocorre, e ainda de forma mais evidente, com o saneamento da omissão, porque nesse caso o órgão jurisdicional necessariamente decidirá mais do que foi decidido, o que inegavelmente modificará a decisão impugnada. Ainda assim, parece não ser incorreto afirmar que tais mudanças são em regra formais, melhorando a qualidade da decisão de modo a deixá-la mais compreensível e completa, sem, entretanto, modificar substancialmente o seu conteúdo.

Pode-se concluir, portanto, que a função típica dos embargos de declaração é melhorar formalmente a decisão impugnada, sem alterações substanciais quanto ao seu conteúdo. Ocorre, entretanto, que por vezes os embargos de declaração extrapolam essa função, gerando a reforma ou a anulação da decisão impugnada. Nesses casos, os embargos de declaração assumem uma função distinta daquela para a qual foram originariamente programados, sendo correto apontá-los como embargos de declaração atípicos, situação que, segundo o § 2º do art. 1.023, do Novo CPC, veio a consagrar entendimento doutrinário[519] e jurisprudencial[520].

Quanto à necessidade de contraditório em sede de embargos de declaração, prefiro o entendimento minoritário de que nos embargos com efeitos modificativos não se faz necessária a intimação do embargado. Penso assim porque nesse caso não haverá a alegação de uma nova matéria no processo, mas tão somente o pedido de saneamento de omissão de uma matéria já

alegada e, presumidamente, já impugnada pela parte contrária. O embargante somente aponta matéria já alegada anteriormente, não havendo razão para abrir prazo para o embargado ser ouvido para repetir a impugnação também realizada anteriormente[521]. Ainda que o provimento dos embargos de declaração nesse caso possa reformar a decisão impugnada, não se tratando de matéria nova no processo, entendo ser dispensável o contraditório.

Existem duas espécies de embargos de declaração atípicos:

(a) embargos de declaração com efeito modificativo; e

(b) embargos de declaração com efeitos infringentes.

Apesar da distinção proposta, é preciso reconhecer que o Superior Tribunal de Justiça, assim como grande parte da doutrina, confunde essas duas espécies de atipicidade dos embargos de declaração. Mostra clara dessa confusão é demonstrada em julgado no qual o Superior Tribunal de Justiça afirma terem efeito modificativo embargos de declaração que pedem a adaptação do julgado a consolidação de entendimento jurisprudencial superveniente[522]. Os embargos, nesse caso, tinham efeitos infringentes, e não modificativos.

73.7.1. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITO MODIFICATIVO

As hipóteses de cabimento quanto a essa espécie atípica de embargos de declaração são aquelas previstas expressamente em lei: omissão, contradição, obscuridade e erro material (art. 1.022 do Novo CPC). Nesse tocante, portanto, nada há de atípico. O pedido

formulado pelo embargante também não pode ser considerado atípico, porque, havendo contradição e obscuridade, o pedido será o de esclarecimento da decisão, e na hipótese de omissão o pedido será de integração da decisão. Também não será atípico o provimento desse pedido, nos estritos limites do pedido do embargante.

Ocorre, entretanto, que em algumas hipóteses de saneamento de contradição e omissão – muito mais frequente na segunda hipótese – o provimento dos embargos de declaração, com o consequente saneamento do vício, poderá ensejar a modificação do conteúdo da decisão recorrida. O efeito do provimento dos embargos de declaração será atípico, porque somente ele se afasta da estrutura básica desse recurso, mas tal atipicidade é uma decorrência lógica e natural da possibilidade de enfrentamento de novas questões no recurso – no caso de omissão – ou da escolha entre duas proposições inconciliáveis – no caso de contradição[523].

> Fernanda ingressa com demanda de cobrança contra Aline, que em sua contestação alega a prescrição e compensação da dívida cobrada. O pedido é julgado procedente, sendo rejeitada a alegação de compensação feita por Aline, sem, entretanto, ser decidida a alegação de prescrição. Aline, inconformada, ingressa com embargos de declaração, alega a omissão e pede o seu saneamento, com o enfrentamento da alegação de prescrição. O juiz dá provimento ao recurso, reconhecendo sua omissão, e ao enfrentar a alegação defensiva de prescrição a acolhe, o que naturalmente fará com que o conteúdo da sentença seja substancialmente modificado.

73.7.2. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES

Diferentes dos embargos de declaração com efeitos modificativos, os embargos de declaração com efeitos infringentes são consideravelmente atípicos, não se limitando à atipicidade aos efeitos do julgamento dos embargos de declaração.

Nesse caso, já são atípicas as hipóteses de cabimento, que não guardam relação com o art. 1.022 do Novo CPC, já que não se tratam de defeitos formais da decisão, mas sim de decisões teratológicas geradas por vícios absurdos, referentes ao seu conteúdo ou gerados pela falsa percepção da realidade pelo órgão prolator da decisão impugnada, tais como o erro manifesto de contagem de prazo, ausência de intimação de uma das partes, revelia decretada em razão de a contestação estar perdida no cartório e não ter sido juntada aos autos etc. Prossegue a atipicidade no pedido do embargante, que não será caso de esclarecimento nem de integração, mas de reforma ou anulação[524]. Naturalmente, diante dessas espécies de pedido, o provimento do recurso gerará efeitos atípicos para os embargos de declaração, nos exatos limites do pedido formulado pelo embargante[525]. Como se nota, a atipicidade é completa, restando dos embargos de declaração somente o nome e o prazo.

A justificativa para o desvirtuamento dos embargos de declaração nesse caso é a necessidade de conceder às partes instrumentos aptos a extirpar o absurdo jurídico do processo da forma rápida, barata e simples possível, o que se mostra benéfico ao sistema jurídico. Realmente é saudável ao sistema que erros teratológicos possam ser afastados do processo de maneira simples e rápida. A matéria alegada nos embargos de declaração nesse caso

poderia ser alegada em outro recurso – p. ex., apelação, agravo –, mas pelas razões expostas é preferível a utilização dos embargos de declaração. O propósito é nobre, mas corre-se o perigo de vulgarização dos embargos de declaração, servindo tal entendimento como incentivo às partes para embargarem em vez de ingressarem com o recurso cabível, sob a pálida argumentação de que a decisão é teratológica. Por hora os tribunais superiores têm contido o abuso, existindo inúmeras decisões de inadmissão de embargos de declaração com efeito infringente.

74. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

Sumário: 74.1. Introdução – 74.2. Cabimento: 74.2.1. Processos internacionais; 74.2.2. Recurso ordinário em mandado de segurança; 74.2.3. Recurso ordinário em *habeas data* e mandado de injunção.

74.1. INTRODUÇÃO

Tradicionalmente associam-se a atividade recursal do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça ao recurso extraordinário e especial, respectivamente. Ocorre, entretanto, que essa atividade recursal também é desempenhada por tais tribunais por meio do julgamento do recurso ordinário constitucional, previsto como recurso no art. 994, V, do Novo CPC, e com suas hipóteses de cabimento previstas tanto na Constituição Federal (arts. 102, II, e 105, II, da CF) como no Código de Processo Civil (art. 1.027 do Novo CPC).

Ainda que o recurso ordinário tenha previsão constitucional, a exemplo dos recursos extraordinário e especial, são diversas e significativas as diferenças entre eles. No julgamento do recurso ordinário os tribunais superiores referidos atuam como órgão de segundo grau de jurisdição, garantindo no caso concreto a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, conforme analisado no

Capítulo 68, item 68.1.1. São diferenças:

(a) no recurso ordinário não existe fundamentação vinculada, admitindo-se ao recorrente a alegação de qualquer matéria desde que respeite os limites objetivos da demanda[526];

(b) a exigência de pré-questionamento presente nos recursos extraordinário e especial não existe no recurso ordinário;

(c) a devolução do recurso ordinário é ampla, abrangendo tanto matéria de direito – constitucional, federal e local – quanto matéria de fato[527].

Sendo o caso de comparar o recurso ordinário com outros, melhor será fazê-lo com a apelação, recurso muito mais próximo – ainda que diferente – do recurso ordinário do que os outros recursos previstos no texto constitucional[528]. Existem três identidades entre os recursos:

(a) prazo de 15 dias;

(b) mesmo procedimento dividido num primeiro momento em órgão prolator da decisão impugnada (órgão a quo) e num segundo momento perante o órgão competente para o julgamento do recurso (órgão ad quem);

(c) mesmos efeitos, inclusive com a ausência de efeito suspensivo no recurso ordinário em mandado de segurança e em mandado de injunção[529].

Mas as diferenças entre recurso ordinário constitucional e a apelação não devem ser esquecidas[530]:

(a) não cabe recurso adesivo de recurso ordinário constitucional[531];

(b) não cabe a técnica de julgamento que substituiu o recurso de embargos infringentes prevista no art. 942 do Novo CPC;

(c) o procedimento perante o órgão julgador do recurso é diferente, seguindo a apelação o Código de Processo Civil e o recurso ordinário constitucional, o

Regimento Interno do tribunal superior.

A aproximação do recurso ordinário com a apelação, já constatada pela doutrina diante do CPC/1973, ficou ainda mais evidente no Novo Código de Processo Civil quando o art. 1.028, caput, passou a prever expressamente, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento, a aplicação ao recurso ordinário constitucional das disposições relativas à apelação e ao Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Por expressa previsão também passou a ser admitida a aplicação da teoria da causa madura (art. 1.027, § 2.º, Novo CPC).

Na hipótese de cabimento contra sentença (causas internacionais), o recurso ordinário constitucional será interposto perante o próprio juízo sentenciante, que, após a intimação do recorrido para apresentar contrarrazões em 15 dias, encaminhará imediatamente o recurso para o Superior Tribunal de Justiça. Como ocorre na apelação, o juízo de primeiro grau não tem competência para fazer juízo de admissibilidade do recurso ordinário constitucional.

Tratando-se de cabimento contra acórdão, o § 2.º do art. 1.028 do Novo CPC prevê que o recurso ordinário constitucional deve ser interposto perante o tribunal de origem, cabendo ao seu presidente ou vice-presidente determinar a intimação do recorrido para, em 15 dias, apresentar as contrarrazões. De acordo com o § 3.º do art. 1.028, do Novo CPC, findo esse prazo, os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior, independentemente de juízo de admissibilidade.

Nesse sentido dois corretos Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): 209: “Cabe reclamação, por usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça, contra a decisão de presidente ou vice-presidente do tribunal de 2.º grau que inadmitir recurso ordinário interposto com fundamento no art. 1.027, II, ‘a’”; 210: “Cabe reclamação, por usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, contra a decisão de presidente ou vice-presidente de tribunal superior que inadmitir recurso ordinário interposto com fundamento no art. 1.027, I”.

O art. 995 do Novo CPC prevê que os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal (efeito suspensivo próprio/ope legis) ou decisão judicial em sentido contrário (efeito suspensivo impróprio/ope iudicis). Como nos arts. 1.027 e 1.028 do Novo CPC não há qualquer previsão a respeito de efeito suspensivo, é correto concluir que esse efeito não é gerado diante da interposição do recurso ordinário constitucional. Naturalmente, o recorrente poderá no caso concreto obter tal efeito ao preencher os requisitos legais. A forma procedimental para a elaboração do pedido de efeito suspensivo é a mesma existente para os recursos especial e extraordinário (art. 1.029, § 5.º, do Novo CPC) e para a apelação (art. 1.012, § 3.º, do Novo CPC).

74.2.CABIMENTO

Ainda que exista previsão de cabimento do recurso ordinário em texto constitucional, basta a análise do art. 1.027 do Novo CPC, limitada ao processo civil.

74.2.1.PROCESSOS INTERNACIONAIS

Diz o art. 1.027, II, “b”, do Novo CPC que cabe recurso ordinário constitucional contra sentença proferida em processo em que forem partes, de um lado, organismo internacional – por exemplo, ONU, BID, Unesco – ou Estado estrangeiro e de outro Município brasileiro ou pessoa residente ou domiciliada no Brasil, existindo doutrina a compreender tratar-se tanto de pessoa física como jurídica[532]. O texto é suficientemente claro para se concluir que independe em quais dos polos estarão os sujeitos descritos, desde que estejam em polos adversos[533].

Nesse caso a demanda seguirá em primeiro grau de jurisdição perante a Justiça Federal (art. 109, II, da CF), e, sendo proferida sentença de qualquer natureza – terminativa ou definitiva – e qualquer que seja seu resultado – procedência, improcedência, homologatória –, será cabível o recurso ordinário constitucional, afastando-se a regra geral prevista pelo art. 1.009 do Novo CPC. Para parcela doutrinária a interposição de apelação nesse caso, inclusive, configura erro grosseiro, de forma a impedir até mesmo a aplicação do princípio da fungibilidade[534], não sendo esse, entretanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que admite o recebimento de apelação como recurso ordinário constitucional[535].

Interessante questão diz respeito à interpretação do art. 1.027, § 1°, do Novo CPC, a determinar o cabimento de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias proferidas em causas internacionais. Nesse caso o cabimento está condicionado às hipóteses previstas no art. 1.015 do Novo CPC, sendo de competência do Superior Tribunal de Justiça, confirmando o

dispositivo ora comentado que o Tribunal Regional Federal não tem qualquer competência recursal nesse processo. Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial esse agravo de instrumento deve ser interposto perante o próprio Superior Tribunal de Justiça[536]. O entendimento é corroborado pelo § 2º do art. 1.028 do Novo CPC, que ao prever a interposição perante o tribunal de origem se refere apenas aos recursos previstos nos incisos I e II, alínea "a", do art. 1.027 do mesmo diploma legal.

74.2.2.RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Caberá recurso ordinário constitucional contra decisão de única instância denegatória de mandado de segurança, sendo competente o Supremo Tribunal Federal (art. 1.027, I, do Novo CPC), quando o acórdão recorrido tiver sido proferido pelos tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar), e o Superior Tribunal de Justiça (art. 1.027, II, do Novo CPC) quando o acórdão tiver sido proferido por tribunal de segundo grau (Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal).

O termo "denegação" do mandado de segurança tem interpretação ampla, de forma a abranger tanto o julgamento do mérito, com a denegação da ordem, como a decisão terminativa, com o julgamento do mandado de segurança sem a resolução do mérito. Por denegação deve ser entendida qualquer derrota do impetrante, tanto de natureza processual como de natureza material[537]. Havendo parcial procedência do pedido, caberá recurso ordinário somente do capítulo denegatório.

O mandado de segurança será necessariamente de competência originária do tribunal que proferiu a decisão, sendo essa decisão necessariamente colegiada. Eventual decisão de tribunal que julga mandado de segurança em sede recursal não é recorrível por recurso ordinário[538], mas por recurso especial ou extraordinário, sendo que o Superior Tribunal de Justiça entende que a troca de recursos nesse caso caracteriza erro grosseiro, afastando a aplicação do princípio da fungibilidade[539]. Além do julgamento de mandado de segurança, admitindo-se a possibilidade de seu julgamento monocrático no tribunal, deve-se também admitir o recurso ordinário contra acórdão que decide agravo interno interposto contra decisão monocrática que denegou o mandado de segurança de competência originária do tribunal[540]. Da decisão monocrática, ainda que denegatória, não cabe recurso ordinário constitucional[541]. O mesmo ocorre com os embargos de declaração, que, sendo interpostos contra acórdão que denegou mandado de segurança de competência originária de tribunal, criarão acórdão que será recorrível por recurso ordinário.

74.2.3. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS DATA* E MANDADO DE INJUNÇÃO

As mesmas considerações feitas a respeito do recurso ordinário contra a decisão denegatória de mandado de segurança são aplicáveis ao habeas data e ao mandado de injunção:

(a) a decisão de única instância significa que o habeas data e o mandado de injunção sejam de competência originária de tribunal, no caso os Tribunais Superiores, em razão de expressa previsão do art. 1.027, I, do Novo CPC;

(b) decisão denegatória significa tanto a improcedência como a extinção sem

resolução do mérito; e

(c) acórdão de agravo interno contra decisão monocrática que denega habeas data e mandado de injunção e acórdão de embargos de declaração opostos contra acórdão denegatório são recorríveis por recurso ordinário.

A única distinção digna de nota diz respeito à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do recurso ordinário, de forma que as decisões denegatórias que são recorríveis por recurso ordinário em sede de habeas data e mandado de injunção devem ter sido proferidas por um dos Tribunais superiores.

1 (Voltar) Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 772.

2 (Voltar) Dinamarco, *A reclamação*, n. 106, p. 208.

3 (Voltar) Dantas, *Reclamação*, p. 335; Morato, *Reclamação*, p. 88.

4 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, Rcl. 532 AgR/RJ, rel. Min. Sidney Sanches, j. 01.08.1996, *DJ* 20.09.1996, p. 34.541.

5 (Voltar) Dantas, *Reclamação*, p. 335; Didier Jr.-Cunha, *Curso*, p. 463.

6 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, Rcl. 1.821/PR, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 16.10.2003, *DJ* 06.02.2004, p. 32.

7 (Voltar) Dinamarco, *A reclamação*, n. 105, p. 206.

8 (Voltar) Morato, *Reclamação*, p. 104.

9 (Voltar) Pacheco, *O mandado*, p. 623; Morato, *Reclamação*, p. 92-93.

10 (Voltar) Pacheco, *O mandado*, p. 623; Góes, *Reclamação*, p. 560.

11 (Voltar) Dinamarco, *A reclamação*, n. 105, p. 206; Theodoro Jr., *Curso*, v.I, n. 576-q, p. 666; Grinover, *A reclamação*, p. 74.

12 (Voltar) Didier Jr.-Cunha, *Curso*, p. 462.

13 (Voltar) Grinover, *A reclamação*, p. 75.

14 (Voltar) Dantas, *Reclamação*, p. 352-353; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.414; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 920; Costa, *Breves*, p. 2.203; STJ, Rcl. 3.828/SC, 1º Seção, rel. Min. Eliana Calmon, j. 28.4.2010, *DJE* 7.5.2010.

15 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, ADI 2.212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, j. 2.10.2003, *DJ* 14.11.2003, p. 11. Entendimento confirmado na ADI 2.480/PB, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2.4.2007, *DJE* 15.6.2007. Na doutrina: Grinover, *A reclamação*, p. 76-77.

16 (Voltar) Didier Jr.-Cunha, *Curso*, p. 466-467.

17 (Voltar) Enunciado 208 do FPPC; Câmara, *O Novo*, p. 485.

18 (Voltar) STF, 1ª Turma, Rcl 12.484/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 29.4.2014, *DJe* 29.9.2014; STJ, Corte Especial, AgRg na Rcl 23.671/MT, rel. Min. Humberto Martins, j. 6.5.2015; *DJe* 25.5.2015.

19 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, Pet 3.067 AgR/MG, rel. Min. Roberto Barroso, j. 19.11.2014, DJe 19.2.2015; STJ, Corte Especial, AgRg na Pet 9.669/RJ, rel. Min. Og Fernandes, j. 17.9.2014; ***DJe*** 6.10.2014.

20 (Voltar) STF, Rcl. 6.135 AgR/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28.8.2008, *DJE* 20.2.2009.

21 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 1199. Em sentido crítico, entendendo que, *de lege ferenda*, seria interessante uniformizar o cabimento do REsp e RE: Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 571.

22 (Voltar) *Informativo* 557/STF: Plenário, RE 571.572 QO-ED/BA, rel. Min. Ellen Gracie, j. 26.08.2009.

23 (Voltar) *Informativo* 416/STJ: Corte Especial, Rcl 3.752-GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.11.2009.

24 (Voltar) STF, Rcl. 3.084/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29.04.2009, *DJE* 01.07.2009; STJ, AgRg na Rcl. 2.942/SP, Primeira Seção, rel. Min. Castro Meira, j. 22.10.2008, *DJE* 03.11.2008.

25 (Voltar) STF, Rcl. 3.138/CE, Tribunal Pleno, rel. MIn. Joaquim Barbosa, j. 4.3.2009, *DJE* 23.10.2009.

26 (Voltar) STJ, Rcl. 3.828/SC, 1ª Seção, rel. Min. Eliana Calmon, j. 28.04.2010, *DJE* 07.05.2010.

27 (Voltar) STJ, Rcl. 1.859/MG, 2ª Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.06.2005, *DJ* 24.10.2005, p. 167.

28 (Voltar) Didier Jr.-Cunha, *Curso*, p. 471.

29 (Voltar) STJ, AgRg na Rcl. 2.918/MG, 1ª Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 08.10.2008, *DJE* 28.10.2008; STJ, REsp. 863.055/GO, 1ª Seção, rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.02.2008, *DJE* 18.09.2009.

30 (Voltar) STF, Rcl. 6.735 AgR/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 18.8.2010, *DJE* 10.9.2010.

31 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, RE 730.462/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 28.05.2015, *DJe* 09.09.2015.

32 (Voltar) STF, Rcl 2.986 MC/SE, decisão monocrática, Min. Celso de Mello, j. 12.03.2005, ***DJ*** 18.03.2005, p. 87; Rcl 2.363/PA, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.10.2003.

33 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, Rcl 3.294 AgR/RN, rel. Min. Dias Toffoli, j. 03.11.2011, ***DJe*** 29.11.2011; STF, Tribunal Pleno, Rcl 9.778 AgR/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26.10.2011, ***DJe*** 11.11.2011; STF, Tribunal Pleno, Rcl 3.014/SP, rel. Min. Ayres Britto, j. 10.03.2010, ***DJe*** 21.5.2010.

34 (Voltar) STF, 1.ª Turma, Rcl 11.478 AgR/CE, rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.06.2012, ***DJe*** 21.06.2012.

35 (Voltar) Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 802.

36 (Voltar) Didier Jr.-Cunha, *Curso*, p. 472-473; Góes, *Reclamação*, p. 570.

37 (Voltar) Neves, ***Ações***, n. 8.3.1., p. 328.

38 (Voltar) Em sentido assemelhado: Morato, *Reclamação*, p. 119.

39 (Voltar) Contra: STJ, 3ª Seção, AgRg na Rcl 18.385/SP, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 27.08.2014, *DJe* 04.09.2014; STJ, 1ª Seção, EDcl na Rcl 9.537/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 23.10.2013, *DJe* 29.10.2013.

40 (Voltar) Súmula 734/STF: "Não cabe reclamação constitucional quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.

41 (Voltar) Didier Jr.-Cunha, *Curso*, p. 479.

42 (Voltar) Neves, *Manual*, n. 25.2.1.2.3.9, p. 640.

43 (Voltar) Câmara, *O Novo*, p. 487.

44 (Voltar) Góes, *Reclamação*, p. 564.

45 (Voltar) Didier Jr.-Cunha, *Curso*, p. 480; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.420; Costa, *Breves*, p. 2.209.

46 (Voltar) Costa, *Breves*, p. 2.209.

47 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 576-q, p. 666.

48 (Voltar) Didier Jr.-Cunha, *Curso*, p. 480.

49 (Voltar) Morato, *Reclamação*, p. 121; Dantas, *Reclamação*, p. 362-364.

50 (Voltar) Costa, *Breves*, p. 2.210.

51 (Voltar) Meirelles-Wald-Mendes, *Mandado*, p. 809; Pacheco, *O mandado*, 625; Dantas, *Reclamação*, p. 361.

52 (Voltar) Zenkner, *Reflexos*, p. 105-106.

53 (Voltar) STJ, Rcl. 2.017/RS, 3ª Seção, rel. Min. Jane Silva, j. 08.10.2008, *DJE* 15.10.2008.

54 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, Rcl 6.999 AgR/MG, rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.10.2013, *DJe* 07.11.2013.

55 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, p. 75; Araken de Assis, *Introdução*, p. 17.

56 (Voltar) Em sentido aproximado, Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 135, p. 233.

57 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, p. 21; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 518; Dinamarco, *Os efeitos*, n. 56, p. 116.

58 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 135, p. 233; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 1.2, p. 6.

59 (Voltar) Didier Jr. e Carneiro da Cunha, *Curso*, p. 494-495. Há doutrina que defende a natureza de sucedâneo recursal: Araken de Assis, *Manual*, p. 890; Araujo-Medina, *Mandado*, p. 176.

60 (Voltar) STJ, Corte Especial, AgRg na SS 1.404/DF, rel. Min. Edson Vidigal, j. 25.10.2004, *DJ* 06.12.2004, p. 177; STF, Tribunal Pleno, SS 3.259 AgRg/SP, rel. MIn. Ellen Gracie, j. 07.04.2008; Rocha Lopes, *Comentários*, p. 122.

61 (Voltar) STJ, Corte Especial, AgRg na SS 1.873/PI, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 28.05.2009, *DJe* 10.08.2009.

62 (Voltar) *Informativo* 544/STJ: 2.ª Turma, REsp 1.415.603/CE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 22.05.2014.

63 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 414.

64 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 1.274.066/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 1.º.12.2011, *DJe* 09.12.2011; STJ, 1.ª Turma, REsp 924.286/MT, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 17.06.2008, *DJe* 26.06.2008.

65 (Voltar) Súmula 490/STJ: “A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.”

66 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, p. 184; Nery Jr., *Os princípios*, n. 2.3.4.1, p. 76-77; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 135, p. 233. Contra: Araken de Assis, *Manual*, n. 107.3, p. 852-853.

67 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 412.

68 (Voltar) Súmula STJ/45; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 240, p. 438; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 204. Em sentido crítico, Nery Jr., *Os princípios*, n. 2.10, p. 189-191.

69 (Voltar) Marcelo Abelha, *A natureza*, p. 140.

70 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, p. 187.

71 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 526, p. 632; Araken de Assis, *Manual*, n. 108.3, p. 862.

72 (Voltar) AgRg no AgRg no REsp 1038446-RJ, Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial 2008/0052725-6, rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 20.05.2010, *DJe* 14.06.2010.

73 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, RMS 16.218/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 13.09.2005, *DJ* 17.10.2005.

74 (Voltar) STJ, 6.ª Turma, REsp 145.560/RJ, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 26.04.2005, *DJ* 09.05.2005.

75 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 109.2, p. 865; STJ, 5.ª Turma, REsp 843.450/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.03.2008, *DJ* 02.06.2008; STJ, 3.ª Turma, AgRg na RCDESP no Ag 868.509/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 04.12.2007, *DJ* 13.03.2008.

76 (Voltar) Wambier, *Os agravos*, p. 483; Araken de Assis, *Manual*, n. 109.2, p. 865; Orione Neto, *Recursos*, p. 162.

77 (Voltar) STJ, 3ª Turma, RCD no AREsp 668.743/RJ, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 07.***0***5.2015, *DJe* 18.05.2015; STJ, 2ª Turma, RCD no REsp 1.433.916/DF, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 24.***0***3.2015, *DJe* 07.***0***4.2015.

78 (Voltar) O Supremo Tribunal Federal entende que a reclamação constitucional não é ação, mas exercício do direito de petição: STF, Tribunal Pleno, ADI 2.212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, j. 02.10.2003, *DJ* 14.11.2003, p. 11. Entendimento confirmado na ADI 2.480/PB, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02.04.2007, *DJe* 15.06.2007.

79 (Voltar) Súmula 267/STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato passível de recurso ou correição.”

80 (Voltar) STJ, Corte Especial, MS 16.078/AL, rel. Min. Castro Meira, j. 31.08.2011, *DJe* 26.09.2011; STJ, 5ª Turma, RMS 18.364/MG, rel. Arnaldo Esteves Lima, j. 09.10.2007, *DJ* 05.11.2007, p. 285.

81 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp. 886.613/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 03.02.2009, *DJE* 18.02.2009.

82 (Voltar) Medina-Araujo, *Mandado*, n. 5.3.2, p. 79.

83 (Voltar) Dinamarco, *A nova*, n. 74, p. 147-148; Neves, *Manual*, n. 20.4, p. 505-506.

84 (Voltar) STJ, AgRg no REsp 964.154/MT, rel. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 11.10.2011, *DJe* 03.11.2011.

85 (Voltar) STJ, 3ª Turma, RMS 25.837/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.10.2008, *DJE* 05.11.2008.

86 (Voltar) STF, 1ª Turma, RMS 25.340/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.10.2005, *DJ* 09.12.2005, p. 17.

87 (Voltar) Informativo 507/STJ, 2ª Turma, RMS 31.681-SP, rel. Min. Castro Meira, j. 18.10.2012.

88 (Voltar) Súmula 268/STF: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.”

89 (Voltar) STJ, 3ª Turma, RMS 43.439/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.09.2013, *DJe* 01.10.2013.

90 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 3.1, p. 53.

91 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, p. 33; Greco Filho, *Direito*, n. 60, p. 301.

92 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 142, p. 253.

93 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 3.2, p. 54; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 34; Didier-Cunha, *Curso*, p. 31.

94 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 3.2, p. 54; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 35.

95 (Voltar) Barbosa Moreira, *O novo*, p. 115; Didier-Cunha, *Curso*, p. 30-31.

96 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 3.3.1, p. 56-57.

97 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 172, p. 316; Araken de Assis, *Manual*, n. 3.3.2, p. 57; Cheim Jorge, p. 287; Greco Filho, *Direito*, n. 64, p. 319-320.

98 (Voltar) *Informativo* 458/STJ: 4.ª Turma, REsp 912.336/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 02.12.2010.

99 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 173, p. 317 e Didier-Cunha, *Curso*, p. 86, no tocante ao art. 539, II, do CPC.

100 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, p. 296. Contra: Enunciado 88/FONAJE e Enunciado 59/FONAJEF.

101 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 1.359.

102 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 3.3.3.1.2, pp. 59-60; Theodoro Jr., *Curso*, n. 540, p. 648; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 5.1, p. 128; Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Código*, p. 931.

103 (Voltar) STJ, AgRg nos EREsp 611.395/MG, Corte Especial, rel. Min. Gilson Dipp, j. 07.06.2006, *DJ* 11.08.2006, p. 333.

104 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 1.359.

105 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 3.3.3, p. 58-59; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 291.

106 (Voltar) Admitindo recurso adesivo da parte vencedora para aumento da verba honorária: *Informativo* 363, 4.ª Turma, REsp. 1.056.985-RS, rel. Aldir Passarinho Jr., j. 12.08.2008.

107 (Voltar) STJ, 4ª Turma, REsp 1.109.249/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.***0***3.2013, *DJe* 19.03.2013.

108 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 3.3.3.3, p. 62; Didier-Cunha, *Curso*, p. 91. STJ, REsp 739.632/RS, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 15.05.2007, DJ 11.06.2007.

109 (Voltar) STJ, REsp 867.042/AL, 1.ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.06.2008, *DJe* 07.08.2008.

110 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, p. 313; Nery Jr., *Teoria*, n. 2.11, p. 194.

111 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 540, p. 648; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 5.1, p. 131; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 300-301; Araken de Assis, *Manual*, n. 3.3.3.2, p. 60-61.

112 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 174, p. 319; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 5.1, p. 131; Didier-Cunha, *Curso*, p. 88. Contra: Cheim Jorge, *Teoria*, p. 301-302;

Araken de Assis, *Manual*, n. 3.3.3.2, p. 61.

113 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, p. 298-299; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 174, p. 319.

114 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 3.3.3.4, p. 62; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 176, p. 322.

115 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 177, p. 325.

116 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 178, p. 327; Cheim Jorge, *Breves*, p. 2.224.

117 (Voltar) *Informativo* 554, 3ª Turma, REsp 1.285.405-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 16.12.2014, *DJe* 19.12.2014.

118 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, p. 251-253.

119 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 143, p. 256; Araken de Assis, *Manual*, n. 23, p. 214; Theodoro Jr., *Curso*, n. 537-a, p. 645; Fux, *Curso*, p. 954.

120 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 3.5.2, p. 445.

121 (Voltar) Dinamarco, *A nova*, n. 58, p. 119-120.

122 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, p. 232-233.

123 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 79.

124 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 260. Para Dinamarco, *A nova*, p. 124, a regra é essa, mas pode ser excepcionada nos embargos de declaração com efeitos infringentes.

125 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, p. 431; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 260; Didier Jr.-Cunha, *Curso*, p. 79.

126 (Voltar) Barbosa Moreira, *Código*, n. 237, p. 429; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 531; STJ, 3.ª Turma, REsp 714.068, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1.º.04.2008.

127 (Voltar) Dinamarco, *A nova era*, n. 65, p. 129.

128 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 955.

129 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.318.479/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 9.9.2014, *DJe* 25.9.2014.

130 (Voltar) *Informativo* 465/STJ: 2.ª Turma, REsp 1.125.039/RS, rel. Min. Humberto

Martins, j. 1.º.03.2011; *Informativo* 468/STJ: 1.ª Turma, REsp 1.201.359/AC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 05.04.2011.

131 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 957.

132 (Voltar) *Informativo* STJ/329, 6.ª Turma, REsp 794.089/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28.08.2007.

133 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.172.707/AL, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 28.5.2013, *DJe* 5.11.2013.

134 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 1.444; Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.504; Oliveira, *Primeiros*, p. 2.308.

135 (Voltar) *Informativo* 490/STJ: 2.ª Seção, EREsp 595.742-SC, rel. originário Min. Massami Uyeda, rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.12.2011.

136 (Voltar) *Informativo* 417/STJ, 3.ª Turma, REsp 981.001-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.11.2009.

137 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 74.

138 (Voltar) Barbosa Moreira, *Código*, n. 143, p. 257, Dinamarco, *A nova*, n. 76, p. 150; Fux, *Curso*, p. 958.

139 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 75; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 533; Cheim Jorge, *Teoria*, n. 11.6.1, p. 254.

140 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 516; Mello, *Breves*, p. 2.243. Contra: Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.446.

141 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 609; Medina, *Novo*, p. 1.352.

142 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Novo*, p. 663; Mazzei, *Breves*, pp. 2.286-2.287; Enunciado 218 do FPPC: “A inexistência de efeito suspensivo dos embargos de declaração não autoriza o cumprimento provisório da sentença nos casos em que a apelação tenha efeito suspensivo”.

143 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp. 1.188.564/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.8.2010, *DJe* 10.9.2010.

144 (Voltar) *Informativo* 501/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.280.171-SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 02.08.2012.

145 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 515.

146 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 3.5.4, p. 482; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 81; STJ, 1.ª Turma, EDcl nos EDcl no REsp 645.595/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.08.2008.

147 (Voltar) *Informativo* 546/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.304.953/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.08.2014.

148 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 244, p. 444; Araken de Assis, *Manual*, n. 24.8, p. 226; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 242; STJ, 2.ª Turma, REsp 830.392/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 04.09.2007.

149 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 3.5.4, p. 487-488; Barbosa Moreira, *Comentários*, p. 594; Medina, *O pré-questionamento*, p. 76-77; Wambier, *Nulidades*, p. 420.

150 (Voltar) STF, AI 823.893 AgR/MG: 2.ª Turma, AgRg no AI, rel. Min. Ellen Gracie, j. 15.03.2011, publ. *DJe* 063, divulg. 1.º.04.2011, publ. 04.04.2011; Ement. Vol. 02495-01 p. 273; AI 657.656 ED/MG, 1.ª Turma, Emb. Decl. no AI, rel. Min. Dias Toffoli, j. 18.05.2010, publ. *DJe* 200, divulg. 21.10.2010.

151 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Requisitos*, p. 119, Oliveira, *Recurso*, p. 339-342; Lima Freire, *Condições*, p. 89.

152 (Voltar) AgRg no Ag 1.357.618/SP, AgRg no AI 2010/0174457-4, rel. Min. Maria Isabel Gallotti (1145), 4.ª Turma, j. 26.04.2011, *DJe* 04.05.2011; AgRg no Ag 1.382.247/RS, AgRg no AI 2010/0210946-0, rel. Min. Humberto Martins, 2.ª Turma, j. 14.04.2011, *DJe* 26.04.2011; EDcl no AgRg no AgRg 1.185.325/RJ, EDcl no AgRg no AI 2009/0083436-4, rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) (8175), 6.ª Turma, j. 22.02.2011, *DJe* 14.03.2011; EDcl no AgRg no REsp 1.043.561/RO, EDcl no AgRg no REsp 2008/0064147-3, rel. Min. Francisco Falcão (1116), rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux (1122), 1.ª Turma, j. 15.02.2011, *DJe* 28.02.2011, *RDDP*, vol. 98, p. 134.

153 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.271.016/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 26.06.2012, *DJe* 29.06.2012; STJ, 1.ª Turma, AgRg no REsp 1.269.158/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 19.06.2012, *DJe* 22.06.2012; STJ, 4.ª Turma, EDcl no REsp 1.282.259/AL, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 19.06.2012, *DJe* 26.06.2012; STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1.189.824/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 10.04.2012, *DJe* 20.04.2012.

154 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, Primeiras, p. 1.504; Oliveira, Breves, p. 2.310. Contra: Scarpinella Bueno, Manual, p. 650.

155 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 244, p. 444; *Bedaque*, Apelação, p. 463-466. Contra: Nery Jr., *Teoria*, n. 3.5.4, p. 485-486.

156 (Voltar) *Informativo* 372/STF: Tribunal Pleno, AC 112/RN, rel. Min. Cezar Peluso, j. 1.º.12.2004.

157 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 24.8, p. 226; Dinamarco, *Capítulos*, n. 48, p. 105.

158 (Voltar) *Informativo* 533/STJ: 1.ª Turma, REsp 1.293.624/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 05.12.2013.

159 (Voltar) Nery, *Teoria*, n. 3.5.3, p. 477; Dinamarco, *Capítulos*, n. 51, p. 111. *Informativo* 355, 4.ª T., REsp 440.993-DF, rel. Aldir Passarinho Jr., 15.05.2008.

160 (Voltar) *Informativo* 419/STJ: Corte Especial, EREsp 423.250/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 10.12.2009.

161 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 84.

162 (Voltar) Dinamarco, *A nova era*, n. 68, p. 136-137; Araken de Assis, *Manual*, n. 24.9, p. 226-227.

163 (Voltar) Dinamarco, *A nova era*, n. 68, p. 136; Araken de Assis, *Manual*, n. 24.9.1, p. 229; Nery Jr., *Teoria*, n. 3.5.3, p. 479; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 295; *Informativo* 507/STJ: 3.ª Turma, AgRg no REsp 908.763-TO, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18.10.2012; STJ, 6.ª Turma, REsp 209.336/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 08.03.2007; EDcl no REsp 453.860/SP, 4.ª Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 15.08.2006.

164 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 24.9.3, p. 233; Didier-Cunha, *Curso*, p. 72.

165 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 3.5.5, p. 489; Theodoro Jr., *Curso*, n. 537-b, p. 646; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 88.

166 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 77-78.

167 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 78.

168 (Voltar) Laspro, *Duplo*, p. 155-158.

169 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, p. 44; Laspro, *Duplo*, p. 17-18; Radamés de Sá, *Duplo*, p. 88.

170 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 128, p. 238; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 185; Araken de Assis, *Manual*, n. 5.1, p. 70.

171 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 5, p. 69.

172 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, p. 39; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 184.

173 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 5.1, p. 70.

174 (Voltar) Pinto, *Manual*, p. 86; Dinamarco, *Instituições*, p. 237.

175 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 138, p. 237. Em sentido crítico: Araken de Assis, *Manual*, n. 5.1, p. 71; Laspro, *Duplo*, p. 100.

176 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 507-508; Laspro, *Duplo*, p. 133.

177 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 509.

178 (Voltar) Didier-Cunha, *Curso*, p. 25.

179 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 527, p. 636; Pinto, *Manual*, p. 85.

180 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, p. 40-41. Contra: Cheim Jorge, *Teoria*, p. 186.

181 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 138, p. 239-240; Laspro, *Duplo*, p. 159; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 511-515.

182 (Voltar) Em sentido semelhante: Araken de Assis, *Manual*, n. 5.2, p. 73.

183 (Voltar) Dinamarco, *Instituições*, v. 1, p. 240.

184 (Voltar) Arruda Alvim, *Anotações*, p. 56; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 174.

185 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, p. 175.

186 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 6, p. 77-78.

187 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, AgRg na Rcl 18.108/BA, rel. Min. Og Fernandes, j. 13.08.2014, *DJe* 21.08.2014.

188 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 981.591/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 25/03/2008, DJe 03/04/2008.

189 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.499.232/PI, rel. Min. Humberto Martins, j. 19/03/2015, DJe 25/03/2015.

190 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, p. 122, Cheim Jorge, *Teoria*, p. 167.

191 (Voltar) *Informativo* 403/STJ: 4.ª Turma, REsp 1.035.169/BA, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 20.08.2009.

192 (Voltar) *Informativo* 523/STJ: 4.ª Turma, AgRg no AREsp 9.653/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.05.2013.

193 (Voltar) Pimentel Souza, *Introdução*, n. 4.3, p. 111; Didier-Cunha, *Curso*, p. 48.

194 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 141, p. 249.

195 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 7, p. 85; Nery, *Teoria*, n. 2.4, p. 121-130.

196 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 7, p. 84; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 4.3, p. 110; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 521.

197 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 2.4, p. 138.

198 (Voltar) Contra, entendendo haver preclusão diante da não interposição de embargos de declaração, Nery Jr., *Teoria*, n. 2.4, p. 138.

199 (Voltar) *Informativo* 503/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.112.599/TO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.08.2012.

200 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 10, p. 96.

201 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 2.7, p. 179.

202 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, p. 200.

203 (Voltar) *Informativo* 507/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.320.527/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.10.2012; Nery Jr., *Teoria*, n. 2.6, p. 177; Araken de Assis, *Manual*, n. 9.2, p. 96.

204 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 2.6, p. 176; Araken de Assis, *Manual*, n. 9.2, p. 96.

205 (Voltar) STJ, 1ª Seção, AgRg na Rcl 23.177/SC, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 25/03/2015, DJe 06/04/2015.

206 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 207.336/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 09/06/2015, DJe 12/06/2015; STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 387.220/RO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06/02/2014, DJe 18/02/2014.

207 (Voltar) *Informativo* 509/STJ: 1.ª Turma, AgRg no AREsp 187.507/MG, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 13.11.2012.

208 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 524; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 219-220.

209 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 571.026/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 21/10/2014, DJe 28/10/2014.

210 (Voltar) STJ, 2ª Turma, EDcl no REsp 1.364.167/RS, rel. Min. Og Fernandes, 26/11/2013, DJe 09/12/2013 e STF, 2ª Turma, RE 808.931 AgR/RS, rel. Min. Teori

Zavascki, j. 05/05/2015, DJe 18/05/2015; STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 307.887/SC, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17/12/2013, DJe 04/02/2014 e STF, 2ª Turma, ARE 736.569 ED/ES, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 17/09/2013, DJe 14/10/2003.

211 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 522.

212 (Voltar) STJ, 3ª Turma, REsp 1.104.451/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02/08/2011, DJe 15/08/2011; Nery Jr., Teoria, n. 2.5.2.1, p. 146.

213 (Voltar) *Informativo* 383/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.033.447/PB, rel. Eliana Calmon, j. 10.02.2009; *Informativo* 379/STJ, Corte Especial, EREsp 1.043.976/PR, rel. Fernando Gonçalves, j. 03.12.2008.

214 (Voltar) *Informativo* 538/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.330.172/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.03.2014.

215 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 522.

216 (Voltar) *Informativo* 515/STJ: 4.ª Turma, AgRg no REsp 1.184.036/DF, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 07.02.2013.

217 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, p. 213.

218 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 2.5.2.2, p. 162.

219 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 523.

220 (Voltar) STJ, AgRg no AgRg nos EDcl nos EDv no AgRg no CC 134.824/GO, 1ª Seção, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 25/03/2015, DJe 31/03/2015.

221 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 582.268/GO, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 24/03/2015, DJe 08/04/2015.

222 (Voltar) STJ, 3ª Turma, RCD nos EDcl no AgRg no AREsp 410.962/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19/03/2015, DJe 26/03/2015.

223 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 372.482/RO, rel. Min. Herman Benjamin, j. 10/03/2015, DJe 06/04/2015.

224 (Voltar) STJ, 2ª Turma, EInf no REsp 1.466.861/PE, rel. Min. Humberto Martins, j. 16/10/2014, DJe 28/10/2014.

225 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 336.945/SC, rel. Raul Araújo, j. 02/10/2014, DJe 23/10/2014.

226 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 477.750/DF, rel. Min. João Otávio de

Noronha, j. 26/08/2014, DJe 04/09/2014.

227 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.325.692/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04/02/2014, DJe 17/02/2014.

228 (Voltar) STJ, 4ª Turma, PET no REsp 1.442.521/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 3/06/2014, DJe 12/06/2014.

229 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 2.5.2.3, p. 170; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 211-212.

230 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, EDcl no REsp 464.425/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 10.08.2006, *DJ* 11.09.2006; STJ, 1.ª Turma, REsp 641.431/RN, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.11.004, *DJ* 17.12.2004.

231 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 524.

232 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 2.5.2.3, p. 169; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 217-218.

233 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 2.10, p. 183; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 525; Araken de Assis, *Manual*, n. 14, p. 102.

234 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 241, p. 438-440.

235 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 261.990/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 24/03/2015, DJe 31/03/2015; STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 440.138/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25/11/2014, DJe 12/12/2014; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 240, p. 438; Nery Jr., *Teoria*, n. 2.10, p. 183; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 525; Araken de Assis, *Manual*, n. 14.4.2, p. 109.

236 (Voltar) STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 1.056.885/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 16/12/2014, DJe 03/02/2015; STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 468.256/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 20/03/2014, DJe 14/04/2014.

237 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 537.694/RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 11/11/2014; DJe 20/11/2014; STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 424.043/PR, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 24/03/2015, DJe 06/04/2015.

238 (Voltar) STJ, 6ª Turma, AgRg no RMS 28.147/MS, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 19/03/2015, DJe 30/03/2015.

239 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 369.691/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 18/03/2014, DJe 27/03/2014.

240 (Voltar) Reconhecendo a legitimidade de condenação em verbas honorárias: STJ, 2.ª Turma, REsp 1.301.049/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 04.12.2012, *DJe*

10.12.2012.

241 (Voltar) Súmula 45/STJ: “No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”.

242 (Voltar) Nery Jr., *Manual*, n. 2.8, p. 180-181.

243 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 2.9, p. 181.

244 (Voltar) *Informativo* 505/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.114.519-PR, Sidnei Beneti, 02.10.2012.

245 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 2.9, p. 182; Araken de Assis, *Manual*, n. 12, p. 100.

246 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 13, p. 100.

247 (Voltar) STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 927.113/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. 24/04/2008, DJe 19/05/2008.

248 (Voltar) STJ, 2ª Turma, REsp 981.591/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 25/03/2008, DJe 03/04/2008.

249 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 144, p. 261.

250 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 147, p. 265-266; Fux, *Curso*, p. 937.

251 (Voltar) STJ, 6.ª Turma, AgRg no REsp 958.333/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17.12.2007, *DJ* 25.02.2008; STJ, 2.ª Turma, REsp 543.368/RJ, rel. Eliana Calmon, rel. para acórdão Castro Meira, j. 04.05.2006, *DJ* 02.06.2006; Araken de Assis, *Manual*, n. 16.1, p. 116; Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4, p. 267.

252 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 146, p. 264; Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4, p. 261. *Informativo* 395/STJ, Corte Especial, EREsp 978.782-RS, rel. Ari Pargendler, j. 20.05.2009.

253 (Voltar) Greco Filho, *Direito*, n. 303.

254 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 145, p. 263; Cheim Jorge, *Teoria*, n. 9.1, p. 79; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 525-529; Araken de Assis, *Manual*, n. 18, p. 131-132.

255 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, 3.4.1.1, p. 275-276.

256 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4.1.1, p. 275; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 3.2, p. 41-42.

257 (Voltar) Contra: STJ, 6.ª Turma, AgRg no REsp 415.691/DF, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 09.12.2005.

258 (Voltar) Contra: STJ, 6.ª Turma, AgRg no Ag 561.502/RJ, rel. Min. Paulo Medina, j. 05.10.2004.

259 (Voltar) Contra: STJ, 1.ª Turma, AgRg no REsp 1.009.082/MG, rel. Min. Denise Arruda, j. 24.06.2008; REsp 417.479/RS, 1.ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, j. 25.06.2002.

260 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 891.671/ES, rel. Min. Castro Meira, j. 06.03.2007.

261 (Voltar) STJ, 3ª Turma, RMS 43.439/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/09/2013, DJe 01/10/2013.

262 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 162, p. 291-293; Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4.1.2, p. 308-309.

263 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 162, p. 291-292; Araken de Assis, *Manual*, n. 19.2.1, p. 143.

264 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4.1.2, p. 312; Cheim Jorge, *Teoria*, p. 94-95; STJ, 4.ª Turma, REsp 410.793/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 28.09.2004; REsp 259.981.SP, 2.ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 18.04.2004.

265 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 19.2.4, p. 152.

266 (Voltar) Neves, *A nova*, p. 58; Cruz e Tucci, *Lineamentos*, p. 32; Dinamarco, *A reforma*, n. 19, p. 71; Araken de Assis, *Manual*, n. 19.2.4, p. 152.

267 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4.1.2, p. 314; Cheim Jorge, *Teoria*, n. 9.2.2.5, p. 97.

268 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 19.2, p. 154; Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4.1.2, p. 314; Cheim Jorge, *Teoria*, n. 9.2.2.5, p. 99.

269 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 440.613/SE, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.04.2006; REsp 761.093/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 16.08.2005; Araken de Assis, *Manual*, n. 19.2, p. 154; Cheim Jorge, *Teoria*, n. 9.2.2.5, p. 99.

270 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 637.405/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19/03/2015, DJe 26/03/2015; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.378.162/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 04/02/2014, DJe 10/02/2014.

271 (Voltar) Barbosa Moreira, Comentários, n. 164, p. 295; Araken de Assis, Manual, n.

19.2.3, p. 149.

272 (Voltar) Araken de Assis, Manual, n. 19.2.3, p. 150; Greco Filho, Direito, n. 61, p. 308-309.

273 (Voltar) Baptista da Silva, *Curso*, p. 421.

274 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 165, p. 297-298; Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4.1.2, p. 309-310.

275 (Voltar) Súmula 99/STJ: "O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte"; *Informativo* 513/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.323.677-MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.02.2013.

276 (Voltar) Câmara, *Lições*, v. 2, p. 61; Leonardo Greco, *Instituições*, p. 265-266.

277 (Voltar) STJ, 5.ª Turma, REsp 604.719/PB, rel. Min. Felix Fischer, j. 22.08.2006; Mazzili, *Regime*, p. 734-735; Costa Machado, *A intervenção*, p. 582; Didier-Cunha, *Curso*, p. 40.

278 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 167, p. 301-302; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 3.4.1, p. 50; Baptista da Silva, *Curso*, p. 421; Orione Neto, *Recursos*, p. 79.

279 (Voltar) Informativo 797/STF, Plenário, MS 33729/DF, rel. Min. Roberto Barroso, j. 03.09.2015; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 167, p. 301-302; Cheim Jorge, *Apelação*, p. 127-130.

280 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 166, p. 298-299.

281 (Voltar) Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4.1.3, p. 324; STJ, 2.ª Turma, REsp 612.075/SC, rel. Min. Castro Meira, j. 23.03.2004.

282 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 776.648/MG, rel. Min. José Delgado, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 1.º.03.2007, *DJe* 08.05.2008.

283 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 19.3.2, p. 163-164. Contra: Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4.1.3, p. 328-329.

284 (Voltar) *Informativo* 441/STJ, Corte Especial, EREsp 616.918/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 02.08.2010.

285 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 844.428/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 04.03.2008; Cruz e Tucci, *Reflexões*, p. 288-289; Scarpinella Bueno, *Código*, p. 896-897; Didier Jr., *Curso*,

p. 375.

286 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 694.271/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 24.04.2007; REsp 726.908/RJ, 4.ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 12.04.2005.

287 (Voltar) Súmula 326/STJ: "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca". Evidentemente a súmula diz respeito à sucumbência formal.

288 (Voltar) Informativo 562/STJ, Corte Especial, REsp 1.102.479-RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, Corte Especial, julgado em 4/3/2015, DJe 25/5/2015, Recurso Especial repetitivo tema 459.

289 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 167; p. 300; Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4.1.3, p. 319; Cheim Jorge, *Teoria*, n. 9.2.3.1, p. 102.

290 (Voltar) *Informativo* 552/STJ, 3ª Turma, REsp 1.114.035-PR, Rel. originário Min. Sidnei Beneti, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, j**.** 7/10/2014.

291 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, n. 9.2.3.3, p. 108; Araken de Assis, *Manual*, n. 19.3.1, p. 157-158; Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4.1.3, p. 318; STJ, 1.ª Turma, REsp 836.392/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.11.2006, *DJ* 14.12.2006; REsp 710.287/SP, 3.ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 06.10.2005, *DJ* 07.11.2005. Contra: Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 526.

292 (Voltar) Súmula STF/283: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos".

293 (Voltar) Súmula 126/STJ: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamento constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte não manifesta recurso extraordinário".

294 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 890.529/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 01.10.2009, *DJe* 21.10.2009; STJ, 1.ª Turma, RMS 20.582/GO, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 18.09.2007, *DJ* 18.10.2007, p. 263; Araken de Assis, *Manual*, n. 19.4.2.5, p. 171. Contra, pelo termo final no início do julgamento: Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 181, p. 332; Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4.1.6, p. 422; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 67.

295 (Voltar) *Informativo* 517/STJ, 2.ª Turma, AgRg no AgRg no Ag 1.392.645-RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 21.02.2013.

296 (Voltar) *Informativo* 381/STJ, Corte Especial, QO no REsp 1.063.343-RS, Rel. Nancy Andrighi, j. 15.12.2008**.**

297 (Voltar) *Informativo* 497/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.308.830-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.05.2012.

298 (Voltar) Disponível em: <http://www.facebook.com/browse/admined_pages/?id=1563397492#!/DanielNevesCPC>.

299 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 183, p. 339; Luiz Fux, *Curso*, p. 948. Contra: Marinoni-Mitidiero, *Código*, p. 518.

300 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 19.4.2.6, p. 172; STJ, 1.ª Turma, REsp 573.312/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.06.2005.

301 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 181, p. 332-333.

302 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 182, p. 334-335.

303 (Voltar) STJ, 6.ª Turma, AgRg no RHC 5.587/RJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 03.12.1996.

304 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 949; Araken de Assis, *Manual*, n. 19.4.1.4, p. 166; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 185, p. 343.

305 (Voltar) Theodoro Jr., *Curso*, n. 538, p. 647; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 3.5.2, p. 55.

306 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 19.4.1.4, p. 167; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 186, p. 344-345.

307 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 19.4.1.4, p. 167.

308 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 187, p. 345.

309 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, n. 9.2.4.2, p. 118; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 3.5.3, p. 56. Contra, admitindo a aplicação do art. 503 do CPC, mesmo depois de interposto o recurso: Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 189, p. 347; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 70.

310 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 265.873/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 17.08.2006.

311 (Voltar) *Informativo* 380/STJ, 2.ª T., REsp 1.085.257-SP, rel. Eliana Calmon, j. 09.12.2008.

312 (Voltar) *Informativo* 445/STJ, Corte Especial, EREsp 1.119.666-RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 1.º.09.2010; *Informativo* 441/STJ, Corte Especial, REsp 905.771-CE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 29.06.2010; *Informativo* 473/STJ: Corte Especial, EREsp

853.618-SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 18.05.2011.

313 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, n. 9.3.1.5, p. 134; Didier-Cunha, *Curso*, p. 53.

314 (Voltar) *Informativo* 513/STJ, Corte Especial, REsp 1.324.432-SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.12.2012.

315 (Voltar) STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 160.742/DF, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26/11/2013, DJe 04/12/2013; *Informativo* 507/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.278.239-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.10.2012.

316 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 837.

317 (Voltar) STJ, Corte Especial, AgRg no EREsp 604.140/RJ, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 23.11.2006; REsp 651.318/MG, 3.ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.10.2006.

318 (Voltar) *Informativo* 491/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.190.865-MG, rel. Min. Massami Uyeda, j. 14.02.2012.

319 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 226.951/GO, rel. Min. Humberto Martins, j. 09/10/2012, DJe 19/10/2012**.**

320 (Voltar) STF, 1.ª Turma, AI-AGR 530.544/BA, rel. Min. Carlos Britto, j. 21.03.2006; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 621.254/PE, rel. Min. Humberto Martins, j. 12/02/2015, DJe 25/02/2015.

321 (Voltar) Dinamarco, *Tempestividade*, p. 9-23; Araken de Assis, *Manual*, n. 20.1, p. 180-181; Theodoro Jr., *Curso*, n. 532-a, p. 641-642; Barbosa Moreira, *Restrições*, p. 274-275.

322 (Voltar) Informativo 776/STF, Plenário, AI 703269 AgR-ED-ED-EDv-ED/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 05.***0***3.2015.

323 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, n. 9.3.1.2, p. 127.

324 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 20.1.4, p. 189.

325 (Voltar) *Informativo* 514/STJ, 2.ª Turma, AgRg no REsp 1.308.916-GO, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 06.12.2012.

326 (Voltar) *Informativo* 523/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.331.730-RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 07.05.2013.

327 (Voltar) Súmula STF/641.

328 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no Ag 996.939/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 21.08.2008; AgRg no Ag 630.734/PR, 2.ª Turma, rel. Min. Franciulli Netto, j. 16.12.2004; Cheim Jorge, *Teoria*, n. 9.3.1.5, p. 137-138.

329 (Voltar) STF, 2.ª Turma, RE-AgR-ED 400.120/RS, rel. Min. Eros Grau, j. 16.10.2007; STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp 945.127/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.10.2008; AgRg no Ag 938.156/SP, 2.ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 14.10.2008. *Informativo* 523/STF, Plenário, RE 536881, AgR/MG, rel. Eros Grau, j. 08.10.2008; *Informativo* 344/STJ, Corte Especial, EREsp 299.177-MG, rel. Eliana Calmon, j. 11.02.2008.

330 (Voltar) *Informativo* 712/STF, 1.ª Turma, AI 741.616 AgR/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, j. 25.06.2013.

331 (Voltar) *Informativo* 659/STF, Tribunal Pleno, RE 626.358 AgR/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, 22.03.2012.

332 (Voltar) *Informativo* 504/STJ, Corte Especial, AgRg no AREsp 137.141-SE, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 19.09.2012.

333 (Voltar) *Informativo* 721/STF, 1.ª Turma, AI 741.616 AgR/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, j. 25.06.2013.

334 (Voltar) *Informativo* 447/STJ, Corte Especial, AgRg no Ag 1.251.998-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.09.2010.

335 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 612.

336 (Voltar) STJ, AgRg no Ag 1.409.746/RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 14.08.2012, *DJe* 28.08.2012; STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1.273.104/SE, 6.ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 12.06.2012, *DJe* 27.06.2012; STJ, AgRg no Ag 1.175.256/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05.06.2012, *DJe* 18.06.2012.

337 (Voltar) Diz-se *kafkiano*, segundo o *Dicionário Houaiss*, tudo aquilo que, de forma semelhante à sua obra, evoca uma atmosfera de pesadelo, de absurdo, especialmente em um contexto burocrático que escapa a qualquer lógica ou racionalidade (diz-se de situação, obra artística, narração etc.).

338 (Voltar) Em ação penal, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a falha não pode ser imputada ao recorrente e seu recurso deve ser considerado tempestivo: *Informativo* 748/STF, 1.ª Turma, HC 114.456/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 27.05.2014.

339 (Voltar) Barbosa Moreira, *Restrições*, p. 276.

340 (Voltar) *Informativo* 707/STF, 1.ª Turma, AI 822891 AgR/RS, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, j. 21.05.2013.

341 (Voltar) *Informativo* 503/STJ, 5.ª Turma, HC 244.210-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06.09.2012.

342 (Voltar) *Informativo* 358/STJ, 2.ª Turma, Ag 742.801-SP, rel. Humberto Martins, j. 03.06.2008.

343 (Voltar) *Informativo* 502/STJ, 3.ª Turma, AgRg no AREsp 96.048-PI, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.08.2012.

344 (Voltar) *Informativo* 800/STF, 1ª Turma, RE 755613 AgR-ED/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. 22.9.2015.

345 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, 9.3.3, p. 149; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 64.

346 (Voltar) *Informativo* 563/STJ, Corte Especial, REsp 844.440-MS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 6/5/2015, DJe 11/6/2015; *Informativo* 517/STJ, 2.ª Turma, EDcl no REsp 1.221.314-SP, rel. Min. Castro Meira, j. 21.02.2013; STJ, 6.ª Turma, AgRg no Ag 732.419/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.11.2008. Contra: STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 588.239/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. 16/12/2014, DJe 19/12/2014.

347 (Voltar) *Informativo* 565/STJ, 2ª Seção, EAREsp 423.679-SC, Rel. Min. Raul Araújo, j. 24/6/2015, DJe 3/8/2015.

348 (Voltar) STJ, EResp 839.625/SC, 1.ª Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 22.08.2007, DJ 15.10.2007, p. 224.

349 (Voltar) *Informativo* 441/STJ, Corte Especial, REsp 1.101.727/PR, rel. MIn. Hamilton Carvalhido, j. 02.08.2010.

350 (Voltar) *Informativo* 506/STJ: 1.ª Seção, REsp 1.338.247-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 10.10.2012.

351 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 471.502/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.10.2006; AgRg no Ag 531.387/PE, 3.ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 06.04.2004; Araken de Assis, Manual, n. 20.3, p. 202; Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4.1.7, p. 425; Cheim Jorge, *Teoria*, n. 9.3.3.1, p. 151-152.

352 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 659.045/ES, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 07.03.2006; REsp 683.177/PR, 3.ª Turma, rel. Min. Castro Filho, j. 07.06.2005.

353 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, n. 120, p. 164; Bedaque, *Aspectos*, p. 443.

354 (Voltar) Súmula 484/STJ; *Informativo* 445/STJ, Corte Especial, REsp 1.122.064-DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 1.º.09.2010; STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 711.929/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15.10.2008; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 219, p. 392; Cheim Jorge, *Teoria*, n. 9.3.3.3, p. 157; Fux, *Curso*, p. 953. Contra: Araken de Assis, *Manual*, n. 20.3, p. 203.

355 (Voltar) *Informativo* 386/STJ, 3.ª T., REsp 814.512-PI, rel. Nancy Andrighi, 10.03.2009.

356 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 219, p. 394.

357 (Voltar) STJ, 2ª Turma, RMS 45.820/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. 25/08/2015, DJe 11/09/2015; Araken de Assis, *Manual*, n. 20.3, p. 203; Nery Jr., *Teoria*, n. 3.4.1.7, p. 427-428; Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 65.

358 (Voltar) Enunciado 80 do FONAJE.

359 (Voltar) Nesse sentido, o Enunciado 97 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

360 (Voltar) STJ, 3.ª Turma, REsp 867.005/PR, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 09.08.2007.

361 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 1.415.318/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 25/10/2011, DJe 07/12/2011.

362 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 629.082/SC, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 18/06/2015, DJe 26/06/2015.

363 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.478.640/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 24/03/2015, DJe 27/03/2015.

364 (Voltar) STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 630.583/ES, rel. Min. Marga Tessler, j. 07/04/2015, DJe 10/04/2015.

365 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 964.160/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 02.10.2008.

366 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 20.2.2, p. 196.

367 (Voltar) *Informativo* 541/STJ, 3.ª Turma, REsp 1.442.887-BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.05.2014.

368 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, EREsp 447.766/RS, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Min. Franciulli Netto, j. 10.09.2003.

369 (Voltar) *Informativo* 521/STJ, 4.ª Turma, AgRg no AREsp 219.496-RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.04.2013.

370 (Voltar) Barbosa Moreira, *Restrições*, p. 281.

371 (Voltar) *Informativo* 386/STJ, 4.ª Turma, REsp 264.101-RJ, rel. Luis Felipe Salomão, j. 10.03.2009.

372 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, EDcl no AgRg no Ag 589.887/RJ, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, j. 21.10.2008; EDcl no AgRg no Ag 915.596/SP, 5.ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11.09.2008.

373 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manua*l, p. 551.

374 (Voltar) Scarpinella Bueno, ***Curso***, v. 5, p. 70; Didier-Cunha, ***Curso***, p. 71-72.

375 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, n. 6.2.1, p. 64; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 2.2, p. 39.

376 (Voltar) Cheim Jorge, *Teoria*, n. 6.2.1, p. 65.

377 (Voltar) *Informativo* 477/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.236.732/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16.06.2011.

378 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 886.030/AL, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 15.02.2007; REsp 688.654/RS, 1.ª Turma, rel. Min. José Delgado, j. 22.02.2005.

379 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 492.

380 (Voltar) Pimentel Souza, *Introdução*, n. 7.1.3, p. 206-207; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 231, p. 418-419. Contra: Câmara, *Juizados*, n. 19.1.1, p. 141-142; Figueira Jr., *Manual*, p. 271-272.

381 (Voltar) Theodoro Jr., *Lei*, n. 66, p. 192.

382 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 37.3, p. 376.

383 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no Ag 892.303/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 28.08.2007, *DJ* 11.02.2008; STJ, 1.ª Turma, REsp 413.827/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 06.05.2004, *DJ* 24.05.2004.

384 (Voltar) Scarpinella, *Novo*, p. 646; Câmara, *O novo*, p. 511.

385 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 1.383.

386 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 1.384.

387 (Voltar) Mello, *Breves*, p. 2.236.

388 (Voltar) A teoria era defendida quanto ao agravo retido do apelado: Nery-Nery, *Código*, p. 881; Neves, *Interesse*, p. 42-43.

389 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 510.

390 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 513.

391 (Voltar) Fica superado o enunciado da Súmula 216/STJ: "A tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da Secretaria e não pela data da entrega na agência do correio".

392 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 39.2, p. 426; Cheim Jorge, *Apelação*, p. 165.

393 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 853; Greco Filho, *Direito*, v. 2, n. 68, p. 332; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 235, p. 425.

394 (Voltar) STJ, 5ª Turma, REsp 782.601/RS, rel. Min. Laurita Vaz, j. 01/12/2009, DJe 15/12/2009.

395 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 235, p. 424; Nery-Nery, *Código*, p. 853; Araken de Assis, *Manual*, 39.3.1, p. 428.

396 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 207.336/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 09/06/2015, DJe 12/06/2015; STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 717.147/DF, rel. Min. Raul Araújo, j. 21/05/2013, DJe 24/06/2013.

397 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 235, p. 425-426; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 79.

398 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 39.2, p. 426.

399 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 861; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 249, p. 456; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 6.16, p. 198.

400 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 249, p. 455; Nery-Nery, *Código*, p. 861; Didier-Cunha, *Curso*, p. 126.

401 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 250, p. 456; Marinoni-Arenhart, *Manual*, n.3.5.1, p. 538; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 6.16, p. 197-198.

402 (Voltar) Para Araken de Assis, *Manual*, n. 40.2.4, p. 438, nesse caso não há necessidade de provar a força maior.

403 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 250, p. 456.

404 (Voltar) *Informativo* 477/STJ, REsp 874.507/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.06.2011.

405 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 238, p. 432; Marinoni-Arenhart, *Manual*, n. 3.5.3, p. 542; Dinamarco, *O efeito*, n. 89, p. 174; Greco Filho, *Direito*, n. 66, p. 328; *Informativo* 528/STJ, Corte Especial, EREsp 874.507-SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 19.06.2013; *Informativo* 520/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.082.964-SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.03.2013; STJ, 2.ª Turma, REsp 797.989/SC, rel. Min. Humberto Martins, j. 22.04.2008, *DJ* 15.05.2008.

406 (Voltar) Didier-Cunha, *Curso*, p. 88-89; Cheim Jorge, *A nova*, p. 146-148; Theodoro Jr., *Curso*, n. 543-a-2, p. 663; Araken de Assis, *Manual*, n. 38.1.4.2, p. 396.

407 (Voltar) Arruda Alvim, *Notas*, p. 81; Dinamarco, *A reforma*, p. 160; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 238, p. 431.

408 (Voltar) Notariano Junior, *O duplo*, p. 200.

409 (Voltar) Santos Ferreira, *Aspectos*, p. 97-99.

410 (Voltar) AgRg no Ag 867.885/MG, 4.ª Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 25.09.2007, *DJ* 22.10.2007. *Informativo* 375/STJ. 4.ª T., REsp 836.932-RO, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 06.11.2008.

411 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, RMS 17.126/ES, rel. Min. Humberto Martins, j. 15.04.2008, *DJ* 25.04.2008; STJ, 3.ª Turma, RMS 20.541/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 08.03.2007, *DJ* 28.05.2007.

412 (Voltar) Dinamarco, *A reforma*, p. 162-163; Arruda Alvim, *Notas*, p. 78.

413 (Voltar) *Informativo* 540/STF, Plenário, RMS 26.959/DF, rel. Eros Grau, rel. p/ acórdão Menezes Direito, 26.03.2009; STJ, 4ª Turma, RMS 37.775/ES, rel. Min. Marco Buzzi, j. 06/06/2013, DJe 02/09/2013; STJ, 2ª Turma, RMS 33.640/MS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 07/02/2012, DJe 14/02/2012.

414 (Voltar) *Informativo* 504/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.294.166-GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.09.2012; STJ, 2.ª Turma, REsp 988.870/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 27.11.2007, DJ 10.12.2007.

415 (Voltar) STJ, 5ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.004.687/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 02/12/2010, DJe 13/12/2010; STJ, 1ª Turma, REsp 721.741/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 03/11/2009, DJe 13/11/2009.

416 (Voltar) STJ, 4ª Turma, EDcl no REsp 1.120.322/RS, rel. Min. Antonio Carlos

Ferreira, j. 04/06/2013, DJe 17/06/2013; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 166.848/PB, rel. Min. Castro Meira, j. 26/02/2013, DJe 05/03/2013.

417 (Voltar) Enunciado 307 do FPPC: “Reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença e, preenchidos os pressupostos do § 3º do art. 1.013, decidirá desde logo o mérito da causa”.

418 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, ***Novo***, p. 946.

419 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, ***Novo***, p. 946

420 (Voltar) Scarpinella, ***Novo***, p. 653.

421 (Voltar) Scarpinella Bueno, ***Manual***, p. 142.

422 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, ***Novo***, p. 946.

423 (Voltar) Enunciado 29 do FPPC: “A decisão que condicionar a apreciação da tutela provisória incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento”.

424 (Voltar) Câmara, O novo, p. 522.

425 (Voltar) Gusmão Carneiro, ***Recurso***, n. 95, p. 254-255; Pimentel Souza, ***Introdução***, n. 9.13, p. 258. Barbosa Moreira, ***Comentários***, n. 275, p. 507, e Araken de Assis, ***Manual***, n. 51.1.2, p. 510, entendem cabível a juntada de documentos nos termos do art. 397, CPC.

426 (Voltar) STJ, 6.ª Turma, AgRg no Ag, rel. Hamilton Carvalhido, j. 17.02.2004, ***DJ*** 22.03.2004.

427 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 698.421/GO, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 12.12.2006, ***DJ*** 05.03.2007.

428 (Voltar) Indicando a divergência no próprio STJ, 2.ª Turma, REsp 892.174/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.04.2007, ***DJ*** 30.04.2007.

429 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no AREsp 145.711/SC, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 07.08.2014, ***DJe*** 19.08.2014; STJ, 4.ª Turma, AgRg no Ag 1.380.804/MS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 05.06.2014, ***DJe*** 11.06.2014. Na doutrina, Araken de Assis, ***Manual***, n. 51.1.2, p. 507-508; Wambier, ***Os agravos***, p. 281.

430 (Voltar) Enunciado 82 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “É dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive

os excepcionais".

431 (Voltar) Marinoni-Arenhart, ***Manual***, n. 3.6.4, p. 552.

432 (Voltar) Na doutrina, Araken de Assis, ***Manual***, n. 51.1.2, p. 509; Pimentel Souza, ***Introdução***, p. 400-401. ***Informativo*** 541/STJ: 2.ª Seção, REsp 1.409.357/SC, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 14.05.2014; ***Informativo*** 483/STJ: 2.ª Turma, REsp 1.278.731/DF, rel. Min. Humberto Martins, j. 15.09.2011; STJ, 1.ª Turma, REsp 859.573/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.10.2007, ***DJ*** 19.11.2007; STJ, 2.ª Turma, REsp 162.599/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 19.10.2004, ***DJ*** 21.02.2005. ***Informativo*** 315/STJ: 4.ª Turma, REsp 705.832/SP, rel. Hélio Quaglia Barbosa, j. 27.03.2007.

433 (Voltar) ***Informativo*** 382/STJ: 3.ª T., REsp 1.056.295/RJ, rel. Nancy Andrighi, j. 05.02.2009.

434 (Voltar) ***Informativo*** 424/STJ, Corte Especial, EREsp 1.056.295/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 25.02.2010.

435 (Voltar) Na doutrina, Araken de Assis, ***Manual***, n. 51.1.2, p. 509-510. Na jurisprudência: STJ, Corte Especial, EREsp 471.930/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. 07.02.2007, ***DJ*** 16.04.2007; STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 638.146/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, j. 16.03.2005, ***DJ*** 18.04.2005.

436 (Voltar) Araken de Assis, ***Manual***, n. 51.1.4, p. 511.

437 (Voltar) ***Informativo*** 436/STJ, 3.ª Turma, REsp 944.040/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.05.2010.

438 (Voltar) Barbosa Moreira, ***Comentários***, n. 276, p. 510; Araken de Assis, ***Manual***, n. 51.1.4, p. 512.

439 (Voltar) Barbosa Moreira, ***Comentários***, n. 276, p. 510; Nery-Nery, ***Código***, p. 889; Dinamarco, ***A reforma***, p. 181; STJ, 1.ª Turma, REsp 859.573/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.10.2007, ***DJ*** 19.11.2007. Contra, entendendo que a arguição pode ocorrer até o momento de julgamento do recurso, Arruda Alvim, ***Os agravos***, n. 4.3.4, p. 296.

440 (Voltar) ***Informativo*** 335/STJ, 4.ª Turma, REsp 594.930/SP, rel. Massami Uyeda, j. 09.10.2007.

441 (Voltar) ***Informativo*** 490/STJ, 2.ª Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 15.561/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.02.2012; STJ, 4.ª Turma, AgRg no Ag 1.276.253/GO, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 14.09.2010, ***DJe*** 21.09.2010; STJ, 1.ª Turma, REsp 896.896/MG, rel. Min. Francisco Falcão, j. 12.12.2006, ***DJ*** 08.03.2007 p. 182; Araken de Assis, ***Manual***, n. 51. 1.4, p. 512; Dinamarco, ***A reforma***, n. 123, p. 182; Didier-

Cunha, ***Curso***, p. 160.

442 (Voltar) Barbosa Moreira, ***Comentários***, n. 277, p. 512.

443 (Voltar) Wambier, ***Os agravos***, n. 4.3.5, p. 297; Marinoni-Arenhart, ***Manual***, n. 3.6.4, p. 552; Pimentel Souza, ***Introdução***, 15.2.5, p. 406-407. Na jurisprudência: ***Informativo*** 445/STJ, Corte Especial, REsp 1.148.296-SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 1.º.09.2010; STJ, 2.ª Turma, REsp 1.038.844/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. 13.05.2008, ***DJ*** 26.05.2008; STJ, 1.ª Turma, REsp 917.564/RS, rel. Min. José Delgado, j. 28.08.2007, ***DJ*** 13.09.2007. Contra: Araken de Assis, ***Manual***, n. 51.3.1, p. 514.

444 (Voltar) Nery-Nery, ***Código***, p. 894; Marinoni-Arenhart, ***Manual***, n. 3.6.4, p. 552; Wambier, ***Os agravos***, n. 5.4, p. 352; Câmara, ***Lições,*** v. 2, p. 96.

445 (Voltar) Barbosa Moreira, ***Comentários***, n. 690, p. 691. Contra, Araken de Assis, ***Manual***, n. 53.2, p. 538.

446 (Voltar) Nery-Nery, ***Código***, p. 897.

447 (Voltar) Theodoro Jr., ***Curso***, n. 553, p. 683; Gusmão Carneiro, ***Recurso***, n. 111, p. 282; Dinamarco, ***A reforma***, n. 129, p. 190.

448 (Voltar) ***Informativo*** 357/STJ, 4.ª Turma, RMS 15.263-SP, rel. Aldir Passarinho Jr., j. 27.05.2008.

449 (Voltar) ***Informativo*** 541/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.289.317/DF, rel. Min. Humberto Martins, j. 27.05.2014.

450 (Voltar) Araken de Assis, ***Manual***, n. 51.3.4, p. 520-521.

451 (Voltar) Marinoni-Arenhart, ***Manual***, n. 3.6.4, p. 554; Gusmão Carneiro, ***Recurso***, n. 99, p. 262. Na jurisprudência: STJ, 4.ª Turma, AgRg no Ag 729.292/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 19.02.2008, ***DJ*** 17.03.2008; STJ, 4.ª Turma, REsp 175.368/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18.06.2002, ***DJ*** 12.08.2002.

452 (Voltar) Barbosa Moreira, ***Comentários***, n. 279, p. 515; Gusmão Carneiro, ***Recurso***, n. 99, p. 261.

453 (Voltar) Barbosa Moreira, ***Comentários***, n. 280, p. 515.

454 (Voltar) ***Informativo*** 360/STJ, 4.ª Turma, REsp 505.088/RS, rel. Aldir Passarinho Jr., j. 17.06.2008.

455 (Voltar) Nery-Nery, ***Código***, p. 894; Wambier, ***Os agravos***, n. 11.1, p. 582-583.

456 (Voltar) ***Informativo*** 427/STJ, Corte Especial, EREsp 765.105/TO, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17.03.2010.

457 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 403.361/RS, rel. Min. Raul Araujo, j. 25/11/2014, DJe 19/12/2014; STJ, 2ª Turma, REsp 1.232.489/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 28/05/2013, DJe 13/06/2013; STJ, 1ª Turma, AgRg na MC 20.320/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 16/05/2013; DJe 19/08/2013.

458 (Voltar) Wambier, ***Os agravos***, n. 11.1, p. 582; Gusmão Carneiro, ***Recurso***, n. 105-A, p. 274; Barbosa Moreira, ***Comentários***, n. 372, p. 694; STJ, 4.ª Turma, REsp 292.565, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27.11.2001, ***DJ*** 05.08.2003. ***Informativo*** 322/STJ, 3.ª Turma, AgRg no Ag 489.699/RJ, rel. Ari Pargendler, j. 05.06.2007.

459 (Voltar) Nery-Nery, ***Código***, p. 894; Didier-Cunha, ***Curso***, p. 175-176; STJ, 4.ª Turma, REsp 258.780/ES, rel. Min. Barros Monteiro, j. 20.05.2003, ***DJ*** 15.12.2003.

460 (Voltar) Theodoro Jr., ***Curso***, p. 687.

461 (Voltar) Theodoro Jr., ***Curso***, p. 687-688.

462 (Voltar) Barbosa Moreira, ***Algumas***, p. 324.

463 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 663.411/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 28/04/2015, DJe 06/05/2015; STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 532.030/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28/04/2015, DJe 12/05/2015.

464 (Voltar) Gusmão Carneiro, ***Recurso***, n. 136, p. 340; Carvalho, ***Poderes***, n. 15.1.4, p. 167.

465 (Voltar) Contra: Gusmão Carneiro, ***Poderes***, p. 21.

466 (Voltar) Scarpinella Bueno, ***Manual***, p. 628.

467 (Voltar) STJ, 6.ª Turma, RMS 12.236/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 09.10.2007, DJ 29.10.2007; STJ, 1.ª Turma, REsp 785.667/RJ, rel. Luiz Fux, j. 15.04.2008, DJ 14.05.2008; Informativo 472/STJ: 4.ª Turma, EDcl no AgRg no Ag 1.322.327/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.05.2011; STJ, 1.ª Turma, REsp 785.667/RJ, rel. Luiz Fux, j. 15.04.2008, DJ 14.05.2008

468 (Voltar) ***Informativo*** 557/STJ, 6ª Turma, HC 214.049-SP, Rel. originário Min. Nefi Cordeiro, Rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 5/2/2015, DJe 10/3/2015; STJ, 4ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp 630.003/SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 07/05/2015, DJe 19/05/2015.

469 (Voltar) Barbosa Moreira, ***Comentários***, n. 367, p. 686; Nery-Nery, ***Código***, p. 962.

470 (Voltar) Carvalho, ***Poderes***, p. 230-232.

471 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, AI 775.934-AgR-ED-ED/AL, rel. Min. Cezar Peluso, j. 10.11.2011, DJe 13.12.2011; Informativo 551/STJ, 2.ª Turma, AgRg no AREsp 553.788/DF, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 16.10.2014; STJ, Corte Especial, AgRg nos EAREsp 22.230/PA, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 21.05.2014, DJe 1.º.07.2014.

472 (Voltar) STJ, Corte Especial, AgRg nos EDcl nos EREsp 1.245.830/AM, rel. Min. Herman Benjamin, j. 21/05/2014, DJe 20/08/2014.

473 (Voltar) Contra: Volpe, ***Breves***, p. 2.264.

474 (Voltar) ***Informativo*** 523/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.354.977/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.05.2013.

475 (Voltar) Enunciado 225 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

476 (Voltar) Bermudes, *Efeito*, p. 70-71.

477 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 297; Araken de Assis, *Manual*, n. 64, p. 579.

478 (Voltar) É majoritária a doutrina que defende a natureza recursal dos embargos de declaração: Nery-Nery, *Comentários*, nota 1 ao art. 535, p. 907; Theodoro Jr., *Curso*, 558, p. 698.

479 (Voltar) Dinamarco, *A nova*, n. 94; Bondioli, *Embargos*, p. 55-73.

480 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, EDcl nos EDcl no REsp 1.035.925/AL, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22.11.2011, *DJe* 23.02.2011.

481 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 298, p. 545; Nery-Nery, *Comentários*, p. 907. Contra: Pimentel Souza, *Introdução*, n. 16.5.2, p. 465.

482 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 66.1.3, p. 584-585; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 556.

483 (Voltar) *Informativo* 462/STF, AI 588.190 AgR/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 03.04.2007.

484 (Voltar) *Informativo* 505/STJ, 4.ª Turma, AgRg no Ag 1.341.818-RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 20.09.2012.

485 (Voltar) *Informativo* 537/STJ, Corte Especial, EAREsp 275.615/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.3.2014.

486 (Voltar) *Informativo* 709/STF, 1.ª Turma, RE 501.726 ED/SC, rel. Min. Dias Toffoli, j. 04.06.2013, e RE 581.906 ED/SC, rel. Min. Dias Toffoli, j. 04.06.2013.

487 (Voltar) *Informativo* 721/STF, 2.ª Turma, ARE 749.715 ED/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24.09.2013; STF, Tribunal Pleno, SS-AgR-ED 3.039/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. 11.10.2007, *DJ* 14.11.2007; STJ, EDcl no EREsp 288.118/DF, Corte Especial, rel. Francisco Peçanha Martins, j. 17.11.2004, *DJ* 17.12.2004. *Informativo* 278/STJ, 4.ª Turma, EDcl no Ag 453.716-RJ, rel. Quaglia Barbosa, j. 04.03.2006.

488 (Voltar) Barbosa Moreira, *Código*, nota 300, p. 547; Araken de Assis, *Manual*, nota 66.2.2, p. 598.

489 (Voltar) Barbosa Moreira, *Código*, nota 302, p. 551.

490 (Voltar) Bondioli, *Embargos*, p. 109.

491 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 302, p. 551.

492 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, notas 66.3.1 e 66.3.2, p. 603-605.

493 (Voltar) STJ, 3ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.494.263/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 9.6.2015, *DJe* 18.6.2015; STJ, 1ª Turma, EDcl no REsp 1.121.947/SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 16.5.2013, *DJe* 22.5.2013.

494 (Voltar) *Informativo* 544/STF, Plenário, RE 492.837 QO/MG, rel. Cármen Lúcia, j. 29.04.2009.

495 (Voltar) *Informativo* 547/STJ, 2.ª Turma, RMS 43.956/MG, rel. Min. Og Fernandes, j. 09.09.2014; Enunciado nº 360 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "A não oposição de embargos de declaração em caso de erro material na decisão não impede sua correção a qualquer tempo."

496 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 532.

497 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 304, p. 554-555.

498 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, nota 68.3, p. 617-619.

499 (Voltar) Câmara, *Lições*, p. 109; Nery-Nery, *Código*, p. 913.

500 (Voltar) Nery-Nery, *Comentários*, nota 2 ao art. 538, p. 915; Araken de Assis, *Manual*, nota 67.3.4; Fux, *Curso*, p. 1.604.

501 (Voltar) STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.128.286/GO, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.4.2013, *DJe* 6.5.2013; *Informativo* 482/STJ, 4.ª Turma, REsp 1.171.682/GO, rel.

Min. Luis Felipe Salomão, j. 6.9.2011.

502 (Voltar) Pimentel Souza, *Introdução*, p. 487; Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 306, pp. 560-561, ressaltando que a exceção se aplica somente ao próprio embargante.

503 (Voltar) STJ, 3ª Turma, EDcl no REsp 1.236.276/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 18.11.2014, *DJe* 24.11.2014; STJ, 4ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 989.542/MG, rel. Min. Isabel Gallotti, j. 20.10.2011, *DJe* 3.11.2011.

504 (Voltar) STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1.476.689/GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 5.5.2015, *DJe* 13.5.2015; STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 1.315.699/SP, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 8.5.2012, *DJe* 10.5.2012.

505 (Voltar) STF, 1.ª Turma, AI-AgR 534.868/SP, rel. Sepúlveda Pertence, j. 24.05.2005, *DJ* 17.06.2005; SFT, 2.ª Turma, AI-AgR 530.539/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. 15.02.2005; STJ, 2.ª Turma, REsp 796.051/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 13.11.2007; STJ, 4.ª Turma, AgRG 688.725/SC, rel. Min. Massami Uyeda, j. 13.11.2007. *Informativo* 369/STJ, 2.ª Turma, REsp 1.062.623-PR, rel. Eliana Calmon, 23.09.2008.

506 (Voltar) Parece ser esse o entendimento de Araken de Assis (*Manual*, nota 67.3.4, p. 613-614).

507 (Voltar) *Informativo* 710/STF, 1.ª Turma, RE 680.371-AgR/SP, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio.

508 (Voltar) STF, 1.ª Turma, AI 850.941-AgR/BA, rel. Min. Dias Toffoli, j. 23.04.2013, *DJe* 1.º.08.2013.

509 (Voltar) STF, 2.ª Turma, AI 697.840 ED/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 15.03.2011, *DJe* 30.03.2011.

510 (Voltar) *Informativo* 572/STJ, REsp 1.129.215-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/9/2015, DJe 3/11/2015.

511 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 307, p. 562.

512 (Voltar) *Informativo* 541/STJ, 2.ª Seção, REsp 1.410.839/SC, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 14.05.2014.

513 (Voltar) *Informativo* 480/STJ, 4.ª Turma, EDcl no AgRg no Ag 1.357.956/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.08.2011.

514 (Voltar) *Informativo* 419/STJ, Corte Especial, EREsp 423.250-SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 10.12.2009.

515 (Voltar) Informativo 792/STF, Plenário, MS 26860 ED/DF; rel. Min. Luiz Fux, j. 1º.7.2015, MS 26860 ED-segundos/DF; rel. Min. Luiz Fux, 1º.7.2015 e MS 26860-terceiros/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1º.7.2015.

516 (Voltar) *Informativo* 541/STJ, Corte Especial, REsp 1.250.739/PA, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.12.2013.

517 (Voltar) STJ, Corte Especial, AgRg nos EDcl nos EREsp 1.245.830/AM, rel. Min. Herman Benjamin, j. 21.5.2014, *DJe* 20.8.2014.

518 (Voltar) Bermudes, *Efeito*, p. 70-71.

519 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, 303, nota 26, p. 553; Didier-Cunha, *Curso*, v. 3, p. 149.

520 (Voltar) *Informativo* 483/STJ, 1.ª Seção, AR 2.702/MG, rel. originário Min. Mauro Campbell, rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 14.09.2011.

521 (Voltar) Bermudes, *Efeito*, p. 72.

522 (Voltar) *Informativo* 488, 5.ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 1.224.727-RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 1.º.12.2011.

523 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, nota 70, p. 625-626; Dinamarco, *Os embargos*, p. 189-190.

524 (Voltar) Para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery (*Código*, nota 9 ao art. 535, p. 908), é proibido tal pedido, entendendo como efeito infringente aquilo que se explicou no tópico anterior como efeito modificativo. Também Pimentel Souza (*Introdução*, 16.7, p. 477) e Freitas Câmara (*Lições*, p. 108) não veem distinção entre efeito modificativo e efeito infringente.

525 (Voltar) Dinamarco, *Os embargos*, p. 190-191.

526 (Voltar) Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 567.

527 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, 78.1, p. 662-663.

528 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 312, p. 570, afirma que no recurso ordinário contra sentença a equiparação é completa.

529 (Voltar) Pimentel Souza, *Introdução*, 15.1, p. 407; Araken de Assis, *Manual*, 78.2, p. 634-636.

530 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 73, p. 641-642.

531 (Voltar) No sentido do texto, STJ, 1.ª Turma, RMS 10.962/PR, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 20.09.2001, *DJ* 05.11.2001. Contra: Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 583.

532 (Voltar) Pimentel Souza, *Introdução*, n. 15.2, p. 409.

533 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, vol. 5, p. 229.

534 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 76.1, p. 646; Fux, *Curso*, p. 1.225.

535 (Voltar) STJ, 5.ª Turma, RMS 20.652, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.04.2007, DJ 07.05.2007, p. 336.

536 (Voltar) *Informativo* 537/STJ, Corte Especial, EREsp 275.615/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.03.2014. Na doutrina: Araken de Assis, *Manual*, n. 76.2, p. 658; Câmara, *Lições*, v. 2, p. 114.

537 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 311, p. 569.

538 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 311, p. 569.

539 (Voltar) STJ, 6ª Turma, AgRg no RMS 15.126/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.12.2008, DJ 16.02.2009.

540 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, nota 5 ao art. 539, p. 917-918.

541 (Voltar) *Informativo* 505/STJ, 3.ª Turma, AgRg na MC 19.774-SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 02.10.2012.

75. RECURSO ESPECIAL

Sumário: 75.1. Hipóteses de cabimento: 75.1.1. Pressupostos cumulativos; 75.1.2. Pressupostos alternativos.

75.1. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Como todo recurso, também o recurso especial precisa preencher os pressupostos gerais de admissibilidade analisados no Capítulo 69. Em razão da sua especialidade, entretanto, o texto constitucional condiciona a admissibilidade desse recurso a outros pressupostos específicos, significando dizer que, para que possa ser julgado no mérito, o recurso especial deve preencher também os pressupostos previstos no art. 105, III, da CF. Esse dispositivo constitucional indica os pressupostos cumulativos, que devem ser preenchidos em todos os recursos especiais (art. 105, III, *caput*, da CF), como também os pressupostos alternativos (art. 105, III, a, b, c, da CF), bastando que um deles seja preenchido no caso concreto com os pressupostos cumulativos para que o recurso passe pelo juízo de admissibilidade e seja julgado no mérito.

75.1.1. PRESSUPOSTOS CUMULATIVOS

75.1.1.1. Decisão de única ou última instância

Para que seja cabível o recurso especial – a exemplo do que ocorre no recurso extraordinário –, a decisão deve ser proferida em única ou última instância, significando que, sendo cabível qualquer

recurso ordinário, será esse o único recurso cabível. O esgotamento das vias ordinárias de impugnação é exigência inafastável para o cabimento do recurso especial, devendo a parte seguir com a interposição de recursos ordinários até que nenhum deles seja cabível no caso concreto[1].

Mesmo que o recorrente acredite que terá mais sucesso no Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial do que no órgão competente para o julgamento do recurso ordinário previsto pelo ordenamento processual, será obrigado a esgotar a via ordinária de impugnação.

Na hipótese de julgamento monocrático do relator, sendo antes cabível o recurso de agravo interno para o órgão colegiado, é somente do julgamento desse recurso cabível o recurso especial[2]. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, sempre que houver interposição de embargos de declaração contra decisão monocrática, não sendo enfrentado o mérito de tal decisão, após o julgamento dos embargos, mesmo que de forma colegiada, a parte deverá ingressar com o agravo interno para exaurir as vias ordinárias de impugnação. O recurso especial nesse caso só será admitido se os embargos de declaração forem recebidos como agravo interno ou quando o mérito da decisão monocrática for julgado colegiadamente nos embargos de declaração[3].

75.1.1.2. Decisão proferida por tribunal

A segunda exigência prevista pelo art. 105, III, *caput*, da CF é ser a decisão proferida pelos Tribunais Federais Regionais Federais ou pelos Tribunais estaduais, do Distrito Federal e Territórios,

sendo irrelevante a decisão de ter sido proferida em grau recursal (última instância) ou em ação de competência originária do tribunal (única instância).

Essa exigência impede a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas em julgamento de recurso inominado nos Juizados Especiais. O órgão de revisão de sentença nos Juizados Especiais é o Colégio Recursal, composto por juízes de primeiro grau de jurisdição, não tendo natureza de tribunal. A mesma irrecorribilidade atinge a decisão dos embargos infringentes previstos no art. 34 da LEF. Sendo esse recurso julgado pelo próprio juízo sentenciante, ainda que seja a decisão de última instância no processo, não poderá ser recorrida por recurso especial por ter sido proferida em primeiro grau de jurisdição[4].

Apesar de pacificado o entendimento no sentido exposto, inclusive por meio de Súmula do Superior Tribunal de Justiça, cumpre ressaltar o desconforto dos tribunais superiores com a ausência de controle na aplicação da lei federal em sede de Juizados Especiais Estaduais. Pela estrutura criada pela Lei 9.099/1995, ainda que flagrantemente contrária ao entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, a última palavra a respeito da lei federal é dada pelo Colégio Recursal.

O mesmo fenômeno não se verifica em sede de Juizados Especiais Federais, ao menos no tocante ao direito material federal, considerando-se a existência da uniformização de jurisprudência prevista pelo art. 14 da Lei 10.259/2001, que permite a chegada ao Superior Tribunal de Justiça de decisão contrária a entendimento

consolidado pelo tribunal superior a respeito da aplicação e/ou interpretação de lei federal (ainda que limitada ao direito material), o mesmo ocorrendo nos Juizados Especiais da Fazenda Pública em razão do arts. 18 e 19 da Lei 12.153/2009. Nesses o caminho procedimental é a uniformização de jurisprudência, sendo incabível a reclamação constitucional para o Superior Tribunal de Justiça[5].

O desconforto foi manifestado expressamente em recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, que chegou até mesmo a cogitar que o caminho seria a adoção por analogia, na esfera estadual, da uniformização de jurisprudência já existente nos Juizados Especiais Federais. O interessante desse julgamento foi a rejeição expressa da utilização da reclamação constitucional para esse fim[6]. Posteriormente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, também demonstrando o mesmo desconforto, entendeu que enquanto não existir mecanismo processual mais apropriado a permitir a atuação do Superior Tribunal de Justiça nas ações dos Juizados Especiais Estaduais, deve-se admitir a reclamação constitucional[7], em posição que veio a ser incorporada pelo Superior Tribunal de Justiça[8].

Apesar do nobre propósito do julgamento, não é preciso maior esforço para notar que a reclamação constitucional não é instituto processual adequado para a impugnação de decisões proferidas por Colégios Recursais nos Juizados Especiais contrários a entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça. E o desvirtuamento da reclamação constitucional fica ainda mais claro quando o Superior Tribunal de Justiça cria resolução para regulamentá-la especificamente nesse caso concreto (Resolução

12/2009). Ou seja, a jurisprudência, ainda que de forma envergonhada, criou uma nova espécie recursal em evidente afronta ao princípio da taxatividade.

Conforme já apontado, segundo o art. 14, *caput*, da Lei 10.259/2001, o cabimento da uniformização de jurisprudência se limita ao direito material federal, o que significa que, se a violação tiver como "vítima" uma norma de direito processual federal, o instrumento impugnativo não será cabível. O mesmo erro é cometido no art. 18, caput, da Lei 12.153/2009. Ao ler esses lamentáveis dispositivos legais, sinto como se tivéssemos retornado à época imanentista do direito, período ultrapassado no qual o direito processual era visto como um mero apêndice do direito material. Época em que nem se cogitava ser possível colocar em um mesmo patamar de importância o direito material e o direito processual.

O desconhecimento da relevância do direito processual no reconhecimento de direitos materiais em juízo ou ainda na declaração de direitos materiais inexistentes parece ter passado despercebido pelo legislador. Permitir o controle quando há ofensa a lei federal de direito material e não fazer o mesmo para o direito processual é desprezar todas as conquistas científicas da ciência processual, sobretudo sua notória e indiscutível autonomia perante outras áreas, em especial do direito material. E, notadamente, sua igual relevância.

Quando os tribunais superiores passaram a admitir a reclamação constitucional nos Juizados Especiais Estaduais, sem as amarras legais já existentes nas Leis 10.259/2001 e 12.153/2009,

criou-se grande expectativa quanto aos limites objetivos da impugnação à decisão do Colégio Recursal que contrariasse posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça. Infelizmente, entretanto, aquele tribunal, valendo-se de analogia, considerou legítimo tutelar somente o direito federal material por meio da reclamação constitucional, deixando fora de seu espectro de proteção o direito processual. Nisso se tornou copartícipe do desprezo ao direito processual, como se esse se colocasse em grau subalterno quando comparado com o direito material.

Alguns julgados que consolidaram o equivocado entendimento devem ser mencionados em razão de curiosa interpretação de texto legal. Segundo esses julgados[9], a limitação está consagrada no art. 1.º da Resolução 12/2009 do STJ. No entanto, na realidade, não há qualquer previsão nesse sentido no dispositivo mencionado. Para que não haja dúvidas, transcrevo o seu teor: "As reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais repetitivos serão oferecidas no prazo de 15 dias, contados da ciência, pela parte, da decisão impugnada, independentemente de preparo".

Como se pode notar, não há qualquer menção no dispositivo a respeito da natureza da divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça. Não é possível, portanto, extrair informação que claramente não se encontra na norma como se lá estivesse expressamente prevista. Trata-se, no mínimo, de ficção. Por isso

prefiro decisões do mesmo tribunal, nas quais fica claro que o art. 1.º da Resolução 12/2009 é omisso quanto ao tema, mas deve ser interpretado à luz do art. 14, *caput*, da Lei 10.259/2001[10].

Seja como for, como fruto de indevida ficção ou equivocada interpretação, o Superior Tribunal de Justiça perdeu uma excelente oportunidade de reconhecer que o direito processual deve ser considerado com a mesma relevância do direito processual. Caso tivesse aceitado a reclamação constitucional nas hipóteses ora analisadas, inclusive quando violada lei processual federal, poderia se argumentar pelo seu cabimento também nos outros Juizados Especiais, considerando que o instrumento lá existente – uniformização de jurisprudência – seria limitado ao direito material.

Contudo, a limitação prevista em lei para a uniformização de jurisprudência foi estendida à reclamação constitucional nos Juizados Especiais Estaduais. Coerentemente com sua premissa, o Superior Tribunal de Justiça entende pelo não cabimento da reclamação constitucional contra violação de direito processual federal nos Juizados Especiais Federais[11] e na Fazenda Pública[12].

Paradoxalmente, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a reclamação constitucional para a diminuição do valor das astreintes fixadas por Turma Recursal nos Juizados Especiais[13]. A multa cominatória tem, indiscutivelmente, natureza processual, ainda que gere um direito material de crédito à parte, e, por tal razão, tomando-se como premissa a incorreta limitação consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça, não deveria ser matéria alegável por meio de reclamação constitucional.

75.1.1.3. Pré-questionamento

O pressuposto de admissibilidade do pré-questionamento, que para alguns na realidade não é propriamente um juízo de admissibilidade específico, fazendo parte do pressuposto genérico "cabimento", é alvo de inúmeras críticas e debates doutrinários. Entende-se majoritariamente que o pré-questionamento constitui a exigência de que o objeto do recurso especial já tenha sido objeto de decisão prévia por tribunais inferiores[14], o que realça a atuação do Superior Tribunal de Justiça de mero revisor do que já foi decidido no pronunciamento judicial recorrido. A exigência do pré-questionamento tem fundamentalmente a missão de impedir que seja analisada no recurso especial matéria que não tenha sido objeto de decisão prévia, vedando-se nesse recurso a análise de matéria de forma originária pelo Superior Tribunal de Justiça.

Proferido acórdão omisso quanto à matéria que se pretende impugnar em sede de recurso especial, caberá à parte ingressar no tribunal de segundo grau com embargos de declaração para sanar o vício do acórdão gerado pela omissão. O Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que os embargos de declaração só serão cabíveis, e por consequência só será provido o recurso especial, se efetivamente existir vício na decisão impugnada, não sendo admitidos os embargos de declaração com efeitos infringentes, ou seja, com o objetivo de modificar o acórdão recorrido[15].

Na vigência do CPC/1973 o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, negado injustificadamente o saneamento da omissão no julgamento dos

embargos de declaração, o acórdão desse recurso teria afrontado o art. 535 do diploma legal revogado, devendo a parte ingressar com recurso especial contra essa decisão[16]. Provido o recurso especial, o processo voltaria ao tribunal de segundo grau para que efetivamente examinasse a matéria apontada nos embargos de declaração. Caso assim procedesse, finalmente estaria caracterizado o pré-questionamento, de forma a possibilitar o ingresso de recurso especial contra o acórdão originário. Caso contrário, mantendo-se o tribunal de segundo grau inerte em sanar a sua omissão, o que se verificaria com uma nova rejeição dos embargos de declaração, caberia à parte novamente a propositura de recurso especial por ofensa ao art. 535 do CPC/1973, contra o acórdão que decidisse os embargos de declaração[17]. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, decidia que mesmo havendo a reiteração da omissão pelo tribunal de segundo grau, não era possível admitir que tivesse ocorrido o pré-questionamento, devendo-se remeter o processo novamente a esse tribunal, exigindo-se o saneamento da omissão[18].

O entendimento exposto era pacífico no Superior Tribunal de Justiça, tendo sido, inclusive, sumulado no sentido da inadmissibilidade do recurso especial quanto à questão que, apesar da oposição de embargos de declaração, não foi apreciada pelo tribunal inferior[19-20].

Não resta dúvida da propriedade técnica do entendimento, porque realmente sendo o acórdão omisso quanto à matéria que se pretende alegar em sede de recurso especial e sendo rejeitados os embargos de declaração oferecidos pela parte, a omissão persiste, permanecendo o estado anterior de ausência de pré-questionamento

da matéria. Ocorre, entretanto, que essa propriedade técnica estava totalmente divorciada da realidade na praxe forense, tornando a obtenção de pré-questionamento para o ingresso de recurso especial em árduo trabalho para as partes interessadas na interposição de tal recurso.

Por isso deve ser efusivamente comemorado o art. 1.025, do Novo CPC, ao prever que se consideram incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade. Como se pode notar da mera leitura do dispositivo legal, está superado o entendimento consagrado na Súmula 211/STJ.

75.1.2. PRESSUPOSTOS ALTERNATIVOS

Além do preenchimento dos três pressupostos analisados no item anterior, para que o recurso especial seja recebido/conhecido, deverá o recorrente demonstrar o preenchimento de um dos pressupostos previstos nas três alíneas do art. 105, III, da CF.

75.1.2.1. Decisão que contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal

Trata-se da alínea mais utilizada na praxe forense para fundamentar a interposição de recurso especial. Entende a melhor doutrina que o termo “contrariar” é mais amplo do que “negar vigência”, mas a nítida distinção entre esses dois termos é absolutamente inútil, considerando-se que tanto num caso como noutro será cabível o recurso especial. Para alguns, inclusive,

devem ser tratados como expressões sinônimas[21]. De qualquer maneira, "contrariar" significa distanciar-se da *mens legislatoris* ou da finalidade da norma, incluindo uma má interpretação que importe o desvirtuamento de seu conteúdo, enquanto "negar vigência" significa deixar de aplicar a norma correta no caso concreto[22]. Tanto a contrariedade como a negativa de vigência impedem a lei federal de ser aplicada como deveria, sendo nesses termos vícios da mesma gravidade.

Por lei federal a doutrina entende que o legislador está a se referir às leis de abrangência territorial nacional, incluídas as leis nacionais e federais, não importando a espécie de lei, de modo que estão abrangidas a lei complementar, lei ordinária, lei delegada, decreto-lei, decreto autônomo e até mesmo a medida provisória, que tecnicamente nem é lei, mas é entendida com a mesma força normativa. A expressa previsão de tratado, que também deve ser interpretado de forma ampla, abrangendo ajuste, acordo, compromisso e tratado *stricto sensu*[23], decorre da regra de que o tratado internacional, quando incorporado ao ordenamento jurídico, tem força de lei ordinária, espécie de lei federal.

Excluem-se da previsão legal as portarias ministeriais, as resoluções normativas, as normas de regimento interno de tribunais e as súmulas[24]. Quanto ao não cabimento do recurso especial por violação à súmula, duas observações precisam ser feitas. Havendo violação à súmula vinculante entendo ser cabível o recurso extraordinário, tema desenvolvido no Capítulo 76, item 76.1.2.1. Por outro lado, caso se admita que o art. 927, IV, do Novo CPC, tornou as súmulas sobre direito infraconstitucional editadas pelo

Superior Tribunal de Justiça vinculantes – ou com eficácia vinculante – passará a ser cabível recurso especial contra decisão que as afrontar.

Naturalmente, não caberá recurso especial se a norma afrontada for municipal[25] ou estadual, sendo que nesse caso a decisão de segundo grau de jurisdição será a derradeira.

No tocante ao tratado, é importante lembrar que a Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou um parágrafo 3.º no art. 5.º da CF, que passou a prever que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. É natural que nesse caso, havendo contrariedade ou negativa de vigência, não seja a decisão recorrível por recurso especial, porque dessa forma o Superior Tribunal de Justiça seria levado a decidir em última análise a respeito de matéria constitucional, tarefa exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Tratando-se de norma com força constitucional, aplica-se de forma extensiva o art. 102, III, a, da CF, permitindo-se o ingresso de recurso extraordinário[26].

Sendo interposto o recurso especial com fundamento no art. 105, III, "a", da CF, o Superior Tribunal de Justiça entende ser indispensável a indicação do dispositivo legal federal que houver sido violado, afirmando que a ausência de tal indicação cria um vício que impossibilita a admissão do recurso[27].

75.1.2.2. Decisão que julgar válido ato de governo local

contestado em face de lei federal

Caberá recurso especial se a decisão julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal, entendendo-se que o ato terá natureza normativa ou administrativa, praticado pelo Poder Executivo, Legislativo – no âmbito estadual ou municipal – e pelo Poder Judiciário no âmbito estadual[28].

Note-se que a missão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial é preservar o ordenamento jurídico federal, e nesse caso o ato de governo local não teria nenhuma importância se não ofendesse uma lei federal, sendo justamente por isso levado para análise do Superior Tribunal de Justiça por meio do recurso especial.

75.1.2.3. Decisão que der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal

O art. 105, III, c, da CF disciplina o cabimento do recurso especial quando existir divergência de interpretação de lei federal entre diferentes tribunais, chamando-se o Superior Tribunal de Justiça a desempenhar a importante tarefa de uniformização da interpretação da lei federal em todos os tribunais de segundo grau da Justiça Estadual e Federal. Não tem nenhum sentido que uma mesma norma seja interpretada de forma diversa por diferentes tribunais, cabendo ao tribunal hierarquicamente superior a todos eles apontar para a correta interpretação.

Note-se que divergências internas de tribunal na interpretação de lei, ainda que federal, não serão objeto de recurso especial[29], cabendo a instauração de incidente de assunção de competência ou

a interposição do recurso de embargos de divergência, caso a divergência ocorra em tribunal superior. Nos tribunais superiores o incidente de assunção de competência servirá para uniformizar a jurisprudência antes do julgamento do recurso ou de processo de competência originária do tribunal e os embargos de divergência cumprirão o mesmo papel após seu julgamento.

A única exigência nesse tocante é que sejam tribunais diferentes, sendo admitida a divergência entre:

(a) tribunais de justiça de diferentes Estados;

(b) tribunais regionais federais de diferentes regiões;

(c) tribunais de justiça e tribunais regionais federais, mesmo que o Estado esteja na mesma região do Tribunal Regional Federal[30]; e

(d) tribunais de segundo grau e o próprio Superior Tribunal de Justiça[31].

Essa última alternativa, inclusive, é a mais favorável ao recorrente, porque dificilmente o Superior Tribunal de Justiça irá contrariar seu próprio entendimento, sendo provável que reforme a decisão recorrida proferida por tribunal de segundo grau.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça não admite como paradigmas julgados da justiça especializada porque os órgãos que proferem tais decisões não estão sujeitos à jurisdição (melhor seria dizer competência) do Superior Tribunal de Justiça[32].

No recurso especial fundado no art. 105, III, c, da CF, o recorrente deverá comparar o acórdão recorrido com um acórdão proferido por outro tribunal, chamado de acórdão paradigma. Essa comparação deve ser feita de forma analítica, não bastando a mera

menção ao acórdão paradigma, sendo exigida do recorrente uma comparação entre trechos similares das duas decisões[33]. É comum, inclusive, que o recorrente o faça em forma de tabela, de maneira que os trechos fiquem na peça recursal lado a lado, o que facilita a demonstração da comparação analítica. Existem decisões do Superior Tribunal de Justiça que dispensam essa comparação analítica quando a divergência é notória, em especial quando o acórdão paradigma é do próprio tribunal[34].

Deverá o recorrente provar a existência do acórdão paradigma, o que poderá ser feito por quatro formas (art. 1.029, § 1º, do Novo CPC):

(a) certidão do tribunal;

(b) cópia autenticada;

(c) citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente; e

(d) reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores.

Essa última forma de comprovação de existência do acórdão paradigma facilita sobremaneira o encargo legal, estando em absoluta consonância com a utilização dos meios eletrônicos no processo.

A divergência deve ser atual, o que não significa que o acórdão paradigma deva ser recente, bastando que continue a conter o entendimento atual do tribunal[35]. Como será necessária ao recorrente a realização de uma comparação analítica, por vezes é mais interessante que o acórdão paradigma seja mais antigo do que

outros disponíveis com o mesmo entendimento, mas não tão próximos do acórdão recorrido. Nesse caso, cumpre ao recorrente demonstrar que a divergência ainda é atual, o que fará com a mera indicação de julgados no mesmo sentido do acórdão paradigma proferido pelo mesmo tribunal. Também não será admitido o recurso especial no caso de a divergência ter sido superada por entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça[36].

Cabe ao recorrente a indicação expressa do dispositivo de lei que foi interpretado de forma divergente pelo acórdão recorrido e pelo acórdão paradigma, entendendo o Superior Tribunal de Justiça que a ausência de tal indicação impede a admissão do recurso especial[37].

Nos termos do art. 1.029, § 2º do Novo CPC, quando o recurso especial estiver fundado em dissídio jurisprudencial, é vedado ao tribunal inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção. Infelizmente, entretanto, o dispositivo legal foi revogado pela Lei 13.256, de 04.02.2016, que alterou o Novo Código de Processo Civil durante sua vacância. Num mundo ideal poderia se dizer que a revogação é ineficaz, porque o que estava previsto no art. 1.029, § 2º do Novo CPC continua a ser contemplado pelo art. 489, § 1º do Novo CPC. Mas no mundo real, é extremamente preocupante que uma lei nitidamente “patrocinada” pelo Poder Judiciário revogue norma que determinava fundamentação séria para a hipótese de inadmissão de recurso especial.

76. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Sumário: 76.1. Hipóteses de cabimento: 76.1.1. Pressupostos cumulativos; 76.1.2. Requisitos específicos.

76.1. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Da mesma forma como ocorre no recurso especial, também o recurso extraordinário tem previsão constitucional de pressupostos genéricos e cumulativos e pressupostos específicos e alternativos de admissibilidade. Só será admitido o recurso extraordinário se a decisão recorrida for de última ou única instância, ocorrer o pré-questionamento (art. 102, III, *caput*, da CF) e ter repercussão geral (art. 102, § 3.º, da CF). Esses são os pressupostos genéricos que todo recurso extraordinário precisa reunir, além de exigir a presença da situação descrita em um dos quatro incisos do art. 102, III, da CF, que preveem os pressupostos alternativos.

76.1.1. PRESSUPOSTOS CUMULATIVOS

76.1.1.1. Decisão de única ou última instância

Como ocorre no recurso especial, o recurso extraordinário também só pode ser interposto contra decisão de única ou última instância, significando que as vias ordinárias de impugnação já devem ter sido esgotadas no caso concreto[38]. Assim, por exemplo, decididos embargos de declaração de forma monocrática contra embargos de declaração interpostos contra decisão unipessoal, não

cabe recurso extraordinário[39]. A diferença fundamental com o recurso especial diz respeito ao órgão prolator dessa decisão, que não precisa ser necessariamente um tribunal[40]. Não há na redação do art. 102, III, *caput*, da CF a exigência feita expressamente pelo art. 105, III, *caput*, da CF, de forma que aparentemente pareceu ao legislador que a proteção da norma constitucional, em razão de seu *status* de primazia perante as demais, mereceria um tratamento mais amplo do que aquele dispensado às leis federais.

Em razão dessa maior amplitude de cabimento derivada do texto constitucional, é pacífico o entendimento de que a decisão proferida no âmbito dos Juizados Especiais, perante o Colégio Recursal, poderá ser recorrida por recurso extraordinário. O mesmo ocorre com a decisão que julga o recurso de embargos infringentes, recurso previsto no art. 34 da LEF, que é julgado pelo próprio órgão prolator da sentença[41]. Ainda que seja uma decisão de primeiro grau, nessa situação específica é considerada uma decisão de única e última instância, já que os embargos infringentes cumprem o papel de recurso cabível contra a sentença, sendo cabível o recurso extraordinário[42]. O entendimento encontra-se sumulado pelo Supremo Tribunal Federal[43].

76.1.1.2. Pré-questionamento

Da mesma forma que ocorre no recurso especial, a admissibilidade de todo recurso extraordinário exige o preenchimento do pré-questionamento. Mais uma vez o objetivo é não permitir que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário, conheça de forma originária no processo de

matéria alegada pelo recorrente, exigindo-se que a matéria já tenha sido objeto de apreciação e solução pelo órgão hierarquicamente inferior que proferiu a decisão recorrida. Registre-se que tanto no recurso extraordinário como no especial, o pré-questionamento exerce a mesma função impeditiva dos tribunais superiores de conhecerem matérias que não tenham sido anteriormente objeto de decisão.

O Supremo Tribunal Federal, no tocante ao acórdão – ou decisão de primeiro grau na hipótese do art. 34 da LEF – omisso quanto ao pré-questionamento, na vigência do CPC/1973 consagrou entendimento diverso do defendido pelo Superior Tribunal de Justiça quanto ao recurso especial. Em interpretação à Súmula 356 do STF, entendia o Supremo Tribunal Federal que a mera interposição de embargos de declaração contra a decisão omissa, independentemente do resultado desse julgamento, criava no caso concreto o pré-questionamento necessário para a admissão do recurso extraordinário[44]. Tratava-se do chamado pré-questionamento ficto, suficiente para o preenchimento do pressuposto constitucional[45].

Existem inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal a exigir que a questão constitucional tenha sido objeto de prévio debate no órgão hierarquicamente inferior, não se admitindo que por meio de embargos de declaração contra o acórdão seja alegada originariamente a ofensa à norma constitucional. Em razão desse entendimento, além da omissão do acórdão e da interposição dos embargos de declaração, exigia-se que a matéria alegada em embargos já tivesse sido previamente suscitada no processo, não se

admitindo a alegação originária por meio desse recurso[46]. Do mesmo tribunal existem diversas decisões que não admitiam os embargos de declaração como condição para o pré-questionamento quando não houvesse omissão no acórdão recorrido, prestando-se o recurso somente a rediscutir a decisão, com nítido efeito infringente[47].

Como se pode notar desse entendimento, ainda que não seja tão técnico quanto o aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade do recurso especial, não resta dúvida da sua conformidade com os princípios da *segurança jurídica*, *economia* e *celeridade processual*. O pré-questionamento era resultado de uma ficção jurídica criada pelo somatório de uma decisão omissa e embargos de declaração interpostos, o que inegavelmente facilitava o acesso da parte ao Supremo Tribunal Federal, não se permitindo que fosse prejudicada por uma omissão reiterada do órgão prolator da decisão contra a qual se pretendia insurgir por meio do recurso extraordinário.

Infelizmente, entretanto, em tempos mais recentes, vinha se percebendo uma tendência da 1.ª Turma da Corte Constitucional pela modificação desse entendimento, com decisões nas quais expressamente se afasta a tese do pré-questionamento ficto[48].

O entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça foi rejeitado pelo Novo Código de Processo Civil, que preferiu a solução mais pragmática adotada pelo entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. No art. 1.025 do Novo CPC está previsto que a mera interposição de embargos de

declaração é suficiente para pré-questionar a matéria. Dessa forma, mesmo diante da rejeição dos embargos, caberá recurso especial contra o acórdão originário, e, mesmo que o tribunal superior entenda que realmente houve o vício apontado nos embargos de declaração e não saneado pelo tribunal de segundo grau, considerará a matéria pré-questionada.

Com a possível mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do pré-questionamento tácito, a norma legal é ainda mais bem-vinda.

Registre-se que o pré-questionamento ficto consagrado no art. 1.025 do Novo CPC não se confunde com o pré-questionamento implícito, reiteradamente reputado como insuficiente pelo Supremo Tribunal Federal para a admissão do recurso extraordinário[49]. Trata-se de situação em que a matéria constitucional foi alegada anteriormente à decisão impugnada pelo recurso extraordinário, mas que não foi objeto de solução por tal decisão. Nesse caso, mesmo tendo sido a matéria suscitada no processo, a ausência de enfrentamento pela decisão impugnada pelo recurso extraordinário afasta a existência do pré-questionamento.

O pré-questionamento tácito e ficto não se confundem com a suposta exigência da indicação expressa da norma constitucional afrontada na decisão impugnada por recurso extraordinário. O pré-questionamento não exige tal indicação, bastando para que esteja presente que a matéria tenha sido expressamente decidida[50].

Nos termos do art. 941, § 3º, do Novo CPC, o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do

acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento. Significa dizer que mesmo havendo o enfrentamento da matéria constitucional tão somente no voto vencido, estará preenchido o requisito do pré-questionamento. A previsão legal contraria equivocado entendimento jurisprudencial formado na vigência do CPC/1973, no sentido de que o tratamento isolado da matéria no voto vencido não era o suficiente para a configuração do pré-questionamento[51]. Como se o voto vencido não fizesse parte do acórdão...

76.1.1.3. Repercussão geral

Com a Emenda Constitucional 45/2004, foi acrescentado ao art. 102 da CF um terceiro parágrafo, que criou a repercussão geral como um pressuposto genérico de admissibilidade do recurso extraordinário. Percebendo-se com clareza que o Supremo Tribunal Federal tinha se desvirtuado da função para a qual foi projetado, atuando em demandas de menor significância, e sendo exorbitante a quantidade de recursos extraordinários que chegam àquele tribunal, o legislador resolveu criar um pressuposto de admissibilidade para que o tribunal passe a julgar somente causas de extrema relevância ou de significativa transcendência.

Trata-se de singular pressuposto de admissibilidade, já que não pode ser analisado pelo órgão prolator da decisão impugnada, ainda que o recurso extraordinário passe por um juízo de admissibilidade perante esse órgão. A competência para a sua análise é exclusiva do Supremo Tribunal Federal[52], nos termos do § 2º do art. 1.035, do Novo CPC. E também contém outra interessante particularidade: é sempre o último requisito de admissibilidade a ser analisado, de

forma que só se passa à análise da repercussão geral tendo o recurso extraordinário preenchido todos os demais requisitos genéricos e específicos de admissibilidade (art. 323, *caput*, do RISTF).

A ideia de impedir a chegada aos tribunais superiores de recursos que tratem de questões de menor relevância não é inédita, já tendo sido concretizada no direito brasileiro por meio do instituto da *arguição de relevância*, de triste memória. Apesar do ideal comum de filtragem dos recursos a serem julgados pelo tribunal superior, é impossível confundir os dois institutos[53]:

(a) a arguição de relevância destinava-se a possibilitar o conhecimento do recurso, tendo característica inclusiva, enquanto a repercussão geral é voltada para o não conhecimento do recurso;

(b) a arguição de relevância era fundada somente em relevância, enquanto a repercussão geral é mais ampla, fundada em relevância e transcendência; e

(c) a arguição de relevância era apreciada em sessão secreta e resolvida por decisão sem fundamentação, enquanto a repercussão geral é realizada em sessão pública e com decisão motivada.

A novidade trazida ao ordenamento constitucional pela Emenda Constitucional 45/2004 não teve aplicação imediata, havendo entendimento pacífico de que seria necessária uma lei infraconstitucional para regulamentar o novo pressuposto intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário. Essa exigência foi cumprida dois anos mais tarde, por meio da Lei 11.418/2006, que criou os arts. 543-A e 543-B do CPC/1973. Mas ainda existiam resistências à vigência imediata da repercussão geral, apesar de a *vacatio legis* vir prevista expressamente no art. 4.º de referida lei, que determinava a sua aplicação a partir do primeiro dia de vigência

da lei. O Supremo Tribunal Federal, por meio da Emenda Regimental 21/2007, especificou ainda mais o procedimento a ser observado, sendo que em julgamento do Tribunal Pleno restou decidido que a repercussão geral só passou efetivamente a ser considerada a partir de 3 de maio de 2007, data de publicação da referida emenda regimental. Restou também decidido que esse novo requisito de admissibilidade se aplica às demandas civis e criminais[54]. Atualmente a repercussão geral é tratada pelo art. 1.035 do Novo CPC.

Segundo o art. 543-A, § 2.º, do CPC/1973, o recorrente deveria arguir obrigatoriamente em preliminar de recurso extraordinário a existência da repercussão geral das questões constitucionais nele versadas[55], demonstrando a relevância dessa questão do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ou ainda a circunstância de essas questões ultrapassarem os interesses subjetivos da causa; elementos alternativos para configurar a repercussão geral.

No § 2.º do art. 1.035, do Novo CPC, ainda que seja mantida a exigência de demonstração da existência de repercussão geral pelo recorrente, é suprimida a previsão de que tal demonstração seja elaborada como preliminar do recurso. Pode-se argumentar que a mudança tem pouca repercussão prática, porque o recorrente continua obrigado a demonstrar a repercussão geral, podendo fazê-lo em parte final do recurso extraordinário – o que sempre pareceu mais lógico, considerando-se que a repercussão geral é demonstrada pelas razões recursais – e não mais em sede preliminar[56]. O que poderia parecer uma modificação sem maior significado pode

esconder uma novidade importante quanto à repercussão geral.

Havendo previsão expressa a exigir que a repercussão geral fosse demonstrada em preliminar do recurso extraordinário, ficava claro que o recorrente devia expressamente demonstrar sua existência. A mera ausência de preliminar, inclusive, vinha levando o Supremo Tribunal Federal a inadmitir o recurso, independentemente de qualquer outra análise, mesmo nos casos de presunção absoluta de repercussão geral[57]. A partir do momento em que a exigência se limita à demonstração de existência da repercussão geral, é possível concluir que o recorrente está dispensado de criar um tópico específico de sua peça recursal nesse sentido, sendo admitido que as próprias razões recursais demonstrem a existência de repercussão geral[58].

A novidade, por outro lado, pode resolver na prática uma divergência doutrinária a respeito da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal reconhecer a repercussão geral de ofício, mesmo que não esteja devidamente demonstrada pelo recorrente[59]. Como cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir pela existência de repercussão geral, mesmo que ela não tenha sido devidamente demonstrada pelo recorrente, bastará o tribunal dizer que ela foi demonstrada caso se interesse em julgar o recurso extraordinário. É claro que quando era exigida uma preliminar nesse sentido do recorrente essa “manobra” não seria possível, mas, como já afirmado, essa exigência não faz parte do art. 1.035, do Novo CPC. Há, portanto, espaço para mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal pela inadmissão da repercussão geral implícita[60].

Ainda que a repercussão geral seja prevista por meio de um conceito jurídico indeterminado, cabendo ao Supremo Tribunal Federal traçar seus contornos, a doutrina entende que a transcendência pode ser *qualitativa*, referindo-se à importância para a sistematização e desenvolvimento do Direito, ou *quantitativa*, referindo-se ao número de pessoas atingidas pela decisão[61]. No art. 322, parágrafo único, do RISTF, aparentemente os requisitos são cumulativos, devendo a questão ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e ultrapassar os interesses subjetivos das partes.

Existem hipóteses de presunção absoluta de existência da repercussão geral, previstas pelos incisos do § 3º, do art. 1.035, do Novo CPC[62], tendo todas essas hipóteses um ponto em comum: a valorização dos entendimentos consolidados pelo Supremo Tribunal Federal. Há presunção absoluta de repercussão geral sempre que o recurso extraordinário impugnar acordão que: contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. Na redação originária do dispositivo havia mais uma hipótese de presunção absoluta de repercussão geral – impugnação de acordão que tivesse sido proferido em julgamento de casos repetitivos -, revogada pela Lei 13.256, de 04.02.2016, que alterou o Novo Código de Processo Civil durante sua vacância.

Registre-se corrente doutrinária que defende também a existência de hipóteses de presunção relativas de repercussão geral, não expressamente previstas em lei, em três casos: (a) divergência

entre tribunais a respeito da questão constitucional; (b) existência de ação de controle concentrado de constitucionalidade; (c) ações coletivas[63]. Aparentemente tratam-se de hipóteses em que se justifica a existência de repercussão geral, mas não parece adequado se falar nesses casos de presunção relativa. São, na realidade, adequados exemplos de situações em que a transcendência e a relevância exigidas no art. 1.035, § 1º, do Novo CPC, estarão presentes.

A deliberação a respeito da existência ou não da repercussão geral, se realizada em sessão presencial, poderia inviabilizar o trabalho do Supremo Tribunal Federal. Diante dessa realidade, os arts. 323 e 324 do Regimento Interno daquele tribunal prevê que essa deliberação ocorra de forma eletrônica. Cabe ao relator submeter por meio eletrônico a questão aos demais ministros, que terão um prazo de 20 dias para se manifestar a respeito do tema. Caso não haja, após o transcurso do prazo, manifestações em número suficiente para a rejeição da repercussão geral, ela será considerada como presente. Trata-se de singular hipótese na qual o silêncio do julgador significará uma decisão tácita a favor do recorrente, já que tal omissão é computada como voto a favor da existência da repercussão geral.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir que, mesmo tendo sido admitida a repercussão geral por deliberação eletrônica, o Tribunal Pleno, em sessão presencial, pode decidir pelo não conhecimento do recurso extraordinário com fundamento na exigência de interpretação da legislação infraconstitucional e do direito local[64].

Entendo que na realidade não só esses motivos, mas qualquer outro que leve à inadmissão o recurso extraordinário deve ser reconhecido mesmo que já tenha havido deliberação do plenário virtual no sentido de existência de repercussão geral. Inclusive, a própria repercussão geral, que pode ser afastada nesse caso em sessão presencial. Afinal, não há dúvida de que a repercussão geral seja um pressuposto de admissibilidade específico do recurso extraordinário[65], e o juízo de admissibilidade recursal não preclui por tratar-se de matéria de ordem pública.

Apesar do cabimento dos embargos de declaração contra qualquer decisão, inclusive aquelas que são previstas como irrecorríveis, o Supremo Tribunal Federal não admite a interposição de tal recurso contra decisão que reconhece a repercussão geral em deliberação virtual do plenário[66].

Reconhecendo que a decisão que nega a existência de repercussão geral extrapola o interesse das partes no recurso, até porque permite a aplicação desse entendimento a outros recursos extraordinários (art. 1.035, § 8º, do Novo CPC), permite-se a admissão pelo Supremo Tribunal Federal de manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado (art. 1.035, § 4º, do Novo CPC). Para que a decisão esteja o mais próximo possível da correção, a lei corretamente permite a intervenção no processo do *amicus curiae*, como forma de levar aos julgadores todos os conhecimentos técnico-jurídicos necessários para a prolação de uma decisão de qualidade, o que só será admitido até a data da remessa dos autos à mesa para julgamento[67].

Nos tribunais, turmas de uniformização de jurisprudência e turmas recursais será selecionado um ou mais recursos extraordinários fundados em *idêntica controvérsia jurídica* e encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, enquanto os demais – já existentes e que venham a ser interpostos antes da análise da repercussão geral dos recursos já encaminhados – ficarão sobrestados (art. 1.036, § 1º, do Novo CPC). A escolha dos recursos extraordinários que se seguirão ao Supremo Tribunal Federal é atividade privativa dos órgãos referidos, que determinarão quais os recursos irão ao julgamento do tribunal supremo em decisão irrecorrível a ser proferida pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal[68]. A razão da previsão legal é evidente, buscando evitar que inúmeros recursos fundados em mesma controvérsia sejam encaminhados ao Supremo Tribunal Federal antes de se conhecer a posição desse tribunal a respeito da existência ou não da repercussão geral.

Nos termos do art. 1.036, § 4º, do Novo CPC, a escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau não vinculará o relator no Supremo Tribunal Federal, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia. Também poderão ser selecionados recursos extraordinários paradigmas no próprio Supremo Tribunal Federal, ainda que não tenha havido qualquer atividade nesse sentido pelos tribunais de segundo grau (art. 1.036, § 5º, do Novo CPC).

Sendo negada a existência da repercussão geral, todos os recursos extraordinários que ficaram sobrestados serão inadmitidos pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem (art. 1.035,

§ 8º, do Novo CPC). É interessante hipótese na qual a ausência de repercussão geral admitirá ao juízo *a quo* não receber o recurso extraordinário, considerando-se que a análise desse *pressuposto de admissibilidade* é de privativa competência do Supremo Tribunal Federal. Na realidade, como já existe decisão do tribunal superior a respeito, o juízo de admissibilidade será condicionado a esse posicionamento, de forma que, considerando o efeito *ultra partes* da repercussão geral, continuará a ser sua análise atividade privativa do Supremo Tribunal Federal. Como o juízo de admissibilidade no juízo *a quo* é exercido pelo presidente ou vice-presidente, será ele o responsável pelo não conhecimento dos recursos extraordinários sobrestados.

O parágrafo único do art. 1.039, do Novo CPC, prevê que negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, considerar-se-ão automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado. A previsão de uma inadmissão automática parece sugerir que não haverá uma decisão de inadmissão, sendo simplesmente atestado o trânsito em julgado, independentemente de qualquer decisão. Acredito ser inviável uma inadmissão automática de recurso, sendo o dispositivo fruto de indevida confusão entre eficácia vinculante e desnecessidade de prolação de decisão para sua geração. Caso contrário, ao se aceitar uma inadmissão automática, contra o que exatamente a parte poderá se insurgir se entender equivocada tal providência? Contra o carimbo do trânsito em julgado?

Registre-se que o art. 328, parágrafo único, do RISTF prevê que já havendo chegado ao Supremo Tribunal Federal múltiplos

recursos com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao presidente, antes da distribuição, e ao relator, após esse momento procedimental, selecionar um ou mais recursos extraordinários e devolver os demais ao tribunal ou turma recursal de origem. Nos termos da Portaria 138/2009 do STF, não haverá nem mesmo uma decisão de devolução dos recursos aos tribunais de origem, bastando um ato administrativo, que não poderá ser impugnado por recurso (não é decisão judicial), nem por mandado de segurança, cabendo ao tribunal de segundo grau analisar a adequação das matérias versadas no recurso extraordinário devolvido e nos paradigmas. Caso, entretanto, o tribunal de segundo grau entenda existir distinção e devolva o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, este poderá devolvê-lo novamente se discordar da distinção, determinando ao tribunal de segundo grau um novo julgamento[69].

Segundo a previsão constitucional do art. 102, § 3.º, da CF, a inadmissibilidade do recurso extraordinário só será admitida pela manifestação de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não há no caso concreto a repercussão geral.

O art. 1.035, *caput*, do Novo CPC determina expressamente que a decisão do Supremo Tribunal Federal que não conhece o recurso extraordinário por ausência de repercussão geral é irrecorrível. Parece, entretanto, que tal irrecorribilidade não se aplica à decisão monocrática do relator ou do presidente (art. 327, § 1.º, do RISTF), considerando-se que esses ministros atuam com competência delegada pelo órgão colegiado competente para o

julgamento do recurso – no caso, a Turma –, sendo cabível o recurso de *agravo interno* no prazo de 15 dias[70]. Aparentemente esse entendimento foi consagrado pelo art. 327, § 2.º, do RISTF, que prevê expressamente o cabimento de agravo contra decisão monocrática do presidente ou do relator que não conhecer o recurso extraordinário por ausência de repercussão geral.

Em aplicação do art. 1.035, § 8.º, do Novo CPC, da decisão colegiada da Turma não caberá recurso, o mesmo ocorrendo em relação à decisão do Plenário, mas nesse caso nem precisaria existir previsão legal nesse sentido, considerando-se que não haveria a quem recorrer. A irrecorribilidade, entretanto, em qualquer dessas decisões, não atinge os *embargos de declaração*, que poderão ser oferecidos no prazo de cinco dias apontando omissão, contradição ou obscuridade da decisão[71].

Nos termos do § 5.º do art. 1.035, do Novo CPC, reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. Note-se que só há a mencionada suspensão após o reconhecimento de repercussão geral, porque somente nesse caso o Supremo Tribunal Federal passará a julgar o mérito da matéria. Antes disso, não teria mesmo qualquer sentido suspender os processos em trâmite, porque no tempo em que se decide haver ou não a repercussão geral o mérito deve continuar a ser decidido normalmente nos processos que têm como objeto a matéria constitucional, independentemente de sua fase procedimental.

Essa suspensão, entretanto, tinha um prazo máximo, considerando que o § 10º do mesmo dispositivo legal previa que, não ocorrendo o julgamento no prazo de um ano a contar do reconhecimento da repercussão geral, cessaria, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomariam seu curso normal. O dispositivo legal foi revogado pela Lei 13.256, de 04.02.2016, que alterou o Novo Código de Processo Civil no período de sua vacância, o que é extremamente preocupante porque demonstra de forma clara que o Supremo Tribunal Federal não quer ter prazo para o julgamento da repercussão geral, o que poderá levar a uma suspensão consideravelmente longa dos processos à espera de uma decisão da corte superior.

O prazo de um ano para o julgamento de recurso que tiver a repercussão geral reconhecida é previsto pelo art. 1.035, § 9.º, do Novo CPC, que também estabelece a preferência sobre os demais feitos (recursos e ações de competência originária), salvo aqueles que envolvam réu preso e *o habeas corpus*.

Com a previsão de suspensão de todos os processos, independentemente de sua fase procedimental, é natural que recursos extraordinários já interpostos no tribunal de segundo grau sejam também afetados, permanecendo sobrestados. Quanto a tais recursos, o § 6.º do art. 1.035, do Novo CPC, dispõe que o interessado (que certamente não será o recorrente) pode requerer, ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente. A regra tem como fundamento a incapacidade de o julgamento do recurso que teve a

repercussão geral admitida afetar um recurso extraordinário intempestivo, sendo, dessa forma, injustificáveis o sobrestamento e o consequente impedimento do trânsito em julgado da decisão recorrida.

Sendo elaborado o pedido nos termos do art. 1.036, § 2º, do Novo CPC, o próprio dispositivo garante o princípio do contraditório, ao exigir que o recorrente seja intimado para se manifestar no prazo de cinco dias sobre o requerimento. Sendo o pedido deferido, o recurso extraordinário será inadmitido (hipótese excepcional em que o tribunal de segundo grau mantém competência para fazer juízo de admissibilidade nos recursos excepcionais).

Na redação originária do § 7º do art. 1.035 do Novo CPC, contra essa decisão era cabível agravo para os tribunais superiores, mas a redação do dispositivo foi alterado pela Lei 13.256, de 04.02.2016, responsável pela alteração do novo diploma legal antes mesmo dele entrar em vigência. Na nova redação vem expresso que o recurso cabível contra tal decisão é o agravo interno, de forma que a parte recorrente não terá acesso aos tribunais superiores, primeiro porque tal recurso é de competência do tribunal de segundo grau e em segundo porque da decisão desse agravo interno não cabe qualquer recurso para o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal.

Na hipótese de recurso extraordinário sobrestado e reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral, teremos automática inadmissão, nos termos do art. 1.039, parágrafo único do Novo CPC. A expressa menção a

uma automática inadmissão sugere que o legislador referendou o comportamento de alguns tribunais que não mais decidem pela inadmissão, mas simplesmente certificam por certidão de escrivão ou chefe da secretaria tal fato. A situação é dramática quando ocorre um erro porque não existirá decisão para ser impugnada, o que, obviamente, viola de forma clara o devido processo legal.

Reconhecendo o Supremo Tribunal Federal a existência de repercussão geral, os recursos extraordinários enviados por amostragem a esse tribunal serão julgados em seu mérito. O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela possibilidade de se analisar em sessão presencial os pressupostos de admissibilidade dos recursos extraordinários, mesmo que em sessão virtual já se tenha reconhecido a existência de repercussão geral. Dessa forma, antes de julgar o mérito, o Plenário poderá inadmitir os recursos extraordinários pela falta de outros pressupostos de admissibilidade que não a repercussão geral[72].

A partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal reconhecer a existência de repercussão geral, sendo caso de aplicação da técnica de julgamento de recursos extraordinários repetitivos o procedimento será aquele previsto pelo art. 1.038 do Novo CPC e a eficácia *ultra partes* desse julgamento será gerada nos termos dos arts. 1.039 a 1.041, do Novo CPC. Tanto esse procedimento como a eficácia vinculante *ultra partes* do julgamento são devidamente analisados no Capítulo 77, item 77.4.

76.1.2. REQUISITOS ESPECÍFICOS

76.1.2.1. Decisão que contrariar dispositivo constitucional

O primeiro pressuposto específico de cabimento do recurso extraordinário é ter a decisão impugnada contrariado norma constitucional (art. 102, III, *a*, da CF). Apesar da omissão legislativa, é tranquilo o entendimento de que também a decisão que nega vigência a dispositivo constitucional é recorrível por recurso extraordinário[73]. Como já analisado no Capítulo 75, item 75.1.1.1., a correta interpretação do art. 102, III, *a*, da CF permite o cabimento do recurso extraordinário contra a decisão que afronte ou negue vigência a tratado internacional que tenha como objeto direitos humanos, desde que preenchidos os requisitos previstos pelo art. 5.º, § 3.º, da CF.

O Supremo Tribunal Federal não admite a *ofensa indireta* (reflexa ou oblíqua) à norma constitucional, exigindo que a ofensa seja direta, ou seja, se a decisão ofendeu uma norma infraconstitucional e somente de maneira reflexa atingiu a Constituição Federal, não caberá recurso extraordinário[74]. É natural que essa ofensa reflexa se verifique na maioria das decisões que ofendem normas infraconstitucionais, em especial aquelas que preveem princípios, considerando-se que todas elas derivam do texto maior, de forma mais ou menos intensa[75]. Caso essa norma agredida em primeiro plano seja federal, caberá recurso especial, e sendo estadual ou municipal não caberá nenhum recurso aos órgãos superiores[76].

> Marina tem o seu recurso de apelação julgado em sessão de julgamento perante o Tribunal de Justiça sem que seu advogado tenha sido devidamente cientificado do ato processual, em nítida ofensa ao princípio do contraditório (ao não ser intimado da sessão de julgamento (informação) não pode realizar a

> sustentação oral que planejara (reação). Apesar do princípio do contraditório estar expressamente previsto no art. 5.º, LV da CF, não é cabível o Recurso Extraordinário porque a ausência de intimação violou o art. 934, *caput* do Novo CPC, sendo a ofensa à Constituição Federal meramente reflexa. Tratando-se de violação à norma federal, o recurso cabível é o recurso especial; se fosse estadual ou municipal, Marina não teria recurso cabível para levar o processo aos órgãos de superposição.

É interessante ao sistema que, no tocante aos acórdãos proferidos pelo Colégio Recursal nos Juizados Especiais, haja uma flexibilização dessa regra quando ocorrer uma manifesta ofensa à lei federal com relevante reflexo constitucional. Entendo que nesse caso a liberdade concedida ao Colégio Recursal – formado por juízes de primeiro grau – na aplicação das normas federais não deve ser plena, sob pena do cometimento de insuportáveis injustiças. Diante do não cabimento do recurso especial contra essas decisões, caberia ao Supremo Tribunal Federal, ainda que em situações excepcionais, de extrema injustiça provocada pela má aplicação da lei federal, reconhecer a ofensa reflexa e admitir o recurso extraordinário. Preferiu-se, entretanto, admitir o cabimento da reclamação constitucional, conforme analisado no Capítulo 75, item 75.1.1.1.

76.1.2.2. Decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal

No ordenamento jurídico brasileiro convivem o *controle concentrado de constitucionalidade*, exclusivo do Supremo Tribunal Federal, e o *controle difuso de constitucionalidade*, que deve ser feito por qualquer órgão jurisdicional de forma incidental. É evidente que o art. 102, III, *b*, da CF, trata dessa segunda forma

de controle, permitindo que se leve ao Supremo Tribunal Federal qualquer declaração incidental de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, considerando-se que a principal tarefa desse tribunal é dizer na demanda a última palavra a respeito da inconstitucionalidade, o que faz de forma originária no controle concentrado e de forma recursal na forma difusa.

Note-se que o dispositivo constitucional ora analisado refere-se tão somente à inconstitucionalidade declarada incidentalmente, não sendo cabível o recurso extraordinário, ao menos não por essa hipótese de cabimento, de decisão que incidentalmente declara a constitucionalidade de lei federal ou tratado. A justificativa é clara: toda norma é naturalmente constitucional, o que significa dizer que toda norma é criada pretensamente constitucional, pois há expectativa de que todas elas tenham tal qualidade, de forma que, ao declarar a constitucionalidade incidentalmente, o órgão jurisdicional nada mais faz do que declarar o estado natural da norma, confirmando a expectativa de que esteja conforme a Constituição Federal. A atipicidade fica por conta da declaração incidental de inconstitucionalidade, sendo nesse caso interessante permitir a análise da decisão pelo Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário[77]. É bem provável que na declaração incidental de constitucionalidade também seja cabível o recurso extraordinário, mas com amparo no art. 102, III, *a*, da CF.

76.1.2.3. Decisão que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal

A decisão que julga válida uma lei estadual ou municipal contestada em face da Constituição pode afrontar o texto maior,

prestigiando incorretamente uma norma contida em lei estadual ou municipal em detrimento da Constituição Federal, sendo nesse caso cabível o recurso extraordinário[78]. O mesmo ocorre com a decisão que julgar válido ato administrativo (praticados por agentes públicos dotados de certa parcela de poder) ou normativo (leis, decretos, portarias etc.)[79], praticado pelas três esferas de Poder (Executivo, Legislativo, Judiciário) no âmbito estadual ou municipal, que seja contestado em face da Constituição Federal.

76.1.2.4. Decisão que julgar válida lei de governo local contestado em face de lei federal

Até a Emenda Constitucional 45/2004, a hipótese de cabimento do recurso extraordinária atualmente prevista no art. 102, III, *d*, da CF era hipótese de cabimento de recurso especial (antiga redação do art. 105, III, *b*, da CF). A modificação de competência do tema tratado nesse dispositivo constitucional pode levar o leitor mais desatento a não compreender a modificação, afirmando que a tarefa de preservar a boa aplicação da lei federal não é do Supremo Tribunal Federal, e sim do Superior Tribunal de Justiça. Se a decisão preferiu a aplicação de lei municipal ou estadual em face de lei federal, seria problema a ser resolvido em sede de recurso especial.

Ocorre, entretanto, que sempre que uma decisão julgar válida uma lei municipal ou estadual contestada em face de lei federal, a questão imediata a ser enfrentada não é exatamente o desrespeito à lei federal, mas o conflito de competência legislativa entre Municípios e Estados de um lado e a União de outro, pano de fundo e fundamento indispensável para a verificação do acerto ou erro da

decisão impugnada[80]. Como se sabe, a questão da competência legislativa é matéria constitucional, devendo ser enfrentada em último grau pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sido, nesse sentido, perfeita a modificação realizada pela Emenda Constitucional 45/2004.

77. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS COMUNS AOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

Sumário: 77.1. Procedimento – 77.2. Confusão entre o juízo de admissibilidade e mérito – 77.3. Efeitos dos recursos federais: 77.3.1. Efeito devolutivo; 77.3.2. Efeito suspensivo – 77.4. Julgamento por amostragem: 77.4.1. Cabimento; 77.4.2. Instauração; 77.4.3. Suspensão dos processos que versem sobre a mesma controvérsia jurídica; 77.4.4. Procedimento; 77.4.5. Eficácia *ultra partes* e vinculante do julgamento.

77.1. PROCEDIMENTO

O prazo para o ingresso dos recursos excepcionais é de 15 dias, sendo aplicáveis as regras de contagem de prazo em dobro, devendo-se alertar que a contagem em dobro do prazo na hipótese de haver na demanda litisconsortes com pluralidade de patronos de diferentes sociedades de advogados depende, além da sucumbência de mais de um dos litisconsortes[81], de que mais de um deles tenha ingressado com o recurso que gerou o acórdão – ou excepcionalmente a decisão na hipótese do art. 34 da LEF –, que agora se pretende impugnar por meio do recurso extraordinário e/ou do recurso especial.

Peter e Edison são réus em demanda de reintegração de posse, atuando cada um deles com patronos diferentes. Proferida

> sentença de procedência, somente Peter recorre para o Tribunal de Justiça por meio da apelação, sendo negado provimento a esse recurso. Contra esse acórdão cabem em tese o recurso extraordinário e o recurso especial, mas esse prazo será sempre simples, ainda que gere uma sucumbência recíproca aos dois réus. Como Edison não apelou da sentença, considera-se que Peter, por ter recorrido por meio da apelação, passou a ser o único réu no procedimento recursal dessa decisão, de forma que, a partir da interposição solitária de recurso desse réu, os demais prazos recursais, de recursos subsequentes, serão simples.

Em regra, não é indispensável a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário contra a mesma decisão, sendo inclusive impossível tal interposição simultânea na hipótese de acórdão proferido pelo Colégio Recursal nos Juizados Especiais e de decisão dos embargos infringentes previstos no art. 34 do LEF. A exceção fica por conta da possível falta de *interesse recursal* na interposição de um ou outro dos recursos ora analisados, sendo nesse caso indispensável à propositura de ambos os recursos. É nesse sentido o enunciado da Súmula 126 do STJ ao prever a inadmissibilidade do recurso especial quando o acórdão recorrido assenta em fundamento constitucional e infraconstitucional, sendo que qualquer um deles é suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário. É evidente que a regra prevista nessa súmula deve ser aplicada também para a hipótese de interposição somente do recurso extraordinário, sem a concomitante interposição do recurso especial. Nesses casos faltará interesse recursal (adequação), pela nítida utilidade na interposição de somente um dos recursos federais, que mesmo sendo provido não será capaz de atingir a decisão impugnada.

Sendo caso de necessária interposição de recurso

extraordinário e recurso especial, ou sendo esse o desejo do recorrente, o prazo para ambos será de 15 dias, mas correrão de forma autônoma, de maneira que não é necessária a interposição simultânea – no mesmo dia, visto que o prazo é contado em dias – dos dois recursos. O termo inicial de contagem naturalmente será o mesmo, mas dentro do prazo legal é permitida a interposição dos recursos em dias diferentes[82].

O recurso extraordinário e o recurso especial são interpostos (ou protocolados) perante o órgão prolator da decisão impugnada, sendo aplicável na instância superior o sistema de protocolo descentralizado.[83]

O Novo Código de Processo Civil em sua redação originária modificava substancialmente o procedimento da admissibilidade dos recursos especial e extraordinário ao retirar do órgão *a quo* a competência, ao menos em regra, para fazer o juízo de admissibilidade. Pela previsão expressa da redação originária do parágrafo único do art. 1.030 do Novo CPC, a admissibilidade de tais recursos seria feita somente nos tribunais superiores. O recurso especial e o recurso extraordinário continuariam a ser interpostos perante o juízo prolator do acórdão impugnado, mas tal órgão teria um trabalho meramente cartorial: após a interposição intimaria o recorrido para apresentação de contrarrazões no prazo de 15 dias, e decorrido esse prazo, com ou sem resposta do recorrido, remeteria os autos ao tribunal superior competente.

O sistema adotado pelo Novo Código de Processo Civil prometia revolucionar o procedimento do recurso especial e

extraordinário ao retirar do presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau a competência para fazer juízo de admissibilidade. Essa nova competência para o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais a ser realizado privativamente nos tribunais superiores levou os membros desses tribunais a preverem o caos em razão de um aumento substancial de trabalho. E foi a principal razão, pelo menos declarada, da Lei 13.256, de 04.02.2016 que alterou o Novo Código de Processo Civil durante seu período de vacância.

A projeção do caos e a forte pressão coorporativa dos tribunais superiores exercida no Congresso Nacional resultaram em modificação completa do art. 1.030 do Novo CPC, que fundamentalmente fez o sistema retornar ao sistema já em vigência no CPC/1973. Ou seja, a admissibilidade continua a ser feita em segundo grau de jurisdição, em todo e qualquer recurso especial e extraordinário, só chegando tais recursos aos tribunais superiores se superado positivamente tal juízo.

O prazo para o ingresso dos recursos excepcionais é de 15 dias, sendo aplicáveis as regras de contagem de prazo em dobro, devendo-se alertar que a contagem em dobro do prazo na hipótese de haver na demanda litisconsortes com pluralidade de patronos de diferentes sociedades de advogados depende, além da sucumbência de mais de um dos litisconsortes (Súmula 641/STF), de que mais de um deles tenha ingressado com o recurso que gerou o acórdão – ou excepcionalmente a decisão na hipótese do art. 34 da LEF –, que agora se pretende impugnar por meio do recurso extraordinário e/ou do recurso especial.

Sendo caso de necessária interposição de recurso extraordinário e recurso especial, ou sendo esse o desejo do recorrente, o prazo para ambos será de 15 dias, mas correrão de forma autônoma, de maneira que não é necessária a interposição simultânea – no mesmo dia, visto que o prazo é contado em dias – dos dois recursos. O termo inicial de contagem naturalmente será o mesmo, mas dentro do prazo legal é permitida a interposição dos recursos em dias diferentes.

O recorrido será intimado para apresentar suas contrarrazões no prazo de 15 dias, e, transcorrido esse prazo, com ou sem a resposta, os autos serão remetidos ao presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau para o juízo de admissibilidade recursal e outras providências, previstas nos incisos do art. 1.030 do Novo CPC. Ainda que omisso o Novo Código de Processo Civil, havendo interposição de recurso especial e/ou extraordinário retido, o recorrente principal será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 dias e somente após o transcurso desse prazo, com ou sem as contrarrazões, aplicar-se-á os incisos do art. 1.030 do Novo CPC.

Nos termos do art. 1.030, I, do Novo CPC, existem dois motivos para a negativa do seguimento do recurso especial e extraordinário. Trata-se naturalmente de um equívoco – mais um – da Lei 13.256, de 04.02.2016, porque no inciso V do mesmo dispositivo obviamente se prevê mais uma hipótese de negativa de seguimento quando o juízo de admissibilidade for negativo. Aliás, a péssima forma legislativa merece um questionamento: as hipóteses previstas no inciso I do art. 1.030 do Novo CPC não são hipóteses

de inadmissão do recurso especial ou extraordinário?

É bem verdade que das hipóteses previstas no inciso I do art. 1.030 a única que honestamente pode ser enquadrada como inadmissão é aquela que prevê a negativa de seguimento por já existir decisão do Supremo Tribunal Federal que não tenha reconhecido a existência de repercussão geral da matéria. Ainda assim, se o próprio caput do dispositivo legal prevê a negativa de seguimento, todos continuaram a fingir que realmente se trata de inadmissibilidade, e nessa verdadeira ficção legal será incompreensível que as hipóteses do inciso I não estejam no inciso V do art. 1030 do Novo CPC. A par da péssima técnica legislativa, é preciso se compreender o alcance do inciso I do art. 1030 do Novo CPC.

A alínea "a" do dispositivo legal versa sobre duas situações distintas, ainda que ambas associadas à repercussão geral. A primeira hipótese para a inadmissão é a existência de decisão do Supremo Tribunal Federal que não tenha reconhecido a existência de repercussão geral da matéria, sendo nesse caso legítima a inadmissão porque um dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário já foi reconhecido como inexistente pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão que tem eficácia vinculante *erga omnes*. A segunda hipótese é o recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarada no regime de repercussão geral. Ainda que tal julgamento tenha eficácia vinculante *erga omnes*, entendo que nesse caso a questão é de mérito, somente sendo tratada como sendo de admissibilidade para permitir que o recurso

seja inadmitido em segundo grau.

Na alínea “b” do inciso I do art. 1.030 do Novo CPC está prevista a negativa de seguimento a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos. Mais uma vez o legislador finge que uma matéria de mérito é admissibilidade recursal para legitimar a inconstitucionalidade de o tribunal de segundo grau inadmitir um recurso para o qual não tem legitimidade de julgar o mérito.

Insisto que, além das hipóteses previstas nas alíneas do inciso I do art. 1.030 do Novo CPC, qualquer decisão de inadmissão proferida nos termos do inciso V também significa que foi negado seguimento ao recurso especial ou extraordinário.

Segundo o art. 1.030, II, do Novo CPC, cabe ao presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

O dispositivo permite a conclusão de que na hipótese de possível retratação pelo órgão julgador não cabe ao presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau analisar a admissibilidade do recurso, conclusão corroborada pela alínea “a” do inciso V do art. 1.030 do Novo CPC, que prevê a realização do

juízo de admissibilidade somente se o recurso não tiver sido submetido ao regime de julgamento de recursos repetitivos.

Caso não ocorra o juízo de retratação, caberá ao presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau analisar a admissibilidade do recurso e, caso tal juízo seja positivo, encaminhá-lo para o tribunal superior, nos termos do art. 1.030, V, “c”, do Novo CPC.

Nos termos do inciso III do art. 1.030 do Novo CPC, cabe ao presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional.

Nesse caso o recurso terá sido submetido ao regime de julgamento repetitivo, de forma que não cabe o juízo de admissibilidade (art. 1.030, V, “a” do Novo CPC), limitando-se o presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau a determinar o sobrestamento do recurso à espera do julgamento dos paradigmas.

O inciso IV do art. 1.030 do Novo CPC prevê que cabe ao presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036. Trata-se de mais uma hipótese na qual não há juízo de admissibilidade em segundo grau, nos termos do art. 1.030, V, “b” do Novo CPC, mas é altamente recomendável que os recursos

selecionados sejam admissíveis, até porque o tribunal superior poderá rejeitá-lo justamente por essa razão.

De todas as decisões do presidente e vice-presidente descritas nos incisos do art. 1.030, do Novo CPC, apenas aquelas consagradas nos incisos I, III e V, tem previsão expressa de recorribilidade, dando a entender que as decisões com fundamento nos incisos II e IV são irrecorríveis.

Da decisão que nega seguimento ao recurso especial ou extraordinário com fundamento nos incisos I e III do art. 1.030 do Novo CPC cabe agravo interno ao próprio tribunal de segundo grau. Significa dizer que, pretendendo a parte discutir a incorreção da decisão monocrática com fundamento na distinção do caso concreto com a tese aplicada para a inadmissão ou sobrestamento do recurso, não terá recurso para o tribunal superior, devendo se contentar com recurso para o próprio tribunal de segundo grau.

O § 2º do art. 1.030 do Novo CPC é um nítido retrocesso quando comparado com o texto originário do Novo Código de Processo Civil, que previa expressamente para essa hipótese o cabimento de recurso de agravo para o tribunal superior. Mais uma vez o desejo dos tribunais superiores em não terem mais trabalho que já tinham na vigência do CPC/1973 motivou a mudança legislativa, excluindo da parte o direito de acesso aos tribunais superiores, até porque da decisão desse agravo interno não caberá recurso aos tribunais superiores e tampouco esses aceitam a reclamação constitucional.

O § 1º do art. 1.030 do Novo CPC admite o recurso previsto

no art. 1.042 do Novo CPC, de competência dos tribunais superiores, na hipótese de inadmissão com fundamento no inciso V do art. 1.030.

Havendo a interposição dos dois recursos, o recurso especial deverá ser julgado antes, uma vez que em algumas situações o julgamento desse recurso tornará o recurso extraordinário prejudicado, não precisando ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, o que diminui a quantidade de recursos a serem julgados por esse tribunal. Excepcionalmente, o relator do recurso especial poderá entender que o julgamento do recurso extraordinário lhe é prejudicial, determinando, por decisão irrecorrível, o envio do processo ao Supremo Tribunal Federal para que seja julgado antes o recurso extraordinário. O relator desse recurso poderá concordar com o ministro do Superior Tribunal de Justiça e julgar o recurso extraordinário, invertendo a ordem legal, ou discordar da existência de prejudicialidade, quando em decisão irrecorrível determinará a volta do processo ao Superior Tribunal de Justiça para que o recurso especial seja julgado em primeiro lugar (art. 1.031 do Novo CPC).

77.2. CONFUSÃO ENTRE O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E MÉRITO

É tradicional, e infelizmente aceita de forma pacífica na praxe forense, a confusão entre *juízo de admissibilidade* e *juízo de mérito* no recurso especial e no recurso extraordinário. São tradicionais as lições que apontam os arts. 102, III, e 105, III, ambos da CF, como hipóteses de cabimento dos recursos federais, o que traz inúmeras

dificuldades na diferenciação entre o cabimento desses recursos e seu mérito.

Em algumas das hipóteses previstas pelo texto constitucional não surge nenhuma dificuldade nessa diferenciação, como se verifica no art. 105, III, *c*, da CF. A efetiva existência de divergência na interpretação de lei federal entre diferentes tribunais, com o preenchimento dos requisitos já analisados, é matéria indiscutivelmente de cabimento do recurso especial. No mérito, o Superior Tribunal de Justiça analisará qual a melhor interpretação: a realizada no acórdão recorrido ou a feita no acórdão paradigma. É facilmente visualizada, portanto, a hipótese do recurso especial conhecido – porque existe a divergência na forma exigida pela lei – e não provido – porque a interpretação dada à lei federal pelo acórdão recorrido é mais adequada do que aquela dada no acórdão paradigma.

Essa facilidade, entretanto, não se verifica em outras hipóteses previstas no texto constitucional, como ocorre nos arts. 102, III, *a*, e 105, III, *a*, ambos da CF. Afinal, uma decisão que não nega vigência a uma lei federal impede a admissibilidade do recurso especial ou gera o seu não provimento? A decisão que não afronta uma norma constitucional leva ao não provimento do recurso extraordinário ou impede o julgamento de seu mérito por não ser o recurso cabível?

Parece não haver dúvidas de que tecnicamente a efetiva ausência de ofensa à lei federal ou à norma constitucional seja matéria de mérito dos recursos especial e extraordinário, respectivamente. Entendimento em sentido contrário geraria

situação no mínimo inusitada, porque, na hipótese dos arts. 102, III, *a*, e 105, III, *a*, da CF, não existiria a possibilidade de negativa de provimento ao recurso. Havendo ofensa à lei federal ou à norma constitucional, o recurso seria conhecido e provido, e ausente essa ofensa o recurso não seria recebido/conhecido. É inadmissível que um recurso não possa ser julgado em seu mérito pelo não provimento.

Em elegante lição doutrinária, Barbosa Moreira faz interessante e correta sugestão para encarar o problema. Para o processualista, a ofensa à lei federal ou à norma constitucional será tanto *pressuposto de admissibilidade* (cabimento) como também *matéria de mérito*. Na análise do cabimento, a ofensa será tratada abstratamente, ou seja, basta que o recorrente alegue que houve a ofensa à lei federal ou à norma constitucional para que o recurso seja admitido, considerando-se o seu cabimento. Uma vez conhecido o recurso, o tribunal superior competente passará a analisar a efetiva existência de ofensa no caso concreto, de forma que a matéria será o mérito do recurso; havendo a ofensa, o recurso será provido; não havendo a ofensa alegada, será negado provimento ao recurso[84].

> Fernanda interpõe um recurso especial alegando que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais contrariou uma norma estadual. O recurso especial não será admitido, porque nesse caso a ofensa alegada, mesmo analisada abstratamente, não está prevista em lei como justificativa para o cabimento do recurso especial. Por outro lado, caso Fernanda tivesse alegado que o acórdão contrariou uma lei federal, essa alegação bastaria para que o recurso passasse pelo juízo de admissibilidade, sendo que no mérito caberia ao Superior

> Tribunal de Justiça analisar se no caso concreto houve efetivamente a contrariedade alegada por Fernanda; concordando com a alegação, dará provimento ao recurso especial e, entendendo que não houve efetivamente a contrariedade alegada, será negado provimento ao recurso.

Infelizmente, entretanto, essa lição é desprezada na praxe forense. Dessa forma, na prática forense cria-se a surreal situação de um recurso que simplesmente não admite o não provimento, restando apenas duas decisões possíveis: não receber/conhecer ou dar provimento ao recurso. Essa postura gera três graves problemas.

O primeiro problema é que, na vigência do CPC/1973, ainda que de forma implícita, o presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau analisa o mérito do recurso, tarefa para a qual não tem competência. Nota-se uma nítida e indesejável ofensa à competência constitucionalmente prevista para que os tribunais superiores julguem o mérito dos recursos excepcionais. Como as decisões são fundamentadas no juízo de admissibilidade, apontando para o não cabimento do recurso, aparentemente a decisão do tribunal de segundo grau é legítima. Como é confortável aos tribunais superiores que o tribunal de segundo grau impeça a chegada desses recursos já em seu nascedouro, a ofensa à sua competência é plenamente admitida e até mesmo incentivada.

O recurso adesivo só será julgado na hipótese de o recurso principal ser julgado no mérito (art. 997, § 2º, III, do Novo CPC). Tratando-se de recurso adesivo de recurso excepcional, entretanto, os tribunais superiores admitem o julgamento desse recurso adesivo, ainda que o recurso principal não tenha sido admitido, desde que a matéria federal ou constitucional tenha sido enfrentada

na decisão.

A ação rescisória é de competência dos tribunais superiores somente na hipótese de os recursos excepcionais terem sido conhecidos e julgados em seu mérito, sendo a ação rescisória de competência do tribunal de segundo grau quando os recursos extraordinário e especial não são recebidos/conhecidos. Ocorre, entretanto, que os tribunais superiores se dão por competente para a ação rescisória quando o recurso federal não é conhecido, mas a matéria federal ou constitucional é enfrentada em seu julgamento, conforme analisado no Capítulo 62, item 62.7. Confissão maior que essa, ainda que implícita, seria impossível.

77.3. EFEITOS DOS RECURSOS FEDERAIS

A questão dos efeitos recursais já foi objeto de enfrentamento no Capítulo 67, item 67. Nesse momento faz-se uma breve análise dos dois principais efeitos (devolutivo e suspensivo) no caso específico de recursos extraordinário e especial.

77.3.1. EFEITO DEVOLUTIVO

É tradicional a lição de que em sede de recurso extraordinário e recurso especial não são devolvidas as questões de fato, limitando-se o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, à revisão da matéria de direito. Em razão dessa limitação no efeito devolutivo do recurso, é pacífico o entendimento de inadmissibilidade do reexame de provas, porque essa atividade geraria uma inevitável revisão da matéria fática[85].

É preciso, entretanto, diferenciar reexame de prova, o que será gerado pela rediscussão da apreciação da prova produzida, e reexame da aplicação de regras de direito probatório, o que se admite partindo-se do pressuposto de tratar-se de matéria de direito. Questões referentes à ilicitude da prova, objeto de convicção, ônus da prova, procedimento probatório, entre outras, poderão ser objeto de recurso especial ou extraordinário, a depender do caso concreto. Nesse caso, não há como negar que, ao menos indiretamente, haverá reexame de fatos, porque a modificação na aplicação de regra de direito probatório poderá ter como consequência uma modificação do elemento fático da decisão recorrida.

> Olívia teve sua pretensão rejeitada em segundo grau por acórdão que julgou apelação com fundamento exclusivo em interceptação telefônica. Inconformada, ingressa com recurso extraordinário com fundamento na negativa de vigência do art. 5º, LVI, da CF, afirmando que a prova utilizada como fundamento de decidir do acórdão é ilícita. O recurso extraordinário de Olívia deve ser provido, de forma que indiretamente a matéria de fato será afetada, porque desse julgamento do recurso os fatos provados pela interceptação telefônica restaram sem prova.

Cumpre ressaltar que, não sendo possível o reexame dos fatos, diferente ocorre quanto à qualificação jurídica dada aos fatos, porquanto essa matéria é de direito, podendo ser analisada em sede de recurso excepcional[86]. Diante de determinados fatos, o acórdão entende que a relação jurídica existente entre as partes é uma doação, sendo certo que em sede de recurso especial poderá o Superior Tribunal de Justiça inverter esse entendimento, passando a entender que desses mesmos fatos na realidade houve uma compra

e venda a prazo, e não uma doação.

Também cabível recurso extraordinário ou especial com fundamento na inadequada aplicação de *conceitos jurídicos indeterminados* e das *cláusulas gerais*, passando a ser possível aos tribunais superiores fixarem em última análise a interpretação concreta permitida ao julgador nessas situações como, por exemplo, o que é *prova escrita* para fins de ação rescisória, o que é *preço vil* na execução, quais são os *móveis*, que guarnecem o imóvel, considerados como bem de família[87].

O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que é possível em sede de *recurso especial* a revisão do valor concedido a título de reparação por danos morais, sempre que o valor fixado na decisão recorrida mostrar-se irrisório ou exorbitante. Ainda que se encontre nos julgados desse tribunal a justificativa de que a revisão do valor nesses casos evita a ocorrência de *enriquecimento sem causa*[88], matéria de direito, parece não restar muita dúvida de que nesses casos será necessário um reexame dos fatos, pois é justamente deles que decorre o valor adequado para a condenação em danos morais. É inclusive curiosa a ementa de um julgado que teve como relator o Ministro Luiz Fux[89], no qual se admite a revisão do valor irrisório ou exorbitante (item 7 da ementa), mas se afirma que "os critérios de aferimento da justa indenização para a fixação do *quantum* indenizatório estão adstritos às instâncias ordinárias, ante a necessária análise do conjunto fático-probatório, atraindo a incidência da Súmula 07/STJ" (item 8 da ementa). Entendo ser o reconhecimento implícito de que em situações excepcionais de valor de condenação de dano moral –

irrisório ou exorbitante – o Superior Tribunal de Justiça faz o reexame dos fatos em sede de recurso especial.

Da mesma forma e com fundamentos equivalentes o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de permitir-se a revisão de valor irrisório ou exorbitante fixado a título de honorários advocatícios[90]. As mesmas considerações feitas à fixação do valor do dano moral se aplicam à fixação do valor dos honorários advocatícios e das astreintes.

Nos termos do art. 1.034, parágrafo único, do Novo CPC, admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.

Ao que parece, transporta-se a regra de extensão do efeito devolutivo da apelação aos recursos excepcionais, permitindo-se aos tribunais superiores conhecer de matéria originária que não tenha sido objeto de apreciação em graus inferiores de jurisdição. O pré-questionamento é mantido para a causa de pedir ou fundamento de defesa que compõe o objeto do recurso, mas, pela profundidade do efeito devolutivo, os tribunais superiores podem conhecer de matérias que não tenham sido pré-questionadas.

Fica, dessa forma, superado o entendimento consagrado na Súmula 528/STF, conforme corretamente indicado no Enunciado 223 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

A profundidade do efeito devolutivo depende de o processo estar maduro para imediato julgamento, porque, sendo necessária a

produção de provas no tocante aos fundamentos e questões ainda não decididas, o efeito não será gerado. Sendo regra geral de recursos, também se aplica aos recursos excepcionais.

77.3.2. EFEITO SUSPENSIVO

Nenhum dos dois recursos ora analisados tem efeito suspensivo, mas é admissível que no caso concreto o recorrente o obtenha, desde que apresente pedido nesse sentido e comprove os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de suportar grave lesão de difícil ou incerta reparação (*efeito suspensivo impróprio*). Ocorre, entretanto, que esses recursos são interpostos perante o órgão prolator da decisão recorrida, tendo num primeiro momento um procedimento perante esse órgão, para somente depois chegar aos tribunais superiores competentes para seu julgamento. Dessa maneira, em caso de urgência, o recorrente deverá requerer a concessão de efeito suspensivo antes de os autos principais chegarem ao tribunal competente para o seu julgamento.

Na vigência do CPC/1973 a forma legal mais tradicional para a obtenção do efeito suspensivo nesse caso era a cautelar inominada com pedido de liminar. Havia, inclusive, entendimento consagrado nos tribunais superiores a respeito da competência para o julgamento dessa cautelar: antes do juízo de admissibilidade a competência era do presidente do tribunal de segundo grau[91]; o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendiam que só passavam a ser competentes após o juízo de admissibilidade positivo feito no segundo grau[92]. O entendimento era aplicado, inclusive, em recursos sobrestados quando instaurada a técnica do julgamento por amostragem dos recursos especiais e

extraordinários repetitivos[93].

Registre-se que ambos os tribunais excepcionavam a regra consagrada nas súmulas indicadas dando-se por competentes para a cautelar inominada para concessão de efeito suspensivo antes mesmo do juízo de admissibilidade do recurso, desde que preenchidos determinados requisitos. No Superior Tribunal de Justiça há decisões que admitiam a competência do tribunal, inclusive de recurso especial ainda não interposto[94] (efeito suspensivo condicionado à interposição do recurso), sempre que[95]:

(a) existisse um claro e iminente prejuízo para a parte,

(b) a decisão impugnada pelo recurso especial fosse evidentemente contrária à jurisprudência do tribunal, e

(c) na hipótese de situações teratológicas.

No Supremo Tribunal Federal admitia-se a competência quando a decisão recorrida contrariasse jurisprudência ou súmula do tribunal, o que demonstrava ser evidente a plausibilidade jurídica do pedido; e houvesse perigo de dano irreparável ou de difícil reparação gerado pela execução imediata do acórdão recorrido[96].

O Novo Código de Processo Civil modifica substancialmente essa realidade. As questões referentes à forma e competência para o pedido de concessão de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário são resolvidas no novo diploma legal pelo art. 1.029, § 5.º, sendo elogiável o afastamento da ação cautelar incidental.

77.4. JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM

77.4.1. CABIMENTO

Em razão da exagerada quantidade de recursos endereçados aos tribunais superiores, entendeu por bem o legislador prever a possibilidade de julgamento por amostragem quando diversos recursos excepcionais versarem sobre a mesma matéria. O julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos vem previsto nos arts. 1.036 a 1.041 do Novo CPC.

Segundo o art. 1.036, *caput*, do Novo CPC, sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários e especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

Como se pode notar da literalidade do dispositivo ora comentado, a técnica de julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos é cogente, de forma que os tribunais são obrigados a aplicar tal técnica de julgamento sempre que houver multiplicidade de recursos com idêntica questão de direito. É nesse sentido que deve ser interpretado o termo “sempre” utilizado pelo legislador para iniciar a previsão legal. O tribunal superior, portanto, só pode deixar de aplicar tal técnica se por decisão fundamentada entender que não há a multiplicidade prevista no artigo legal, ficando, naturalmente, a seu juízo de conveniência a definição do volume de recursos representativos da multiplicidade

exigida pelo dispositivo.

77.4.2. INSTAURAÇÃO

Seguindo regra já existente no CPC/1973, tanto o presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal como qualquer ministro dos tribunais superiores, funcionando como relator, poderá selecionar recursos extraordinários ou especiais para dar início ao julgamento por amostragem dos recursos repetitivos.

Nos termos do § 1.º do art. 1.036 do Novo CPC, o presidente ou vice-presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal selecionará dois ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação (causas pilotos).

Apesar de ser possível a instauração da técnica de julgamentos repetitivos com a seleção de apenas dois recursos paradigmas, a experiência demonstra que a quantidade de recursos selecionados tende a ser maior. Afinal, um número maior de recursos excepcionais permite uma análise mais ampla da matéria jurídica, sendo importante tal amplitude em razão da eficácia *ultra partes* do julgamento dos recursos paradigmas.

Embora não conste expressamente do art. 1.036 do Novo CPC, é possível que, havendo divergência entre o tribunal de segundo grau e o tribunal superior a respeito da extensividade da multiplicidade de recursos extraordinários e especiais repetitivos, o relator desses recursos no tribunal superior entenda que não é

hipótese de aplicação da técnica de julgamento ora analisado, frustrando, dessa forma, a expectativa do segundo grau. Por uma questão de hierarquia é natural que o tribunal superior diga a última palavra a respeito do tema, sendo impensável que esteja obrigado a adotar uma técnica de julgamento se entender pelo seu não cabimento.

Essa realidade pode ser confirmada pelo § 1º do art. 1.037 do Novo CPC que expressamente prevê a possibilidade de o relator não proceder à afetação após receber os recursos selecionados pelo presidente ou pelo vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal. Nesse caso, o relator comunicará o tribunal de segundo grau para que seja revogada a decisão de suspensão dos processos em trâmite perante os órgãos jurisdicionais sujeitos ao tribunal de segundo grau.

Entendendo não ser cabível o julgamento dos recursos excepcionais pela técnica de julgamento ora analisado, caberá ao relator, por decisão monocrática, afastar sua aplicação. Dessa decisão caberá recurso de agravo interno, nos termos do art. 1.021 do Novo CPC. Nesse caso, mesmo que os recursos venham a ser julgados isoladamente, sem a adoção da técnica de julgamento ora estudada, a competência continua a ser do mesmo órgão jurisdicional, em razão do previsto no art. 930, parágrafo único, do Novo CPC (prevenção recursal).

Há total autonomia entre os tribunais de segundo grau e tribunais superiores na seleção dos recursos extraordinários e especiais selecionados como paradigmas na técnica de julgamento ora analisada. Nos termos do § 4º do art. 1.036 do Novo CPC, a

escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia[97].

A previsão é importante porque os tribunais superiores têm uma dimensão nacional que falta aos tribunais de segundo grau. Significa dizer que a multiplicidade pode não existir em tais tribunais, mas exclusivamente nos tribunais superiores, que recebem recursos extraordinários e especiais de todos os tribunais de segundo grau do país.

Como o tribunal superior não pode depender da iniciativa dos tribunais superiores de justiça e dos tribunais regionais federais, o § 5º do art. 1.036 do Novo CPC prevê que mesmo que não haja iniciativa desses tribunais no sentido de instaurar a técnica de julgamento dos recursos excepcionais repetitivos, o relator no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal poderá selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito com eficácia *ultra partes*.

Independentemente do tribunal em que se faça a seleção dos recursos representativos da controvérsia (recursos paradigmas), essa seleção deve recair sobre recursos extraordinários ou especiais admissíveis e que tenham a maior abrangência possível a respeito da questão a ser decidida (art. 1.036, § 6º, do Novo CPC). Ainda que não esteja previsto expressamente no dispositivo legal, além da maior abrangência possível, também é interessante que as peças

processuais dos processos selecionados sejam de qualidade, o que obviamente qualifica a discussão jurídica sobre a matéria[98].

A exigência de seleção de recursos admissíveis é bastante coerente, não tendo qualquer sentido lógico ou jurídico o tribunal superior se valer de recurso inadmissível para aplicar a técnica de julgamento ora analisada. Mas essa previsão legal, absolutamente lógica, compreensível e positiva, levanta duas questões interessantes quando a seleção dos recursos paradigmas ocorrer no segundo grau de jurisdição.

Primeiro, afasta-se a regra de que o tribunal de segundo grau não tem mais competência para o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários e dos recursos especiais. Afinal, se a seleção dos recursos paradigmas pode ser feita pelo presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça e de tribunal regional federal (art. 1.036, § 1º, do Novo CPC) e essa seleção deve recair sobre recursos admissíveis (art. 1.036, § 6º, do Novo CPC), será inevitável o recebimento (juízo de admissibilidade) dos recursos paradigmas pelo tribunal de segundo grau.

Segundo, mesmo tendo sido os recursos paradigmas recebidos pelo tribunal de segundo grau, passarão por um novo juízo de admissibilidade no tribunal superior, de forma que a inadmissão de tais recursos pode ser causa para o afastamento da técnica de julgamento ora analisada. É claro que tal afastamento, por esse motivo, só se justifica se todos os recursos selecionados no segundo grau forem inadmissíveis, o que tende a não se verificar na prática. Sendo alguns recursos entendidos pelo tribunal superior como

inadmissíveis, poderá o tribunal superior selecionar outros recursos que já estejam no tribunal e versem sobre a mesma controvérsia jurídica para ampliar com o objetivo de aumentar o número de recursos paradigmas.

Uma vez instaurada a técnica de julgamento dos recursos excepcionais no tribunal de segundo grau de jurisdição, o presidente ou vice-presidente determinará a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado, na hipótese da instauração acontecer em tribunal de justiça, ou na Região, caso a instauração ocorra em tribunal regional federal.

77.4.3. SUSPENSÃO DOS PROCESSOS QUE VERSEM SOBRE A MESMA CONTROVÉRSIA JURÍDICA

Nos termos do art. 1.036, § 1.º, do Novo CPC, o presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau, ao selecionar os recursos representativos da controvérsia que serão encaminhados aos tribunais superiores, determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

A suspensão é obrigatória[99], de forma que a decisão unipessoal do relator é, excepcionalmente, irrecorrível, já que não teria sentido se permitir o agravo interno contra uma decisão cujo teor é vinculante pela lei.

A suspensão dos processos independe de sua fase procedimental, atingindo processos em primeiro grau, em grau de apelação e com recurso especial ou extraordinário já interpostos.

Registre-se que na vigência do CPC/1973, os arts. 543-B, § 1º, e 543-C, § 1º, previam que diante da instauração da técnica de julgamento dos recursos excepcionais repetitivos os demais recursos que versassem sobre a mesma matéria jurídica ficariam sobrestados em segundo grau, dando a entender que processos em estágios procedimentais anteriores ao da pendência de recurso extraordinário e especial continuariam a tramitar normalmente. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, entendeu que numa interpretação literal ou mesmo teleológico-sistêmica de referidas normas, bem como na ponderação dos interesses em jogo, cabia a suspensão inclusive de apelações pendentes de julgamento nos tribunais de segundo grau de jurisdição[100].

É importante observar que a suspensão determinada pelo tribunal de segundo grau é provisória, porque dependerá de sua confirmação – e eventual ampliação – ou revogação pelo relator no tribunal superior. Nesse sentido, o art. 1.037, II, do Novo CPC, ao dispor que, sendo proferida decisão de afetação pelo relator do tribunal superior, será definida a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. Já o art. 1.037, § 1.º, Novo CPC prevê que, se, após receber os recursos selecionados pelo presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, não se proceder à afetação, o relator, no tribunal superior, comunicará o fato ao presidente ou ao vice-presidente que os houver enviado, para que seja revogada a decisão de suspensão.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu possível, ainda que

indesejável, que a suspensão determinada pelo tribunal de segundo grau não seja estendida a todo território nacional, de forma que em outros tribunais de justiça e tribunais regionais superiores os processos, ainda que versando sobre a mesma controvérsia jurídica, poderiam manter seu regular andamento[101]. O próprio julgado reconhece a estranheza da solução, a tratar de forma díspare os jurisdicionados, mas insiste em sua legalidade.

É interessante a expressa menção de que a suspensão atinge tanto os processos individuais como coletivos que versem sobre a mesma controvérsia jurídica. Afinal, a eficácia *ultra partes* do julgamento de recursos extraordinários e de recursos especiais repetitivos independe de o processo ser individual ou coletivo. Assim, mesmo sendo os recursos paradigmas interpostos em processos individuais, os processos coletivos que versem sobre a mesma matéria jurídica também serão atingidos, sendo lógico, portanto, sua suspensão.

Essa suspensão tinha um prazo máximo, considerando que o § 5º do art. 1.037, do Novo CPC, previa que, não ocorrendo o julgamento no prazo de um ano a contar da decisão do relator de afetação dos recursos excepcionais com a identificação com precisão da questão a ser submetida a julgamento, cessaria, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomariam seu curso normal. Essa regra foi revogada pela Lei 13.256, de 04.02.2016, responsável pela alteração do Novo Código de Processo Civil durante sua vacância, de forma que a suspensão durará até o julgamento dos recursos repetitivos, ainda que isso leve anos para ocorrer. É sempre preocupante que uma lei nitidamente

voltada aos interesses da Magistratura em geral, e dos tribunais superiores em específico, afaste consequências para o não cumprimento de prazo para julgamento.

O prazo de um ano para o julgamento de recurso afetado (paradigma) é previsto pelo art. 1.037, § 4º, do Novo CPC, que também estabelece a preferência sobre os demais feitos (recursos e ações de competência originária), salvo aqueles que envolvam réu preso e *o habeas corpus*.

Na vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que a decisão que determinava o sobrestamento dos recursos extraordinários e recursos especiais repetitivos não selecionados como paradigmas era irrecorrível[102], também não admitindo contra ela o ingresso de sucedâneos recursais[103]. Essa realidade é substancialmente modificada pelo Novo Código de Processo Civil.

Nos termos do § 8.º do art. 1.037 do Novo CPC, as partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator, quando informado da decisão proferida pelo relator dos recursos representativos da controvérsia. A suspensão não depende da vontade das partes, sendo-lhes impositiva, mas é possível a qualquer delas requerer o prosseguimento do processo desde que demonstre distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado (art. 1.037, § 9.º, do Novo CPC).

Tal requerimento, nos termos do § 10 do art. 1.037, do Novo CPC, deve ser dirigido ao juiz, se o processo sobrestado estiver em

primeiro grau (I); ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem (II); ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado, recurso especial ou recurso extraordinário, no tribunal de origem (III); e ao relator, no tribunal superior, do recurso especial ou extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado (IV).

Em respeito ao princípio do contraditório, o § 11 do art. 1.037 do Novo CPC prevê que, sendo feito o requerimento de prosseguimento do processo com fundamento na distinção de questões, a outra parte será intimada para se manifestar no prazo de cinco dias. Sendo indeferida a postulação, o processo continuará suspenso, e sendo reconhecida a distinção e acolhido o requerimento, o juiz ou relator dará prosseguimento ao feito (art. 1.037, § 12, I, do Novo CPC).

No caso de recurso sobrestado, o órgão jurisdicional comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário sejam encaminhados ao respectivo tribunal superior. Nos termos do § 13 do art. 1.037, do Novo CPC, da decisão que resolver o requerimento (positiva ou negativamente) caberá agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau (I), ou agravo interno, se a decisão for de relator (II).

Sendo suspenso o processo em primeiro grau e sobrevindo durante o prazo de suspensão a decisão do tribunal superior sobre os recursos representativos da controvérsia, o art. 1.040, III, do Novo CPC prevê que o juiz proferirá sentença e aplicará a tese firmada, dando claramente a entender que a eficácia do julgamento

é vinculante, estando o juiz de primeiro grau obrigado a aplicar a tese firmada pelo tribunal superior em sua sentença.

Segundo o § 1.º do art. 1.040 do Novo CPC, a parte (imagino que seja o autor) poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. O momento da desistência é relevante para fins de condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais, considerando que, se ocorrer antes de oferecida a contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência (art. 1.040, § 2.º, do Novo CPC). Ainda que o autor que desista depois de apresentada a contestação seja condenado ao pagamento das verbas sucumbenciais, seu pedido de desistência excepcionalmente não dependerá do consentimento do réu para ser homologado (art. 1.040, § 3.º, do Novo CPC).

Na hipótese específica de a suspensão atingir recursos excepcionais já interpostos perante o tribunal de segundo grau, o § 2.º do art. 1.036 do Novo CPC prevê que o interessado poderá requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, a exclusão da decisão de sobrestamento e a inadmissão do recurso especial ou do recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente. A regra tem como fundamento a incapacidade de o julgamento dos recursos paradigmas afetar um recurso sobrestado intempestivo, sendo assim injustificáveis o sobrestamento e o consequente impedimento ao trânsito em julgado da decisão recorrida.

Na redação originária do art. 1.036, § 3º do Novo CPC, a

decisão que indeferisse o requerimento previsto no parágrafo antecedente era recorrível por agravo para os tribunais superiores. Dentro do espírito de diminuir o trabalho dos tribunais superiores que foi o norte da Lei 13.256, de 04.02.2016, responsável por alterar o Novo Código de Processo Civil em sua vacância, a redação do dispositivo foi alterada, passando a ser cabível contra tal decisão o agravo interno para o próprio tribunal de segundo grau.

77.4.4. PROCEDIMENTO

Segundo o art. 1.037, *caput*, do Novo CPC, ao constatar a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o relator proferirá decisão de afetação.

Havendo mais de uma afetação o § 3º do art. 1.037 do Novo CPC prevê que será prevento o relator que primeiro tiver proferido a decisão de afetação, se prestando tal fenômeno processual a hipóteses de diversos recursos repetitivos serem encaminhados para o tribunal superior por diferentes tribunais de segundo grau.

Dessa decisão de afetação proferida pelo relator será identificada, com precisão, a questão a ser submetida a julgamento. A definição da questão repetitiva é de suma importância em razão do efeito suspensivo a processos com a mesma matéria jurídica e da eficácia vinculante do precedente que será criado, e ainda mais relevante quando se lembra que os recursos paradigmas podem ter outras matérias, não repetitivas, mas que terão de ser decididas da mesma forma, só não gerando a eficácia vinculante[104].

Constará ainda da decisão de afetação a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, tendo sido esse tema já devidamente analisado.

Por fim, é possível que conste de tal decisão a requisição (se trata de mera faculdade) dirigida aos presidentes ou vice-presidentes de todos os Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais de remessa de um recurso representativo da controvérsia,

sendo possível que nesse recurso haja questões além daquela que é objeto da afetação, cabendo, nesse caso, ser esta decidida em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo (art. 1.037, § 7.º, do Novo CPC).

Nos termos do art. 1.038, I, do Novo CPC, o relator, após ter proferido a decisão de afetação, poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno. Para que a decisão esteja o mais próximo possível da correção, a lei corretamente permite a intervenção no processo do *amicus curiae*, como forma de levar aos julgadores todos os conhecimentos técnico-jurídicos necessários para a prolação de uma decisão de qualidade, o que só será admitido até a data da remessa dos autos à mesa para julgamento[105].

Conforme já teve oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça, o terceiro que é parte em recurso sobrestado em razão da adoção da técnica de julgamento ora analisada não deve ser admitido como assistente simples nos recursos escolhidos como paradigmas. Afirmou-se que o terceiro teria um interesse, quando muito, reflexo e de natureza meramente econômica, com o que não se pode concordar em razão do inegável interesse jurídico desse terceiro, que poderá ter recurso do qual faz parte afetado pelo julgamento por amostragem. Ao menos o julgamento é sincero ao reconhecer que a inadmissão nesse caso se justifica porque entendimento em sentido contrário abriria a oportunidade de todos os recorrentes e recorridos dos recursos sobrestados ingressarem

como assistentes nos recursos paradigmas, o que resultaria na inviabilização prática do julgamento dos recursos repetitivos[106].

O relator poderá ainda, dentro do mesmo espírito que admite a intervenção do *amicus curiae*, fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento (art. 1.038, II, do Novo CPC).

Também poderá ser determinado pelo relator, nos termos do inciso III do art. 1.038 do Novo CPC, a requisição de informações dos tribunais de segundo grau a respeito da controvérsia, que terão prazo de 15 dias para prestá-las e deverão fazê-lo, sempre que possível, por meio eletrônico. Apesar de se tratar de uma mera faculdade do relator[107], é interessante ouvir os tribunais de segundo grau para aumentar os elementos de convencimento para a fixação do posicionamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público tem intervenção obrigatória no julgamento dos recursos extraordinários e recursos especiais repetitivos, sendo sua intimação para manifestação em 15 dias a última providência a ser adotada pelo relator antes do julgamento. Sempre que possível, a manifestação será feita por meio eletrônico, e mesmo que não haja tal manifestação no prazo legal o procedimento deve seguir. Afinal, o § 2º do art. 1.038 do Novo CPC prevê que transcorrido o prazo o procedimento seguirá, sendo interpretação segura a de que tal seguimento depende da intimação e abertura de prazo ao Ministério Público, mas não de sua efetiva manifestação.

Realizadas as providências previstas pelos incisos do art. 1.038 do Novo CPC, ao relator cabe remeter cópia do relatório aos demais ministros, sendo incluído o julgamento em pauta.

O § 3º do art. 1.038 do Novo CPC foi mais um dispositivo alterado pela Lei 13.256, de 04.02.2016, que modificou o Novo Código de Processo durante sua vacância. Na redação originária, estava previsto que o conteúdo do acórdão abrangeria a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários. Essa amplitude legitimava o julgamento e tentava fazer com que todos os argumentos possíveis referentes à tese jurídica fossem devidamente enfrentados. Preocupação mais do que legítima diante da eficácia *ultra partes* de referido julgamento.

A exigência, entretanto, não poderia exigir do tribunal a inserção de soluções episódicas ou exceções que porventura pudessem surgir em outros indetermináveis casos, sob pena de se ter que redigir verdadeiros tratados sobre todos os temas conexos ao objeto do recurso[108], bem como o enfrentamento de fundamentos irrelevantes ou impertinentes.

Deve ser nesse sentido compreendida a nova redação do dispositivo legal, que passou a prever que o conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.

77.4.5. EFICÁCIA ULTRA PARTES E VINCULANTE DO JULGAMENTO

Os arts. 1.039 a 1.041 do Novo CPC tratam da eficácia *ultra partes* do julgamento dos recursos representativos da controvérsia,

sendo o primeiro dirigido aos tribunais superiores e o segundo, aos tribunais de segundo grau e ao primeiro grau de jurisdição. Registre-se que, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na vigência do CPC/1973, a geração de efeitos do julgamento paradigma sobre os recursos sobrestados não dependia do trânsito em julgado da decisão que fixava a tese no tribunal superior[109]. Não há porque acreditar em mudança de posicionamento na vigência do Novo Código de Processo Civil.

Nos termos do art. 1.039, *caput*, do Novo CPC, decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados do próprio tribunal superior declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada. É importante registrar que o dispositivo apenas indicou a competência do órgão colegiado para tal julgamento, não exigindo, entretanto, uma decisão colegiada. A hipótese é claramente de decisão monocrática do relator, recorrível por agravo interno, nos termos do art. 1.021, *caput*, do Novo CPC. Não concordo, portanto, com a teoria doutrinária de que o julgamento colegiado é exigido para os recursos suspensos e a decisão monocrática admitida para os recursos que cheguem ao tribunal após o julgamento repetitivo[110].

Os efeitos vinculantes e *ultra partes* do julgamento dos recursos extraordinários ou especiais paradigmas dependerá da fase procedimental dos processos individuais e coletivos suspensos.

Independentemente do resultado do julgamento de mérito dos recursos paradigmas, caso o processo tenha sido suspenso antes da interposição de recurso extraordinário e/ou de recurso especial, o

art. 1.040, III, do Novo CPC prevê a retomada do curso procedimental com a aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, em mais uma previsão que deixa indubitável a eficácia vinculante do julgamento dos recursos paradigmas.

Acredito arriscada a adoção do entendimento da técnica decisória da *ressalva do entendimento*, por meio da qual o juízo inferior pode se afastar da eficácia vinculante se perceber que o tribunal deixou de levar em consideração fundamento relevante[111]. O sistema criado pela técnica de julgamento ora analisado depende da confiança – quem sabe ingênua – nos tribunais superiores, sendo justamente essa a premissa da eficácia vinculante consagrada no Novo Código de Processo Civil.

É natural que essa eficácia vinculante e *ultra partes* pode ser afastada no caso concreto se o órgão jurisdicional fizer a devida distinção entre o processo e os recursos paradigmas, justificando que no processo existem particularidades não enfrentadas pelo tribunal superior no julgamento dos recursos paradigmas.

Pode-se objetar a tal consideração afirmando-se que essa distinção deveria ter sido feita no momento de suspensão do processo, mas tal objeção deve ser afastada por duas razões. Primeiro, porque não existe preclusão temporal para a análise da distinção, sendo que, ainda que preferível que a análise seja feita no momento da suspensão nada impede que seja realizada no momento do julgamento do processo. É inadmissível vincular o juízo originário à tese jurídica que não se aplica de forma perfeita ao caso *sub judice*, não se podendo falar nesse caso de preclusão temporal

ou consumativa. Segundo, porque a particularidade pode surgir justamente diante do julgamento dos recursos paradigmas, que podem não enfrentar a peculiaridade presente no processo suspenso, ainda que tal enfrentamento fosse, ao menos abstratamente, possível.

Importante lembrar que se o julgamento repetitivo não for observado pelo juízo inferior no momento de julgamento do processo ou recurso de apelação, será cabível contra tal decisão reclamação constitucional, nos termos do art. 988, IV, do Novo CPC. Mesmo que o juízo fundamente sua decisão na distinção do caso julgado com o julgamento repetitivo, única hipótese legal de afastamento de sua eficácia vinculante, a parte sucumbente poderá impugnar a decisão por reclamação constitucional, quando poderá discutir o acerto da distinção.

Quando a suspensão atingir processos em que já tenha sido interposto o recurso extraordinário e/ou o recurso especial, tendo permanecido tais recursos sobrestados no tribunal de segundo grau à espera do julgamento dos recursos paradigmas pelo tribunal superior, a eficácia vinculante se opera de diferentes formas a depender do resultado de tal julgamento.

Nos termos do art. 1.040, I, do Novo CPC, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior. Conforme apontado pela melhor doutrina, trata-se de verdadeira delegação de competência dos tribunais superiores para os tribunais de segundo grau, porque apesar do dispositivo prever a negativa de

seguimento trata-se na verdade de julgamento do mérito recursal[112]. Apesar de compreensível à luz do sistema de julgamento repetitivo dos recursos excepcionais, tal delegação é flagrantemente inconstitucional.

Nesse caso o art. 1.030, § 2º do Novo CPC prevê o cabimento do recurso de agravo interno para o próprio tribunal de segundo grau. A norma, derivada da Lei 13.256, de 04.02.2016, que alterou o Novo Código de Processo Civil durante sua vacância, consagra entendimento que já vinha sendo adotado na vigência do CPC/1973. Ainda que no diploma legal revogado existisse previsão expressa de cabimento de agravo para o tribunal superior em qualquer hipótese de inadmissão de recurso especial ou extraordinário, os tribunais superiores pacificaram o entendimento de que na hipótese específica de inadmissão em razão do julgamento de recursos repetitivos não seria cabível tal recurso, mas sim agravo regimental para órgão colegiado do próprio tribunal de segundo grau[113].

O art. 1.040, II, do Novo CPC prevê que o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, na hipótese de o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior, sendo importante notar que o dispositivo ora comentado se limita a prever um reexame pelo tribunal de segundo grau, não o obrigando, de forma expressa, a adotar a tese firmada pelos tribunais superiores, com a consequente retratação do acórdão.

Na vigência do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça entendia que nesse caso não havia eficácia vinculante, podendo ser mantido o acórdão recorrido pelo recurso especial sobrestado pela simples discordância do órgão julgador de tal recurso com o resultado do julgamento dos recursos paradigmas. Nesse caso, exigia do tribunal de segundo grau, por meio do órgão competente, um novo acórdão fundamentado, rechaçando todos os fundamentos utilizados pelo tribunal superior no julgamento dos recursos por amostragem, sob pena de violação ao princípio da fundamentação[114].

Apesar de aparentemente não existir no Novo Código de Processo o efeito vinculante na situação analisada, em razão da omissão do art. 1.040, II, do Novo CPC, nesse sentido[115], é preciso lembrar que, com a consagração do respeito aos precedentes, o órgão colegiado do tribunal de segundo grau não poderá manter seu acórdão simplesmente por não concordar com os fundamentos utilizados pelo tribunal superior para fixar a tese jurídica no julgamento dos recursos representativos da controvérsia.

Dessa forma, deve-se entender pela eficácia vinculante do julgamento de provimento dos recursos paradigmas no julgamento de recursos extraordinários e recursos especiais repetitivos sobrestados, admitindo-se a manutenção da decisão recorrida com o fundamento da distinção entre o recurso sobrestado e os recursos paradigmas julgados por amostragem.

Como o tribunal de segundo grau, ao menos em regra, não tem mais competência para o juízo de admissibilidade do recurso

extraordinário e especial, a retratação do órgão fracionário responsável pela prolação do acórdão impugnado pelo recurso sobrestado poderá manter seu acórdão, desde que devidamente fundamentado na distinção, independentemente da admissão do recurso sobrestado.

Sendo mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, com fundamento na distinção ou na superação, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal (art. 1.041, *caput*, do Novo CPC). Sendo realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não estabelecidas, cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração (art. 1.041, § 1.º, do Novo CPC), e, versando o recurso sobre outras questões, caberá ao presidente do tribunal local, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso, sendo positivo o juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões (art. 1.041, § 2º, do Novo CPC).

Em clara demonstração que a eficácia vinculante *ultra partes* do julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos não se limita a processos judiciais que versem sobre a mesma matéria jurídica, o art. 1.040, IV, do Novo CPC prevê que se os recursos versarem sobre questão relativa à prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

78. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Sumário: 78.1. Introdução – 78.2. Cabimento: 78.2.1. Acórdão embargado; 78.2.2. Acórdão paradigma – 78.3. Procedimento.

78.1. INTRODUÇÃO

Os embargos de divergência estão previstos no art. 994, IX, do Novo CPC, havendo dois dispositivos no diploma processual a tratar desse recurso.

O art. 1.043 do Novo CPC prevê em seus incisos as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, enquanto no art. 1.044, *caput*, do Novo CPC encontra-se a previsão de que o seu procedimento será regulado por normas do regimento interno do tribunal competente para julgá-lo. Não resta dúvida de que o objetivo desse recurso é a uniformização da jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Registre-se a necessidade de comprovação imediata do recolhimento do preparo para a admissibilidade dos embargos de divergência, nos termos do art. 1.007, *caput*, do Novo CPC[116].

78.2. CABIMENTO

Tratando-se de recurso voltado à uniformização da jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, é indispensável que exista nos embargos de

divergência uma comparação entre o *acórdão recorrido* e o *acórdão paradigma*, considerando-se que dessa análise comparativa será verificada a efetiva existência da divergência a permitir o cabimento do recurso ora analisado[117]. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que não se admite embargos de divergência na ausência de similitude fática entre os arestos paradigma e embargado[118]. Nesse sentido, o art. 1.043, § 4º, do Novo CPC, exige do recorrente a menção em seu recurso das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

Como o objetivo é a uniformização jurisprudencial, é natural que se exija entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma uma similitude fática, porque, sem o preenchimento desse requisito, se buscará a uniformização de situações fático-jurídicas distintas[119]. Em outra forma procedimental, pela qual se busca a uniformização jurisprudencial, o recurso especial fundado no art. 105, III, "c", da CF, essa mesma realidade se repete, sendo exigida a similitude fática entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma[120].

Nesse sentido, julgamento do Superior Tribunal de Justiça que entendeu pelo não cabimento de embargos de divergência, porque, apesar de ambos os acórdãos – recorrido e paradigma – tratarem de dano moral, em um deles o dano foi gerado por acidente do trabalho e no outro por exoneração de servidor público[121]. O mesmo Tribunal sumulou o entendimento de que não cabe o recurso ora analisado para discutir valor de indenização por danos morais, justamente em razão das diferenças entre as situações fáticas[122].

Nos termos do art. 1.043, § 2º, do Novo CPC, a divergência

que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual. Conforme já corretamente decidido pelo Superior Tribunal de Justiça[123], que deve ser conhecido o recurso quando a divergência recair sobre questão de direito processual civil, mesmo que não haja similitude fática entre os pressupostos de fato do processo. A decisão, na realidade, não afasta o entendimento consagrado pela exigência da similitude fática nos embargos de divergência, mas lembra com propriedade que, nas questões processuais, essa similitude é dispensável. Naturalmente, deve-se tratar da mesma questão processual, que deverá ser aplicada de forma distinta, independentemente de diferenças fáticas existentes entre as demandas decididas pelo acórdão recorrido e o paradigma. Por exemplo, se numa hipótese é admitida uma complementação de preparo em apelação e noutra não, é irrelevante que o primeiro processo tenha como objeto uma rescisão contratual e o segundo, um divórcio.

Ainda com relação a indispensável confrontação entre o acordão embargado e o acórdão paradigma, salutar a previsão do art. 1.043, § 1º, do Novo CPC, no sentido de ser possível a confrontação de teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações – faltou na revisão modificar o termo para *processos* – de competência originária.

Sendo condição indispensável à admissibilidade do recurso a similitude fática, o art. 1.043, § 5.º, do Novo CPC vedava ao órgão jurisdicional a inadmissão do recurso com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem

demonstrar a existência da distinção. A exigência, portanto, era dupla: cabe ao recorrente demonstrar a similitude fática e ao órgão julgador a distinção dos acórdãos comparados pelo recorrente.

Essa isonomia, entretanto, foi quebrada pela Lei 13.256, de 04.02.2016, que alterou o Novo Código de Processo Civil durante sua vacância, que ao revogar o § 5º do art. 1.043 do Novo CPC retirou o dever judicial de devidamente fundamentar a inadmissão do recurso por ausência de similitude fática entre o julgamento recorrido e o paradigma. É natural que qualquer pessoa de bom senso possa concluir que o dispositivo era desnecessário, porque obviamente tal forma de fundamentar a decisão já está consagrada no art. 489, § 1º do Novo CPC. Mas a verdade é que a revogação é preocupante, porque sinaliza que a fundamentação poderia ser baseada em fundamento genérico, o que, obviamente, não atende às exigências mínimas de verdadeira fundamentação.

No mérito, caberá ao tribunal determinar qual o melhor entendimento. Tomando-se por base a análise do julgamento embargado e do julgamento paradigma, enfrentar-se-ão as hipóteses de cabimento previstas pelos incisos do art. 1.043 do Novo CPC.

Diz o art. 1.043, I, do Novo CPC que é embargável o acórdão de órgão fracionário que em julgamento de recurso extraordinário ou em recurso especial divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal (outra turma, seção ou órgão especial), sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito.

Já o inciso II do mesmo dispositivo tinha o mesmo regramento, apenas substituindo a decisão de mérito dos acórdãos

comparados para uma decisão sobre a admissibilidade recursal. O dispositivo foi revogado pela Lei 13.256, de 04.02.2016 que alterou o Novo Código de Processo Civil em sua vacância.

Já considerando a indevida confusão entre juízo de admissibilidade e de mérito nos recursos excepcionais, devidamente analisada no Capítulo 77, item 77.2., o inciso III do art. 1.043 do Novo CPC prevê a possibilidade de comparação entre acordão que julga o mérito e acórdão de não admissão mas no qual tenha sido apreciada a controvérsia.

Os incisos I e III do art. 1.043 do Novo CPC seguem a tradição do CPC/1973 ao preverem como embargáveis os acórdãos de recurso especial e de recurso extraordinário. Fugindo dessa tradição, o inciso IV do dispositivo ora comentado consagrava o cabimento de embargos de divergência de acórdão proferido em processo de competência originária do tribunal, que pudesse ser comparado com o julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, tendo sido tal dispositivo revogado pela Lei 13.256, de 04.02.2016.

Registre-se que, além dos requisitos exigidos por lei quanto ao acórdão recorrido e ao acórdão paradigma, a divergência, que será objeto do recurso de embargos de divergência, deve necessariamente ser atual[124]. Havendo acórdão com entendimento que já foi superado pela jurisprudência do tribunal, não é cabível o recurso de embargos de divergência. Além de a divergência ser atual, deverá ser demonstrada de forma analítica pelo recorrente, exigindo-se no recurso a comparação pontual entre os trechos do

acórdão recorrido e do acórdão paradigma[125], admitindo-se a dispensa da comparação diante de dissídio notório[126].

Por fim, cumpre ressaltar a inviabilidade da aplicação do art. 493 do Novo CPC ao recurso de embargos de divergência, não se admitindo, portanto, a alegação de fatos novos nesse recurso[127].

78.2.1. ACÓRDÃO EMBARGADO

Sob o ângulo do julgamento recorrido, exige-se um acórdão proferido pela turma no julgamento de recurso especial ou extraordinário, não sendo correta a criação de limitações que a própria lei não menciona. Dessa forma, o acórdão pode ter sido proferido por unanimidade ou por maioria de votos, ter como objeto questões preliminares ou relativas ao mérito, bem como pode tratar de matéria de direito processual ou material. Também pouco importa o acórdão recorrido ter como objeto o não conhecimento ou o julgamento do mérito do recurso extraordinário ou especial[128]. Quando o recurso especial ou extraordinário for julgado em decorrência do agravo do art. 1.042 do Novo CPC, é cabível embargos de divergência, mas desde que o mérito desses recursos não tenha sido enfrentado[129].

A expressa previsão legal de que o acórdão recorrido tenha sido proferido em recurso especial, recurso extraordinário ou em processo de competência originária impede a propositura dos embargos de divergência contra acórdão proferido em grau de recurso ordinário e acórdão de agravo do art. 1.042 do Novo CPC em que não se julga o mérito do recurso especial ou extraordinário. A expressa previsão de que somente o acórdão de órgão fracionário

é embargável (art. 1.043, *caput*, do Novo CPC), permite o ingresso do recurso contra acórdão proferido pela Turma e pela Seção, mas afasta seu cabimento de acórdão proferido pela Corte Especial, no Superior Tribunal de Justiça, e pelo Tribunal Pleno, no Supremo Tribunal Federal.

Ocorre, entretanto, que em algumas situações excepcionais deve ser admitido o recurso de embargos de divergência contra acórdão que não julgará propriamente um recurso especial, um recurso extraordinário ou um processo de competência originária, mas outro recurso interposto contra a decisão que julgou tais recursos e processos. É o caso dos embargos de declaração, que poderão ser interpostos contra o acórdão do recurso especial, do recurso extraordinário e do processo de competência originária do tribunal e, uma vez decididos, serão gerados novos acórdãos, passíveis de serem recorridos por embargos de divergência[130]. O mesmo se verifica com o julgamento monocrático do relator (art. 932, III, IV e V, do Novo CPC), sendo cabível contra essa decisão monocrática o recurso de agravo interno[131]. O acórdão que decide esse agravo interno é recorrível por embargos de divergência, conforme o enunciado da Súmula 316 do Superior Tribunal de Justiça.

78.2.2. ACÓRDÃO PARADIGMA

Diferente da exigência quanto ao acórdão recorrido, com as exceções já analisadas dos embargos de declaração e agravo interno, qualquer julgamento de outro órgão do mesmo tribunal pode ser o *julgamento paradigma*, bastando que tenha sido uma decisão colegiada[132]. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, na

vigência do CPC/1973, vinha entendendo que o acórdão paradigma não poderia ser de recurso ordinário constitucional em mandado de segurança em razão da limitação do âmbito de cognição dessa ação em razão de sua natureza de procedimento documental[133].

Como os embargos de divergência têm como escopo a uniformização da jurisprudência interna, não se pode admitir que o acórdão paradigma seja proveniente de tribunal diferente daquele que proferiu o acórdão embargado, não se admitindo nem mesmo acórdãos proferidos pelo extinto Tribunal Federal de Recursos[134]. Também não é cabível o recurso de embargos de divergência com fundamento em acórdão paradigma proferido por outro tribunal que tinha no passado competência para a matéria atualmente analisada pelo tribunal competente para o julgamento do recurso, como ocorreu com a Emenda Constitucional 45/2004 no tocante aos arts. 102, III, *d*, e 105, III, *c*, ambos da CF.

Resolvendo antiga e ainda atual divergência jurisprudencial, ao menos no Superior Tribunal de Justiça, o art. 1.043, § 3.º, do Novo CPC admite o cabimento dos embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros. A previsão contraria o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal[135].

78.3. PROCEDIMENTO

Ainda que o art. 1.044, *caput*, do Novo CPC preveja que o procedimento do recurso seguirá o disposto no regimento interno do

tribunal, há previsão de pontuais regras procedimentais no § 4.º do art. 1.043 e nos §§ 1.º e 2.º do próprio art. 1.044, todos do Novo CPC.

O § 4.º do art. 1.043 do Novo CPC tem duas funções. Primeiro, regulamenta o modo de provar a existência do acórdão paradigma, valendo-se das mesmas formas de provar o recurso especial paradigma quando há divergência de interpretação de lei federal em diferentes tribunais. Segundo, consagra a necessidade de comparação analítica entre os dois acórdãos ao exigir do recorrente que mencione as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

Nos termos do art. 1.044, § 1.º, do Novo CPC, a interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes. Diante de tal regra, o prazo para interposição do recurso extraordinário só começará a ser contado da intimação do resultado dos embargos de divergência. Naturalmente, a parte que embargou não interporá o recurso extraordinário, e, mesmo a parte contrária, se tiver ciência da interposição, também tende a aguardar o julgamento. De qualquer forma, e sendo possível que uma das partes ingresse com recurso extraordinário mesmo tendo sido interpostos pela outra parte os embargos de divergência, o § 2.º do dispositivo afasta expressamente a intempestividade *ante tempus* (recurso prematuro) ao prever que, se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será

processado e julgado independentemente de ratificação.

79. LIVRO COMPLEMENTAR DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Sumário: 79.1. *Vacatio legis* – 79.2. Aplicação imediata – 79.3. Procedimento sumário e procedimentos especiais – 79.4. Direito probatório – 79.5. Direito de preferência – 79.6. Procedimento comum – 79.7. Cadastro das pessoas jurídicas de direito público para receberem comunicações por meio eletrônico – 79.8. Insolvência civil – 79.9. Atos processuais eletrônicos – 79.10. Depósitos em dinheiro – 79.11. Tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública – 79.12. Preparo recursal na Justiça Federal – 79.13. Nulidade da sentença arbitral como matéria de impugnação ao cumprimento de sentença – 79.14. Juizados especiais – 79.15. Embargos de declaração no processo em trâmite na justiça eleitoral – 79.16. Pesquisas estatísticas periódicas pelo Conselho Nacional de Justiça – 79.17. Usucapião extrajudicial.

79.1. VACATIO LEGIS

Seguindo a tradição de outros Códigos (o próprio CPC/1973 é um bom exemplo, além do Código Civil atual e anterior), o Novo Código de Processo Civil teve um prazo de vacância de 1 ano, o que significa que, após sua aprovação, o CPC/1973 continuou a ser o diploma legal a disciplinar o processo civil.

O prazo de *vacatio legis* é comumente lembrado como o tempo destinado aos operadores do Direito para se inteirarem da

novidade legislativa, se preparando para quando o Novo Código de Processo Civil finalmente entrar em vigência. Sem descartar tal utilidade, inegável e de extrema relevância, é empobrecer o instituto da *vacatio legis* limitá-la a ela. Esse período também é importante para que os Tribunais adaptem seus Regimentos Internos ao novo Código, o mesmo ocorrendo com o Poder Legislativo Estadual em relação às leis de organização judiciária.

Nos termos do art. 1.045 do Novo CPC, o novo diploma legal entra em vigor decorrido 1 ano da data de sua publicação oficial. Para não deixar qualquer dúvida que o processualista adora uma polêmica e é mestre na arte de constituir divergências interpretativas, logo após a publicação oficial da Lei 13.105/2015 já se formou divergência doutrinária a respeito do exato dia do mês de março de 2015 que entrará em vigência o Novo Código de Processo Civil. Há doutrina que defende o dia 16 de março de 2016[136], outra parcela defende o dia 17 de março de 2016[137] e ainda outra que defende o dia 18 de março[138].

Buscando afastar qualquer dúvida a respeito do dia em que efetivamente o Novo Código de Processo Civil entra em vigência, o Projeto de Lei 414/2015, apresentado ao Senado Federal, prevê em seu art. 2º de forma expressa que o início da vigência é dia 17 de março de 2016.

79.2. APLICAÇÃO IMEDIATA

Seguindo a tradição de que normas processuais têm aplicação imediata, o art. 1.046 do Novo CPC prevê que, ao entrarem em

vigor suas disposições, aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes, ficando revogado o CPC/1973. No mesmo sentido, o art. 14 do Novo CPC ao prever que a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

No sentido do texto há três Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): n.º 267: "Os prazos processuais iniciados antes da vigência do CPC serão integralmente regulados pelo regime revogado"; n.º 268: "A regra de contagem de prazos em dias úteis só se aplica aos prazos iniciados após a vigência do Novo Código"; n.º 275: "Nos processos que tramitam eletronicamente, a regra do art. 229, § 2.º, não se aplica aos prazos já iniciados no regime anterior".

Naturalmente, essa regra trará – como historicamente traz – algumas dificuldades práticas, sendo algumas delas reguladas pelo livro complementar das disposições finais e transitórias.

79.3. PROCEDIMENTO SUMÁRIO E PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

O Novo Código de Processo Civil revogou o procedimento sumário, de modo que o único procedimento comum previsto é o ordinário, que, por ser o único, passa a ser chamado de forma correta de procedimento comum. Também foram vários os procedimentos especiais previstos no CPC/1973 que não estão consagrados no Novo Código de Processo Civil, conforme já

analisado.

Para esses procedimentos que deixam de existir no Novo Código de Processo Civil, o § 1.º do art. 1.046 do Novo CPC prevê que as disposições do CPC/1973 se aplicarão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência do Novo CPC. Como os procedimentos especiais exaurem sua especialidade com a prolação da sentença, foi bem o dispositivo ao manter os procedimentos revogados até esse momento procedimental.

Nesses casos, portanto, o CPC/1973 continuará em vigência além de um ano de *vacatio legis*, desde que o processo tenha se iniciado sob a vigência do Código de Processo Civil anterior.

Quanto aos procedimentos especiais previstos na legislação extravagante, ou seja, fora do Código de Processo Civil, o § 2.º do art. 1.046 do Novo CPC estabelece que permanecem em vigor as disposições que os regulam, sendo a tais procedimentos especiais aplicado supletivamente o Novo Código de Processo Civil.

O art. 1.218 do CPC/1973 elencava uma série de procedimentos especiais regulados pelo CPC/1939 que continuariam em vigor até serem incorporados em leis especiais. Alguns foram regulamentados por lei própria, como o loteamento (inciso I), o despejo (inciso II), a renovação de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais (inciso III) e o registro Torrens (inciso IV). E outros foram incorporados pelo Novo Código de Processo Civil, como é o caso da dissolução e liquidação de sociedade (inciso VII) e da avaria grossa (inciso XIV).

Ocorre que até a presente data há procedimentos que não tiveram tal regulamentação. Diante dessa circunstância, o art. 1.046, § 3.º, do Novo CPC prevê que tais procedimentos se submetem ao procedimento comum. Ou seja, os procedimentos que ainda não foram previstos como especiais pelo Código de Processo Civil ou por legislação extravagante deixam de sê-los.

O Código de Processo Civil é o principal diploma legal de regulamentação do processo, mas obviamente não é o único. Existem diversas leis extravagantes que contêm normas processuais, fazendo invariavelmente remissão a algum dispositivo do Código de Processo Civil. Como seria materialmente inviável adequar todas essas normas ao novo Código, o art. 1.046, § 4.º, do Novo CPC passa a prever que remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes no Novo Código de Processo Civil.

79.4. DIREITO PROBATÓRIO

O art. 1.047 do Novo CPC tem interessante norma que excepciona a regra geral estabelecida no art. 1.046, *caput*, de que a norma processual superveniente tem aplicação imediata nos processos em trâmite. Segundo o dispositivo legal, as disposições de direito probatório adotadas no Novo Código de Processo Civil aplicam-se apenas às provas que tenham sido requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início da sua vigência.

Portanto, mesmo que o processo já esteja em trâmite quando do início de vigência do Novo CPC, o que determinará sua

aplicação quanto às disposições probatórias é a prova já ter sido requerida ou determinada de ofício pelo juiz. Quando isso já tiver ocorrido, a regra procedimental a ser aplicada será a do CPC/1973.

Por exemplo, tendo sido requerida a produção de prova testemunhal na vigência do CPC/1973, mesmo que a audiência de instrução seja realizada sob a vigência do Novo CPC, as regras procedimentais a regularem referido ato processual serão aquelas previstas no CPC/1973. Assim, mesmo estando em vigência o Novo Código de Processo Civil, as partes não poderão perguntar diretamente para as testemunhas, continuando a ser essa tarefa exclusiva do juiz, que repassará a elas as perguntas feitas pelos patronos das partes.

Segundo o Enunciado 366 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), “o protesto genérico por provas, realizado na petição inicial ou na contestação ofertada antes da vigência do CPC, não implica requerimento de prova para fins do art. 1.047”.

79.5. DIREITO DE PREFERÊNCIA

O art. 1.048 do Novo CPC trata das prioridades de tramitação em qualquer juízo ou tribunal. A norma não afeta outras prioridades previstas em lei específica, como ocorre com o mandado de segurança, *habeas data* e *habeas corpus* (prisão civil).

Segundo o inciso I do dispositivo ora analisado, haverá preferência do processo em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos ou portadora de

doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6.º, inciso XIV, da Lei 7.713/1988.

Quando o dispositivo indica que os sujeitos nele elencados podem figurar como parte ou como interessado, é preciso compreender qual a espécie de interesse que enseja a preferência. Parece não haver dúvida de que se trata de interesse jurídico, de forma que os sujeitos devem participar do processo como terceiros intervenientes ou ser substituídos processuais.

A primeira parte do dispositivo repete a preferência para processos em que figure como parte ou interessado o idoso, já consagrada no art. 71 do Estatuto do Idoso. A segunda parte garante a preferência aos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, 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 da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada.

O inciso II do art. 1.048 do Novo CPC prevê a preferência a processos regulados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os parágrafos do artigo ora analisado tratam do procedimento para estabelecimento da prioridade no andamento dos processos.

Segundo o § 1.º, a pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à

autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas. Sendo deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária (§ 2.º).

O § 4.º do art. 1.048 do Novo CPC é de difícil compreensão. Nos termos do dispositivo legal, a tramitação prioritária independe de deferimento pelo órgão jurisdicional e deverá ser imediatamente concedida diante da prova da condição de beneficiário.

Não há como existir tramitação prioritária sem decisão judicial nesse sentido, até porque sem essa determinação o cartório judicial não terá autonomia para estabelecer a prioridade. Por outro lado, a previsão de que a prioridade deve ser concedida imediatamente diante da prova da condição de beneficiário esvazia de utilidade prática a confusa e inexequível regra da prioridade sem pronunciamento judicial nesse sentido.

O que faltou a norma dizer é que o deferimento, diante da prova da situação prevista em lei, pode ocorrer de ofício, independentemente de requerimento nesse sentido pela parte. Da forma como vem previsto o art. 1.048 do Novo CPC, resta uma aparência de que o deferimento depende de tal provocação, o que não parece ser o mais adequado na consecução dos objetivos traçados pela prioridade de andamento do processo.

O direito à prioridade no andamento do processo é objeto de sucessão, conforme garante o art. 1.048, § 3.º, do Novo CPC. Nos termos do dispositivo, sendo concedida a prioridade, esta não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do

cônjuge supérstite ou companheiro em união estável.

79.6. PROCEDIMENTO COMUM

Na vigência do CPC/1973 o procedimento comum era dividido em ordinário e sumário, estranha duplicidade que desapareceu com o Novo Código de Processo Civil, que passa a prever apenas um procedimento comum e alguns procedimentos especiais.

Sempre que uma lei extravagante se refere ao procedimento previsto na lei processual sem qualquer especificação a que espécie de procedimento ela está se referindo, entende-se ser o procedimento comum. O mesmo raciocínio se aplica à remissão ao procedimento sumário por leis extravagantes, quando passará a ser entendida como remissão ao procedimento comum.

79.7. CADASTRO DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO PARA RECEBEREM COMUNICAÇÕES POR MEIO ELETRÔNICO

Não resta dúvida de que o meio eletrônico é a forma mais rápida, simples e barata de comunicação dos atos processuais. Certamente com isso em mente o legislador, ao menos para os litigantes contumazes, deu prioridade à citação (art. 246, § 2º, do Novo CPC) e à intimação (art. 270, parágrafo único, do Novo CPC) por meio eletrônico.

Objetivando instrumentalizar tais atos de comunicação por

meio eletrônico, o art. 1.050 do Novo CPC cria um dever à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, e às suas respectivas entidades da administração indireta, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública: em 30 dias da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil se cadastrarem perante a administração do tribunal no qual atuem. Naturalmente, os tribunais deverão criar um sistema de cadastro de tais endereços eletrônicos, sem o que não será oponível às pessoas jurídicas de direito público o dever previsto no art. 1.050 do Novo CPC.

Por não se tratar de um dever processual, pode parecer que não seria possível se punir por meio de sanção processual o descumprimento do dever ora analisado. Entendo, entretanto, que sendo o cadastro de endereços eletrônicos uma forma de facilitar o trâmite procedimental, em especial na sempre demorada e complexa comunicação dos atos processuais, a resistência da pessoa jurídica de direito público de fazer o cadastro de seu endereço eletrônico constitui ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do art. 77, IV, do Novo CPC[139] e/ou ato de litigância de má-fé, nos termos do art. 80, IV, do Novo CPC.

Entendo que litigância de má-fé nos termos do art. 80, IV, do Novo CPC sempre haverá, porque ao deixar de cumprir o dever previsto no art. 1.050 do Novo CPC a pessoa jurídica de direito público está indubitavelmente criando resistência injustificada ao andamento do processo, já que obviamente que o descumprimento do dever não dispensa sua citação e/ou intimação, que será realizada pelas formas tradicionais, em prejuízo do andamento procedimental. Dessa forma, penso que já no despacho que ordena

a citação do réu deve ser aplicada a sanção processual prevista no art. 81 do Novo CPC, em todo processo do qual participe como réu a pessoa jurídica de direito público. Naqueles que já estiverem em trâmite, a solução é a mesma a ser aplicada nos processos em que a pessoa jurídica de direito público funciona como autora: a multa deve ser imposta no primeiro momento em que for necessária sua intimação.

A aplicação da multa prevista no art. 77, § 2º, do Novo CPC por ato atentatório à dignidade da justiça dependerá do caso concreto, já que tal ato depende de conduta que crie embaraços à efetivação da decisão judicial (art. 77, IV, do Novo CPC). Nesse caso, entendo que a sanção só deve ser aplicada quando a intimação for indispensável para a efetivação de decisão judicial.

As sanções aplicáveis em razão do descumprimento do dever previsto no art. 1.050 do Novo CPC, em todos os processos dos quais participe a pessoa jurídica de direito público, pode obviamente, de forma reflexa, incentivá-la a cumprir seu dever de cadastro de seu endereço eletrônico.

Mas não se pode descartar a possibilidade de o juiz fixar astreintes para pressionar a pessoa jurídica de direito público a cumprir sua obrigação de fazer, qual seja, cadastrar seu endereço eletrônico.

O art. 1.051 do Novo CPC tem a mesma *ratio* do art. 1.050 do Novo CPC, qual seja, permitir a citação e/ou intimação dos litigantes contumazes pelo meio eletrônico. Se o art. 1.050 do Novo CPC trata da pessoa jurídica de direito público, o art. 1.051 do

mesmo diploma legal estende o dever de cadastro do endereço eletrônico para as empresas privadas, salvo no caso das microempresas e empresas de pequeno porte. Essas não têm o dever, mas naturalmente podem fazer o cadastro se assim entenderem ser o mais conveniente a se fazer.

O dispositivo ora comentado volta a prever o prazo de 30 dias para a realização do cadastro, mas modifica o termo inicial previsto pelo dispositivo antecedente: data de inscrição do ato constitutivo da pessoa jurídica perante o juízo onde tenha sede ou filial. O art. 1.051, *caput*, do Novo CPC parece considerar apenas as pessoas jurídicas de direito privado que vierem a se constituir depois do início de vigência do novo diploma processual. Para aquelas que já estiverem constituídas o prazo será aquele previsto pelo art. 1.050 do Novo CPC, ou seja, 30 dias da data de início de vigência do Novo Código de Processo Civil.

As mesmas sanções processuais aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público pelo descumprimento no dever consagrado no art. 1.050 do Novo CPC são aplicáveis às pessoas jurídicas de direito privado pelo descumprimento do dever previsto no art. 1.051 do Novo CPC. Assim, a resistência da pessoa jurídica de direito privado de fazer o cadastro de seu endereço eletrônico pode constituir ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do art. 77, IV, do Novo CPC e/ou ato de litigância de má-fé, nos termos do art. 80, IV, do Novo CPC.

Da mesma forma que ocorre com as pessoas jurídicas de direito público, também para as pessoas jurídicas de direito privado, salvo a microempresa e a empresa de pequeno porte, o cadastro de

seu endereço eletrônico é uma obrigação de fazer, podendo a parte ser pressionada a cumpri-la por meio de aplicação de astreintes, a pedido da parte contrária ou de ofício.

79.8. INSOLVÊNCIA CIVIL

Criando uma expectativa pela criação de uma lei específica sobre o tema, o art. 1.052 do Novo CPC prevê que as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei 5.869/1973. Significa dizer que os arts. 748 a 786-A do CPC/1973 continuam em vigência até que lei extravagante superveniente venha a tratar especificamente do tema.

Tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa humana podem se tornar insolventes, mas o procedimento previsto para a execução contido no Código de Processo Civil limita-se a tratar da insolvência da pessoa humana, considerando-se que a insolvência da pessoa jurídica é tutelada pela Lei 11.101/2005, que segundo seu art. 1º limita a falência ao empresário e à sociedade empresária. Dessa forma, há a insolvência empresarial (falência) e a insolvência civil.

Como bem apontado pela doutrina, apesar da existência de dois regulamentos procedimentais, é indispensável um diálogo de fontes entre o Código de Processo Civil e a Lei 11.101/2005. Mas é preciso cuidado nessa transposição, até porque as diferenças entre a insolvência civil e a falência não podem ser esquecidas: a) o procedimento de insolvência civil é uma faculdade do insolvente, enquanto a autofalência é um dever do empresário; b) só há

inquérito judicial na falência; c) a sentença declaratória na falência não estipula um termo legal de quebra e tem efeitos *ex nunc*; d) inexistência na insolvência civil de previsão expressa de instrumentos processuais para desconstituir negócios jurídicos em fraude praticados antes da declaração de insolvabilidade; e) existência de classificação de créditos na falência.

79.9. ATOS PROCESSUAIS ELETRÔNICOS

O Novo Código de Processo Civil, apesar de prever a prática eletrônica dos atos processuais, não indica de modo específico a forma eletrônica a ser adotada no caso concreto. Chega até mesmo a ser intuitivo que o meio eletrônico tenha certificação digital, por razões de segurança jurídica. Ocorre, entretanto, que nem todos os tribunais trabalham com certificação digital, sendo justamente para essa época de transição o art. 1.053 do Novo CPC.

Segundo o dispositivo legal ora comentado, os atos processuais praticados por meio eletrônico até a transição definitiva para certificação digital ficam convalidados, ainda que não tenham observado os requisitos mínimos estabelecidos por este Código, desde que tenham atingido sua finalidade e não tenha havido prejuízo à defesa de qualquer das partes. Como se pode notar da leitura do art. 1.053 do Novo CPC, também se aplica aos atos eletrônicos o princípio da instrumentalidade das formas.

79.10. DEPÓSITOS EM DINHEIRO

Nos termos do art. 1.058 do Novo CPC, em todos os casos em que houver recolhimento de importância em dinheiro, esta será depositada em nome da parte ou do interessado, em conta especial movimentada por ordem do juiz, nos termos do art. 840, I, ou seja, no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou em banco do qual o Estado ou o Distrito Federal possua mais da metade do capital social integralizado ou, na falta desses estabelecimentos, em qualquer instituição de crédito designada pelo juiz.

79.11. TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Nos termos do art. 1.059 do Novo CPC, à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1.º a 4.º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7.º, § 2.º, da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. As regras mencionadas no dispositivo legal ora analisado foram criadas originariamente para a tutela de urgência requerida contra a Fazenda Pública, mas em razão da previsão do art. 1.059 do Novo CPC também passam a ser aplicáveis à tutela da evidência requerida contra a Fazenda Pública.

79.12. PREPARO RECURSAL NA JUSTIÇA FEDERAL

A Lei 9.289/1996 dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo graus, sendo que em seu art. 14 é regulamentado o preparo recursal. O inciso II desse dispositivo

sempre destoou da regra já existente no CPC/1973 (art. 511, *caput*) e mantida no Novo Código de Processo Civil (art. 1.007, *caput*) de comprovação imediata do recolhimento do preparo recursal.

Enquanto o diploma processual exigia da parte a comprovação do recolhimento do preparo no ato de interposição do recurso, o art. 14, II, da Lei 9.289/1996 previa, ao menos para os recursos que se desenvolvessem nos próprios autos (em especial a apelação), um prazo de cinco dias para o recolhimento do preparo. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que na Justiça Federal o preparo da apelação poderia ser recolhido em até cinco dias da intimação da parte para cumprir aludido ônus, naturalmente depois da interposição do recurso[140].

A regra criava uma injustificável distinção a respeito do momento do recolhimento do preparo da apelação entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual. E ainda pior, uma distinção dentro da própria Justiça Federal, a depender de o recurso se desenvolver nos próprios autos, quando se aplicaria a regra específica da Lei 9.289/1996, ou em autos em apartado, quando se aplicaria a regra do Código de Processo Civil.

O art. 1.060 do Novo CPC, ao dar nova redação ao art. 14, II, da Lei 9.289/1996, apenas torna o sistema homogêneo, sendo para qualquer recurso, independentemente da Justiça competente, exigida a comprovação imediata do recolhimento do preparo.

79.13. NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL COMO MATÉRIA DE

IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

O art. 33 da Lei 9.307/1996 prevê a possibilidade de a parte interessada pleitear ao Poder Judiciário a declaração de nulidade da sentença arbitral, sendo os §§ 1º e 2º do dispositivo legal destinados a regulamentar alguns aspectos procedimentais da ação anulatória de sentença arbitral.

O art. 1.061 do Novo CPC, ao modificar o § 3º do art. 33 da Lei 9.307/1996, chegou tarde, porque por meio da Lei 13.129/2015 tal dispositivo já tinha recebido nova redação, com o mesmo teor daquele que lhe foi atribuído pelo art. 1.061 do Novo CPC: a declaração de nulidade da sentença arbitral poderá ser arguida em impugnação ao cumprimento de sentença, somando-se tal matéria de defesa do executado àquelas previstas no art. 525, § 1º, do Novo CPC.

79.14. JUIZADOS ESPECIAIS

Para não deixar qualquer dúvida a respeito da competência dos Juizados Especiais em razão da matéria diante da revogação do procedimento sumário, o art. 1.063 do Novo CPC prevê que, até a edição de lei específica, os juizados especiais cíveis dispostos na Lei 9.099/1995 continuam competentes para o processamento e julgamento dos processos estabelecidos no art. 275, II, do CPC/1973.

A dúvida não faz parte dos vícios descritos pelo diploma

processual, o que deve ser elogiado, visto que não é propriamente um vício da decisão, mas um estado subjetivo de incerteza de quem não consegue compreendê-la. Caso a incompreensão seja derivada de uma obscuridade ou contradição, é natural o cabimento dos embargos de declaração, mas em razão desses vícios, e não do estado subjetivo de incerteza do leitor da decisão.

Com a nova redação do art. 48, *caput*, da Lei 9.099/95 dada pelo art. 1.064 do Novo CPC a dúvida deixa de ser matéria passível de alegação nos Juizados Especiais, onde a causa de pedir recursal dos embargos de declaração passa a ser aquela prevista pelo art. 1.022 do Novo CPC. Infelizmente, a dúvida continua a ser alegável em sede de embargos de declaração no processo arbitral, nos termos do art. 30, II, da Lei 9.307/1996, não alterado pela Lei 13.129/2015.

Nos Juizados Especiais ocorreria a *suspensão* do prazo para a interposição do recurso inominado em razão da expressa previsão do art. 50 da Lei 9.099/1995. Dessa forma, o prazo de 10 dias do recurso inominado era devolvido às partes pelo saldo, excluindo-se os dias passados até a interposição dos embargos de declaração. Aos embargos de declaração contra acórdão do Colégio Recursal, por ausência de expressa previsão legal, aplicava-se por analogia a regra do Código de Processo Civil, já tendo o Supremo Tribunal Federal entendido que nesse caso o prazo para a interposição do recurso extraordinário é interrompido[141].

O art. 50 da Lei 9.099/95 passa a estabelecer que os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso, acabando assim com a regra de suspensão do prazo dos embargos

de declaração opostos contra sentença. Dessa forma, o regramento a respeito da interrupção do prazo recursal em razão da interposição de embargos de declaração passa a ser o mesmo no Código de Processo Civil e nos Juizados Especiais.

Para adequar o art. 83 da Lei 9.099/95 à nova redação dos arts. 48 e 50 daquela lei, alteradas pelos arts. 1.064 e 1.065 do Novo CPC, o art. 1.066 do Novo CPC prevê que os embargos de declaração são cabíveis quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão e que os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso.

A adaptação, entretanto, foi incompleta, porque enquanto a nova redação ao art. 48 da Lei 9.099/1995 dada pelo art. 1.064 do Novo CPC prevê que caberão embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos casos previstos no Código de Processo Civil, ou seja, no caso de omissão, contradição, obscuridade e erro material. A nova redação do art. 83, *caput*, da Lei 9.099/95, dada pelo art. 1.066 do Novo CPC, só contempla as três primeiras espécies de vício formal, deixando inexplicavelmente de fora o erro material.

O art. 83 da Lei 9.099/1995 trata do processo em trâmite nos Juizados Especiais Criminais, dando sua nova redação espaço para um questionamento: cabem embargos de declaração fundados em erro material nesse caso? Por uma interpretação literal do dispositivo legal a resposta é negativa, mas como não há qualquer razão lógica ou jurídica para a distinção de tratamento das hipóteses de cabimento dos embargos de declaração nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, melhor será uma interpretação sistêmica da Lei

9.099/1995, atribuindo-se a omissão legal quanto ao erro material como fruto de desatenção do legislador.

79.15. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PROCESSO EM TRÂMITE NA JUSTIÇA ELEITORAL

O art. 1.067 do Novo CPC dá nova redação ao art. 275 do Código Eleitoral (Lei 4.737/1965) com o claro objetivo de adaptar os embargos de declaração no processo em trâmite perante a Justiça Eleitoral às regras atinentes a essa espécie recursal previstas no Novo Código de Processo Civil.

Os incisos I e II do art. 275 do Código Eleitoral previam o cabimento dos embargos de declaração na hipótese de obscuridade, dúvida, contradição e omissão, e com a nova redação dada ao *caput* do dispositivo pelo art. 1.067 do Novo CPC deixa de ser vício passível de alegação em sede de embargos de declaração a dúvida e é incluído o erro material. Além disso, afastou a menção expressa a acordão como única espécie de decisão embargável, passando a adotar a solução do art. 1.022, *caput*, do Novo CPC, de que qualquer decisão pode ser objeto de impugnação por embargos de declaração.

O § 1º do art. 275 do Código Eleitoral previa o prazo de 3 dias para a interposição dos embargos de declaração, contado da data de publicação do acórdão, em petição dirigida ao relator, na qual seria indicado o ponto obscuro, duvidoso, contraditório ou omisso. Na nova redação do dispositivo legal “acordão” é substituído por

“decisão”, confirmando a regra do art. 1.022, *caput*, do Novo CPC, e a exigência formal passa a ser a indicação do ponto que deu causa à interposição do recurso.

A nova redação do § 2º do dispositivo ora analisado é uma novidade; ao prever que os embargos de declaração não estão sujeitos a preparo, o art. 1.067 do Novo CPC torna expressa no Código Eleitoral a regra consagrada no art. 1.023, *caput*, do Novo CPC.

O § 2º do art. 275 do Código Eleitoral, em sua antiga redação, previa o prazo para julgamento dos embargos de declaração, limitando-se a prever que ao relator cabia pôr o recurso em mesa para julgamento na primeira sessão subsequente. O tema passa a ser tratado pelos §§ 3º e 4º na redação dada a tais dispositivos pelo art. 1.067 do Novo CPC, que repetem as regras já consagradas pelo art. 1.024, *caput*, do Novo CPC. Fica apenas o registro do § 4º, inciso III, do art. 275, que prevê que sendo vencido o relator outro será designado para lavrar o acórdão, mantendo a regra da redação originária do § 3º do art. 275 do Código Eleitoral.A redação originária do art. 275, § 4º do Código Eleitoral previa a suspensão do prazo recursal em razão da interposição dos embargos de declaração, salvo se manifestamente protelatórios e assim declarados na decisão que os rejeitasse. O tema é totalmente revisto em razão da redação dada aos §§ 5º a 7º do art. 275 do Código Eleitoral pelo art. 1.067 do Novo CPC.

O § 5º do art. 275 do Código Eleitoral passa a prever que os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso, seguindo a regra do art. 1.026, *caput*, do Novo CPC. Os §§

6º e 7º do art. 275 tratam dos embargos de declaração manifestamente protelatórios da mesma forma que fazem os §§ 2º e 3º do art. 1.026 do Novo CPC, ou seja, mesmo considerados manifestamente protelatórios interrompem o prazo recursal, sendo cabível a aplicação de sanção. Quanto à sanção, entretanto, há diferenças importantes: enquanto os §§ 2º e 3 do art. 1.026 do Novo CPC preveem a aplicação de multa não excedente a 2% do valor atualizado da causa e não excedente a 10% no caso de reiteração, os §§ 6º e 7º do art. 275 do Código Eleitoral preveem multa não excedente a 2 salários mínimos e não excedente a 10 salários mínimos no caso de reiteração. Note-se que os dispositivos legais mencionados não preveem como sanção processual pela reiteração dos embargos de declaração manifestamente protelatórios o depósito da multa como condição de admissibilidade de novos recursos, em regra específica que prefere aquela prevista no § 3º do art. 1.026 do Novo CPC.

79.16. PESQUISAS ESTATÍSTICAS PERIÓDICAS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Segundo o art. 1.069 do Novo CPC, o Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas previstas nesse Código. A norma é interessante porque a ausência de estatísticas é um grande mal que sempre acompanhou a ciência jurídica. No entanto, naturalmente dependerá de vontade política do Conselho Nacional de Justiça para virar realidade.

79.17. USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Seguindo tendência do direito nacional de desjudicialização do direito, atribuindo-se às serventias notariais e registrais tarefas que antes dependiam obrigatoriamente da intervenção jurisdicional, o art. 1.071 do Novo CPC, ao criar o art. 216-A da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), passa a admitir a realização de usucapião extrajudicial.

Não se trata propriamente de uma novidade do sistema, já que o art. 60 da Lei 11.977/2009 (Lei do Minha Casa, Minha Vida), já prevê tal possibilidade, desde que preenchidos os requisitos legais. O art. 216-A da Lei 6.015/1973, entretanto, é mais amplo, porque sua única exigência é a concordância das partes.

Registre-se que a novidade não cria um dever à parte que pretenda adquirir um bem por usucapião, que mesmo preenchidos os requisitos para o procedimento extrajudicial pode livremente optar pela propositura de ação judicial. Sendo a via extrajudicial a opção da parte, que deverá estar assistida de advogado, o procedimento tramitará obrigatoriamente perante a serventia imobiliária da situação do imóvel.

A instrução do pedido administrativo de usucapião vem prevista nos quatro incisos do art. 216-A da Lei 6.015/1973.

O primeiro documento indispensável é a ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias. Trata-se de interessante hipótese na qual a ata notarial, prevista no art. 384 do

Novo CPC, será documento indispensável, o que deve torná-la ainda mais frequente.

O segundo documento é a planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes. A planta é essencial porque é nela que os confinantes e os titulares de direitos reais sobre os bens confinantes expressam sua anuência com a usucapião.

Caso a planta não contenha a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância.

Também deve acompanhar o requerimento as certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente, o justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido. O

prazo de prenotação é importante em razão do princípio da prioridade, segundo o qual os direitos reais sobre imóveis são constituídos por ordem de apresentação, controlada pelo ato da prenotação do título no protocolo.

Cabe ao oficial de registro de imóveis dar ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 dias, sobre o pedido. Exatamente como ocorre no processo judicial, a Fazenda pública deve ser ouvida a respeito da possibilidade de o imóvel ser público e, por consequência, insuscetível de ser adquirido por usucapião. Caso não haja manifestação no prazo legal, o procedimento deve seguir normalmente.

Também é incumbência do oficial de registro de imóveis promover a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 dias, como ocorre com a citação por edital no processo judicial de usucapião.

O oficial poderá realizar diligências *in loco* para elucidar dúvidas, a requerimento ou de ofício, o que deve ser realizado com extrema cautela por eventualmente não ter o oficial o conhecimento técnico específico para uma análise adequada.

Transcorridos os prazos para manifestação, sem pendência de diligências e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel

usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

De acordo com o § 7º do art. 216-A da Lei 6.015/1973, em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei. Segundo a melhor doutrina, há dois momentos principais para a suscitação de dúvida: (a) na apresentação de nota devolutiva pelo registrador, com exigência que o requerente não possa suprir ou com a qual discorde; (b) após eventual negativa do pedido. Trata-se de procedimento administrativo, previsto no art. 198 da Lei 6.015/1973 por meio do qual o oficial submete ao juiz a análise e decisão sobre alguma exigência formulada por decisão sua, a requerimento de parte interessada.

Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido, o que não impede o ajuizamento da ação de usucapião.

Também será rejeitado o pedido em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado. Nesse caso, não havendo anuência de todos os interessados se inviabiliza a usucapião extrajudicial, competindo ao oficial de registro de imóveis remeter os autos ao

juízo competente da comarca da situação do imóvel, e cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.

1 (Voltar) Por todos, Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 320, p. 592.

2 (Voltar) STJ, REsp 1.082.653/SP, 1.ª Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 05.03.2009, DJe 18.03.2009; Gusmão Carneiro, *Recurso*, n. 8, p. 19.

3 (Voltar) *Informativo* 505/STJ, Corte Especial, AgRg no REsp 1.231.070-ES, rel. Min. Castro Meira, j. 03.10.2012.

4 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 1.199. Em sentido crítico, entendendo que *de lege ferenda* seria interessante uniformizar o cabimento do REsp e RExt, Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 571.

5 (Voltar) *Informativo* 559/STJ, 1ª Seção, Rcl 22.033-SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 8.4.2015, *DJe* 16.4.2015.

6 (Voltar) *Informativo* 348/STJ, Primeira Seção, Rcl 2.704/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 12.02.2008.

7 (Voltar) *Informativo* 557/STF, Plenário, RE 571.572 QO-ED/BA, rel. Min. Ellen Gracie, j. 26.08.2009.

8 (Voltar) *Informativo* 416/STJ, Corte Especial, Rcl 3.752-GO, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.11.2009.

9 (Voltar) STJ, 3.ª Seção, AgRg na Rcl 4832/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 22.08.2012, ***DJe*** 29.08.2012; STJ, 2.ª Seção, AgRg na Rcl 4.916/SP, rel. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 23.02.2011, ***DJe*** 04.03.2011.

10 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, Rcl 4.909/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 22.06.2011, ***DJe*** 30.06.2011.

11 (Voltar) STJ, 1.ª Seção, EDcl na Rcl 5.932/SP, j. 23.05.2012, ***DJe*** 29.05.2012.

12 (Voltar) *Informativo* 509/STJ, 1.ª Seção, Rcl 7.117/RS, rel. originário Min. Cesar Asfor Rocha, rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. 24.10.2012.

13 (Voltar) *Informativo* 527/STJ, 2.ª Seção, Rcl 7.861/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.09.2013.

14 (Voltar) Baptista da Silva, *Curso*, v. 1, n. 17.4.4.3, p. 458; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 16.2, p. 418.

15 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, EDcl no AgRg no AgRg no REsp 759.723, rel. Min. Luiz Fux, j. 12.02.2008, *DJ* 02.04.2008; STJ, 2.ª Turma, EDcl no REsp 981.094, rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.03.2008.

16 (Voltar) *Informativo* 400/STJ, 2.ª Turma, REsp 866.299/SC, rel. Min. Eliana Calmon, j. 23.6.2009.

17 (Voltar) *Informativo* 356/STJ, Corte Especial, EREsp 933.438-SP, rel. José Delgado, rel. p/ acórdão Fernando Gonçalves, j. 21.05.2008.

18 (Voltar) *Informativo* STJ/314: REsp 604.785/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 20.03.2007. Pimentel Souza, *Introdução*, n. 16.2, p. 420.

19 (Voltar) Súmula 211/STJ.

20 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, REsp 967.348, rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.02.2008, *DJ* 27.03.2008; STJ, AgRg no REsp 973.792, 1.ª Turma, rel. Min. José Delgado, j. 26.02.2008, *DJ* 24.03.2008.

21 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 271.

22 (Voltar) Mancuso, *Recurso*, p. 147.

23 (Voltar) Mancuso, *Recurso*, p. 165.

24 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Recurso*, n. 11, p. 28; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 16.3, p. 422; Súmula 518/STJ: “Para fins do art. 105, III, a, da Constituição Federal, não é cabível recurso especial fundado em alegada violação de enunciado de súmula.”

25 (Voltar) *Informativo* 484/STJ: REsp 1.217.076/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 28.09.2011.

26 (Voltar) Assis, *Manual*, 9.2.2.2, p. 788.

27 (Voltar) *Informativo* 506/STJ, 2.ª Turma, AgRg no AREsp 135.969-SP, rel. Min. Castro Meira, j. 09.10.2012.

28 (Voltar) Pimentel Souza, *Introdução*, n. 16.4, p. 424.

29 (Voltar) Súmula 13/STJ.

30 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Curso*, v. 5, p. 274.

31 (Voltar) Assis, *Manual*, 92.2.4.4, p. 792; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 16.5, p. 425. Contra: Mancuso, *Recurso*, p. 208-209.

32 (Voltar) *Informativo* 510/STJ, 4.ª Turma, AgRg no REsp 1.344.635-SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 20.11.2012.

33 (Voltar) Súmula 291/STF; Gusmão Carneiro, *Recurso*, n. 22b, p. 75.

34 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRG no Ag 681.596/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, 02.08.2005, *DJ* 22.08.2005; STJ, 2.ª Turma, REsp 141.117, rel. Min. Peçanha Martins, j. 02.03.2000, *DJ* 10.04.2000.

35 (Voltar) Mancuso, *Recurso*, p. 207.

36 (Voltar) Súmulas 286/STF e 83/STJ; Fux, *Curso*, p. 1.198.

37 (Voltar) *Informativo* 506/STJ, 2.ª Turma, AgRg no AREsp 135.969-SP, rel. Min. Castro Meira, j. 09.10.2012.

38 (Voltar) Súmula 281/STF.

39 (Voltar) *Informativo* 785/STF, 2ª Turma, ARE 868922 AgR/SP, rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.5.2015.

40 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 319, p. 591.

41 (Voltar) Nery-Nery, *Código*, p. 924; Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 571; Araken de Assis, *Manual*, n. 84.1.1, p. 680.

42 (Voltar) Gusmão Carneiro, *Recurso*, n. 8, p. 17-18.

43 (Voltar) Súmula 640.

44 (Voltar) STF, 1.ª Turma, AI-AgR 648.760/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.11.2007, *DJ* 30.11.2007; STF, 2.ª Turma, AI-ED 541.488/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 21.11.2006, *DJ* 16.02.07. Na doutrina, Marinoni-Arenhart, *Manual*, p. 572.

45 (Voltar) Pimentel Souza, *Dos recursos*, p. 92.

46 (Voltar) STF, 2.ª Turma, RE-AgR 449.137/RS, rel. Min. Eros Grau, j. 26.02.2008; STF, 1.ª Turma, AI-AgR 638.758/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.11.2007, *DJ* 19.12.2007; Baptista da Silva, *Curso*, v. 1, n. 17.4.4.3, p. 458; Fux, *Curso*, p. 1.209; Greco Filho, *Direito*, v. 2, p. 372.

47 (Voltar) STF, 2.ª Turma, RE-ED 561.354/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 18.12.2007; STF, 2.ª Turma, RE-Agr-ED 471.582/RJ, j. 09.10.2007, *DJ* 30.11.2007.

48 (Voltar) STF, 1.ª Turma, ARE 707.221 AgR/BA, rel. Min. Rosa Weber, j. 20.08.2013, *DJe* 04.09.2013; STF, 1.ª Turma, AI 764.757-AgR/SP, rel. Min. Dias Toffoli, j. 28.05.2013, *DJe* 19.12.2013.

49 (Voltar) STF, 1ª Turma, AI 809.338 AgR/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, j. 29.10.2013, *DJe* 24.3.2013; STJ, 2ª Turma, ARE 735.948 AgR/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15.10.2013; *DJe* 28.10.2013.

50 (Voltar) STF, 1ª Turma, AI 616.427 AgR/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 9.9.2008, *DJe* 31.10.2008.

51 (Voltar) STF, 1ª Turma, ARE 740.014 AgR/RS, rel. Min. Rosa Weber, j. 22.10.2013; *DJe* 8.11.2013.

52 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 332, p. 617-618; Marinoni-Mitidiero, *Repercussão*, p. 43; Araken de Assis, *Manual*, n. 84.1.4.3, p. 698.

53 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, 84.1.4.1, p. 694-696.

54 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, AI-QO 664.567/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.06.2007, *DJ* 06.09.2007.

55 (Voltar) Nery-Nery, *Comentários*, nota 9 ao art. 543-A, p. 940.

56 (Voltar) Oliveira, *Breves*, p. 2.314.

57 (Voltar) STF, 2ª Turma, AI 703.374 AgRg/Pr, rel. Min. Ellen Gracie, j. 14.8.2008, *DJe* 7.11.2008.

58 (Voltar) Enunciado 224 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A existência de repercussão geral terá de ser demonstrada de forma fundamentada, sendo dispensável sua alegação em preliminar ou em tópico específico.”

59 (Voltar) A favor: Medina, *Novo*, pp. 1.449-1450. Contra: Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiras*, p. 1.506.

60 (Voltar) STF, 2ª Turma, AgIn 703.374 AgRg/PR, rel. Min. Ellen Gracie, j. 14.10.2008, *DJe* 7.11.2008.

61 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Repercussão*, p. 37; Araken de Assis, *Manual*, n. 84. 1.4.4, p. 700.

62 (Voltar) Theodoro Jr. *Curso*, 572-b, p. 716; Didier-Carneiro, *Curso*, p. 315. Contra, entendendo tratar-se de presunção relativa: Nery-Nery, *Comentários*, nota 11 ao art. 543-A, p. 939.

63 (Voltar) Miranda, *Breves*, pp. 2.315-2.316.

64 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, RE 607.607 ED/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 2.10.2013, *DJe* 12.5.2014.

65 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 1.505.

66 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, ARE 694.294 ED/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 8.9.2014, *DJe* 17.10.2014.

67 (Voltar) *Informativo* 543/STF, Plenário; *Informativo* 376/STJ, 1.ª Seção, REsp 1.003.955-RS, rel. Eliana Calmon, j. 12.11.2008; ADI 4071, Menezes Direito, 22.4.2009.

68 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Repercussão*, p. 60.

69 (Voltar) *Informativo* 744/STF, Tribunal Pleno, RE 593.995-QO/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 30.4.2014.

70 (Voltar) Nery-Nery, *Comentários*, nota 10 ao art. 543-A, p. 940; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 17.2.4, p. 457; Miranda, *Breves*, p. 2.313.

71 (Voltar) Marinoni-Mitidiero, *Repercussão*, p. 53; Nery-Nery, *Comentários*, nota 2 ao art. 543-A, p. 939; Pimentel Souza, *Dos recursos*, p. 114-115; Miranda, *Breves*, p. 2.313.

72 (Voltar) *Informativo* 722/STF, Tribunal Pleno, RE 607.607-ED/RS, rel. Min. Luiz Fux, 02.10.2013.

73 (Voltar) Pimentel Souza, *Introdução*, n. 17.3, p. 459-460.

74 (Voltar) Súmula 636/STF.

75 (Voltar) STF, 1.ª Turma, AI-AgR 589.923/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 27.11.2007, *DJ* 19.12.2007; STF, 2.ª Turma, AI-AgR 502.333, rel. Min. Cezar Peluso, 18.09.2007, *DJ* 11.10.2007.

76 (Voltar) Pimentel Souza, *Introdução*, n. 17.2, p. 451.

77 (Voltar) Mancuso, *Recurso*, p. 179; Araken de Assis, *Manual*, n. 84.2.2, p. 706; Pimentel Souza, *Introdução*, n. 17.4, p. 460-461.

78 (Voltar) Fux, *Curso*, p. 1.197, fala em manifestação materialmente legislativa das três esferas do Poder.

79 (Voltar) Mancuso, *Recurso*, p. 188.

80 (Voltar) Barbosa Moreira, *A Emenda*, p. 26; Gusmão Carneiro, *Recurso*, n. 21a, p. 72.

81 (Voltar) Súmula 641/STF.

82 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 86.1.1.2, p. 738; Mancuso, *Recurso*, p. 142; Contra: Abelha, *Manual*, p. 569.

83 (Voltar) *Informativo* 417/STF, AI 476.260 AgR/SP e AI 507.874 AgR/SP, rel. Min. Carlos Britto, j. 23.02.2006; STJ, 4.ª Turma, AgRg no Ag 883.285/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 03.02.2009, DJe 16.02.2009; STJ, 2.ª Turma, EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 921.860/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 28.10.2008, DJ 12.11.2008.

84 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, n. 319, p. 588-589.

85 (Voltar) Súmulas 279/STF e 7/STJ.

86 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no Ag 680.476/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 26.06.2007, *DJ* 27.08.2007.

87 (Voltar) Didier-Cunha, *Curso*, p. 252-253.

88 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, REsp 994.171/AL, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 12.02.2008, *DJ* 17.03.2008; STJ, 3.ª Turma, REsp 877.191/MA, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 28.06.2007, *DJ* 10.09.2007.

89 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, REsp 785.835/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 13.03.2007, *DJ* 02.04.2007.

90 (Voltar) *Informativo* 481/STJ: 3.ª Turma, REsp 1.063.669/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.08.2011; Informativo 378/STJ, Corte Especial, EREsp 742.949/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 27.11.2008.

91 (Voltar) Súmulas 634 e 635/STF.

92 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, MC 10.613/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 11.12.2007, *DJ* 07.12.2008; STJ, 2.ª Turma, AgRg na MC 13.100/ES, rel. Min. Humberto Martins, j. 25.09.2007, *DJ* 05.10.2007.

93 (Voltar) *Informativo* 393/STJ, Corte Especial, AgRg na MC 14.639-AL, rel. Ari Pargendler, j. 06.05.2009; *Informativo* 528/STJ, Plenário, AC 2177 QO-MC/PE, rel. Ellen Gracie, j. 12.11.2008.

94 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, AgRg na MC 14.036/BA, rel. Min. Luiz Fux, j. 06.08.2009, *DJe* 17.09.2009. Contra: STF, 2.ª Turma, AC 2.751 AgR/SP, rel. Min. Ayres Britto, j.

15.02.2011, *DJe* 02.03.2011.

95 (Voltar) STJ, 4.ª Turma, AgRg na MC 12.755/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 06.03.2008, *DJ* 24.03.2008; STJ, 2.ª Turma, MC 13.590/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 06.12.2007, *DJ* 11.12.2007; AgRg na MC 13.123/RJ, 3.ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.09.2007, *DJ* 08.10.2007.

96 (Voltar) STF, 2.ª Turma, AC 1.550/RO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.02.2007, *DJ* 18.05.2007.

97 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 549.

98 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Mello, *Primeiros*, p. 1.512; Medina, *Novo*, p. 1.452.

99 (Voltar) Enunciado 23 da ENFAM: "É obrigatória a determinação de suspensão dos processos pendentes, individuais e coletivos, em trâmite nos Estados ou regiões, nos termos do § 1º do art. 1.036 do CPC/2015, bem como nos termos do art. 1.037 do mesmo código".

100 (Voltar) *Informativo* 424/STJ, REsp 1.111.743-DF, rel. originária Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 25.02.2010.

101 (Voltar) STJ, 2ª Seção, Rcl 3.652/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14/10/2009, DJe 04/12/2009.

102 (Voltar) *Informativo* 515/STJ, 2.ª Seção, AgRg na Rcl 6.537-RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27.02.2013; *Informativo* 514/STJ, 4.ª Turma, AREsp 214.152-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.02.2013.

103 (Voltar) *Informativo* 450/STJ, 3.ª Turma, MC 17.226-RJ, rel. Min. Massami Uyeda, j. 05.10.2010.

104 (Voltar) Câmara, *O novo*, p. 550.

105 (Voltar) *Informativo* 543/STF, Plenário, ADI 4071, rel. Min. Menezes Direito, 22.04.2009; *Informativo* 376/STJ, 1.ª Seção, REsp 1.003.955-RS, rel. Eliana Calmon, j. 12.11.2008.

106 (Voltar) *Informativo* 540/STJ, 2.ª Seção, REsp 1.418.593/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.05.2014.

107 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, n. 94.2.2, p. 824.

108 (Voltar) Informativo 562/STJ, Corte Especial, EDcl no REsp 1.124.552-RS, rel. Min.

Luis Felipe Salomão, j. 6/5/2015, DJe 25/5/2015.

109 (Voltar) *Informativo* 507/STJ, 2.ª Turma, EDcl no AgRg no Ag 1.067.829-PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 09.10.2012.

110 (Voltar) Nunes, *Breves*, p. 2.335; Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 1.519.

111 (Voltar) Nunes, *Breves*, pp. 2.337-2.339.

112 (Voltar) Scarpinella Bueno, *Manual*, p. 658.

113 (Voltar) *Informativo* 568/STF, Plenário, AI 760.358 QO/SE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19.11.2009; STF, Rcl 7.569/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 19.11.2009, DJe 11.12.2009; *Informativo* 512/STJ, 2.ª Turma, RMS 35.441-RJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 06.12.2012; *Informativo* 463/STJ, Corte Especial, QO no Ag 1.154.599/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.02.2011.

114 (Voltar) *Informativo* 419/STJ, Corte Especial, QO no REsp 1.148.726-RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 10.12.2009.

115 (Voltar) Contra: Scarpinella Bueno, *Novo*, p. 681, para quem o termo “reexaminará” deve ser interpretado como “obrigatoriamente se retratará”.

116 (Voltar) *Informativo* 521/STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 1.262.401-BA, rel. Min. Humberto Martins, j. 25.04.2013.

117 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, ARE 710.030 AgR-segundo-ED-EDv-AgR/PI, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 21.08.2014, *DJe* 12.09.2014.

118 (Voltar) *Informativo* 494/STJ, 2.ª Seção, EREsp 419.059-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.04.2012; *Informativo* 421/STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 997.056-RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 03.02.2010.

119 (Voltar) STJ, 3.ª Seção, AgRg nos EREsp 975.111/RS, rel. Min. Vasco Della Giustina, 26.10.2011, *DJe* 30.11.2011.

120 (Voltar) STJ, 2.ª Turma, AgRg no Ag 1.417.809/PR, rel. Min. Herman Benjamin, 25.10.2011, *DJe* 28.10.2011.

121 (Voltar) STJ, 1.ª Turma, AgRg nos EREsp 997.056/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 03.02.2010.

122 (Voltar) Súmula 420/STJ.

123 (Voltar) *Informativo* 523/STJ, 2.ª Seção, EAREsp 25.641-RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12.06.2013; *Informativo* 490/STJ, 2.ª Seção, EREsp 595.742-SC, rel. originário Min. Massami Uyeda, rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.12.2011.

124 (Voltar) Súmulas 168/STJ e 247/STF.

125 (Voltar) Nery-Nery, *Comentários*, nota 6 ao art. 546, p. 949; Theodoro Jr., *Curso*, 576-e, p. 730; Didier-Cunha, *Curso*, p. 337-338; STJ, 1.ª Seção, AgRg no EREsp 507.120/CE, rel. Min. Luiz Fux, j. 27.04.2005, *DJ* 30.05.2005.

126 (Voltar) *Informativo* 419/STJ, Corte Especial, EREsp 961.407/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 10.12.2009.

127 (Voltar) *Informativo* 453/STJ, 2.ª Seção, EREsp 722.501-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.10.2010.

128 (Voltar) Barbosa Moreira, *Comentários*, 337, p. 622.

129 (Voltar) STJ, 3.ª Seção, AgRg nos EAREsp 99.376/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. 10.09.2014, *DJe* 16.09.2014; *Informativo* 467/STJ, 1.ª Seção, EAg 1.114.832/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.03.2011.

130 (Voltar) Araken de Assis, *Manual*, 99.1, p. 817.

131 (Voltar) *Informativo* 452/STJ, Corte Especial, EAg 1.132.430-SC, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 20.10.2010; Nery-Nery, *Comentários*, nota 2 ao art. 546, p. 949.

132 (Voltar) Não admitindo que o acórdão paradigma seja proferido em agravo regimental: STF, Tribunal Pleno, RE 112.146/RN, rel. Min. Octávio Gallotti, j. 14.06.2000, *DJ* 29.09.2000.

133 (Voltar) *Informativo* 512/STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 1.182.126-PE, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2012; STJ, AgRg no REsp 893.453/MS, 5ª Turma, rel. Felix Fischer, j. 10.04.2007, *DJ* 04.06.2007, p. 424.

134 (Voltar) Pimentel Souza, *Introdução*, 14.2.2, p. 388.

135 (Voltar) STF, Tribunal Pleno, RE 355.796 AgR-ED-EDv-AgR/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23.02.2011, *DJe* 17.03.2011.

136 (Voltar) Marinoni-Arenhart-Mitidiero, *Novo*, p. 991.

137 (Voltar) Cramer, *Breves*, p. 2.357; Amaral, *Comentários*, p. 1.077.

138 (Voltar) Medina, *Novo*, p. 1.467.

139 (Voltar) Wambier-Conceição-Ribeiro-Melo, *Primeiros*, p. 1.538.

140 (Voltar) STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.462.112/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 20/11/2014, DJe 28/11/2014.

141 (Voltar) STF, 1.ª Turma, AI 451.078, rel. Min. Eros Grau, j. 31.08.2004, DJ 24.09.2004.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais.* Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no Novo Código de Processo Civil. *In:* ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; e PELEJO, Samantha (coords.). *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Thereza. Da assistência litisconsorcial no Código Brasileiro. *RePro,* São Paulo, n. 11-12, p. 47, 1978.

_____. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do Novo CPC.* São Paulo: RT, 2015.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

_____. _____. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

_____. _____. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Inventários e partilhas*. 16. ed. São Paulo: Leud, 2003.

ANDRADE, Érico; THEODORO JR., Humberto. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC. *Revista de processo*, São Paulo, RT, v. 206, ano 37, abril/2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Da ação monitória: opção do autor. *RePro*, São Paulo, n. 83, p. 14-17, 1996.

ARAGÃO, Egas Dirceu Muniz. Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, perícia. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Medidas cautelares inominadas. *Revista de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense, n. 57, p. 33-90, 1º trimestre, 1988.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim

Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. A nova postura do relator no julgamento dos recursos. *RePro,* São Paulo, n. 103, p. 57, 2002.

_____. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica,* Porto Alegre, v. 54, n. 343, p. 25-60, maio/2006.

_____. *Perfis da tutela inibitória coletiva.* São Paulo: RT, 2003.

ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d' urgenza.* Padova: Cedam, 1995.

ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei 8.038/90, impostas pela Lei 9.756/98. *In:* NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

_____. Competência internacional. *RePro,* São Paulo, n. 2, p. 154-157, 1976.

_____. Tutela jurisdicional diferenciada. *RePro*, São Paulo, n. 65, p. 45, jan.-mar./1992.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. O perfil da sentença e suas repercussões na Lei 11.232/05. *In:* NOGUEIRA, Gustavo

Santana (coord.). *A nova reforma processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Anotações sobre a teoria geral dos recursos. *In:* NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

_____. A *perpetuatio iurisdictionis* no Código de Processo Civil. *RePro*, São Paulo, n. 4, p. 18, 1976.

_____. A natureza jurídica da impugnação prevista na Lei 11.232/2005. *Aspectos polêmicos da nova execução 3*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.

_____. Competência internacional. *RePro*, São Paulo, n. 7-8, p. 24, 1977.

_____. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 1.

_____. _____. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 2.

_____. Notas sobre algumas das mutações verificadas com a Lei 10.352/2001. *In:* NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2002. v. 6.

_____. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e

coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ASSIS, Araken de. Antecipação de tutela. *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997.

_____. Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 9.

_____. *Concurso especial de credores no CPC*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1.

_____. Do litisconsórcio no Código de Processo Civil. *Revista Autônoma de Processo*, Curitiba, Juruá, p. 310, 2007. v. 1.

_____. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.

_____. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *In:* DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. Garantia de acesso à Justiça: benefício da gratuidade. *In:* CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

_____. Introdução aos sucedâneos recursais. *In:* NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis.* São Paulo: RT, 2002. v. 6.

_____. *Manual da execução.* 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, n. 110.2, 2008.

_____. *Procedimento sumário*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Substituição processual. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, 2003, n. 9, p. 9-23.

ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2001.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas.* 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Da penhora.* São Paulo: UNIFIEO/Resenha Tributária, 1994.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *RePro*,

São Paulo, n. 81, p. 199, 1996.

_____. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Temas de direito processual.* 6.ª série. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. *Temas de direito processual (primeira série)*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. A Emenda Constitucional n.º 45 e o processo. *Temas de direito processual*. 9.ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Temas de direito processual*. 3.ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Algumas inovações da Lei 9.756/98 em matéria de recursos cíveis. *In:* NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1998.

_____. A nova definição de sentença (Lei 11.232). *Temas de direito processual civil*. 9.ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Aspectos do usufruto de imóvel ou de empresa no processo de execução. *Temas de direito processual civil.* 8.ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. As presunções e a prova. *Temas de direito processual*. 1.ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *In:* DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*: *enfoque crítico.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. *Direito aplicado II – pareceres.* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. *Temas de direito processual*. 7.ª série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial. *Temas de direito processual.* 1.ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Lei 9.756: uma inconstitucionalidade flagrante e uma decisão infeliz. *Temas de direito processual civil*. 7.ª série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Temas de direito processual civil*. 3.ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. *Temas de direito processual*. São

Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa? *Temas de direito processual civil*. 5.ª série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Processo civil e processo penal: mão e contramão? *Temas de direito processual civil*. 7.ª série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

_____. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. *Temas de direito processual civil*. 8.ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual civil*. 2.ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Relações entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro. *Temas de direito processual civil*. 5.ª série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Responsabilidade do requerente de medida cautelar. *Temas de direito processual civil*. 3.ª série. São Paulo, 1984.

_____. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. *Temas de direito processual civil*. 9.ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Sobre pressupostos processuais. *Temas de direito processual civil*. 4.ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Tutela de urgência e efetividade do direito. *Temas de direito processual civil*. 8.ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARIONI, Rodrigo. A desnecessidade de penhora para o oferecimento de impugnação. *In:* BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sergio (orgs.). *Execução civil e cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2007.

_____. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: RT, 2007.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal.* São Paulo: RT, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória. *Revista do Advogado*, AASP, n. 85, ano XXVI, maio/2006.

_____. Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos. *In:* NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos*. São Paulo: RT, 2003. v. 7.

_____. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Código de Processo Civil interpretado.* Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Competência: aspectos teóricos e práticos. *Revista do Advogado*, AASP, v. 25, n. 84, p. 97-98, dez./2005.

_____. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas de urgência (tentativa de sistematização).* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERMUDES, Sergio. Ação monitória: primeiras impressões sobre a Lei n. 9.079, de 14.7.1995. *In:* BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coords.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães.* Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Efeito infringente dos embargos de declaração. *Direito processual civil: estudos e pareceres.* 3.ª série. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Introdução ao processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Embargos de declaração*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma.* São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

BONFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

BONÍCIO, José Magalhães. *Sentença e efeitos dos recursos.* São Paulo: RCS, 2002.

BORBA FRANCO, Fernão. *Execução em face da Fazenda Pública.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *A coisa julgada.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Conteúdo da causa de pedir. Consultas e pareceres. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, n. 564, out./1982.

_____. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *RePro*, São Paulo, n. 50, p. 58-63, 1988.

_____. Medidas cautelares no direito de família. *Revista do Advogado (AASP)*, ano II, n. 6.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático.* São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

_____. *A nova Lei do Mandado de Segurança.* São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Aspectos polêmicos da produção antecipada de provas. *Revista de Processo*, p. 322-327, n. 91.

_____. Chamamento ao processo. *In:* DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.* São Paulo: RT, 2004.

_____. *Código de Processo Civil anotado.* Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Execução provisória e antecipação de tutela.* São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Habeas Data. *In:* DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações Constitucionais.* Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. *Manual de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva,

2015.

_____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Tutela antecipada.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Variações sobre a multa do *caput* do art. 475-J do CPC. *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução.* São Paulo: RT, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. *Precedentes.* Coords. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Barril de Mâcedo. Salvador: JusPodivm, 2015.

BUZAID, Alfredo. Da liquidação por artigos em ação de ressarcimento de perdas e danos. *RePro*, São Paulo, n. 43, p. 10, jun.-set./1986.

CABRAL, Antonio do Passo. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Pelas Asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um

terceiro especial: uma análise dos institutos similares – o *amicus* e o *vertreter dês offentlichen* interesses. *Revista de Processo,* São Paulo, RT, v. 117, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação.* 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Dos alimentos.* 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Fraude contra credores.* 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes: vistos por um advogado.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Até quando abusarás, ó Catilina? (cautelares e liminares – catástrofe nacional). *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, n. 40, p. 78, 1993.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 3.

_____. _____. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.

_____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Arbitragem*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Conciliação e mediação no processo civil brasileiro – Estado da questão. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, n. 22, p. 10, 2005.

_____. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*: *uma abordagem crítica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Lições de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 2.

_____. _____. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 3.

_____. _____. 17. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. v. 1.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Redução do valor da *astreinte* e efetividade do processo. *In:* ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JR., Nelson; MAZZEI, Rodrigo Reis; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ARRUDA ALVIM, Thereza Celina Diniz de (coords.). *Direito civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim.* São Paulo: RT, 2007.

_____. Relativização da coisa julgada material. *In:* DIDIER JR., Fredie (org.). *Enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 197, ano 36, p. 261-269, julho/2011.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

_____. Tutela do patrimônio mínimo necessário à manutenção da dignidade do devedor e da sua família. *In:* SHIMURA, Sergio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001. v. 2.

_____; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil. *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Orgs. Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; _____. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. *Precedentes*. Coords. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Barril de Mâcedo. Salvador: JusPodivm, 2015.

CAMIÑA MOREIRA, Alberto. Ato atentatório à dignidade da justiça. Não nomeação de bens à penhora. *In:* SHIMURA, Sergio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (orgs.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Defesa sem embargos do executado.* São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Embargos à execução, garantia do juízo e suspensão da execução. Embargos à execução, garantia do juízo e suspensão da execução. *In:* SHIMURA, Sergio (org.). *Execução no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.

_____. *Nova reforma processual civil comentada*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Código de Processo Civil interpretado*. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Em torno da petição inicial. *RePro,* São Paulo, n. 119, p. 30.

_____. Em torno do processo de execução. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, Forense, v. 101, 2005.

_____. O processo de liquidação de sentença. *RePro*, São Paulo, n. 60, p. 44, out.-dez./1990.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o procedimento sumário na reforma do Código de Processo Civil. *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Da antecipação de tutela.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Do "cumprimento da sentença", conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? *Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais – Lei 11.232/2005.* São Paulo: RT, 2006.

_____. *Do rito sumário na reforma do CPC.* São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Intervenção de terceiros*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Jurisdição e competência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Poderes do relator e agravo interno – Arts. 557, 544 e 545 do CPC. *Revista de processo*, v. 100, 2000.

_____. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9756/98.* São Paulo: RT, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas. *Efeitos* ex nunc *e as decisões do STJ.* São Paulo: Manole, 2008.

CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos.* São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Milton Paulo de. A prática do procedimento sumário segundo a sua nova disciplina. *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Do pedido no processo civil.* Porto Alegre: Fabris, 1992.

CASSETARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 1974. v. VIII.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano. Um alento ao futuro: novo

tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. *In:* DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

CHEIM JORGE, Flávio. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos Juizados Especiais Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 4.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COSTA, Eduardo José Fonseca. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. Calendarização processual. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Código de Processo Civil interpretado.* 5. ed. São Paulo: Manole, 2006.

_____. *Código de Processo Civil interpretado e anotado*. São Paulo: Manole, 2006.

_____. *Tutela antecipada*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CORREIA, André de Luizi. Em defesa da penhora *on-line*. *RePro*, São Paulo, RT, n. 125, p. 105-106, jul./2005.

CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitória*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. *A* causa petendi *no processo civil.* 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. *In:* TUCCI, José Rogério Cruz; e BEDAQUE, José Roberto dos Santos (orgs.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade - a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. *In:* DIDIER JR., Fredie; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

_____. As defesas do executado. *In:* SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* São Paulo: RT, 2007.

_____. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. *In:* CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. O 6.º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide? Gênesis. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 32, p. 291-311, 2004.

DALL'AGNOL JR., Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, v. 2.

_____. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: LeJur, 1989.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. Reclamação Constitucional. *In:* FARIAS, Cristiano Chaves de; e DIDIER JR., Fredie (coords.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante.* São Paulo: Saraiva, 2003.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIn e sua legitimidade recursal. *In:* Fredie Didier Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre o terceiro no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

DIAS, Jean Carlos. A introdução da sentença-tipo no sistema processual brasileiro – Lei 11.277. *Revista Dialética de Direito Processual,* São Paulo, Dialética, n. 37, 2006.

DIAS, Ronaldo Bretâs C. *Fraude no processo civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIDIER JR., Fredie. As condições da ação e o Novo CPC. Disponível em: <http://portalprocessual.com/as-condicoes-da-acao-e-o-novo-cpc/>. Acesso em: 13 mar. 2015.

_____. A sentença meramente declaratória como título executivo – aspecto importante da reforma processual civil brasileira de 2005. *In:* CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (coords.). *Temas atuais da execução civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Aspectos processuais do usucapião especial rural e urbano. *Procedimentos especiais cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 3.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil.* Salvador: JusPodivm, 2011. v. 4.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil.* Salvador: JusPodivm, 2009. v. 5.

_____. Lei Federal n. 11.382/2006. Possível utilidade ao estranho

§ 6.º do art. 739-A, CPC. Restrição objetiva ao efeito suspensivo dos embargos à execução. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?CId=115>. Acesso em: 17 abr. 2007.

_____; Nova hipótese de legitimidade para a propositura de ação rescisória. Novo CPC. Art. 979, IV, versão da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-183/>. Acesso em: 13 fev. 2015.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo.* São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In:* CABRAL, Antonio do Passo, e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade.* 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Regras processuais no novo Código Civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Precedentes.* Coords. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Barril de Mâcedo. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação rescisória contra decisão interlocutória. *A nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. A reclamação no processo civil. *Nova era do processo civil.* 2. ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *A reforma da reforma*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Capítulos da sentença.* São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Declaração *ex officio* da incompetência relativa? *Fundamentos do processo civil moderno.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1.

_____. Desconsideração da personalidade jurídica. Fraude e ônus da prova. *Fundamentos do processo civil moderno.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Fraude contra credores alegadas nos embargos de terceiro. *Revista de Processo*, n. 23, 1981.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. I.

_____. *Instituições de direito processual civil.* São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

_____. *Intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Manual dos Juizados Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Ministério Público e jurisdição voluntária. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1.

_____. O efeito devolutivo da apelação e de outros recursos. *A nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O relator, a jurisprudência e os recursos. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

_____. O relator, a jurisprudência e os recursos. *Fundamentos do processo civil moderno.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 2.

_____. Os efeitos dos recursos. *A nova era do processo civil.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo:

Malheiros, 2000. t. I.

_____. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, n. 109, 2003.

_____. *Sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Tempestividade dos recursos. *Revista Dialética de Direito Processual,* São Paulo, Dialética, n. 16, jul./2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

DUARTE, Ronnie Preuss. *A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro: questões controvertidas.* São Paulo: Método, 2004.

DWORKING, Ronald. *O império do Direito.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Réu revel não citado, *querella nullitatis* e ação rescisória. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 48, out-dez./1987.

FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Antecipação da tutela no processo civil.* 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Código Tributário Nacional comentado*. Coordenação de Vladimir Passos de Freitas. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; _____. *Direitos reais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRARESI, Eurico. *Improbidade Administrativa.* São Paulo, Método, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2001. v. 7.

FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução.* 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Comentários à novíssima reforma do CPC – Lei 10.444, de 7 de maio de 2002.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT,

2001. v. 4, t. II.

_____. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *O novo procedimento sumário*. São Paulo: RT, 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FISCHMANN, Gerson. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2001. v. 14.

FLACH, Daisson. *A nova execução*. Coord. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil.* Salvador: JusPodivm, 2015.

FONSECA, Priscila Corrêa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *A reforma processual civil (artigo por artigo).* São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir.* 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Reforma do CPC.* São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; GUEDES, Jefferson Carús. Juizados Especiais Cíveis Federais. *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante.* São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

FUX, Luiz. *A reforma do processo civil*. Niterói: Impetus, 2006.

_____. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Impugnação ao cumprimento de sentença. *In:* SANTOS. Ernane Fidélis dos *et al.* (coords.). *Execução civil: Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior.* São Paulo: RT, 2007.

_____. *Tutela de segurança e tutela da evidência.* São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia. Disponível em <http://jota.info/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>. Acesso em 4 out. 2015.

_____. *Técnicas de aceleração do processo.* São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

_____. *Teoria geral do processo – Comentários ao CPC de 2015 – Parte geral.* São Paulo: Método, 2015.

_____; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo – Comentários ao CPC de 2015.* São Paulo: Método, 2015.

GARCIA, André Almeida. *Prova civil.* São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceira fase da Reforma do Código de Processo Civil. Leis 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006.* São Paulo: Método, 2006.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Código de Processo Civil anotado*. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2005.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social dos contratos.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. A relativização da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário).

Revista de Processo, v. 135, p. 45, 2006.

_____. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Reclamação Constitucional. *In:* DIDIER JR., Fredie (coord.). *Ações Constitucionais.* Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. *Teoria geral das provas*. Salvador: JusPodivm, 2005.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo.* São Paulo: SRS, 2008. v. único.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo.* Rio de Janeiro: Aide, 1993.

_____. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

GOUVÊA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Leituras complementares de processo civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *A intervenção de terceiros no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Da intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito processual civil brasileiro.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2.

_____. _____. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Linhas mestras do processo civil.* São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Direito civil e processo*. São Paulo: RT, 2007.

_____. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada. *In:* DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. *Instituições de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. II.

_____. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *O processo de execução.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1 e 2.

_____. Os atos de disposição contratual – Primeiras reflexões. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10206>.

_____. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei n. 11.232/05. *Revista do Advogado,* AASP, ano XXVI, n. 85, p. 99, maio/2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro,* v. 10, p. 1-9, 2002.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. Cumprimento da sentença. *In:* CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (coords.). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin.* São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court. RePro* 99, ano 25, jul.-set. 2000.

_____. *O processo em evolução*. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

_____. Projeto de lei sobre a mediação e outros meios de pacificação. *O processo – estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito coletivo. *O processo – estudos e pareceres.* 2. ed. São Paulo: DPJ, 1998.

GUERRA, Marcelo Lima. As liminares na reforma do CPC. *In:* WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Liminares.* São Paulo: RT, 1995.

_____. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Estudos sobre o processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Execução indireta.* São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998.

HOFFMAN, Paulo. *Nova execução de título extrajudicial*. São Paulo: Método, 2007.

JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual.* 2. ed. em coautoria com Fredie Didier Jr., e Flávio Cheim Jorge. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Apelação cível*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

KNIJNIK, Danilo. *Nova execução – Comentários a Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Coord. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil.* São Paulo: RT, 1991.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 8. t. I.

_____. *Despacho saneador.* 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

_____. *Teoria geral do processo.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LARA, Betina Rizatto. *Liminares no processo civil.* 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

LASPRO, Oreste Nestor. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1995.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática.* Porto Alegre: Fabris, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho.* 3. ed. São Paulo: LTR, 2005.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1992. v. 1.

_____. *Processo de execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.

LLOBREGAT, José Garberí. *El proceso de ejecución forzosa en la nueva ley de enjuiciamiento civil.* Espanha/Madri: Civitas, 2003.

LISBOA, Celso Anicet. O mandado monitório objetivamente complexo como chave de alguns problemas da ação monitória. *RePro,* São Paulo, n. 83, p. 52, 1996.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. *Medidas preventivas.* 2. ed. Belo Horizonte: Sugestões Literárias, 1958.

LOPES, João Batista. *Ação declaratória.* 5. ed. São Paulo: RT,

2002.

_____. *A prova no processo civil brasileiro.* São Paulo, 2000.

_____. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

_____. *Medidas cautelares inominadas.* São Paulo: RT, 1986. v. 605.

_____. Tutela antecipada e o art. 273 do CPC. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado.* Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Coisa julgada, efeitos da sentença, "coisa julgada inconstitucional" e embargos à execução do art. 741, par. ún. *In:* DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Embargos à execução.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Garantia do tratamento paritário das partes. *In:* CRUZ E TUCCI, José Rogério (org.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

_____. Objeção na execução (objeção e exceção de pré-executividade). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 2, 2001.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório* São Paulo: RT, 1999.

MACÊDO, Lucas Buril. A disciplina dos precedentes judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. *Precedentes.* Coords. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. e Lucas Buril de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Contributo para a definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *Precedentes*. Coords. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. e Lucas Buril de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 237, ano 39, nov/2014.

MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. *In:* FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa:*

reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação anulatória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

MAIA, Andrea; HILL, Flávia Pereira. Do cadastro e da remuneração dos mediadores. *In:* ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; e PELEJO, Samantha (coords.). *A mediação no Novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MALACHINI, Edson Ribas. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. v. 10.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Ação popular*. 4. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. O Direito Brasileiro segue filiado (estritamente) à família *civil law*? *O Novo Código de Processo Civil – Questões controvertidas.* São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

MARCATO, Antonio Carlos. Breves considerações sobre jurisdição e competência. *RePro,* São Paulo, n. 66, p. 26, 1992.

_____. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. O reconhecimento *ex officio* do caráter abusivo da cláusula de eleição de foro. *Leituras complementares para concursos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2004.

_____. *Procedimentos especiais.* 28. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Prorrogação da competência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 7-18, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 5. t. I.

_____. _____. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo.* São Paulo: RT, 2006. v 1.

_____; _____. *Curso de processo civil*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, v. 2 – Processo de conhecimento.

_____; _____. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 3 – Execução.

_____; _____. *Curso de processo civil.* São Paulo: RT, 2008. v. 4 – Processo cautelar.

_____; _____. *Curso de processo civil.* São Paulo: RT, 2009. v. 5 – Procedimentos especiais.

_____; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2008.

_____; *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 2007.

_____. Sobre o assistente litisconsorcial. *RePro*, São Paulo, v. 58, p. 255, 1990.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva.* 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada de prova.* São Paulo: RT, 2004.

MARINS, Victor A. A. Bomfim. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2001. v. 12.

_____. *Tutela cautelar*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000. v. 2.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Processo administrativo tributário*. XXIII Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: RT, 2002.

MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1983.

MAZZEI, Rodrigo. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Reforma do CPC.* São Paulo: RT, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público.* São Paulo: Saraiva, 1995.

MEDINA, José Miguel Garcia. A execução da liminar que antecipa efeitos da tutela sob o prisma da teoria geral da tutela jurisdicional executiva – O princípio da execução sem título permitido. *In:* SHIMURA, Sergio; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (orgs.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2001. v. 2.

_____. Litisconsórcio ativo necessário. *RePro*, São Paulo, n. 88, p. 291, 1987.

_____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

_____. Novo CPC. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-25/cpc-nao-adotar-conceito-condicoes-acao>. Acesso em: 13 fev. 2015.

_____. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especiais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Processo civil moderno – Execução.* São Paulo: RT, 2008. v. 3.

_____; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo.* São Paulo: RT, 2009.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apontamentos sobre as alterações oriundas da Lei n.

11.232/2005. *In:* GIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. (orgs.). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin.* São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; _____; _____. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2.* São Paulo: RT, 2006.

MEIRELES, Helly Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais.* 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Competência cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do Novo Código de Processo Civil. *In:* MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; e FREIRE, Alexandre (orgs.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais.* Salvador: JusPodivm, 2015.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. IV. tomo I.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. Agravo retido. *In:* MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). *Dos recursos: temas obrigatórios e atuais.* Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002. v. 2.

_____. *Código de Processo Civil interpretado.* Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Procedimento sumário*. São Paulo: RT, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valey. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a questão da competência jurisdicional. *Ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. O problema das invalidades dos atos processuais no direito processual civil brasileiro contemporâneo. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 35, p. 46-69, 2005.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 2.

_____. Do agravo regimental. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 2, 1982.

_____. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional.* 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

MORAES E BARROS, Hamilton de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. IV.

MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante.* São Paulo: RT, 2007.

MOREIRA PINTO, Junior Alexandre. A nova disciplina dos embargos: subsistência da figura da exceção de pré-executividade? *In:* COSTA, Susana Henriques da (org.). *Execução extrajudicial – Modificações da Lei 11382/2006.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. *Conteúdo e efeitos das decisões judiciais.* São Paulo: Atlas, 2008.

MOUTA ARAÚJO, José Henrique. Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual? *Revista de Processo*, v. 116, p. 207-230, 2004.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2001. v. 11.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho.* 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NAVARRO, Hélio Rubens Pereira. Adjudicação compulsória. *RePro*, São Paulo, n. 40, p. 43, 1985.

NEDER Marcus Vinicius; MARTÍNEZ LOPES, Maria Teresa. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. São Paulo: Dialética, 2002.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JR., Nelson. A forma retida dos recursos especial e extraordinário – apontamentos sobre a Lei 9.756/98. *In:* NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

_____. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. *In:* DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. *Atualidades sobre o processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.

_____. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2008.

_____. Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *RePro*, São Paulo, n. 46, p. 11, abr.-jun./1987.

_____. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 44-77, 1992.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos.* 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Teoria geral dos recursos.* 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008.

NETTO, Fernando Gama de Miranda; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no Novo Código de Processo Civil. *In:* REZENDE, Diogo Assumpção; PANTOJA, Fernanda Medina; e PELEJO, Samantha (coords.). *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 7.

_____. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Algumas considerações sobre as limitações procedimentais

à busca da verdade no processo civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual,* São Paulo, Dialética, n. 30, p. 20-37, 2005.

_____. A nova redação do art. 555 do Código de Processo Civil e o incidente de uniformização de jurisprudência. *In:* RIBEIRO COSTA, Hélio Rubens Batista; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (orgs.). *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

_____. *Competência no processo civil*. São Paulo: Método, 2005.

_____. Contraditório e matérias de ordem pública. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (orgs.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado.* Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. Injustificados vetos presidenciais à Lei 11.382/06. *In:* COSTA, Susana Henriques da (org.). *Execução extrajudicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. v. 1.

_____. Interesse recursal eventual e o recurso adesivo condicionado ao julgamento do recurso principal. *Revista Dialética de Direito Processual,* São Paulo, Dialética, n. 32, p. 42-43, nov./1995.

_____. *Manual de Direito Processual Civil.* 6. ed. São Paulo: Método, 2014. v. único.

_____. *Manual de processo coletivo.* São Paulo: Método, 2013.

_____. *Nova reforma processual civil comentada*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

_____. *Novo CPC – Inovações, alterações e supressões.* São Paulo, Método, 2015.

_____. *Preclusões para o juiz: preclusão judicial e preclusão* pro iudicato *no processo civil.* São Paulo: Método, 2004.

_____. Princípio da comunhão das provas. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, n. 31, p. 19-33, 2005.

_____. Recurso contra a sentença de improcedência liminar (art. 285-A do CPC) e o juízo de retratação. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, São Paulo, Dialética, n. 54, 2007.

_____. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006.

_____; MAZZEI, Rodrigo; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Reforma do CPC 2 – Leis 11.382/2006 e 11. 341/2006.* São Paulo: RT, 2007. v. 1.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. *Execução provisória da sentença*. São Paulo: RT, 2005.

_____. Honorários advocatícios extrajudiciais: breve análise (e harmonização) dos artigos 389, 395 e 404 do novo Código civil e do artigo 20 do Código de processo civil. *Revista Forense*, v. 105, n. 402, mar.-abr./2009.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. A improcedência manifesta do pedido. *A nova reforma processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Curso básico de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Processo civil: teoria geral do processo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

NOLASCO, Rita Dias. Responsabilidade patrimonial. *In:* NEVES, Daniel Amorim Assumpção; SHIMURA, Sergio (coords.). *Execução no processo civil: novidades & tendências.* São Paulo: Método, 2005.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional.* São Paulo: Método, 2011.

NOTARIANO JUNIOR, Antonio de Pádua. O duplo grau e o § 3.º do art. 515 do CPC, introduzido pela Lei 10.352/2001. *RePro*, São Paulo, v. 114, p. 200, mar.-abr./2004.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. *Precedentes.* Coords. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. e Lucas

Buril de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Alcance e natureza da tutela antecipatória. *In:* BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____ (coord.). *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3. t. II.

_____. *Do formalismo no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Princípio do contraditório. *In:* CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Saneamento do Processo: Estudos em homenagem ao prof. Galeno Lacerda.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial.* São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000.

_____. Novas perspectivas da execução civil – Cumprimento da sentença. *In:* NEVES, Daniel Amorim Assumpção; SHIMURA, Sergio (coords.). *Execução no processo civil: novidades & tendências.* São Paulo: Método, 2004.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

ORIONE NETO, Luiz. *Processo cautelar.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Recursos cíveis.* São Paulo: Saraiva, 2002.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas.* 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

PANTOJA, Fernanda Medina. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedente no direito brasileiro. *Precedentes*. Coords. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. e Lucas Buril de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2015.

PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. n. 17.2.2.

PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Agravo no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. *Embargos de terceiro.* São Paulo: Atlas, 2002.

PERRINI, Raquel Fernandez. *Competências da Justiça Federal Comum*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. IX. t. I – Inventário e Partilha.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Medidas cautelares – Poder cautelar geral do juiz. *Revista de Processo*, v. 59, p. 179-186, 1981.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Código de Processo Civil interpretado.* Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. III.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. IX.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. XII.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 12.

_____. *Tratado da ação rescisória.* Campinas: Bookseller, 1998.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2000. v. 8.

PRATA, Edson. Da justificação. *Revista dos Tribunais*, ano 79, p. 18, 1990.

QUEIROZ, Ari Ferreira. Proteção constitucional da pequena propriedade rural. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1676>. Acesso em: 26 dez. 2006.

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

RAMOS, Glauco Gumerato; NEVES, Daniel Assumpção; FREIRE, Rodrigo da Cunha; MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC.* São Paulo: RT, 2007.

REALE, Miguel. *Verdade e conjectura*. São Paulo: Nova Fronteira, 1983.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Execução provisória.* São Paulo: Método, 2006.

_____. *Nova execução de título extrajudicial.* Autores: NETO, Fernando Sacco; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; HOFFMAN, Paulo; MELLO, Rogério Licastro Torres de; PALHARINI JUNIOR, Sidney. São Paulo: Método, 2007.

RIZK, Werner Braun. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória.* São Paulo: RT, 1979.

ROCHA, José de Albuquerque. *Nomeação à autoria*. São Paulo: Saraiva, 1983.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. A natureza jurídica da correição parcial. *In:* DIDIER JR., Fredie (coord.). *Leituras complementares para concursos.* 6. ed. rev. e atual. 2008. v. 1.

_____. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 2.

_____. *Manual de execução civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 7.

DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo* – Comentários ao CPC de 2015. São Paulo, Método, 2015.

SACCO NETO, Fernando. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. *Da ação monitória e da*

tutela jurisdicional antecipada. São Paulo: Malheiros, 1995.

SALLES, Carlos Alberto. Precedentes e jurisprudência no Novo CPC: novas técnicas decisórias? *O Novo Código de Processo Civil – questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1978.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Ação monitória.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. Aspectos da exibição preparatória de coisa e documento. *RePro* 52, 1974.

_____. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *As reformas de 2006 do Código de Processo Civil: execução dos títulos extrajudiciais.* São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Dos procedimentos especiais do Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. VI.

_____. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

_____. _____. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Novos aspectos da obrigação alimentar. *In:* DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Questões controvertidas no Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

SANTOS, Nelton dos. Código de Processo Civil anotado. *In:* MARCATO, Antonio Carlos (coords.). São Paulo: Atlas, 2006.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Do descumprimento das obrigações: consequências à luz do princípio da restituição integral*. São Paulo: J. de Oliveira, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SENISE LISBOA, Roberto. *Manual de direito civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. v. 1.

SHIMURA, Sergio Seiji. A execução da sentença na reforma de 2005. *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Arresto cautelar*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. Efetivação das tutelas de urgência. *In:* SHIMURA, Sergio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001.

_____. O cumprimento efetivo da sentença e a concretização dos direitos fundamentais. *In:* FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org.). *Revista Unifieo*. Osasco: Unifieo, 2005.

_____. Sobre a ação monitória. *RePro* 88/58, 1997.

_____. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

SICA, Heitor. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. Doze problemas e onze soluções quanto à estabilização da tutela antecipada. Disponível em <http://www.academia.edu/17569673/2015_-_Doze_problemas_e_onze_solu%C3%A7%C3%B5es_quanto_%C3%A0_estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_antecipada>.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; e NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

SILVA, Ovídio Baptista da. A "antecipação" da tutela na recente reforma processual. *In:* TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 2.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 1.

_____. *Curso de processo civil.* 5. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 1.

_____. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

_____. _____. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

SIQUEIRA, Marília; LIPIANI, Júlia. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. *Precedentes*. Coords. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. e Lucas Buril de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2015.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Recursos constitucionais – recurso ordinário, extraordinário e especial.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, Ricardo Oliveira Pessoa de. *A adjudicação na execução por quantia certa*. Curitiba: Juruá, 2006.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória – A ação preventiva prevista no art. 461 do CPC.* São Paulo: RT, 2002.

_____. Fungibilidade das tutelas de urgência. *RePro*, São Paulo, n. 110, p. 90-91, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCPC. *In:* MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Processo de conhecimento – provas*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; ABBOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? *Precedentes.* Coords. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. e Lucas Buril de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2015.

TABOSA, Fábio Guidi. *Código de Processo Civil interpretado*. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 153, p. 11-32, 2007.

_____. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

_____. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (agravo interno). *In:* NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2002. v. 5.

_____. Embargos do executado. *RePro,* São Paulo, n. 90, p. 99, 1999.

_____. Notas sobre a teoria das nulidades no processo civil. *Revista Dialética de Direito Processual,* São Paulo, Dialética, n. 29, p. 38-56, 2005.

_____. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo,* São Paulo, v. 91, p. 92-114, 1998.

_____. Sentença que reconhece obrigação como título executivo (CPC, art. 475, N, I – acrescido pela Lei 11.232/2006). *In:* NOGUEIRA, Gustavo Santana (coord.). *A nova reforma processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Tutela de urgência e a Fazenda Pública. *Revista de Processo*, v. 152, p. 36-59, 2007.

_____. *Tutela monitória.* São Paulo: RT, 1998.

_____. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em <http://www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_nota_sobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais>.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil.* 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

_____. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

_____. *O Novo CPC e o direito civil – impactos, diálogos e interações.* São Paulo: Método, 2015.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. A penhora de salários e a efetividade do processo de execução. *In:* SHIMURA, Sergio; NEVES, Daniel A. Assumpção (orgs.). *Execução no processo civil.* São Paulo: Método, 2005.

_____. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: RT, 2005.

TEIXEIRA, Patrícia Trunfo. *Lei dos Juizados Especiais Federais interpretada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil.* São Paulo: RT, 2001.

_____. *Jurisdição voluntária*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

_____; BAGGIO, Lucas Pereira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JR., Humberto. A ação monitória e a reforma do Código de Processo Civil. *Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio Figueiredo Teixeira. São Paulo: RT, 1996.

_____. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, 2 e 3.

_____. *Fraude contra credores – A natureza da sentença da ação pauliana*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Lei de execução fiscal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. n. 66.

_____. O NCC e as regras heterotópicas de natureza processual. *In:* DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coords.). *Reflexos do Novo Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. O procedimento monitório e a conveniência de sua introdução no processo civil brasileiro. *Revista Forense*, v. 271, p. 78-79, 1980.

_____. *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008.

_____. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 105, p. 9-33, jan.-mar./2002.

_____. *Tutela jurisdicional de urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da

inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *In:* DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário.* São Paulo: RT, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. *O novo Código de Processo Civil*. *Revista do Advogado* AASP nº 126.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. A fungibilidade na tutela de urgência (uma reflexão sobre o art. 273, § 7.º, do CPC). *RePro*, São Paulo, n. 112, p. 72, 2003.

_____. *A impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares*. São Paulo: RT, 2002.

VASCONCELOS, Ronaldo. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

VENOSA, Sílvio. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito civil.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 7.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998.

VIANA, Salomão. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

VICENZI, Brunela Vieira de. Competência funcional – distorções. *RePro*, São Paulo, n. 105, p. 280-281, 2002.

VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VIVEIROS, Estefânia. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação: propostas para minimizá-la. *Revista de Processo* 109, 2003.

_____. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 6. ed. São Paulo:

RT, 2004. v. 1.

_____; _____; _____. _____. 9 ed. São Paulo: RT, 2007.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2.ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____; _____; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 1997.

_____. Litispendência em ações coletivas. *In:* MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (orgs.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de Mello. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo.* São Paulo: RT, 2015.

WATANABE, Kazuo. Ações dúplices. *Revista de Processo*, v. 31, 1983.

_____. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas; Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____; GRINOVER, Ada Pelegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto.* 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízo rescindente e rescisório.* São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In:* CABRAL, Antonio do Passo; e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Tutela jurisdicional meramente declaratória. *RePro,* São Paulo, n. 76, p. 46, 1994.

_____; BONÍCIO, José Magalhães. *Execução civil: novos perfis.* São Paulo: RCS, 2006.

ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZARIF, Cláudio Cintra. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. *In:* DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: Enfoque crítico.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. *Processo de execução: parte geral.* 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2008.

ZENKNER, Marcelo. Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade – Revisitando as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público Brasileiro. *In:* CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; e ROSENVALD, Nelson (orgs.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do* Parquet *nos 20 anos da Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.