



DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES



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**
Jus **PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

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 atividade¹. 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 pretense 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).

Cumpra 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 chegada⁴. 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 prejudicar 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 à 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 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 insere 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 legislador⁵.

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 Tribunal⁶. 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 inexecutável, 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 íntima². 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 possível⁸.

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 futura⁹. 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 inexecutável 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 conflitos¹⁰. 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 criadas¹².

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, entendendo 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, entendendo 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 atuaram, 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 mediação.

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 arbitragem¹³.

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 partes¹⁴. 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 entendimento¹⁵, 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 arbitragem¹⁶. 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 privada¹⁷, 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 arbitral¹⁸.

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 arbitral¹⁹.

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 júízo 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 terceiro²¹. 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 todos²². 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 sociedade²³. 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 pública²⁴. 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 jurisdição²⁵.

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 jurisdição²⁶.

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 futuro²⁸.

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, jurisdicionarizar 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 juiz²⁹;
- (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 ofício³⁰.

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 partes³¹. 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 oficial³². Há interessante lição doutrinária a apontar que o impulso oficial pode depender da colaboração das partes em dois aspectos: econômico e prestação de informações³³. 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 jurisdicional³⁴.

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-juíz 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 juizes 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 virtual³⁵.

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 tribunal³⁶. 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 indelegabilidade³⁷, 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, conseqüentemente, 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 Judiciário³⁸. 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 administrativa³⁹. 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 Previdenciária⁴⁰.

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 prévio⁴¹.

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 responder⁴².

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 Previdenciária⁴³.

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 popular⁴⁴.

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 administrativo⁴⁵. 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 Judiciário⁴⁶. O controle, portanto, deve se limitar aos vícios formais do processo administrativo⁴⁷.

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 entendimento⁴⁸.

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 econômico⁴⁹ 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 definitiva⁵⁰. 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 CPC⁵¹.

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 CPC⁵², 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 concreto⁵³.

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.

Cumprido observar que regras gerais, abstratas e impessoais não agredem 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 encomenda⁵⁴, 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 natural⁵⁵, o mesmo ocorrendo com as equipes especializadas de promotores de justiça ou formação de forças-tarefas para determinada área de atividade⁵⁶. 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 Justiça⁵⁷.

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 entendimento⁵⁸. 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 indivisível⁵⁹. 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 militar⁶⁰?

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 inquisitorialidade atribuída ao juiz na formação, condução e decisão da demanda.

Essa maior carga de inquisitorialidade, 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 partes⁶²;
- (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 conveniente⁶³. 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 conclusão⁶⁴.

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 Justiça⁶⁶.

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 voluntária⁶⁷. 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 jurisdicional⁶⁸.

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 juiz⁶⁹. 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 objetivo⁷⁰. 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 jurisdição⁷¹. A doutrina lembra em especial a questão da pacificação social, inegavelmente obtida com a sentença proferida em jurisdição voluntária⁷².

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 interdição⁷³. 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 judicial⁷⁴. 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 antagônicas⁷⁵. 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 processo⁷⁶. *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 voluntária⁷⁸ 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 revisional⁷⁹. 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, conseqüentemente, 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 cautelar⁸⁰.

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.

Cumprir 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 conhecimento⁸¹. 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 das quais se busca resolver a crise de insatisfação⁸². 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 inibitória⁸³.

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 dano⁸⁴.

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.

Cumprе 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 ilícito⁸⁵.

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

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 obrigação⁸⁶.

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 específica⁸⁷. Para parcela da doutrina, ainda que possível, a tutela específica pode ser excluída quando não for justificável ou racional em razão de sua excessiva onerosidade⁸⁸.

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 materiais⁸⁹.

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 material⁹⁰.

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 tutelar⁹¹. 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 conseqüente 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 processual⁹². 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 tutela⁹³.

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 decisão⁹⁴.

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 coletiva⁹⁵.

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 Consumidor⁹⁶. 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 Público⁹⁷.

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 concreto⁹⁸, 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 diferenciada⁹⁹), 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 naturezas¹⁰⁰, 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 coletiva¹⁰¹, 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 coletivo¹⁰². 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 coletividade¹⁰³.

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 poluição¹⁰⁴. 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 juízo¹⁰⁵. 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 coletiva¹⁰⁶.

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 material¹⁰⁸.

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 jurídicos¹⁰⁹.

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 prestada¹¹⁰. 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 favor¹¹¹.

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 ação¹¹⁶.

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 condições¹¹⁷.

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 material¹¹⁹.

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 CPC¹²⁰. 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 sucumbência¹²¹.

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 autor¹²².

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 mérito¹²³. A teoria ora analisada tem ampla aceitação no Superior Tribunal de Justiça, podendo-se considerar ter a Corte adotado a teoria da asserção¹²⁴, inclusive em processos penais¹²⁵.

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 preclusão¹²⁶.

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 esgotamento de sua cognição¹²⁷. Ademais, bastaria ao autor mentir em sua petição inicial para adaptá-la às 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 legitimidade¹³¹.

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 pedido¹³². 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 possível¹³³, 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 mérito¹³⁴, havendo também os que entendem que a ilicitude

possa ser do pedido imediato e/ou mediato¹³⁵.

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 pedido¹³⁶. 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 parte¹³⁸. 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 jurisdicional¹³⁹. 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 Pública¹⁴⁰.

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 obter¹⁴¹.

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 jurisdicional¹⁴².

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 autor¹⁴³.

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 processo¹⁴⁴. 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 CPC¹⁴⁵, 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 (*legitimatío 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 demanda¹⁴⁶. Tradicionalmente se afirma que serão legitimados ao processo os sujeitos descritos como titulares da relação jurídica de direito material deduzida pelo demandante¹⁴⁷, 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 sistema¹⁴⁸, 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 processo¹⁴⁹.

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 próprio¹⁵⁰, outra parcela da doutrina entende que a substituição processual é uma espécie de legitimação processual¹⁵¹. 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 substituído¹⁵². Para outros, a substituição processual só ocorre quando o legitimado extraordinário atua no processo sem que o legitimado ordinário atue em conjunto com ele¹⁵³. 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 demanda¹⁵⁴. 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 alheio¹⁵⁵, admitindo-se o ingresso do terceiro adquirente como assistente litisconsorcial do réu.

Também não se pode confundir a substituição processual com a representação processual (*legitimatío 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 processuais¹⁵⁶.

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 jurisdicional¹⁵⁷, Liebman tem entendimento mais amplo, afirmando ser parte todo sujeito que participa da relação jurídica processual em contraditório defendendo interesse próprio ou alheio¹⁵⁸. 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 partes¹⁵⁹.

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 pedido¹⁶⁰.

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 terceiros¹⁶¹. 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 oponente 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 oponente, 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 terceiros¹⁶².

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 processo¹⁶³. 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 parte¹⁶⁴:

- (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 determinação¹⁶⁵.

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 contraditório¹⁶⁶. A impossibilidade de prolação de “decisão surpresa” já vem chamando a atenção da doutrina na interpretação do dispositivo legal ora comentado¹⁶⁷.

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, extraíndo-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 conclusiva¹⁶⁸, 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 juiz¹⁶⁹.

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 sentido¹⁷⁰. 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 pedido¹⁷¹. Afinal, o pedido incerto impede a defesa do réu e o próprio julgamento do mérito¹⁷².

A determinação só se refere ao pedido mediato, significando a liquidez do pedido, ou seja, a quantidade e a qualidade do bem da vida pretendido¹⁷³. 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 vida¹⁷⁴.

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, herança¹⁷⁵.

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 demanda¹⁷⁶.

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 defesa¹⁷⁷. 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 possível¹⁷⁸.

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 superiores¹⁸⁰.

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 genérico¹⁸¹. 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 juiz¹⁸²?

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 ofício¹⁸⁴. 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 complementação¹⁸⁵. A ação rescisória admite como implícito o pedido de novo julgamento sempre que ele decorrer logicamente do pedido de desconstituição da decisão impugnada¹⁸⁶.

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 capitalizados¹⁸⁸.

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 recorrente¹⁸⁹. 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 próprio¹⁹⁰.

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 inflacionário¹⁹², e que os índices de deflação na correção monetária também são admissíveis, desde que preservado o valor nominal do crédito¹⁹³.

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 implícito¹⁹⁴. 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 implícito¹⁹⁵. 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 defesa¹⁹⁶.

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 pedidos¹⁹⁷. 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 demandas¹⁹⁸. 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 competente¹⁹⁹.

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 conexão²⁰⁰. 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 comum²⁰² (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 contas²⁰³, ainda que admitisse o pedido de consignação de pagamento com o de revisão contratual²⁰⁴.

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 comum²⁰⁶.

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 cumulados²⁰⁷, como ocorre na cumulação de pedidos de dano moral e material²⁰⁸. 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 autor²⁰⁹.

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 analisado²¹⁰. 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 posse²¹¹. 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 posterior²¹². 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 deles²¹³. 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-lo²¹⁴.

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 histórico²¹⁵, 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 reais²¹⁶. 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 teoria²¹⁷. 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 pedir²¹⁸.

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 constitutivos²¹⁹. Para outros, é exatamente o contrário: causa de pedir próxima são os fatos e causa de pedir remota são os fundamentos do pedido²²⁰, sendo nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça²²¹. 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 dolo²²³.

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 conhecimento²²⁴. 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 inicial²²⁵. Existem diversas decisões do Supremo Tribunal Federal acolhendo esse entendimento²²⁶, 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 direito²²⁷. 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 pedir²²⁸.

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 inicial²²⁹.

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 legal²³⁰, com respeito ao contraditório²³¹. Por fundamento legal entende-se a indicação do artigo de lei no qual se fundamenta a decisão; esse fundamento legal é dispensável²³² e não vincula o autor ou o juiz, não fazendo parte da causa de pedir²³³. 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 julgamento²³⁵.

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 contrato²³⁶. 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 contrato²³⁸. A fragilidade do raciocínio fez com que a teoria fosse logo abandonada.

3.1.4. PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

A doutrina credits à Oskar von Bülow, 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 material²³⁹. 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 processual²⁴⁰. 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 doutrina nacional essa corrente é até os dias atuais a mais aceita, entendendo-se o *processo* como a relação jurídica de direito processual²⁴¹, 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 processo²⁴².

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 processual²⁴³. 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 procedimento²⁴⁴, 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 tese²⁴⁵.

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 (Büllo) 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 processo²⁴⁶.

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 indispensável²⁴⁷, 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 concreto²⁴⁸. 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 doutrina²⁴⁹:

- (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 jurídica, 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 processo²⁵⁰.

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 primeira²⁵¹. 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 complexa²⁵².

Diferente das relações de direito material, que em regra são instantâneas, a relação jurídica processual é continuada, desenvolvendo-se durante o tempo²⁵³. 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 público²⁵⁴.

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;

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 processo²⁵⁵, 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 omissor, 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 extraproceto 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 rescindibilidade²⁵⁶.

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 processo²⁵⁷. Não compartilho de tal entendimento, porque os atos praticados pelo juiz suspeito são tão nulos quanto os atos praticados pelo juiz impedido²⁵⁸, 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 imparcialidade. 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 parcialidade.

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 Legislativas²⁵⁹ ou os Tribunais de Contas²⁶⁰, desde que atuem na defesa de seus interesses estritamente institucionais, ou seja, concernentes à sua organização e funcionamento. Nesse sentido a Súmula 525/STJ²⁶¹.

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 existência²⁶², 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 processo²⁶³, mas, quando o falecimento ocorre durante o processo, o ingresso de espólio, herdeiros ou sucessores depois do prazo legal é entendido como mera irregularidade²⁶⁴.

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 empresa²⁶⁶.

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 atos²⁶⁷.

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 apresentação e representação: quando a parte se faz presente em juízo por meio de seus órgãos, não existe tecnicamente representação, mas apresentação. 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 apresentadas pelos sujeitos previstos no artigo ora comentado. Na hipótese de apresentação não existe necessidade de procuração, mandato nem qualquer forma de outorga de poderes²⁶⁸.

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 apresentada 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 apresentados 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 apresentadas por quem a lei do ente federado designar, sendo dispensado ao procurador da autarquia a juntada de procuração para apresentá-la em juízo²⁶⁹.

A massa falida é considerada pessoa formal, já que não detém personalidade jurídica nos moldes da pessoa natural ou da pessoa jurídica²⁷⁰, 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 espólio²⁷¹. 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 vício²⁷².

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 HC²⁷³ 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 monocraticamente²⁷⁴.

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 validade²⁷⁵, 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 existir²⁷⁶.

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 anterior²⁷⁷. 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 rescisória²⁷⁸.

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 processo²⁷⁹, 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 validade²⁸⁰ 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

existência²⁸², 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 processo²⁸³. 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 1354²⁸⁴.

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 legal²⁸⁵.

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 Público²⁸⁶.

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

vontade²⁸⁷. 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 direitos²⁸⁸.

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 juízo²⁸⁹.

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 polêmico²⁹⁰ 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 específico²⁹².

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 contraditório²⁹³.

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 convencimento²⁹⁴. 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 realidade²⁹⁵.

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 contraditório²⁹⁶.

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 partes²⁹⁷. 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: nenhum²⁹⁸.

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 circunstâncias²⁹⁹.

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 parte³⁰⁰. 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 jurisdicionalmente³⁰¹.

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 violência³⁰². 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 misto³⁰³, com preponderância do princípio dispositivo³⁰⁴. Ao menos na jurisdição contenciosa é correto afirmar que esse sistema misto é essencialmente um sistema dispositivo temperado com toques de inquisitorialidade. 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 cidadão³⁰⁵. 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 doutrina³⁰⁶, 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 penal³¹⁰. 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 Poder Judiciário 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 decisório³¹¹.

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 fundamentação³¹². 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 Especiais³¹³.

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 princípio³¹⁴, 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 preenchimento³¹⁶, 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 concreto³¹⁷.

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 repetitiva³¹⁸, cabendo ao juiz apenas justificar a utilização daquela decisão padrão para o caso específico³¹⁹.

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 decisão³²⁰.

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 demanda³²¹, liberando o juiz de atividade valorativa inútil. Ou ainda alegação que tenha ficado prejudicada em razão de decisão de questão subordinante³²², como ocorre na hipótese de ser liberado o juiz de analisar todos os fundamentos da parte vitoriosa³²³.

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 enfrentamento 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 doutrina³²⁴.

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 concreto³²⁵.

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 concreto³²⁶. Exige-se, portanto, uma comparação analítica entre os fundamentos determinantes da súmula ou precedente e o caso sob julgamento³²⁷.

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 CPC³²⁸. 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 persuasivos³²⁹, 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-lo³³⁰.

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 Justiça³³¹. 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-los³³².

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 direito³³³.

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 indisponível³³⁴. E nada indica que no Novo Código de Processo Civil haverá solução diversa³³⁵.

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 conflitantes³³⁶.

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 princípios³³⁷, 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 processo³⁴¹. 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 isonomia³⁴².

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 X³⁴³. 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 principais³⁴⁴.

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 processo³⁴⁵.

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 terceiro³⁴⁷ 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 continência³⁴⁸, 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 torna³⁵⁰.

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 lei³⁵¹. 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 declarada³⁵².

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 algum³⁵³. 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 legal³⁵⁴. 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 procedimento³⁵⁵. O legislador não pode sacrificar direitos fundamentais das partes visando somente a obtenção de celeridade processual, sob pena de criar situações ilegais e extremamente injustas³⁵⁶. 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 analisado³⁵⁷.

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 partes³⁵⁸. 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 processo³⁵⁹. 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 parte³⁶⁰.

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 laçao, 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 civil³⁶¹. 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 melhor³⁶².

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 processo³⁶³:

- (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 interesses³⁶⁴.

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 participativo/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 causa³⁶⁷.

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 interesses³⁶⁸.

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 intenções³⁶⁹. 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, escoreita e leal³⁷⁰.

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 tempos³⁷¹. 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 exercido³⁷². 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 absoluta³⁷⁴. A *surrectio* é a outra fase da moeda, significando o surgimento de um direito em razão de comportamento negligente da outra parte³⁷⁵.

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 próprio³⁷⁶. 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 defesa³⁷⁸. No processo vem sendo entendida como a exceção que a parte tem para paralisar o comportamento de quem age dolosamente contra si³⁷⁹.

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 doutrina³⁸⁰, 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 partes³⁸¹ e pela doutrina³⁸².

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 convencimento³⁸³. 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 CPC³⁸⁵. 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 Estado³⁸⁶. Há doutrinadores que defendem a criação

de um fundo específico a ser gerido pelo Poder Judiciário para receber o valor das multas aplicadas ao Estado³⁸⁷. 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 parte³⁸⁹. 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 exemplificativo³⁹⁰ e para outros de rol exaustivo³⁹¹, 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 recursos³⁹². 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-fé³⁹³.

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 processo³⁹⁴, 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 parte³⁹⁵.

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 danos³⁹⁶, 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 dano³⁹⁷.

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 mérito³⁹⁸, 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, §§ 1º, 2º, 3º, 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 órgãos³⁹⁹. 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 jurisdição⁴⁰⁰. O juiz incompetente estará, portanto, exercendo de forma ilegítima sua jurisdição,